

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

# HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt/Volume : 26

Sayı/Number 2

Yıl/Year: 2024



e-ISSN: 2587-1870

İZMİR - 2024



# DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 26

Sayı/Number: 2

Yıl / Year : 2024



e-ISSN: 2587-1870

İzmir - 2024

## DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

### HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 26 Sayı: 2 Yıl: 2024

**Yayın No:** 09.1300.0000.000/BY.024.087.1224

**e-ISSN:** 2587-1870

**Derginin Sahibi :** Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekan V.)

**Sorumlu Müdür :** Doç. Dr. Serdar NART (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

**Yönetim Yeri :** T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35390 İZMİR

**Yayının Türü :** Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.

DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı (Mayıs-Kasım) olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

**Editör :** Doç. Dr. Serdar NART (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

**Editör Yardımcıları :** Dr. Öğr. Üyesi Mehpere ÇAPTUĞ DİLEK (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Dr. Burcu DEMİRBAŞ AKSÜT (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. İlker TEPE (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Banu ATLI DARCAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Arda Doruk KÖSE (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. İsmail ATAŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Sena Berfin TUNÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. İzgi ÖNGÜNŞEN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

#### Birim Yayın Komisyonu

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi) (Dekan V.) (Asil Üye)

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi) (Asil Üye)

Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER (Dokuz Eylül Üniversitesi) (Asil Üye)

Doç. Dr. Serkan MERAkli (Dokuz Eylül Üniversitesi) (Yedek Üye)

Doç. Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU (Dokuz Eylül Üniversitesi) (Yedek Üye)

#### Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi) Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi) Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi) Prof. Dr. Mine AKKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Özge KARAEĞE (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi) Prof. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

**Danışmanlar Kurulu :** Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi) (İstanbul)

Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi) (Ankara)

Prof. Dr. Melda SUR (İzmir Ekonomi Üniversitesi) (İzmir)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi) (İzmir)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi) (İstanbul)

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi) (İzmir)

**Yazışma Adresi :** Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Buca 35390 İZMİR

Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09

<https://hukuk.deu.edu.tr/>

**Tasarım ve Mizanpaj :** Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir. Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

**Yayın Tarihi :** 26.11.2024

© Tüm Hakları Saklıdır.

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin  
evrensel düzeyde kabul edilmiş;**

### **Öz Değerleri**

- ▶ **Akıl ve bilim**
- ▶ **Dürüstlük, adalet ve etik**
- ▶ **Sevgi ve hoşgörü**
- ▶ **Hukukun üstünlüğü ve egemenliği**
- ▶ **Demokrasi kültürü**
- ▶ **İnsan haklarına saygı**

### **Temel Amacı**

**Akıl ve bilimin önderliğinde,  
çağdaş ve mutlu bir toplum için  
hukuku öğretmek ve geliştirmek**



## Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

### Yayın İlkeleri

1. Dergimiz, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde olup yılda iki sayı (Mayıs, Kasım) olarak yayımlanır. Dergimiz ayrıca TR-Dizin, HeinOnline, Ulrich’s Periodicals Directory, Google Scholar, Academindex ve Asos Index veri tabanlarında taranmaktadır.
2. Hakem incelemesine tâbi tutulacak makalelerle birlikte; **İntihal Programı, Telif Hakkı Devir Formu, çeviriler için ayrıca FSEK ve gerekli mevzuat uyarınca gerekli onayların alındığına dair belge** DergiPark’a yüklenmesi gerekmektedir.
3. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
4. Yazarlar, **unvanlarını**, <https://orcid.org/signin> adresinden alınmış **ORCID numarasını** (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve **e-mail** adreslerini bildirmelidir. Bu bilgiler makale dosyasından ayrı bir dosyada yüklenmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek olan **bütün çalışmaların (çeviri hariç) ekinde intihal programının da yüklenmesi** gerekiyor. Kabul edilebilir benzerlik oranı, dipnotlar, alıntılar ve kaynakça hariç olmak üzere en fazla %15’tir.  
**Ön inceleme aşamasında tespit edilen eksiklikler yazara bildirilir. Düzeltme sonrası İkinci kez gönderilen makalelerde yayın ilkelerine aykırılık tespit edilmesi halinde makale reddedilir.**  
Ayrıca makalelerde, ilk dipnota şu cümlenin eklenmesi gerekmektedir.  
*“Yazar, eserinin Dergimize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.”*
6. **ULAKBİM/HeinOnline**’ın kriterleri doğrultusunda dergimizde bilimsel yazılar türlerine göre araştırma makalesi, çeviri, karar incelemesi ve diğer çalışmalar (derleme vs) şeklinde sınıflandırılmaktadır. **Yazar, çalışmanın niteliğine dair kanaatini (araştırma makalesi, karar incelemesi, çeviri ve diğer çalışmalar (derleme vs.)) çalışma başlığının altında belirtmelidir.** Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakemler tarafından değerlendirilir. Hakemlerin yazının türü konusunda görüş farklılığına düşmesi halinde editörler kurulunun kararı esas alınır.
7. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının da gönderilmesi şarttır. Ayrıca çevirilerde, çeviri yapan yazarın, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve

Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olması ve bunun çeviri başlığına eklenecek bir dipnotta belirtilmesi gerekir.

8. Dergimizin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
9. Dergiye gönderilen yazılarda **hem İngilizce hem de Türkçe** olmak üzere yazı **başlığı (title)**, **en az 100 en fazla 200 kelimedenden oluşan öz (abstract)** ve **5 adet anahtar kelime (keywords)** belirtilmiş olmalıdır. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise, makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe öz eklenmelidir.
10. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto** (tek satır aralığında) olarak hazırlanması, kenar ve alt-üst boşluklarının 2,5 cm olması ve (kaynaklar dâhil) **50 sayfayı (çeviriler için en fazla 30 sayfa)** geçmemesi gerekmektedir.
11. Metin içerisinde başlıklar aşağıdaki şekilde numaralandırılmalı ve gösterilmelidir:

#### **I. KALIN VE TÛMÛ BÛYÛK HARF**

##### **A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**

##### **1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**

##### **a. Kalın ve sadece ilk harf büyük**

##### **aa. Kalın ve sadece ilk harf büyük**

##### **aaa. Kalın ve sadece ilk harf büyük**

12. Atıflar, sayfa altında dipnot şeklinde gösterilir. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
13. Dipnot ve Kaynakçada yer alan eserlerin aşağıdaki şekilde gösterilmesi zorunludur:

**Kitaplar:** Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Bası Sayısı, Yayınevi, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası

**Edis**, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1993.

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserin başlığı kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.

**Edis**, Seyfullah: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, (Hata).

Birden fazla yazarlı eserlere yapılan atıflarda tüm yazarların **Soyadı**, Adı/**Soyadı**, Adı şeklinde atıf yapılmalı, “vd., ve diğerleri” şeklinde kısaltma yapılmamalıdır.

**Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2017, s. 192.

Sonraki dipnotlarda yazarın **Soyadı**, s. (sayfa numarası) şeklinde atıf yapılmalıdır.

**Ayiter**, s. 79; **Edis**, s. 107.

Çeviri kitaplara atıfta bulunulması halinde çeviren çev. şeklinde kısaltılmalıdır.

**von Tuhr**, Andreas (çev. Cevat Edege); Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Ankara 1983, s. 998.

**Makaleler**: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numarası (Kaynakçada makalenin yer aldığı sayfa aralığı belirtilmelidir)

**Öztürk**, Bahri: “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, s. 39-49.

**Kararlar**: Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Karar Tarihi, Esas numarası/ Karar numarası (Kararın Yayın Yeri ve Erişim Tarihi)

Yarg. 5. HD., T. 6.10.2011E. 2011/7613, K. 2011/15694, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 1.1.2021)

Elektronik kaynaklarda erişim adresinin ve tarihinin de belirtilmesi gerekir.

14. Yazıların ilk değerlendirmesi Editör Kurulunca yapılacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, yayın/etik ilkelerine açık aykırılık, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, derginin yayın kalitesi ve standardının altında bulunması ve hakemlerin önerdiği düzeltmelerin 20 gün içinde yapılmaması, yazının Editör Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
15. Yapılacak ilk değerlendirmede, hakeme gönderilmesine karar verilen yazılar (**ULAKBİM**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilecektir.
16. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde ve en geç 20 gün içinde değişiklikler yapılacaktır. Belir-



## VIII

tilen sürede düzeltmelerin yapılmaması halinde, editör kurulu yazının geri çevrilmesi konusunda takdir hakkını saklı tutar.

17. Hakemlerden herhangi birinin gönderilen yazıda bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırılık olduğu yönünde kanaat bildirmesi durumunda, yazara yazının Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmaya uygun görülmediği bildirilecektir. Yayın Kurulu, hakem incelemesinden geçmiş olmasına rağmen, eserin yayımlanmasına engel oluşturan herhangi başka bir durumun tespit edilmesi halinde, gerekçesi yazara bildirilmek şartıyla eserin yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.
18. Dergiye gönderilen yazıların geri çekilmesi, hakem süreci tamamlanana kadar mümkündür.
19. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/veya düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin Microsoft Word yazılımı formatında (\*.doc, \*.docx) kaydedilerek **dosyanın sisteme yüklenmesi** gerekir.
20. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle kabul edilir.
21. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere

**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ****Hukuk Fakültesi Dergisi****Cilt: 26 Sayı: 2 Yıl: 2024****İÇİNDEKİLER****ARAŞTIRMA MAKALELERİ****Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ****Arş. Gör. Sena Berfin TUNÇ**

İşverenin Sağlık Gözetim Borcu .....917-973

**Prof. Dr. Yusuf YİĞİT**

Yargı Kararları Işığında İşçinin Sosyal Medya Paylaşımı

Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinin Koşulları .....975-1019

**Doç. Dr. Cemil GÜNER****Arş. Gör. Büsra ÖÇAL**

Yabancı Unsurlu Influencer Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk ....1021-1060

**Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER**

İş Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçlarından “Geri Verme

Yükümlülüğü” Üzerine Bir İnceleme .....1061-1095

**Doç. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT****Av. Uzl. Sureyya Kardelen YARLI**

Tıbbi Korunma Hakkı Bağlamında HPV Aşısı ve Toplumsal

Cinsiyet .....1097-1126

**Doç. Dr. Engin TOPUZKANAMIŞ**

Ahlâk ve Hukukun Kökenleri Hakkında Bir İnceleme .....1127-1153

**Doç. Dr. Nalan TUNCER**

Resmi Vasiyetnamede Düzenlemeye Katılma ve Kazandırma

Yapma Yasağı .....1155-1183

**Doç. Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU**

Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Biyolojik Babanın Rızası ve Sahip Olduğu Haklar .....1185-1243

**Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU**

Kendini Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirme Suçu (AsCK m.79).....1245-1299

**Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR****Arş. Gör. Serkan Taylan KARAÇ**

İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğunun İşyeri Devri Açısından Sonuçları.....1301-1357

**Dr. Öğr. Üyesi Nazlı ELBİR**

“5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tenzimi Hakkında Kanun” Uyarınca Gazetecilerin Kıdem Tazminatı .....1359-1399

**Dr. Öğr. Üyesi Bedia GÜLEŞ**

Çocuğun Kişisel Verilerinin Hukuka Aykırı Kayıt ve Yayınlarla Karşı Korunmasında Mevcut Hukuki Yolların İşlevselliği ve Alınması Gerekli Yeni Tedbir Önerileri .....1401-1457

**Dr. Öğr. Üyesi Esmâ KIRAÇ ADIR**

İsviçre Medeni Kanunu’ndaki Miras Hukukuna İlişkin Değişiklikler Işığında Mirasbırakanın Miras Sözleşmesi İle Bağdaşmayan Tasarrufları .....1459-1503

**Dr. Öğr. Üyesi Gökçe KURTULAN GÜNER**

Türk-İsviçre Hukukunda Güven Sorumluluğu - Kavramın Gelişimi ve Eleştirisi - .....1505-1534

**Dr. Öğr. Üyesi Sercan REÇBER**

Uluslararası Adalet Divanı’nın Uluslararası Çevre Hukukuna Katkısı ve Pulp Mills Kararının Değerlendirilmesi .....1535-1584

**Dr. Öğr. Üyesi Dursun SAAT**

Esas Sözleşme İle Yönetim Kuruluna Üye Seçiminin  
Ağırlaştırılması ve Ağırlaştırılmış Nisaba Aykırı Genel Kurul  
Kararının Geçersizliği.....1585-1621

**Dr. Öğr. Üyesi Gülen Sinem TEK**

Düzenli Göçmenlerin Türkiye’de Kalışlarına İlişkin Temel  
Esaslar ve İkamet İzinlerine Getirilen İdari Sınırlamaların  
Kıracı Oldukları Kira Sözleşmelerine Etkisi .....1623-1660

**Dr. Öğr. Üyesi Emek TORAMAN ÇOLGAR**

Görev Süresi Sona Eren Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki  
Statülerinin Türk ve İsviçre Yargı Kararları Işığında  
Karşılaştırmalı Analizi ve Tespit Edilen Sorunlara  
İlişkin Öneriler.....1661-1701

**Arş. Gör. Dr. Selim MİSAFİR**

Devletin Cezalandırma Yetkisinin Toplum Sözleşmesi ve  
Meşruiyet Ekseninde Temellendirilmesi .....1703-1727

**Dr. Tayfur YUMUŞAK**

Doğu Ege Adalarının Silahlandırılması Sorunu .....1729-1758

**Arş. Gör. Hasan Serat GÖKÇEK**

Bern Sözleşmesi’nin Tarihsel Gelişimi, Sözleşme Korumasının  
İlkeleri ve Korunan Eserler İle Menfaatler .....1759-1807

**Arş. Gör. Funda İBİŞ**

Elektronik Araçlarla Yapılan Sözlü Vasiyetname ve Yorumu .....1809-1843

**Arş. Gör. Aktan ÖZKAN**

Rizikonun Trafik Işığı Kurallarının İhlali Sebebiyle  
Gerçekleşmesinde Kusur ve Sigorta Ettirenin Bu İhlalinin  
Sigorta Tazminatının Ödenmesine Etkisi .....1845-1906

**DOKUZ EYLUL UNIVERSITY**

**Faculty of Law Review**

**Volume: 26 Number: 2 Year: 2024**

**CONTENTS**

**RESEARCH ARTICLES**

**Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ**

**Research Assist. Sena Berfin TUNÇ**

The Employer's Obligation of Health Surveillance.....917-973

**Prof. Dr. Yusuf YİĞİT**

Conditions of Termination of the Employment Contract  
by the Employer Due to Social Media Posts of the Employee  
in the Light of Judicial Decisions .....975-1019

**Assoc. Prof. Dr. Cemil GÜNER**

**Research Assist. Büşra ÖÇAL**

Law Applicable to Influencer Contracts with Foreign Element .....1021-1060

**Assoc. Prof. Dr. Hatice Duygu ÖZER**

An Analysis on the "Obligation to Return" As One of the  
Consequences of the Termination of the Employment Contract .....1061-1095

**Assoc. Prof. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT**

**Lawyer Sureyya Kardelen YARLI**

HPV Vaccination and Societal Gender within the Context of  
the Right to Medical Protection .....1097-1126

**Assoc. Prof. Dr. Engin TOPUZKANAMIŞ**

A Study on the Origins of Morality and Law .....1127-1153

**Assoc. Prof. Dr. Nalan TUNCER**

Prohibition of Participating in the Creation and Acquisition in  
the Official Will .....1155-1183

**Assoc. Prof. Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU**

The Consent and Rights of the Biological Father in the  
Adoption of Minors in Comparison with German Law ..... 1185-1243

**Assist. Prof. Dr. Veysel Candan CANOĞLU**

The Crime of Making Himself Unuseful for Military Service  
(Art.79 of CMP)..... 1245-1299

**Assist. Prof. Dr. Kübra DEMİR****Research Assist. Serkan Taylan KARAC**

Employer's Legal Liability Arising from Occupational  
Accidents Consequences in Term of Transfer of Undertaking ..... 1301-1357

**Assist. Prof. Dr. Nazlı ELBİR**

Severance Payment of Journalists Under "The Law No. 5953  
on the Regulation of Relations between Employees and  
Employers in the Press Profession" ..... 1359-1399

**Assist. Prof. Dr. Bedia GÜLEŞ**

Functionality of Current Legal Remedies and Recommendations  
for New Measures to be Taken in Protecting the Child's Personal  
Data Against Illegal Recording and Giving Forth of Child's  
Personal Data ..... 1401-1457

**Assist. Prof. Dr. Esmâ KIRAC ADIR**

The Testator's Dispositions Incompatible with the Contract of  
Succession in the Light of Amendments Related to Inheritance  
Law in Swiss Civil Code ..... 1459-1503

**Assist. Prof. Dr. Gökçe KURTULAN GÜNER**

Reliance Liability in Turkish-Swiss Laws - The Development  
and Criticism of the Concept - ..... 1505-1534

**Assist. Prof. Dr. Sercan REÇBER**

Contribution of the International Court of Justice to International  
Environmental Law and Evaluation of the Pulp Mills Judgment .... 1535-1584

**Assist. Prof. Dr. Dursun SAAT**

Weighting of the Election of Members to the Board of Directors  
by the Articles of Association and Invalidation of the General  
Assembly Resolution Contrary to the Weighted Number .....1585-1621

**Assist. Prof. Dr. Gülen Sinem TEK**

The Basic Principles Regarding the Residence of Regular  
Migrants and the Effect of Administrative Restrictions on  
Residence Permits on the Lease Agreements to Which They  
Are Tenants.....1623-1660

**Assist. Prof. Dr. Emek TORAMAN ÇOLGAR**

Comparative Analysis of the Legal Status of Board Members  
Whose Term of Office Has Expired in the Light of Turkish and  
Swiss Court Rulings and Proposals in Relation to the  
Problems Identified.....1661-1701

**Research Assist. Dr. Selim MİSAFİR**

Fundamentals of the State's Authority to Punish Crime on the  
Axis of Social Contract and Legitimacy .....1703-1727

**Dr. Tayfur YUMUŞAK**

The Problem of Arming of the Eastern Aegean Islands .....1729-1758

**Research Assist. Hasan Serat GÖKÇEK**

Historical Development of the Berne Convention,  
the Principles of Conventional Protection and the Protected  
Works and Interests .....1759-1807

**Research Assist. Funda İBİŞ**

Verbal Will and Its Interpretation by Electronic Means .....1809-1843

**Research Assist. Aktan ÖZKAN**

The Fault in the Occurrence of Risk due to Violation of Traffic  
Light Rules and the Impact of the Policyholder's Violation  
on the Payment of Insurance Indemnity .....1845-1906

**İŞVERENİN SAĞLIK GÖZETİM BORCU****(Araştırma Makalesi)**DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1528638>**Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ\*****Arş. Gör. Sena Berfin TUNÇ\*\*****Öz**

Anayasal yaşam hakkı ve sağlık hakkının uzantısı olan iş sağlığı ve güvenliği kavramı çalışanlar açısından oldukça önemlidir. Çalışma yaşamındaki belirli risk faktörlerine karşı çalışanın sağlığının ve güvenliğinin korunması insani bir yaklaşımdır. Bu sebeplerle mevzuatta çeşitli düzenlemelere gidilmektedir. Çalışma hayatında çeşitli risklerin karşısında çeşitli tedbirler yer almaktadır. Bu tedbirler devlet, işçi ve işveren üzerinde sorumluluk yaratır.

İşveren çalışanın kişiliğini korumak zorundadır. Bunun yanında İş Sağlığı ve Güvenliği tedbirleri çerçevesinde de çeşitli yükümlülükleri doğmaktadır. İşveren bu yükümlülüğünü yerine getirirken bundan doğan masraflara kendisi katlanmalıdır. Bunları çalışanlara yansıtılmamalıdır.

Sağlık gözetimi borcu, işverenin yerine getirmekle yükümlü olduğu bir sorumluluğudur. Tehlikeli, az tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde işe girerken veya iş değişikliği durumunda işçinin sağlık raporu alması gerekmektedir. Bunun yanı sıra bu tür işlerde periyodik sağlık muayenesi yapılması gereklidir. İşverenin bu sağlık gözetimi borcu iş kazası ve meslek hastalığını önleme konusunda oldukça faydalıdır. Çalışan işe girerken yapacağı işe uygun olup olmadığının belirlenmesi noktasında rapor hazırlanmaktadır. Bunun dışında çalışır vaziyette olduğu durumda da düzenli olarak yapılan muayenelerde çalışanın meslek hastalığına tutulma veya iş kazası geçirmesinde şüpheler bulunduğu mahkemelerde celp edilerek gerekçelendirilmede delil olarak dayanılabilecektir. Sadece emsal çalışan işçilere değil uzaktan çalışma modeliyle çalışan kişilerde de

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (mehmetrefik.korkusuz@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-6105-1229 (Gönderim Tarihi: 06.08.2024-Kabul Tarihi: 26.08.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

\*\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (senaberfin.tunc@deu.edu.tr) ORCID: 0009-0002-1623-2212 (Gönderim Tarihi: 06.08.2024-Kabul Tarihi: 26.08.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



*işverenin sağlık gözetim borcu ve iş sağlığı ve güvenliğinden kaynaklanan sorumluluğu doğmaktadır.*

*İşveren bu tarz borçlarına uymazsa çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kalır. Özellikle bu borcun sonucunda iş kazası veya meslek hastalığı gibi sonuçlar varsa işverenin hukuki ve hatta cezai sorumluluğuna gidilebilecektir. Sağlık gözetimi borcuna uymayan işveren, eksik rapor varsa veya hiç rapor yoksa bu gibi durumlarda her bir çalışan için idari para cezası ödemek zorunda kalacaktır. Bunun yanında iş kazası durumunda işverenin cezai sorumluluğuna da gidilebilecektir.*

#### **Anahtar Kelimeler**

*İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Sağlık Gözetimi, İşverenin Yükümlülüğü, İşçinin Yükümlülüğü, Sağlık*

### **THE EMPLOYER'S OBLIGATION OF HEALTH SURVEILLANCE**

*(Research Article)*

#### **Abstract**

*The term of Occupational health and Safety that consequence of the constitutional right to life and health is really important for workers. It is human approach which protection of workers health and safety from certain risks in working life. For these reasons there are various regulations in the legislation. In working life there are many risks but against those there are various measures. Those measures create different type of liability for state, employer and employee. Employer must protect personalities of workers. Therefore, employer has responsibility for taking measures about occupational health and safe. Employer must pay all expenses in fulfilling this obligation. Employer cannot pass these costs on to employees.*

*Health surveillance is responsibility that the employer is obliged to fulfill., When starting a job in dangerous, less dangerous or very dangerous jobs or in case of a change of job, the worker must obtain a health report. In addition, periodic health examinations are required in such jobs. This health surveillance obligation of the employer is very useful in preventing work accidents and occupational diseases. A report is prepared to determine whether the employee is suitable for the job he/she will do when he/she enters the job. Apart from this, when there are suspicions of the employee suffering from an occupational disease or having a work accident during regular examinations when employee is in working condition, medical reports can be called by the courts and relied*

*upon as evidence in justification. The employer has health surveillance obligations and responsibilities arising from occupational health and safety, not only for comparable workers but also for people working with a remote working model.*

*If the employer does not comply with such obligations, it faces various sanctions. Especially if there are consequences such as a work accident or occupational disease as a result of this responsibility the employer may be take legally and even criminally liable. The employer who does not comply with the health surveillance obligation will have to pay an administrative fine for each employee in such cases if there is an incomplete report or no report at all. In addition, in case of a work accident, the employer may be held criminally liable.*

**Keywords**

*Occupational Health and Safety Law, Health Surveillance, Employer's Liability, Worker's Liability, Health*

## GİRİŞ

Değişen Dünya ve gelişen teknolojiyle birlikte işçilerin daha doğrusu tüm çalışanların korunması öncelikle insan olmak açısından oldukça önemlidir. Sanayi ve teknolojideki gelişmelerle, yeni işyerlerinin açılması, fabrikaların, işletmelerin oluşması, makineleşme ve sanayinin artmasına yol açmış, bu durum meslek hastalıkları ile iş kazalarında artışlara neden olmuştur. Bu değişiklikler, işyerlerinde çalışanlar açısından sağlık ve güvenlik önlemlerinin daha etkili şekilde alınması gerekliliğini açığa çıkarmıştır.

İşverenin işyerinde işçilerin iş sağlığını ve güvenliğini sağlama noktasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İŞK) açık emredici hükmü 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunuyla (İSGK) zımnen ilga edilerek daha ayrıntılı bir şekilde ve bütün çalışanları içine alacak şekilde düzenlenmiştir.

İSGK m. 2/1'de bu kanunun kapsamında olan kişiler belirtilerek: *“Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.”* hükmüne yer verilmiştir. Yani bu Kanun kapsamında sadece işçiler sayılmamış tüm çalışanlar dahil edilmiştir. Bu sebeple bu çalışmada işçi kelimesinden çok çalışan ifadesine yer verilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında bu kanun kapsamı dışında kalan hususlara yer verilerek işçi/çalışan kapsam dışı bırakılmamış sadece faaliyet türü kapsamında sınırlamaya gidilmiştir.

Öte yandan; işverenin işçiyi gözetme ve koruma borcu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 417. maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre işveren işyerinde, işletmede sağlık ve güvenlik tedbirlerini almakla yükümlüdür. Ancak TBK'daki bu düzenlemeyle işverenin bu borcu genel olarak düzenlenmiştir. Çalışmamızın temeli olan sağlık gözetim borcu İSGK m. 15'de yerini almıştır. Buna göre, işveren sağlık risklerini dikkate alarak işçileri sağlık gözetimine tabi tutacak, çalışanların sağlık muayenelerini yaptıracaktır. Çalışanların işe girişlerinde, işyeri değişikliklerinde, iş kazası ya da meslek hastalığı sebebiyle işyerinden uzaklaşmadan sonra geri dönüşlerinde talep halinde, işin devamında, tehlikeli-çok tehlikeli işlerde özellikle sağlık raporu olmadan işe başlatılamayacağı düzenlenmiştir. Bu sağlık raporunun çalışanın işe uygun olup olmadığını da göstermesi gerekmektedir. Tehlikeli-Çok tehlikeli işlerde sağlık raporu belirtilmişken az tehlikeli işlerde sağlık muayenesi öngörülmüştür. İşe girişlerde istenilen raporlar veya yapılan

muayeneler sonucunda çalışan rencide edilmeden ayrımcılık ve damgalanma ile sonuçlanmaması gerekmektedir<sup>1</sup>.

Çalışanın sağlık gözetimi sonucu oluşan masraflar ve bundan doğan her türlü ek masraf ve maliyet işverence karşılanır. Sağlık muayenesi yaptırılıp sağlık raporu alınan veya sağlık taramasından geçen çalışanın sağlık bilgileri gizli tutulması emredici hükümdür.

Bunların dışında mevzuatımızda çeşitli yönetmeliklerde de yukarıda açıklanan ilgili kanun hükmüne atıf yapılarak işveren sağlık gözetiminden sorumlu tutulmuştur. Sağlık gözetimi genel olarak muayene, periyodik kontroller, sağlık raporu başta olmak üzere birçok hususu kapsamaktadır.

Çalışmamızda, öncelikle, sağlık gözetimi borcu tanımlanarak bunun mevzuatımızdaki yeri üzerinde durulmuş, sonrasında bu borcun ifa edilme-mesi durumunda işverenin maruz kalacağı müeyyidelere yer verilmiştir. Sağlık gözetim borcunun nasıl olacağı ve Covid-19 Pandemi dönemi gibi bir bulaşıcı hastalık ve buna paralel idari kararlar doğrultusunda işverenin sorumluluğu incelenmiştir.

## I. SAĞLIK GÖZETİM BORCU KAVRAMI VE KAPSAMI

### A. Genel Anlamda Gözetme Borcu ve Sağlık Gözetimi Borcu

İş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu sebeple her iki tarafın da asli-tali yükümlülükleri doğmaktadır. İşverenin asli yükümlülüğü ücreti ödemekken işçinin asli yükümlülüğü iş görmektir. Bununla birlikte işverenin tıpkı ücret kadar önemli diğer borcu da işçiyi gözetme, koruma borcudur. Bu borç, işçinin sadakat/itaat borcuna denk gelmektedir<sup>2</sup>. İşçiyi gözetme borcu da tıpkı sadakat borcu gibi kesin sınırları olmayan, genel olarak dürüstlük kurallarına göre davranış yükümlülüğü yükleyen bir borçtur<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> **Alagüney**, Mehmet Erdem: Çalışanların Sağlık Gözetimi, Hacettepe Üniversitesi, İş Meslek Hastalıkları Slaytı, <https://hisam.hacettepe.edu.tr/ismeslekhastalıkları/131.pdf>

<sup>2</sup> **Mollamahmutoglu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Lykeion Yayınları, 2020, s. 201; **Ertürk**, Şükran: İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 2022, s. 245; **Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, 2014, s. 155; **Uşan**, M. Fatih/**Erdoğan**, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 138; **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 412; **Demir**, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, Albi Yayınları, 2013, s. 176.

<sup>3</sup> **Mollamahmutoglu**/**Astarlı**/**Baysal**, s. 202; **Narmanlıoğlu**, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, 2014, s. 320-323; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**,

Geniş anlamda işverenin işçiyi koruma yani gözetme borcu içerisinde sağlık gözetim borcu da dahil birçok borcu almaktadır<sup>4</sup>.

TBK m. 417 gereğince, işveren çalışanın kişilik değerlerini koruma ve işyerinde hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük ilkelerine elverişli bir şekilde düzeni sağlamakla, işçiye saygı duymak, bu saygıyı belirtip göstermek, işçilerin psikolojik ve cinsel tacize maruz kalmamaları, mobbinge maruz kalmamaları ve bu tür olumsuzluklara uğramış olanların daha fazla ziyana uğramamaları için gerekli tedbirleri almakla sorumlu kılınmıştır. Bunun yanında sağlık ve güvenlik önlemlerini almak zorundadır. Kanuna ve sözleşmeye karşı eylemi sebebiyle çalışanın ölüm hali, vücut bütünlüğünün zarar görmesi ya da kişilik haklarının ihlal edilmesine bağlı hasar ve zararların karşılanması veya tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.

Yukarıda da belirtildiği üzere TBK daha genel bir düzenlemeyle, madde başlığında da belirtildiği şekliyle, işçinin kişiliğinin korunmasını ön görmüş, işverenin işyerinde sağlık ve güvenliği yerine getirmesi için her çeşit tedbiri alması gerektiği işçinin de buna uyması gerektiğini vurgulamıştır. Görüldüğü üzere madde metninde işçinin hem fiziken hem de ruhen korunması amaçlanmaktadır. TBK m. 417/2'de gözetme borcu emredici bir şekilde belirtilmiştir. İşveren her türlü önlemi alarak, işin-işçinin niteliği, işyerinin ekonomik ve mali durumu, mali-teknik imkanlar gibi faktörlerin göz önüne alınarak belirlenmesi ve işverenden beklenmesi gerekmektedir<sup>5</sup>.

İlk aşamada işçinin tamamen maddi, fiziki durumu gözetilmekteyken gelişen ve değişen dünyada artık işçinin manevi durumunun da korunması, beden bütünlüğünün tamamının korunması hususlarında temelli düzenlemeler yapılmıştır; işçinin özel yaşamı noktasında da yeni düzenlemeler yoluna gidilmiş, özellikle teknolojinin getirdiği imkanlar sebebiyle doğan kişisel veri ihlalleri, işçinin işe girişte gizli kalması gereken belge veya bilgilerle veri ihlalinin önlenmesi amaçlarıyla işçinin korunması ve gözetilmesi gerekmektedir. İşçiyi koruma hükümleri sadece yukarıda verilen maddelerle de sınırlı değildir, mevzuatımızda dağınık da olsa çeşitli maddelerde düzenleme bulunmaktadır; (Örneğin, İşK m. 5, İşK m. 24/II/b, c, d, İşK m. 26/2, İşK m.

Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 36. Baskı, 2023, s. 368; Süzek, s. 412; Arslan, Seda: "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre İşverenin Genel Yükümlülükleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 2014, 20(1), s. 774-801, s. 776.

<sup>4</sup> Süzek, s. 425.

<sup>5</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 203.

75/2, Kişisel Verileri Koruma Kanunu, KVKK; çeşitli maddeler, Medeni Kanun m. 25, Türk Ceza Kanunu, TCK, m. 132 vd.)<sup>6</sup>.

Bu konuda uygulamada görülen; aday işçinin görüşme sırasında bilgileri edinildikten sonra, söz gelimi işçinin tansiyon hastası olduğu öğrenildi daha sonra eczane sorgu sisteminden tanıdık bir eczane üzerinden aday işçinin aratılıp depresyon hastası olduğunun öğrenilmesi ve sonucunda işçi her ne kadar nitelik olarak fazlasıyla işe uygun olsa da başka bir aday işçiyle devam kararı alınması gibi örneklerin oluşu ve böyle durumların da kişisel veri ihlaline sebebiyet verdiği gözlemlenmektedir.

İşverenin sadece sağlık ve güvenlik önlemi alma hareketinin yanında işçinin eşyası için de koruma borcu vardır. Bu eşyaların korunması için işverenin bilgisi ve izni dahilinde işyerine meşru yoldan ve işverenin bilgisi dahilinde sokulması gerekmektedir<sup>7</sup>.

TBK 418. maddesinde işverenle aynı ev düzeni içerisinde kalan kişilere ilişkin hükümler getirilmiştir. Buna göre, işçinin işverenle aynı evde yaşadığı durumda, işveren yeterli gıda ve barınak ihtiyaçlarını sağlayacak; yine işçi kusuru olmadan hastalanırsa veya kaza geçirirse ve böylece çalışan işgörme borcunu/edimini yerine getiremezse sosyal sigorta yardımlarında yararlanamayan ve 1 yıla kadar çalışan kişinin tedavi, muayene ve incelemelerini 2 hafta süreyle sağlaması gerekmektedir. İşçinin doğum ve gebeliğinde de aynı esaslar geçerli olacaktır.

Bu hükmün 2. fıkrasına göre de işveren, işçinin kaza veya hastalık nedeniyle işgörememesi halinde bakım ve tedavisini yerine getirmek zorundadır<sup>8</sup>. Bu durum kanunda şartlara bağlanmıştır. İşçi kusursuz olmalı ve sosyal sigorta yardımlarından yararlanamamalıdır. Gebelik ve doğum halinde de işverenin aynı sorumlulukları ifa etmesi gerekmektedir.

İSGK m. 13/4'de sağlık ve güvenlik önlemlerinin alınmaması sebebiyle fesih hakkı düzenlenmiştir. Bu nedenle fesih ancak iş sözleşmesiyle çalışan işçiler bakımından geçerli olacaktır ve çalışanların iş sözleşmelerinin tabi oldukları kapsama uygun şekilde sözleşmelerini sonlandırmaları gerekmektedir. Öğretideki çeşitli görüşlere göre bu durum, sağlık ve güvenlik tedbirlerini alma yükümü sözleşmeden doğan bir borç olduğundan kaynaklanmaktadır<sup>9</sup>. Yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İŞK) m. 24/I a ve b fıkraları ile

<sup>6</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 204-205.

<sup>7</sup> Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca, s. 370.

<sup>8</sup> Ertürk, İş Hukuku, s. 246.

<sup>9</sup> Ertürk, İş Hukuku, s. 248.

m. 24/II numaralı bendinin f fıkrası da sağlık ve güvenlik tedbirleri almama durumunda feshi düzenlemektedir. TBK'nda da m. 435 bu durumu düzenleyerek aynı hakkı vermektedir.

### B. Sağlık Gözetimi Borcu Kapsamı

Çalışanların sağlığının korunması ve geliştirilmesi maksadıyla, tıbbi muayene, tetkikler, çalışmaların kaydı, değerlendirilmesi, bildirim, ilkyardım, acil tedavi, rehabilitasyon vb. tüm sağlık koruyucu çalışmalar sağlık gözetim borcunun içerisinde<sup>10</sup>. Sağlık gözetimi, çalışanların iş dolayısıyla sağlıklarının bozulmasının engellenmesi ve bu hususta hastalığın erken tespiti amaçlarıyla yapılan tıbbi muamele ve incelemedir<sup>11</sup>. Çalışan kişinin iş-çalışma ortamının da gözetilmesi, işe giriş- değişiklik, tekrarlanan muayenelerinin yapılması, ortamdaki riskler ve buna yönelik bilgilendirilmeleri, genel hijyen koşullarının izlenmesi, sağlık kayıtlarının kişilik hakları çerçevesinde saklanması olarak somutlaştırılabilir<sup>12</sup>. Sağlık gözetimi, belirli çalışan grubunun sağlık verilerinin belli zaman aralığında toplanarak analiz edilmesini sağlar bu da vakaların tespitini, maruz kalmanın derecesini değerlendirmeye yardımcı olur<sup>13</sup>. Sağlık gözetiminde sadece fiziksel bulgularla yetinilmeyip kimyasal, biyolojik, psikolojik, ergonomik faktörlerin de incelenmesi gerekmektedir<sup>14</sup>. Çalışanların sağlık gözetimi, çalışana koruma amacıyla gerekli sağlık hizmetlerini sunmakken çalışma ortamının gözetimi ise sağlık ve güvenlik tehlikelerine karşı iş ortamındaki tüm tehlikeleri düzeltici yönde (örneğin, işyeri ortamından alınan kimyasal bir madde hakkında ölçümler yapıldığında bunun tehlikeli olduğu tespitinde işyerinden ilgili maddeyi uzaklaştırma) yapılan faaliyetlerdir<sup>15</sup>.

Sağlık gözetimi borcu kapsamında ve işverenin temel olarak sağlık ve güvenlik önlemleri alma yükümlülüğü altında, işverenin sadece bu önlemleri alması bunları yerine getirmesi, bu konuda eğitim vermesi yeterli görülmemiştir; bunun yanında önlemlere uyulup uyulmama noktasında kontrol etme,

<sup>10</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 343.

<sup>11</sup> Ekmekçi, Ömer/Köme Akpulat, Ayşe/Akdeniz, Ayşe Ledün: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 102.

<sup>12</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 343.

<sup>13</sup> Alagüney, Mehmet Erdem: Çalışanların Sağlık Gözetimi, Hacettepe Üniversitesi, İş Meslek Hastalıkları Slaytı, <https://hisam.hacettepe.edu.tr/ismeslekhastaliklari/131.pdf>

<sup>14</sup> Yüncü, Mehmet: İşyerinde Sağlık Gözetimi ve Biyolojik İnceleme, Sunum Slaytı, <https://yeniuzmanakademi.com/wp-content/uploads/2021/02/Isyerinde-Saglik-Gozetimi-ve-Biyolojik-Izleme.pdf>

<sup>15</sup> Yüncü, s. 13.

takip etme ve yersizlikleri giderme sorumluluğu da öngörülmüştür<sup>16</sup>. Bütün gözetim borcu çalışanların mümkün ve muhtemel iş kazalarına ve meslek hastalıklarına karşı korunması gayesine matuftur.

İş kazası; işçiler, serbest çalışanlar, kamu görevlileri (malullük ile ilgili bazı istisnalar hariç) işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yönetilen iş sebebiyle oluşan ve hemen veya sonradan fiziken, madden ya da manen engelli hale getiren olaydır<sup>17</sup>. Bir kazanın iş kazası olarak görülebilmesi için çalışanın sigortalı olması gerekmesinin yanı sıra sigortalının geçirdiği her kaza da iş kazası olmamaktadır<sup>18</sup>. Meslek hastalığı ise çalışılan veya yapılan işin özelliğinden dolayı yinelenen bir nedenle veya işin yürütülme koşulları sebebiyle uğradığı süreli ya da arızı hastalık, manen veya madden malullük hali<sup>19</sup> olarak tanımlanmıştır. Meslek hastalığında hasarı ortaya çıkaran sebep tümüyle çevresel etkenlerden kaynaklanır ve bu etken tekrarlana tekrarlana zaman içerisinde engellilik haline hatta bazı durumlarda ölüme bile sebebiyet verebilir<sup>20</sup>. Bir işçide hastalığın erken tanısı, erken tedaviye yol açarken aynı zamanda toplumsal düzeyde de faydalı ve iş arkadaşlarının farkındalığını oluşturmaktadır<sup>21</sup>. Meslek hastalıklarında, normal hastalıklardan farklı olarak, erken tanı durumunda, hastalığın ilerlemesi yavaşlaması hatta durdurulması söz konusudur. Zararı büyük yara veya hastalıklara sebep olan meslek hastalıkları, yakalandıkları anda genelde durdurulabilir vaziyettedirler<sup>22</sup>. Meslek hastalığının bulaşıcı olup-olmadığı vs. hususu da oldukça önemli olup aşağıdaki başlıklar altında ayrıca incelenecektir<sup>23</sup>.

Yargıtay, çalışmamıza konu aldığımız kararlar da dahil çoğu kararında işverenin çalışanların güvenlik ve sağlıklarını korumak için gerekeni yapmak, işin niteliği ve gerekleri doğrultusunda dürüstlük kuralları çerçevesinde lüzumlu şartları sağlamak ve vasıtaları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır<sup>24</sup>. İş kazaları çoğu zaman işverenin sağlık ve

<sup>16</sup> Demir, İş Hukuku Uygulamaları, s. 183.

<sup>17</sup> Korkusuz, Refik/Uğur, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, Ekin Yayıncılık, 8. Baskı, 2022, s. 267.

<sup>18</sup> Arıcı, Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, 2. Baskı, s. 335.

<sup>19</sup> Korkusuz/Uğur, s. 272.

<sup>20</sup> Korkusuz/Uğur, s. 272.

<sup>21</sup> Fişek, s. 209.

<sup>22</sup> Fişek, s. 209.

<sup>23</sup> Çalışmamızın IV numaralı başlığı altında incelenmiştir.

<sup>24</sup> Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayıncılık, 19. Baskı, 2021, s. 441, Yargıtayın bu tutumu isabetli bulunmuştur.



güvenlik önlemleri almamasından kaynaklanmaktadır<sup>25</sup>. İşverenin sağlık ve güvenlik kurallarına uyduğu ölçüde bu kazalar ve meslek hastalıkları azalacaktır<sup>26</sup> ancak tamamen bitecektir diyemiyoruz. Çünkü zaman zaman iş kazaları kaçınılmaz olarak gerçekleşebilir, işveren her çeşit tedbiri almış olsa da.

Sağlık gözetim borcu oldukça sürekli<sup>27</sup> ve önemli bir borçtur. Mesela, risk-tehlike analizi sırasında gözden kaçan bir olumsuzluk, işçilerin sağlık kontrolleri-muayeneleri sırasında fark edilebilir ve iş güvenliği sisteminin sorgulanmasına yol açabilir<sup>28</sup>. Yargıtay'ın 11.07.2017 tarihinde verdiği bir kararda, davacının, davalı ... nezdinde işçi olarak çalışırken, olay tarihinde reklam, afiş ve tabela denetimi yaptığı esnada fenalaşıp, düşerek kafasını yere çarpması neticesinde yaralandığı, ... tarafından maluliyet oranının %30,2 olarak tespit edildiği, kazalının işyerinde çalışırken epilepsi hastalığına bağlı olarak gelişen iş kazası sonucunda malul kaldığını, çalışanın işe giriş-çıkış sürecindeki tüm tedavi belgelerinin bulunması, işverenin çalışanın periyodik olarak sağlık muayenelerinin olup olmadığını, epilepsi hastalığı veya olayda vuku bulan bayılma olayı ile ilgili bir bulgu olup olmadığı, iş kazası tarihinden önceki tarihlerde çalışanın bağımsızlığını ve fizyolojik yapı olarak bünyesini zorlayacak bir çalışma olup olmadığını, olay anında çalışanın işyerinde rutin dışında gerginlik, sıkıntı içine sokacak bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği, çalışma yaşamının iş kazasına neden olup olmayacağı araştırılması yönünde karar verilmiştir<sup>29</sup>. Karara konu olan olayda görüldüğü gibi sağlık gözetimi borcuyla yani işverenin yükümlülüğü olan periyodik muayeneler ve işe girişteki sağlık raporu neticesinde işverenin kusur derecesi saptanabilecektir.

İstanbul BAM 09.07.2020 tarihinde verdiği bir kararda, işyerinde sıcak satış temsilcisi olarak çalışan işçiye Özel Hastane tarafından alınan bir raporda Viral Enfeksiyon + ASYE teşhisi konulduğunu, işçinin rahatsız olmasına rağmen işe çağrılıp çalıştırıldığını, işyerinde çalıştığı sırada kalp krizi geçirdiği, vefat eden işçi bakımından işe giriş tarihinde iş görme edimi için uygun olup-olmadığına ilişkin sağlık raporu alınmasına rağmen çalışanların

<sup>25</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 442.

<sup>26</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 442.

<sup>27</sup> Sağlık gözetimi sürekli bir borç olup çalışanların sürekli gözetimi yapıp takip edilmesi gerekmektedir.

<sup>28</sup> Fişek, A. Gürhan: "Çalışma Yaşamında Sağlık Güvenlik", Fişek Enstitüsü Çalışan Çocuklar Bilim ve Eylem Merkezi Vakfı Yayını No. 3-2, 2. Baskı, 2014, s. 209.

<sup>29</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 11.07.2017, E. 2016/10978 K. 2017/5953 (lexpera)

düzenli periyodik muayenelerinin yapıldığına ilişkin yıllık değerlendirme raporu ve İşyeri Sağlığı ve Güvenliği Koşulları Durum Saptama başlıklı iki ayrı belge dosyaya sunulmasına karşın vefat eden işçi özelinde düzenli periyodik muayene yapılıp yapılmadığı, yapıldı ise ne şekilde yapıldığı ve sağlık durumunun ne olduğuna ilişkin bilgi ve belgeye rastlanılmadığı görülerek, davalı işverene ait işyerinin gıda, içecek ve tütün ticareti yapıldığı ve tehlike sınıfının az derecede olduğu saptanmıştır. Periyodik muayenelerinin yapıldığı ispatlanamamış ve istirahatli olduğu dönemde işe çağrılan ve çalıştırılan aynı zamanda olay günü rahatsız olduğu görülmesine rağmen önlem alınmadan çalıştırılan işçi yönünden davalı işverenin işçisini koruma ve gözetme borcuna aykırılık oluşturduğu gibi, işçinin rahatsız olduğu gözetildiğinde normal sağlıklı insana göre bünyesini zorlayacak çalışma yaptırıldığı saptanmıştır<sup>30</sup>. Sonuçta çalışan sigortalı işçiye verilecek ücret ve hükmedilecek tazminatın direk etkilenmesi nedeniyle, çalışanda oluşan meslekte kazanma gücü oranının kuşku ve şüpheye yer vermeden saptanması gerektiğinin açık olduğu ve sair nedenlerle hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Konuya bu açıdan yaklaşarak aşağıdaki madde incelenmelidir.

İSGK m. 15’de, işverenin çalışanların sağlık gözetimini sağlamakla yükümlü olduğu vurgulanmıştır. Nitekim işe giriş durumunda, bir işten başka bir işe geçiş durumunda, meslek hastalığı ve iş kazası sebebiyle olan uzaklaşmalardan sonra işe dönüşlerde, işin yürütümü süresince işyerinin tehlike derecesine göre çalışanların sağlık gözetimine tabi tutulmaları gerektiği düzenlenmiştir (İŞSGK m. 15/1). Bunun yanında yine aynı maddenin devam fıkralarında, tehlikeli ve çok tehlikeli derecedeki işyerlerinde çalışanların sağlık raporu olmadan işe başlayamayacakları, bu raporların işyeri hekiminden alınacağı, ancak elliden az çalışan varsa ve az tehlikeli işyerlerinde kamu hizmet sunan yerlerden veya aile hekimliklerinden de alınabileceği, raporlara karşı Sağlık Bakanlığı’nca hakem hastanelere itiraz edilebileceği ve bu doğrultuda alınan kararların kesin olduğu, bu gözetimden doğan maliyetin işverence karşılanacağı, çalışana yansıtılamayacağı, özel hayat açısından sağlık verilerinin gizli tutulması gerektiği düzenlenmiştir.

Bu madde kapsamında işveren işçiyi işe alırken, işyeri değişikliğinde vb. çeşitli durumlarda sağlık gözetimiyle mükelleftir. İşverenin sağlık ve güvenlik önlemleri alma yükümlülüğü de işçiyi gözetme borcunun gereğidir<sup>31</sup>. Sağlık ve güvenliğe ilişkin sorumluluklar, mükellefiyetler İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda iş kanunlarının mutlak emredici yönünü oluştur-

<sup>30</sup> İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesi, 09.07.2020, 1123/1064 (lexpera)

<sup>31</sup> **Ertürk**, İş Hukuku, s. 246.

maktadır<sup>32</sup>. TBK m. 417'ye aykırılık durumunda özel hukuk yaptırımları uygulanırken İSGK hükümlerine aykırılık halinde kamu hukuku (cezai, idari) yaptırımları söz konusu olacaktır<sup>33</sup>.

İSGK'nun yukarıda verilen maddesinde bahsedilen işyeri değişikliğine ilişkin, Öğretide bir görüşe göre, İŞK'nun 22. maddesi anlamında yapılan her değişiklik değil işçinin iş ortamının değişmediği ya da karşılaşılabileceği riskler konusunda farklılık yaratılmadığı sürece sağlık gözetiminden geçmesinin gerekli olmadığıdır<sup>34</sup>.

Yukarıdaki maddenin 2. fıkrasında tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde işçilerden işe girmeden sağlık raporu almaları gerektiği vurgulanmışken az tehlikeli sınıf için sağlık raporu değil sağlık muayenesi öngörülmüştür<sup>35</sup>. Öğretideki birçok görüşe göre, işyeri ölçütü yerine işe göre (tehlike sınıflandırması) sağlık raporunun talep edilmesi yerinde görülmüştür<sup>36</sup>. İSGK kapsamında alınan sağlık raporları işyeri hekiminden alınacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde m. 15/3 fıkra kapsamında elliden az işçisi/çalışanı bulunan ve az riskli/tehlikeli olan işyerlerinde kamu hizmet sunucuları veya aile hekimliklerinden de alınabileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere işyeri hekiminin esas görevi koruyucu sağlık hizmetidir<sup>37</sup>. Önce 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı KHK'lerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına dair Kanununun 17. maddesi ile İSGK'da getirilen değişiklik çerçevesinde, İSGK kapsamında alınması gereken sağlık rapor ve belgeleri işyeri hekiminden alınacak, ondan az işçisi/çalışanı bulunan ve az riskli/tehlikeli sınıfa giren işyerleri bakımından kamu hizmet sunucuları veya aile hekimliklerinden de bulunabilecektir şeklinde düzenleme getirilmiştir. Daha sonra 2017 yılında 7033 sayılı Kanun ile İSGK'da 10 ibaresi 50 olarak de-

<sup>32</sup> Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 203; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 395.

<sup>33</sup> Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 203; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 395.

<sup>34</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 401; Süzek, s. 919; Yamakoğlu, Efe: İşverenin İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 107.

<sup>35</sup> Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s. 108; Yamakoğlu, s. 106.

<sup>36</sup> Özdemir, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 137; Aydın, İbrahim: İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 141; ancak tehlike sınıfına göre raporlandırma yerinde görülse de az tehlikeli sınıfta bulunan işler için sağlık raporu alınması zorunluluğunun bulunmamasını eleştiren görüş için bkz. Yamakoğlu, s. 106.

<sup>37</sup> Kökten, Murat/Avıncı, Ozan: "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşveren Yükümlülükleri ve Tekstil Sektörü Açısından Bir Bakış", Tekstil ve Mühendis Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 93, s. 33-47, s. 43.

ğiştirilmiştir. Bu şekilde bir sınırlama öğretilde bazı yazarlarca yerinde görülmüştür<sup>38</sup>.

### C. Sağlık Gözetimi Kapsamında Alınan Sağlık Raporu

Mevzuatımızda yukarıda zikredilen Kanunlar dahil birçok yerde düzenlenen sağlık gözetim borcu çok sayıda yönetmelikle de hükme bağlanmıştır. Aşağıda çeşitli yönetmeliklerde yer alan sağlık gözetim borcu ve bunun sonucu olarak alınan raporlar, belgeler ve kayıtlara ilişkin veri koruma hususlarına değinilecektir.

Sağlık gözetimi borcu kapsamında alınan sağlık raporlarının nasıl olması gerektiği hususu İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'in<sup>39</sup> (İŞHDSPY) Ek 2'sinde bulunan İşe Giriş ve Periyodik Muayene Formunun kullanılması kısmında belirtilmiştir. Raporun sonuç bölümünde doktor/hekim tarafından çalışan kişinin çalışamayacağı işlerin açık bir şekilde belirlenmesi ile işyerinde çalıştırılabileceği işlere yönelik de bilgi verilmesi gerekmektedir<sup>40</sup>. 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun (AHK) m. 5/3'de: "*İlgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmî tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde aile hekimleri tarafından düzenlenir.*" hükmü ve Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği m. 4/e bendinde aile hekiminin görevleri arasında periyodik muayeneler yapmak sayılmış bunun yanında (I) bendindeyse mevzuat gereğince düzenlenecek her türlü sağlık raporu, sevk belgesi, ilaç, röntgen ve sair belgeleri düzenleyebileceği hükme bağlanmıştır. Öğretilde bazı görüşlere göre bu raporun aile hekimlerinden vs. alınacağı hususunun kolaylık gibi görüneceğini ancak bu birimlerin nitelikleri, özellikleri ve işin niteliği dikkate alınmaksızın kendi uzmanlık alanlarında olmayan konularda görüş bildirmeleri yerinde görülememiştir<sup>41</sup>. Aksi yönde Danıştay 10. Dairesi 29.12.2020 tarihinde verdiği bir kararında, İSGK m.15/

<sup>38</sup> **Aydınlı**, s. 142; Özdemir önceden böyle bir sınırlamanın yerinde olduğunu savunmaktayken, işyeri hekimi tarafından düzenlenen raporun meslek hastalıklarının önlenmesi noktasında çok önemli olduğunu vurgulamaktadır, s. 138.

<sup>39</sup> R.G. 20.07.2013- 28713.

<sup>40</sup> Türkiye Enerji, Su ve Gaz İşçileri Sendikası, "İşyerinde Yapılan İş Çalışanın Sağlığına Uygun Değilse İşçi Ne Yapılabilir?", <https://www.thesis.org.tr/pages/145/%C4%B0%C5%9Fylerinde+Yap%C4%B1lan+%C4%B0%C5%9F+%C3%87al%C4%B1%C5%9Fan%C4%B1n+Sa%C4%9F1%C4%B1%C4%9F%C4%B1na+Uygun+De%C4%9F1se+%C4%B0%C5%9F%C3%A7i+Ne+Yap%C4%B1labilir> Erişim Tarihi: 14.05.2024

<sup>41</sup> **Ertürk**, Şükran, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt: III, Sayı: 27, 2012, s. 15-26, s. 20.

3 gereği sağlık raporunun işyeri hekiminden alınması gerektiği ve Anayasanın 128. maddesi ile AHK hükümlerine aykırı olarak Sağlık Bakanlığı haricinde ve Kanun dışında aile hekimlerine görev yükletilmesinin mümkün olmadığı, bunun yetki gaspını oluşturduğu iddiasına itibar edilemeyeceğini aile hekimlerinin periyodik sağlık muayeneleri yapabileceği ve bu hususta her tür rapor düzenleyebileceğini vurgulayarak davanın reddine karar vermiştir<sup>42</sup>.

Yine başka bir görüşe göre, alınan bu rapora güven duyulmalı sağlıklı olduğu, hastalığı olmadığına ilişkin raporu/belgesi olan fakat o şekilde olmadığı fark edilen ve hasara/zarara maruz kalan çalışanın bu durumuna neden olan işveren, hazırladığı çalışma hayatı sağlıklı bir çalışan için uygun olduğu sürece sorumlu tutulmamalıdır<sup>43</sup>. Bir görüşe göre ise işyeri hekimi tarafından raporun düzenlenmesinin meslek hastalıkları anlamında mühim bir adım/nokta olduğu vurgulanarak bu hususun oldukça isabetli olduğu, çalışanın bir sağlık geçmişinin oluşturulabileceği üzerinde durulmuştur<sup>44</sup>. Bu durumda karar tabi ki isabetlidir ancak öncelikle ve zorunlu olarak doğrudan işyeri hekimine başvurulacağına ilişkin Danıştay 15. Dairesi 2017 yılında verdiği bir kararda, bir Anonim Şirketin işyeri hekimliği görevlerini yerine getirmek amacıyla hizmet alım sözleşmesi imzaladığını, bu doğrultuda çalışanların sevk ve muayene için işyeri hekimine başvurularında ve tedavi sonrası işe dönüşlerinde uygulanacak kuralların belirlendiği Genelge yayınladığı, bu genelgenin 5. maddesinin a bendine göre ise, “Çalışanlar işyeri hekiminin mesai saatleri içerisinde muayene veya sevk için öncelikle işyeri hekimine başvuracaklardır” hükmü yer almıştır. Buna istinaden 15. Daire, ne SSGSSK ne de İSGK’dan çalışan kişilerin tetkik, inceleme veya sevk bakımından ilk olarak işyeri hekimine danışmaları gerektiği koşulunun getirilebileceğine ilişkin bir anlam çıkarmanın imkân dahilinde olmadığını ve de Anayasal temel hak olan sağlıklı yaşam hakkına genelgeyle sınırlama getirilemeyeceğinden ötürü yerel mahkemenin kararının bozulmasına karar vermiştir<sup>45</sup>.

İşe girişlerde alınan raporlara ilişkin Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2013 yılında verdiği bir kararda, deri üretimi yapılan işyerinde makineci olarak çalışan işçinin işe girerken sağlık raporu verdiği ancak daha sonra İstanbul Meslek Hastalıkları Hastanesinden aldığı raporda uzun süre ayakta

<sup>42</sup> Danıştay 10. Daire, E. 2018/4746 K. 2020/7063 T. 29.12.2020. (www.dejure.ai)

<sup>43</sup> **Akın**, Levent: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi”, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2014, s. 657-674, s. 670.

<sup>44</sup> **Özdemir**, s. 138.

<sup>45</sup> Danıştay 15. Daire, E. 2016/5669 K. 2017/6984 T. 28.11.2017. (www.dejure.ai)

kalacak işlerde çalışamayacağı belirtilmiş bunun üzerine işveren işe girişte işçinin yanıtıcı raporla kendisini kandırdığını ileri sürmüştür. Karar gerekçesinde işçinin aile hekimliğinden sağlık durumunu bildirir tek hekim raporu aldığı, işe girdikten 4 ay kadar sonra işyeri hekimi tarafından yapılan muayenesinde de, varis tedavisi gördüğü, renk körlüğü ve gözde şaşılık olduğu ancak çalışmaya engel hali olmadığının tespit edildiği, bu durumda yanılmadan bahsedilemeyeceğini ancak deri üretimi yapılan işyerinde çalışma şartlarının zor olması nedeniyle işverence yapılan feshin geçerli sebeple fesih sayılmasına karar verilmiştir<sup>46</sup>.

Uygulamada işe girişlerde alınan sağlık raporunun çoğunlukla aile hekimliklerinden alındığı göz önüne alınırsa kanaatimizce yetersiz olarak görülmektedir. Şöyle ki genellikle aile hekimliklerinden alınan raporlar herhangi bir muayene, röntgen veya portör analiz yapılmadan verilmektedir. Bu da çoğu zaman alınan raporu yüzeyselleştirmektedir. Ancak ender durumlarda, çalışacak olan kişinin geçmiş sağlık kayıtları varsa ve aile hekimi bu durumdan şüphelenirse hastanelere yönlendirmektedir. Bunun yanında çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde aile hekimliklerinden alınan raporların yanı sıra heyet raporu da istenebilmektedir. Bu noktada öneri olarak işyeri hekiminden rapor alınması gerektiğine de katılmamaktayız. Uygulamada görüldüğü şekliyle işyeri hekimleri için işyerlerinde ayrılan bölmeler imkânsızlık içerisinde yani çoğunlukla sadece sedye, hekim için masa ve sandalye var bunun dışında yeterli ekipman gözlenmemiştir. Aynı şekilde işyeri hekimleri her gün işyerinde değil ancak belirli periyotlarla işyerine gelmektedir. Yine işyeri hekimlerinin genel olarak dahiliye uzmanı olmaları ve akciğer röntgeni gibi daha teknik konularda tam anlamıyla verim sağlanamadığı görülmüştür. Özellikle uygulamada Covid-19 hastalığı sonrası ayda 1 gezici arabayla gelip çalışanların portör analizi ve akciğer röntgeni çekilen bir işyerinde, çalışanın akciğerindeki kristalleşmenin tam olarak ne olduğu çıkarılamamış ve hastaneye yönlendirilmiştir. Sonucunda ise Covid-19 hastalığından sonra görülen kristalleşme ve dolayısıyla kist olduğu görülmüştür. Bu gibi durumlarda zaman zaman karışıklıklar saptanabilmektedir. Bu durumlar için çözüm önerisi olarak, işyeri hekimlerinin çalışma alanlarının verimleştirilmesi, ihtiyaç olan ekipmanların temini gerekmektedir. Konuyla alakalı İstanbul BİM 2020 yılında verdiği kararda, işe giriş sırasında bir Eğitim ve Araştırma Hastanesinin sağlık kurulu tarafından alınan raporda, çok tehlikeli işlerde çalışabilir, başvurduğu terzi işinde çalışabilir ifadesinin yer aldığını, daha sonra işe giriş yazılı ve sözlü sınavlarından başarıyla geç-

<sup>46</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2013/15936 K. 2013/16666 T. 05.07.2013 (dejure.ai)

tiğini ancak sonrasında işyeri hekimi tarafından incelenerek işe alınacak kişide bel fıtığı hastalığı tespit edildiği ve bunun da çalıştığı işe uymadığı gerekçesiyle işe alımı iptal edilmiş, bunun üzerine İstanbul BİM ilgili yerel mahkeme kararının bozulması gerektiğini, işyeri hekiminden alınan raporla hüküm kurulması durumunun iptalini uygun görmüştür<sup>47</sup>.

Raporu hiç veya alması gereken zamanda almayan işveren, bu nedenle oluşacak zararlardan yükümlü bulunur<sup>48</sup>. Bu konuda, iş kazasının, restorasyon işinde inşaat iskeleti ve çatı kurulumu işi yapan sigortalının iş yerinde kalp krizi geçirmesiyle meydana geldiği görülen olayda, Y. 10. HD, karar tutanağına da geçen ilk derece mahkemesi olan İstanbul 36. İş Mahkemesinin verdiği bir kararda, çok tehlikeli ve tehlikeli derecede olan çalışmalarda çalıştırılacakların, işe başlamadan ve işin devamında belirli sürelerde genel olarak sağlık kontrolü ve muayenesine tabii tutulması gerektiği, çalışanların yapacakları işe uygun olup olmadıklarını gösteren işe giriş ve tekrarlayan sağlık muayenesi ile gerekli tetkik ve tarama sonuçlarının veya neticesinin yazılarak işyerinde muhafaza edilmesinin gerektiği, çalışanın, iş güvenliği hususları izlenerek ya da gözetim ve denetimde bulunarak sağlık durumuna uygun şartlarda ve sağlığı bozulmayacak veya etkilenmeyecek işlerde çalıştırılıyorsa, rahatsızlığına uygun olabilecek işlerde görev alması sağlansaydı, kalp krizi baskın olmayacağını, bahsi geçen tüm bu hususların gereğini yerine getirmeyen, davalı işveren şirketin kazanım oluşumunda birinci derecede kusurlu olduğu, çalışan işe girmeden önce mevcut sağlık durumu hakkında işvereni bilgilendirmesi, bütünsel veya bütün olarak sağlık kontrollerinin düzenli bir biçimde yerine getirilmesini işyerinden talep etmesi, buna uygun işlerde çalıştırılması hususunda uyarıda bulunmasının gerektiği vurgulanmıştır<sup>49</sup>.

Raporlara itiraz sağlık bakanlığı tarafından belirtilen hakem hastanelere yapılır, bunun üzerine verilen kararlar kesindir. İtirazlar raporun kişiye teslim veya tebliğinden itibaren 30 gün içinde yapılır sonrasında il sağlık müdürlükleri hakem hastaneyi belirleyerek kişiye veya kuruma tebliğ eder<sup>50</sup>. İtirazlara karşı hakem hastanelerce verilen kararların kesin olduğu ifade

<sup>47</sup> İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 1. Dava Dairesi, E. 2020/951, K. 2020/1415, T. 22.10.2020.

<sup>48</sup> Sarıbay Öztürk, Gizem: İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, Beta Yayıncılık, 2015, s. 25; Akın, s. 669.

<sup>49</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2023/1667 K. 2023/10184 T. 24.10.2023 (www.dejure.ai); İlk derece mahkemesi, İstanbul 36. İş Mahkemesi 2018/67 Esas, 2020/170 Karar.

<sup>50</sup> Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s. 111.

edilerek, hakem hastanelerin vereceği kararlara karşı itiraz hakkı taraflara tanınmamıştır<sup>51</sup>. Ancak anayasal hak gereği olarak taraflara yargı yolunun açık olduğu şeklinde görüşler mevcuttur<sup>52</sup>. Ayrıca 3. fıkrada geçen hakem hastaneler ifadesinin Kanunun tanımlar bölümünde yer bulmaması da eleştirilmiştir<sup>53</sup>.

İŞHDSPY m. 9/c’de sağlık gözetiminde işyeri hekiminin yapması gerekenler düzenlenmiştir. Buna göre çalışanın kişisel özellikleri ve işyerinin tehlike sınıfına göre uluslararası standartlar ve işyerine yapılan risk değerlendirmesi kapsamında periyodik muayeneler öngörülmüştür<sup>54</sup>. Yine aynı maddenin alt bentleri gereğince işyeri hekiminin gebe, çocuk, genç, yaşlı ve engelli çalışanların sağlık gözetimini en geç 6 ayda 1 kez olmak üzere periyodik aralıklarla tekrarlaması öngörülmüştür<sup>55</sup>. Çalışanın yaşlı olması veya kronik hastalığının olması durumunda da işverenin sık sağlık gözetiminde bulunması faydalı olacaktır<sup>56</sup>. Bunların yanında aynı yönetmeliğin ek-2 ve ek-3 de belirtilen çalışanın genel sağlık bilgileri ve daha önce hangi hastalıkları geçirdiğine ilişkin tablolar işe giriş sırasında doldurulacak ve işveren tarafından muhafaza edilecektir<sup>57</sup>. Yukarıda sayılan özel grupların yanında meslek hastalığı teşhisi konulan veya meslek hastalığı noktasında ön tanı alanlar, kronik hastalığı olan (diyabet, tansiyon, kalp gibi), madde veya alkol müptelalığı, fazlaca iş kazası yaşamış olanlar gibi çalışanların da işe girişlerdeki muayene, raporlar ve tekrarlayan sağlık taramalarının yapılması gerekmektedir<sup>58</sup>. Bunun dışında işyeri hekiminin sağlık gözetimine ilişkin yükümlülükleri ve sorumlulukları arasında, sağlık- hastalık sebepleriyle işe

<sup>51</sup> **Senyen Kaplan**, E. Tuncay: “İşverenin Sağlık ve Gözetimi Yükümlülüğü ve Hekim Raporlarının Hüküm ve Sonuçları”, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 3, 2014, s. 18-35, s. 24.

<sup>52</sup> **Senyen Kaplan**, s. 24, bu durumda iş mahkemesine başvurmaları uygun görülebilecektir; **Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz**, s. 112.

<sup>53</sup> **Medeni**, Derya Başak: İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Sorumluluk, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Murat Şen), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2014, s. 55.

<sup>54</sup> **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 344; **Süzek**, s. 919.

<sup>55</sup> **Civan**, Orhan Ersun: “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 75, Sayı: 4, 2017, s. 203-290, s. 214; **Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz**, s. 107, İşyeri hekiminin gerek gördüğü halde bu süre kısaltılabilir (Yön. M. 9/2-c).

<sup>56</sup> **Civan**, Özel Politika, s. 277.

<sup>57</sup> **Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz**, s. 105.

<sup>58</sup> **Önal**, Buhara, Çalışanların Sağlık Gözetimi, Hacettepe Üniversitesi, Sunum Slaytı, <https://hisam.hacettepe.edu.tr/fizikseletkensemp100118/buharaonal.pdf>



devamsızlık hallerinde bunun tespit edilerek işyerindeki çalışma ortamından kaynaklanıp kaynaklanmadığı üzerinde durmak, bulaşıcı hastalıkların kontrolü, yayılmasının önlenmesi için gerekli hijyen koşulları ve muayene yapmak gösterilmiştir<sup>59</sup>.

İşverenin sağlık gözetim borcu ile fiziksel yetersizlikleri ve sağlık sorunları tespit edildiğinden sağlıklarına ve fiziksel durumlarına uygun işe geçmeleri söz konusu olacağından iş kazası ve meslek hastalığını azaltan bir yönü vardır<sup>60</sup>. Aslında çalışanların işe başlarken veya devamı süresince bu şekilde periyodik muayenelere maruz kalması sağlığı konusunda endişeden uzak durmasını ve böylece psikolojik açıdan da daha huzurlu bir ortam oluşmasını da sağlamaktadır<sup>61</sup>. Aynı zamanda yine madde gerekçesinde belirtilen şekliyle sağlık gözetiminin amacı meslek hastalığını önlemekle birlikte iş kazalarının azaltılmasıyla da doğrudan bağlantılıdır<sup>62</sup>. Yargıtay da birçok kararında<sup>63</sup> çalışanın meslek hastalığı yaşayıp yaşamadığını periyodik sağlık muayeneleri bulguları ve daha önce alınan sağlık raporlarının celbini isteyerek teyit etmektedir. Aşağıda bu kararlardan birine yer verilmiştir.

YHGK'nun 20.03.2013 tarihli bir kararında, işyerinde kalp krizi sonucu ölen işçinin iş kazası geçirdiğinden bahisle işverenin sorumluluğu kapsamında, sadece olayın iş kazası değil, işverenin, sağlık ve güvenlik tedbirlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğü dolayısıyla da koruma ve gözetme borcuna aykırı davranışı veya ihmalinin kanıtlanmasının gerektiği, işverenin çalışanın tekrarlanan, belirli periyotlarla sağlık muayenelerinin olup olmadığını, kişisel dosyasında kalp hastalığıyla ilgili alınmış bir istirahat raporunun varlığı-yokluğu, olay günü çalışmanı işyerinde rutin dışında bir gerginlik, sıkıntı ve stres içinde olacağı bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılıp kusur raporu düzenlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Akpınar, Teoman: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ekin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 294.

<sup>60</sup> Sarıbay Öztürk, s. 26.

<sup>61</sup> Senyen Kaplan, s. 22; Sarıbay Öztürk, s. 26.

<sup>62</sup> Özdemir, s. 137.

<sup>63</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2020/7117 Esas, 2021/6449 Karar, 18.05.2021 tarihli kararı (www.lexpera.com); Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2020/7594 Esas, 2020/6449 sayılı Karar, 12.11.2020 tarihli karar (www.lexpera.com); Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2020/11063 Esas, 2021/14299 Karar, 16.11.2021 tarihli kararı (www.dejure.ai); Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 2011/13558 Esas, 2012/6970 Karar, 12.04.2012 tarihli kararı (www.dejure.ai); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2016/2702 Esas, 2020/1018 Karar, 09.12.2020 tarihli kararı aksi görüş kısmı (dejure.ai)

<sup>64</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.03.2013, 1121/386. (lexpera)

Yukarıdaki olayda da geçen istirahat raporu, 5510 sayılı Kanunun 18. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yetkilendirilen doktor veya sağlık kuruluşlarından istirahat raporu alınmış olma koşuluyla, ifadesine yer verilmiştir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 39 gereğince de istirahat raporlarının *Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilen hekimlerce düzenlenmesi* şartı getirilmiştir. 2. fıkrasında, ayakta yapılan tedavilerde tek hekim raporu ile 1 kereden en çok 10 gün istirahat verilebileceği düzenlenmiştir. Bu süre toplam 20 günü geçmeyecektir. Ancak 20 günü aşarsa bu istirahat raporu sağlık kurulunca verilecektir. Bu kurulca verilen raporun da 6 ayı geçmeyeceği belirlenmiş ancak tedavi sonrasında malullük halinin azalacağı veya önleneceği kurulca tespit edilirse bu sürenin uzatılacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere bu maddede *istirahat* raporunun usulü ve süresi belirtilmiştir. Aynı maddenin devamında istirahat raporlarında sigortalının çalışıp çalışmayacağı veya sağlık kontrol muayenesinin yapılıp yapılmayacağı hususunun belirtileceği düzenlenmiştir. İstirahat raporlu kişinin çalıştırılması sağlık ve güvenlik bakımından sakıncalar teşkil edebilir. Ayrıca, istirahat raporlu işçiyi çalıştıran işveren bu durumu Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmez ise, ayrıca idari para cezası ile karşı karşıya kalır<sup>65</sup>. Paralel bir düzenlemeyle Devlet Memurlarına Verilecek Hastalık Raporları ile Hastalık ve Refakat İznine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 5'de, memurlar için hastalık, sağlık raporlarının tedavi altına alındıkları hastane veya kurum, aile hekimliği veya Sosyal Güvenlik Kurumuyla anlaşmalı sağlık hizmeti sunucuları tarafından tertip edilmesinin esas olacağı şeklinde düzenlenmiştir.

İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin<sup>66</sup> 6/4 fıkrasında, sağlık gözetimi yapılacak işçiye sağlık gözetimi süresince yürütülecek hizmet, amaç ve usuller hakkında önceden bilgi verilmesi ve sağlık gözetimi sonucunda da elde edilen veri, bulgu, belgelerin kullanılmasıyla ilgili de haberdar edilmesi gerektiği şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin 5. fıkrasında ise işçiler veya onların temsilcileri, mesleki hastalıkla alakalı şaibeli bir durumu var olduğunda sağlık gözetimi isteme hakkına sahiptir düzenlemesiyle işçiye sağlık gözetim borcunu talep hakkını vermiştir. Aynı şekilde İSGK 15/3 maddesinde de tekrarlanan işten uzaklaşmalardan sonra işe dönüşte sadece çalışanın talep

<sup>65</sup> **İnciroğlu**, Lütfi: "İstirahat Raporunu İşverene Bildirmeyerek Çalışmaya Devam Eden İşçinin Sözleşmesi Haklı Nedenle Feshedilebilir mi?", 2024, <https://legal.com.tr/blog/is-hukuku/istirahat-raporunu-isverene-bildirmeyerek-calismaya-devam-eden-iscinin-sozlesmesi-hakli-nedenle-feshedilebilir-mi/>, Erişim Tarihi: 10.05.2024.

<sup>66</sup> R.G. 15.08.2009- 27320.

etmesi halinde işverenin sağlık muayenesinin yapılmasını sağlamak zorunluluğu getirilmesi öngörülmüştür. Burada bu şekilde sağlık muayenesinin işçinin talebine bırakılması yerinde görülmemektedir<sup>67</sup>.

Geçici ve Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik<sup>68</sup> (GBSİGHY) de sağlık gözetimine ilişkin m. 8'e yer vererek, İSGK'nun 15. maddesine göre sağlık gözetimi yapılması gerektiği, belirli veya geçici süreyle çalışanlar için de sağlık gözetiminin yapılması gerektiği, yine aynı maddede özel sağlık gözetimi ile iş kaynaklı gereklilik devam ettikçe çalışanın sözleşme süresi sona erse de bu borcun devam edeceği hükme bağlanmıştır. Yönetmelik 4/1-b bendinde özel sağlık gözetimini de tanımlayarak, çalışan kişinin sağlık durumu da gözetilerek işin yürütümü ve şekli dolayısıyla maruz kalınan tehlike ve risklere yönelik yapılan sağlık gözetimi şeklinde ifade etmiştir.

Bu düzenlemelere paralel şekilde Çalışanların Gürültü ile ilgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik<sup>69</sup> m. 13'te, gürültüyle ilişkili olarak herhangi bir işitme kaybında erken tanı veya teşhis konulması ve çalışanların işitme güçlerinin korunması amacıyla; işveren risk değerlendirmesi sonucunu da gözeterek sağlık gözetim borcuna uyacak, işyeri hekimince periyodik muayeneler yapmasını sağlayacaktır. En yüksek gürültüye maruz kalan çalışanlar için işitme testi yapacak, çalışanlarda herhangi bir işitme kaybı görüldüğünde ve bunun işe bağlı meydana geldiği anlaşılırsa önce çalışan bilgilendirilecek, risk değerlendirmesi yapılacak, gerekli tedbirler uygulanacak (örneğin çalışanın başka işle görevlendirilmesi gibi) sonuç olarak düzenli, tekrar eden, periyodik muayeneler sonucu çalışanın sağlığı gözetilecektir, şeklinde düzenlenmiştir.

Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik<sup>70</sup> m. 12'de risk değerlendirmesi sonucu tehlike altında bulunan çalışanlar hakkında uygun sağlık gözetiminin uygulanacağı, işyerinde diğer koruyucu önlemleri alma yoluna gidildiğinde özellikle sağlık gözetimi borcu sonucu alınan raporlara itibar edilerek, hastalık-sağlık yö-

<sup>67</sup> **Özdemir**, s. 137; **Senyen Kaplan**, s. 23; **Ertürk**, Şükran: "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler", s. 20, *özellikle tekrarlanan işten uzaklaşmalarda, sık sık rapor kullanan bir çalışanın bulunması halinde işverenin bu çalışanın talebi ile bu kimseyi tekrar sağlık muayenesine tabi tutmak zorunda bırakılması ve işverenin bunu da finanse etmesi yerinde olmamıştır*; **Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz**, s. 106; **Yamakoğlu**, s. 107.

<sup>68</sup> R.G. 23.08.2013- 28744.

<sup>69</sup> R.G. 28.07.2013- 28721.

<sup>70</sup> R.G. 12.08.2013- 28733.

nünden tehlikeli kimyasal maruziyet olup olmadığı, tetkikler sonucu görülen risklerin makul düzeyde olduğu durumlarda sağlık gözetiminin yapılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca aynı maddenin devamında sağlık gözetimi uygulanan her çalışan için kişisel sağlık, hastalık ve maruz kalma kayıtlarının tutulup güncelleneceğine de yer verilmiştir.

Kanserojen veya Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik<sup>71</sup> m. 16'da, çabuk teşhis konulması ve çalışanların bu tarz maddelere maruz kalması sonucu risklerden korunmaları amacıyla maruz kalma öncesi ve sonrasında düzenli aralıklarla sağlık gözetimi yapılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca tehlikeli veya çok tehlikeli iş kapsamında olmasa da ekranlı araçlarda çalışanlar hakkında yönetmelikte ve gemi adamlarının sağlık, ikamet yeri ve yaşları hakkında yönetmelikte işe servisinde çalışacak gemi adamları için de sağlık gözetimi öngörülmüştür.

Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik<sup>72</sup> m. 7'de ve Çalışanların Titreşimle ilgili Risklerden Korunmalarına dair Yönetmelik m. 12'de de sağlık gözetimi düzenlenmiştir.

#### **D. Sağlık Verileri ve Korunması**

Sağlık bilgileri Kişisel Verileri Koruma Kanunu 6. maddesi gereğince özel nitelikli kişisel veri sayıldığından<sup>73</sup> bu verilerin saklanması hususunda çeşitli yönetmelik ve Kanun hükümlerine bakılacaktır. İşK 75. maddesinde, işveren her çalışan işçi bakımından özlük dosyası tutmakla yükümlü kılınmış bu dosyanın içeriğinde işçinin kimlik, iletişim bilgilerinin yanı sıra işçi açısından tutulan zorunlu bilgi ve belgelerin de yer alması gerektiği bu dosyanın da ilgili memur veya kurum ile paylaşılacağı hükme bağlanmıştır. Tabii ki ilgili kişilerle paylaşırken gizlilik sınırları ve kişisel veri ihlaline dikkat edilmesi gerekmektedir, şeklinde düzenlemeye yer verilerek işverenin her çalışan işçi bakımından özlük dosyası tutmasını zorunlu kılmıştır. Bu özlük dosyasının içinde sağlık raporu da dahil işçiye ilişkin birçok belge yer almaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği<sup>74</sup> 7. maddesi 1 ve 2. fıkralarında iş sağlığı ve güvenliğince tutulan her türlü detay, belge, bilgi, kayıt ve evrak işten ayrılma zamanından itibaren on beş yıl içinde saklanır. Çalışanın başka bir işyerinde işe başlaması durumunda yeni işveren çalışanın kişisel sağlık-hastalık belge ve raporlarının olduğu dosyasını yazılı olarak

<sup>71</sup> R.G. 06.08.2013- 28730.

<sup>72</sup> R.G. 24.07.2013- 28717.

<sup>73</sup> Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s. 104.

<sup>74</sup> R.G. 29.12.2012- 28512.

talep eder, eski işveren belgelerin yer aldığı dosyanın bir kopyasını onaylayarak 1 ay içerisinde gönderir. Bu hususta öğretide kişisel sağlık bilgilerinin çalışanın açık rızası olmadan aktarılmasının doğru olmadığını, böyle bir yükümlülüğün kanunla düzenlenmemesinin isabetsiz olduğu vurgulanmıştır<sup>75</sup>. Aynı doğrultuda Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik<sup>76</sup> m. 16/5'te, sağlık gözetimi sonucu edinilen kişisel tıbbi kayıtların maruz kalmanın son bulmasından en az 15 yıl süresince saklanacağını, bazı özel durumlarda (Yön. m. 13/2) kişisel tıbbi kayıtların son maruz kalmadan itibaren 40 yıl saklanması gerektiği şeklinde düzenleme mevcuttur.

Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik<sup>77</sup> m. 17'de de asbestle çalışan işverenlerin saklaması ve tutması gereken kayıtlar üzerinde durularak, asbest sökümü yapan çalışanlarla ilgili kayıtların tutulup saklanması gerektiğini, işyeri hekimi veya diğer sağlık personelinin bu kayıtları inceleyebileceklerini, çalışan kişilerin de kendilerine ait kayıtların örneğini alabileceklerini, asbest tozuna maruz kalmanın sona ermesinden itibaren 40 yıl boyunca bu kayıtların saklanması gerektiği, işyerinin devri halinde kayıtların da devredilen işletmeye teslim edileceği, işyeri kapanırsa da SGK'na teslim edileceği hükme bağlanmıştır.

Kanserojen veya Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik 16/2 fıkrasında da sağlık gözetimi sonucu buna ilişkin sağlık kaydı ve kişisel kayıtların tutularak işyeri hekimince gerekli önlem ve tedbirlerin alınacağını ve işçiye de bilgilendirme yapılacağı hükme bağlanmıştır. SSGSSK m. 78/3 fıkrası: "*Kurum, genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak işverenler, sağlık hizmeti sunucuları ve diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki defter, belge ve bilgileri inceleyebilir, ibrazını isteyebilir.*" Bu incelenen hükümler çerçevesinde işverenin işçiye ait belgeleri alma ve bunları saklama gerektiğinde de ilgililerle<sup>78</sup> paylaşımı gerekmektedir.

İşveren çalışanıyla ilgili sağlık raporu veya muayene sonucunda elde ettiği bilgi ve belgeleri kendisinde saklamalıdır. Bunları zorunlu olmadığı halde kamu makamları ile veya 3. kişilerle paylaşırsa ve işçi bundan zarar görürse kişilik hakkının ihlali nedeniyle uğradığı zarar için tazminat davası

<sup>75</sup> Yamakoğlu, s. 117.

<sup>76</sup> R.G. 12.06.2013- 28678.

<sup>77</sup> R.G. 25.01.2013- 28539.

<sup>78</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu ve işçinin yeni işvereni bkz. Civan, Orhan Ersun: İşçinin Yan Yükümlülükleri, Beta Yayıncılık, 2021, s. 117.

açabilir<sup>79</sup>. İşverenin sağlık gözetimi borcu tek taraflı olmayıp işçiye de buna uyma, katlanma yükümlülüğü yüklemektedir<sup>80</sup>. İşçi<sup>81</sup>, işyerinde yapılan periyodik sağlık kontrolüne girmediğinde, işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmesine de engel olmaktadır<sup>82</sup>. Bu durumda işverenin ne yapacağı hususu tartışma konusu olacaktır. Sağlık kontrolünden/gözetiminden kaçınan işçiye işverenin zorla sağlık muayenesi yaptırması olanak dışıdır<sup>83</sup>. İşçinin katlanma yükümlülüğüne uymaması konusunda öğretide çeşitli görüşler<sup>84</sup> olsa da kanımızca bu durumda herhangi bir geçerli veya haklı fesih yaratacağının önceden belirlenmemesi gerektiği somut olaya ve koşullara göre durumun değişeceği. İşK'nun 25/II-ı bendinde işin güvenliğini tehlikeye düşüren işçinin iş sözleşmesinin derhal haklı nedenle feshedileceği hükme bağlanmıştır. Yargıtay<sup>85</sup> da işyeri güvenliğinin tehlikeye düşürülmesini yeterli

<sup>79</sup> **Aydınlı**, s. 143.

<sup>80</sup> **Civan**, Yan Yükümlülükler, s. 117-125; bu durumla ilgili sağlık verilerinin, bulaşıcı hastalıkla ilgili olan verilerin işçinin rızası olmadan kamu kurum ve kuruluşlarıyla mevzuattan (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 57-104-133; Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği EK-1) kaynaklı paylaşılması gerekirken, işçinin sağlık gözetimine tabi tutulması ve sağlık verilerinin işyeri hekimi tarafından işlenebilmesi için açık rızasının gerektiği vurgulanmıştır; **Demir**, s. 185.

<sup>81</sup> İlgili paragrafta her ne kadar işçi denilse de, çalışmamızın giriş bölümünde de bahsedildiği gibi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kamu çalışanları da dahil tüm çalışanları kapsamaktadır.

<sup>82</sup> **Ergin**, Hediye: “Periyodik Sağlık Kontrolünden Kaçınan İşçinin İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt: II, Sayı: 42, 2019, s. 173-183, s. 178.

<sup>83</sup> **Ergin**, s. 180.

<sup>84</sup> **Ergin**, s. 179, çalışanın periyodik muayeneye haklı bir mazereti olmadan uymaması sonucu sözleşmesi haklı nedenle feshedilir şeklinde görüş benimsemiştir; **Demir**, Fevzi: “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alınmasında İşverenin Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, 2014, s. 675-704, s. 696, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymayan işçi için geçerli sebeple fesih değil haklı sebeple feshin daha uygun olacağı görüşünü benimsemiştir; görüşümüz yönünde bkz. **Civan**, Yan Yükümlülükler, s. 119-126; haklı nedenle fesih yanında özellikle bulaşıcı hastalık vb. durumlarda tahlil vs. ye onay vermekten, rıza vermekten kaçınan işçi için çeşitli disiplin cezaları öngörülebileceği

<sup>85</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 09.04.1992, 16257/3937, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04.11.2008, 30651/30368, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 29.02.2000, 20125/2369, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 16.05.2000, 3124/7050 kararlar için bkz. **Demir**, İş Hukuku Uygulamaları, s. 186; aynı yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 12.12.2011, 37034/47935, “...dava konusu olayda şoför olarak çalışan davacıya ilkyardım, emniyet kemeri vs. konularında eğitim verilmiş, davacı emniyet kemeri takma zorunluluğuna riayet etmemiştir, işyerinde şoför olarak çalışması da dikkate alındığında emniyet kemeri takmadan araç kullanması ağır kusur teşkil ettiği gibi objektif olarak iş güvenliğini de tehlikeye düşürecek nitelikte olduğu anlaşıldığından, davalının sözleşmeyi feshinin haklı olduğu kanaatine varılmıştır.” bkz **Ergin**, s. 182.

görerek böyle durumlarda işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanımıştır. Ek olarak işçinin işin sağlık ve güvenliğini tehlikeye düşürmeyen sağlık ve güvenliği kaidelerine uymaması durumu İşK m. 18 anlamında geçerli nedenle fesih sebebi sayılmıştır. Ayrıca İSGK m. 19 gereğince çalışanların kendi yaptıkları hareketten bizzat etkilenmeseler bile diğer çalışanların etkilenmesi veya onların sağlık ve güvenliklerinin tehlikeye düşmeleri durumunda da sorumlu olacaktırlar. Bu şekilde her iki tarafa da yükümlülük yükleyen bir borçta sadece TBK 419/1 maddesi gereğince de işe yatkınlık, işin ifasıyla alakalı ve sağlık ve güvenlik riskleri ölçüsünde testler ve muayeneler yapılmalıdır<sup>86</sup>.

Bütün bu Yönetmelikler ve ilgili Kanun maddeleri incelendiğinde, sağlık gözetiminin içeriğinin belirlenmesinde çeşitli ortak noktalar (sağlık muayenesi, sağlık raporu alınması gibi) olsa da yapılan işe, işin niteliğine veya çalışana göre değişen sübjektif ve olaya özgü yetkiler, önlemler de içerecek şekilde genel olarak tetkik derece ve zamanı konusunda hekime takdir hakkı verildiği<sup>87</sup> sonucuna varılmıştır.

İşverenin işe giriş sırasında işçinin sağlık gözetimini sağlaması aslında işveren açısından da avantajlı bir durumdur. Şöyle ki, işveren çalışanı işe alırken işletmenin şartlarına uygun kişileri seçerek, söz gelimi akciğer hastalığı olanlar tozlu ortamda; karaciğer hastalığı olanlar solventle çalışılan iş yerinde, sigara içenler asbestle çalışan yerlerde, kontakt tahrişi olan deterjanların olduğu yerde çalıştırılmaması gerekmektedir<sup>88</sup>, işe uygun kişiyi alarak işyerindeki tehlikeyi de optimize edebilecektir. Sağlık gözetiminin önemi Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 2021 yılında verdiği bir kararla gözler önüne serilmiş, karara konu olayda, maden ocağında kamyon şoförü olarak çalışan davacı işçinin, yemek molasından sonra işyeri sahasına yürüdüğü sırada yol kenarında ağaçların altında bulunduğu sırada fenalaştığı ve sonradan vefat ettiği olayda, işverenin sigortalının periyodik sağlık muayenelerinin olay anında geçerli mevzuatın gerektirdiği şekilde yerine getirilip getirilmediğini bu muayene ve raporlar sonucu sigortalının bünyesel durumuna uygun işte çalıştırılıp çalıştırılmadığı açıklığa kavuşturulması gerektiğinden mahkemece bu raporlar istenmiştir<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> **Civan**, Yan Yükümlülükler, s. 118; TBK m 419: “İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır.”

<sup>87</sup> **Özdemir**, s. 141.

<sup>88</sup> **Yüncü**, s. 17.

<sup>89</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2021/1035 K. 2021/16737 T. 28.12.2021 (www.dejure.ai)

## II. FARKLI DURUMLARDA İŞVERENİN SAĞLIK GÖZETİM BORCU

### A. Alt İşverenlik Durumunda

Bir işverenden, işyerinde yönettiği iş ve çalışmada özellikle bir ürün üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir kısmında işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle ihtisas olması gereken işlerde iş alan ve bu iş için iş verdiği çalışanları sadece bu işe özgüleyen iş aldığı işveren ile diğer işveren arasında kurulan ilişkiye asıl-alt işveren ilişkisi denir<sup>90</sup>. Asıl işverenin alt işveren işçileriyle arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki yoktur. Asıl-alt işveren arasında da iş veya vekalet sözleşmesi değil istisna, kira, taşıma vb. sözleşme bulunmaktadır<sup>91</sup>.

Kanun koyucu alt işverenlerin yanında bundan çıkarı da olan asıl işverenleri de sorumlu kılmaktadır<sup>92</sup>. Bu konuda İşK'nun 2/6 fıkrası gereğince, asıl işveren alt işveren çalışanlarına karşı işyeriyle ilgili olarak Kanundan, sözleşmeden ve alt işverenin muhatabı olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerde birlikte sorumludur. Burada bahsedilen birlikte sorumluluk müteselsil sorumluluktur; bu sorumluluk asıl işverenin sahibi olduğu işyerinde gerçekleşen hizmet süresiyle ve alt işverenin işçiler karşısındaki sorumluluğuyla sınırlıdır<sup>93</sup>. Yani asıl işverenin yükümlülüğü, alt işverenin yükümlülüğünden fazla olamaz.

Yargıtay bu konuda 27.06.2019 tarihli bir kararında, alt işverenin işçilerinin uğrayacakları iş kazası veya meslek hastalığında maddi manevi zararda alt işverenle birlikte asıl işveren de sorumlu olur, bu durumda dava alt işverene ve asıl işverene karşı birlikte açılabilmesi gibi sadece asıl işveren veya alt işverene de açılabilir<sup>94</sup>. Asıl işverenle alt işveren aralarında anlaşma yaparak birlikte sorumluluğu bertaraf edemezler, asıl işverenin sorumluluğunu kaldıramazlar, böyle bir anlaşma işçiye karşı ileri sürülemez iç ilişkide işverenler birbirlerine ileri sürebilirler<sup>95</sup>. Aynı şekilde meslek hastalığına uğrayan veya iş kazası geçiren alt işveren işçisine veya Kuruma karşı yükümlülükten asıl işveren kurtulamayacak olup bu yönde bir sözleşme

<sup>90</sup> 4857 sayılı İş Kanunu m. 2/6; **Süzek**, s. 163; **Ertürk**, İş Hukuku, s. 65.

<sup>91</sup> **Süzek**, s. 164.

<sup>92</sup> **Süzek**, s. 172.

<sup>93</sup> **Süzek**, s. 172; **Ertürk**, İş Hukuku, s. 77.

<sup>94</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 27.06.2019, 5073/4779, karar için bkz. **Süzek**, s. 172.

<sup>95</sup> **Süzek**, s. 173; **Ertürk**, İş Hukuku, s. 77.



muhataplar arasında iç ilişki ve dengede rücu açısından etkili olacaktır<sup>96</sup>. Ancak asıl işverenle alt işverenin çalışanları arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığından işe iade davası sonucu asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğü söz konusu olmazken alt işverenin işe başlatmamasından kaynaklanan iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücretinden alt işverenle birlikte sorumlu olur<sup>97</sup>.

Alt işveren kendi işçileri açısından işveren sıfatını taşıdığından ötürü İSGK'ndan doğan her türlü yükümlülükler uymak zorundadır. Bununla birlikte alt işverenlik şartlarından da sayılan, işin asıl işverenin işyerinde görülmesinden dolayı bir ortak çalışma alanından bahsedebiliriz<sup>98</sup>. Bu durumda asıl işveren ve alt işverenin iş ortamından kaynaklı risklere birlikte göğüs germeleri beklenmektedir. Çünkü çalışma ortamı iç içe geçmiş vaziyettedir. Bu nedenle alt işveren işçilerinin sağlık ve güvenliğinin sağlanmasında asıl işverenlere de çeşitli yükümlülükler getirilmiştir<sup>99</sup>.

SSGSSK m. 12/6'da, alt işveren tanımı yapılmış, bunun yanında bu Kanundan doğan yükümlülüklerden asıl işverenin birlikte sorumluluğu düzenlenmiştir. Buradan hareketle aynı Kanun m. 76/4, iş kazası ve meslek hastalığının işverenin kasti ya da genel sağlık sigortalısının sağlık ve güvenlik hükümlerine karşı hareketi sonucunda meydana geldiğinde sağlık hizmetlerinin işverene tazmin ettirileceği, işverenin sorumluluğunda kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı hükmüne gidilir ve asıl işveren de alt işveren gibi bundan sorumlu tutulur.

İŞHDSPY 9/2-c-10. fıkrasında, geçici olarak gönderilen çalışanlar ile alt işveren çalışanlarının yapacakları iş uygun olduklarını gösterir sağlık raporlarının sürelerinin dolup dolmadığının kontrol edilmesi gerektiği, düzenlemesi gereğince asıl işverenin, alt işveren işçilerinin sağlık gözetimi konusunda gerekli borcun yerine getirilip getirilmediğini de kontrol etme zorunluluğunun olduğu söylenebilecektir<sup>100</sup>.

İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik m. 18'de, işyerinde birden çok alt işveren bulunması halinde acil durum planları hazırlanması için asıl işveren, kendi çalışma alanları ve yapılan işle sınırlı olarak alt işverenler sorumludur, düzenlemesi ve Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehli-

<sup>96</sup> Yıldız, Eren: Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Gülsevil Alpagut), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 135.

<sup>97</sup> Ertürk, İş Hukuku, s. 77.

<sup>98</sup> Sarıbay Öztürk, s. 114.

<sup>99</sup> Civan, Özel Politika, s. 266.

<sup>100</sup> Civan, Özel Politika, s. 267.

kelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik m. 8/2'de, asıl ve alt işverenin varlığı halinde mevzuattaki diğer sorumluluk hükümleri saklı kalmak kaydıyla, asıl işverenin çalışanların sağlık ve güvenlikleri noktasında tedbirleri koordine etmekle ve organizasyonun hedefi, gerçekleşmesi için lüzumlu usul ve tedbirleri belirtmekten sorumlu olacağı, gibi çeşitli Yönetmeliklerde asıl işverene ve alt işverene çeşitli sorumluluklar yüklenmiştir.

Asıl işverenlerin, alt işveren çalışanlarına karşı mükellef olduğu yükümlülükleri dayandırma noktası öğretide farklı görüşlere sebep olmuştur<sup>101</sup>.

İşyerine giren, her yeni işçi için sağlıkları, mesleki durum veya iş kazası durumlarının tespit edilmesi ve o işin zararları göz önünde tutularak, işçinin uygun olup olmadığı belirlenmelidir. Y. 22. HD 2016 yılında, çelik üretim firmasında çalışan işçinin sık sık rapor alması sonucu işveren tarafından işyeri hekimine sevki gerçekleşmiş ve işyeri hekimi yaptığı muayeneler sonucu işçinin boynunda ve kafasında platin olduğunu fark ederek aslında işe girerken ağır ve tehlikeli işlerden olan çelik üretim işine, işçinin uygun olmadığını; bunun üzerine işçinin işe girerken sunmuş olduğu sağlık raporu incelendiğinde herhangi bir hastalığı olmadığı görülüp işveren tarafından işçinin yanılması sonucu sözleşme feshedilmiştir, mahkeme haklı neden olmasa da geçerli nedenle fesih şeklinde karar vermiştir<sup>102</sup>.

Alt işverenlik ilişkisinde ve diğer ilişkilerde de birden fazla işveren olması durumunda her iki işverenin de belge ve ispat açısından çeşitli kayıtları

<sup>101</sup> Aydın Başbuğ'a göre, asıl işveren ve alt işveren işçileri arasında sosyal temas vardır ve iş sağlığı ve güvenliğine aykırılık haksız fiil hükümlerine tabi; İbrahim Aydın'ya göre, esas yükümlü asıl işverendir, bağımsız borç ilişkisi gereği, borç ilişkisinin tarafı olan işveren olarak sorumlu tutulması gerekmektedir; Gizem Sarıbay Öztürk'e göre, edimden bağımsız borç ilişkisi görüşünü savunarak alt işverenin fiziken ve hukuken yetkisiz olduğu görüşünü paylaşmamaktadır. Ünal Narmanlıoğlu'na göre, alt işveren işçileri ve asıl işveren arasında bir edimden bağımsız borç ilişkisinin kurulduğunu kabul etmemektedir. Hande Bahar Aykaç'a göre, asıl işverenin, alt işveren işçilerine karşı sahip olduğu yükümlülükleri dürüstlük kuralına dayandırmaktadır; Levent Akın'a göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin iş hukukuna özgü dinamikler içerisinde değerlendirilmesi gerekir; Erdem Özdemir'e göre, edimden bağımsız borç ilişkisi görüşü, asıl işverenin özellikle cezai anlamda her durumda sorumlu olacağı sonucunu çıkarmaya elverişli olduğundan sakıncalıdır, ilgili görüşler için bkz. Sarıbay Öztürk, s. 114-119; Yıldız, s. 139-140; Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s. 390-391.

<sup>102</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2016/12013 K. 2016/15254 T. 30.05.2016; aynı yönde Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/3483 K. 2017/3865 T. 27.02.2017: "...işe giriş sırasında işçinin şeker hastası olduğunu bildirmedeğini ancak daha sonra yapılan periyodik muayenelerde bu duruma rastlanıldığını, bunun üzerine bilirkişi heyetinden rapor alınması gerektiğini, iş kolunda davacıya uygun başka bir iş alanının olup olmadığı hususlarında rapor alındıktan sonra feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde değerlendirilmelidir."

tutmaları gerekmektedir. Bu şekilde yeni işveren, eski işverenin yol açtığı yaralanma, kaza, hastalık vb. durumları ispat etme veya belgeleme ile kendisini kurtarma olanağı bulacaktır<sup>103</sup>. İş görme edimi gerçekleşirken yaralanma tehlikesi, yeni işyerinde de vardır. Bunu tespit edecek olan da, periyodik sağlık muayeneleridir<sup>104</sup>. İşe girerken yapılan muayene verileri ile periyodik olarak tekrarlanan sağlık muayenesi verileri arasındaki fark, yeni işverenin sorumluluğunu ortaya koyar.

Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği çeşitli hükümlerinde alt işverenlik durumunda sorumlulukla ilgili çeşitli hususları düzenlemiştir. Bu Yönetmeliğin 5/3. Maddesine göre, inşaat çalışmalarına bizzat katılan asıl ve alt işverenler sağlık ve güvenlik organizatörlerin fikir, düşünce ve tekliflerini dikkate alır. Yine aynı Yönetmelik 6/3 maddesinde, sağlık ve güvenlik koordinatörlerinin atanması veya bunların kendi görevlerini yapması alt işverenlerin sorumluluğunu etkilemez. 8/1 maddesi, aynı yapı alanında birden fazla işveren veya alt işveren olmadı durumunda 1 veya daha fazla güvenlik ve sağlık organizatörü görevlendirilir. 11/1-ç maddesinde sağlık ve güvenlik koordinatörleri işverenler veya alt işverenler arasında organizasyonu sağlamakla, iş kazaları ve meslek hastalıklarından çalışanları korumak için işverenlerce yapılan çalışmaları kontrol etmek, işverenler arası bilgi alışverişi sağlamakla görevlidir.

Mevzuatta sağlık gözetimi borcuyla alakalı başka herhangi somut düzenlemeye rastlamasa da asıl işverenlerin alt işverenlerle, alt işveren işçilerinin bilgilendirilmesi, gerekli ve doğru eğitimi alıp almadığının denetlenmesi, yine alt işverenle birlikte kurul oluşturma veya ayrı ayrı oluşturulan kurullar arasında işbirliği ve organizasyon sağlama gibi sorumlulukları olduğu çeşitli yönetmelik hükümlerinde ve İş Sağlığı Güvenliği Kanununda görülmüştür. Bunlara istinaden alt işverenler arasında sağlık gözetim borcuna ilişkin sadece yukarıdaki düzenlemeler olsa da bu borç oldukça önemli bir borçtur. Bu sebeple hem asıl işveren hem alt işveren buna uymalıdır. İşçi işe girerken alt işveren sağlık raporu istemeli, bu rapor alınmadığı takdirde asıl işveren bunu denetleyebilmelidir.

İşyerinde işin bir kısmını alan alt işveren çalışanlarının geçireceği bir iş kazasından da asıl işveren ve alt işveren birlikte yükümlü olur<sup>105</sup>. Asıl işve-

<sup>103</sup> Fişek, s. 209.

<sup>104</sup> Fişek, s. 209.

<sup>105</sup> Sümer, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 71; karşı görüş için bkz. Demir, İş Hukuku Uygulamaları, s. 194, İşyerinde işin bir bölümünü alan alt işveren işçilerinin geçireceği bir iş kazasından da asıl işveren değil, alt işveren bizzat sorumlu olur.

renin denetim yükümlülüğü kapsamında da alt işverenin gerekli koordinasyon, bilgilendirme, risk değerlendirmesi, sağlık gözetimi yapmadığı durumlarda asıl işveren denetim yükümünü yerine getirmediği takdirde ona da kusur atfedilebilecektir<sup>106</sup>. İŞK asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğunu öngörmekteyken bu sorumluluk cezai değil hukukidir<sup>107</sup>. Yani hukuki sorumluluk bakımından asıl işverenin kendi kusurundan dolayı sorumluluğunun yanında alt işverenle müteselsil sorumluluğu da vardır<sup>108</sup>. Ancak cezai sorumlulukta cezaların şahsiliği prensibi gereği cezai sorumluluğun direk tedbir almakta ihmali görülen işveren vekili veya alt işverene ait olması gerekmektedir<sup>109</sup>.

Birden fazla alt işveren olması durumunda olay daha da karmaşıklaşır. Bir işyerinde birden fazla alt işveren olabilir ve aynı iş ortamında çalışırlarsa tabi ki iş ortamı, işçilerin sağlığı (özellikle bulaşıcı bir hastalık söz konusu olduğunda) birbirlerinden etkilenecektir. Böyle bir durumda sağlık gözetimi borcu yukarıda bahsettiğimiz gibi alt işverenlere ait olacak. Ancak asıl işveren de alt işverenle birlikte sorumluluğu gereği alt işverenleri denetleyebilecek, alt işverenlerin yapmadıkları veya eksik yaptıkları hususları tamamlatabilecektir.

Bu duruma ilişkin 9. HD'nin 30.03.2022 tarihli bir kararında: "...*Asıl işverenin kendi işyerinde çalıştırılan alt işveren işçilerinden müteselsil sorumlu bulunan ve işin yürütümünün sağlıklı olmasından birinci derecede sorumluluğu bulunan kişi olması sebebiyle hizmet alım sözleşmesinde asıl işverene verilen yetkilerin denetleme yetkisi kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Sırf bu hususunun muvazaa teşkil etmesi gerekmez.*"<sup>110</sup>

Burada şu husus da önemli, eğer bir bulaşıcı hastalık vs. söz konusu olduğunda işyeri hekimi çalışanın sağlık durumunu işverenle ve gerekli mercilerle paylaşmalıdır<sup>111</sup>. Bunu yapmadığı durumda işyeri hekiminin İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik m. 11/2 gereği sorumluluğu doğabilecektir.

<sup>106</sup> Sümer, s. 72.

<sup>107</sup> Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s. 392, Sümer, s. 70-71.

<sup>108</sup> Bu sorumluluk da bazı yazarlara göre mutlak anlamda bir müteselsil sorumluluk değil, *asıl işveren ortak alanda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alacak ancak kendisine ayrılan alanda alt işveren tüm önlemleri alacaktır*, konuyla ilgili bkz. Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s. 391; Sümer, s. 70-71.

<sup>109</sup> Demir, İş Hukuku Uygulamaları, s. 194.

<sup>110</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 30.03.2022, 3443/420 bkz. Ekmekçi/Yiğit, s. 179.

<sup>111</sup> İzmirlioğlu, Ayça: "İşverenin Sağlık Gözetimi Sağlama Yükümlülüğüne Covid-19 Salgını Bağlamında Genel Bir Bakış", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 78, Sayı: 2, 2020, s. 465.

Muvazaalı alt işverenliğin yaptırımını İşK m. 2/7: “*Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.*” gereğince muvazaa durumunda alt işveren işçileri başından beri asıl işveren işçileri sayılırlar. Bu durumda asıl işverenin baştan sona kadar sağlık ve güvenlik tedbirlerinden yükümlü olacağında şüphe yoktur.

Yargıtay 23.10.2019 tarihinde verdiği bir kararda, bir Tıp Fakültesi Hastanesinin temizlik- hijyen işini alt işverene vermesi sonucu alt işveren işçisi hasta bakıcı davacı aynı anda İş Sağlığı ve Güvenliği Baş temsilcisi olarak görev aldığını, bu görevini yerine getirirken hastane yemekhanesinden bir grup işçinin zehirlendiğini belirten paylaşımlarını çeşitli platformdan insanlara duyurduğunu, davacının televizyon programına katılarak işveren hakkında ve onun aleyhine söylemlerde bulunduğu bu sebeple sözleşmesinin derhal feshedildiğini, işveren aleyhine tavrılarda bulunduğu ve işvereni ile sorunlar yaşadığının anlaşıldığını, davacının bu davranışlarının haklı feshe neden olacak nitelikte olmamasıyla birlikte iş ilişkisinin devam etmesinin davalı işveren bakımından zaruri ve makul sınırlar içinde beklenemeyecek daha doğrusu çekilmez hale gelmesine neden olduğu, feshin bu suretle geçerli nedenlere dayandığı şeklinde karar vermiştir<sup>112</sup>. Olayda fesih dışında şunu söylemek gerekir ki, işyerine bir işyeri güvenliği baş temsilcisi atandıysa onun işini doğru yapması ve iş güvenliğine dair kaidelerin uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi gerekmektedir. Bunu sadece alt işveren değil asıl işveren de denetlemelidir.

Gerek İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gerekse çeşitli yönetmeliklerde asıl-alt işverenin sağlık ve güvenlik önlemleri alma konusunda İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının nasıl oluşturulacağı, eğitim, bilgilendirme, risk değerlendirme ve tedbirler hakkında hükümler getirilmiştir. Ancak sağlık gözetimi borcunun yerine getirilmesi noktasında net düzenlemeler yer almasa da her türlü sağlık ve güvenlik tedbirinin alınması noktasında sağlık gözetimi borcu da bu hususun içinde değerlendirilmelidir.

### **B. Geçici İş İlişkisinde**

Geçici iş ilişkisi; ödünç ilişkisi olarak da anılan bu ilişkide, işverenin dışardan hizmet alma ihtiyacı duyduğunda başvurduğu, İşK m. 7’de düzenlenmektedir. Buna göre: “*Geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu aracılığıyla*

<sup>112</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2019/5877 E., 2019/18656 K., 23.10.2019 tarih. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir.” İşverenin işçisini bir süreliğine başka bir işverene iş görmek için göndermesidir<sup>113</sup>. Geçici iş ilişkisi iki türlü olarak kurulabilir ilki özel istihdam bürosu aracılığıyla diğeri ise holding veya aynı şirketler topluluğu bünyesinde gerçekleşir.

Özel istihdam bürosu vasıtasıyla oluşturulan geçici iş ilişkisinde işveren sıfatı özel istihdam bürosundadır. İşçinin yanında çalıştığı işveren geçici işverendir. Özel istihdam bürosu iş arayan kişileri uygun oldukları işe yerleştirerek aracılık faaliyeti yürüten bürolardır<sup>114</sup>. Özel istihdam büroları vasıtasıyla geçici iş ilişkisi kurulabilecek durumlar 7 bent halinde İK m. 7’ de ayrı ayrı sayılmıştır. Konumuz gereği bunlara detaylı değinilmeyerek sağlık ve güvenlik önlemleri hakkında bilgi verilecektir. Şöyle ki, geçici işveren İSGK ve sağlık ve güvenliğe ilişkin mevzuatı hem kendi işçilerine hem de geçici işçilere uygulamak zorundadır<sup>115</sup>.

İŞK m. 7/13’de, sözleşme zamanının bitmesine rağmen geçici iş ilişkisinin sürmesi durumunda geçici işçi çalıştıran yani devralan işverenle geçici olarak çalışan işçi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır. Böyle bir durumda özel istihdam bürosu geçici iş ilişkisinden kaynaklanan işçinin aylığından, çalışanı koruma yükümünden ve sosyal sigorta primlerinden sözleşme süresiyle sınırlı olarak yükümlü tutulacaktır. Ve İSGK m. 17/6: “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlar.”

Öncelikle GBSİGHY m.5’de geçici veya belirli süreli işlerde, işveren, çalışanların sağlık ve güvenliklerinin korunmasında farklı uygulamalarda bulunamaz, bu çalışanları farklı işleme tabi tutamaz düzenlemesiyle eşit davranma borcu öngörmüştür. Buna göre geçici işveren, çalışanların sağlık ve güvenliklerinin sağlanmasını ve bu sağlık ve güvenliğin korunmasını içeren çalışma koşulları açısından aynı işyerinde çalışan diğer işçilere yani emsal işçilere sağlanan korumayı geçici işçilere de sağlamak zorundadır<sup>116</sup>.

GBSİGHY m. 9’a göre, işyerinde sağlık ve güvenlik hizmetinin yerine getirilmesi için görevli olan kişiler, belirli süreli çalışanın işvereni veya geçici süreyle çalışanların geçici iş ilişkisi kurulan işvereni tarafından bilgilen-

<sup>113</sup> Ekmekçi/Yiğit, s. 180.

<sup>114</sup> Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, m. 3/1-j

<sup>115</sup> Ekmekçi/Yiğit, s. 213.

<sup>116</sup> İren, Ertan: “Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Alma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 60, 2011, s. 281-308, s. 290.

dirilir. Sözü geçen çalışanlar için de diğer çalışanlarla birlikte sağlık ve güvenlikleri için gerekli çalışma yapılır.

Yine aynı Yönetmelik 8. maddesinde, sağlık gözetiminde uyulacak hususlar belirlenmiş, belirli veya geçici süreli çalışanlar için işin gerektirdiği özel sağlık gözetimi yapılacak bu gözetim çalışanın işten doğan lüzum devam ettiği sürece sözleşme süresi sona erse de yapılması şeklinde sağlık gözetimini düzenlemiştir. Bu düzenleme asıl işveren ile geçici işverenlerin yükümlülüklerinin ayrı ayrı düzenlenmeyip sadece geçici işverene ilişkin bir yükümlülük belirtilmesi noktasında öğretide eleştirilmiştir<sup>117</sup>. Devreden (ödünç veren) işveren tarafından, İSGK m.15 gereğince yükümlü olduğu için, çalışan geçici olarak başka işyerinde çalışsa bile belirli aralıklarla tekrarlanan sağlık kontrolünden geçirilmesi ve bunun denetlenmesi gerekir<sup>118</sup>.

Görüldüğü üzere madde metninde özel sağlık gözetiminden bahsedilmiştir. Yönetmeliğin m. 4/1-b’de özel sağlık gözetiminin tanımı yapılarak, çalışan kişinin kişisel olarak özel sağlık durumunun tespit edilmesi üzerine iş görme edimi sırasında maruz kaldığı tehlike ve risklere karşı yapılan sağlık gözetimi, ifadesine yer verilmiştir. İŞHDSPY m. 9/2-c-10’da da işyeri hekiminin görevleri arasında işyerine geçici şekilde gönderilen çalışanların yapılacak işe elverişli olduğunu gösteren sağlık rapor ve belgelerinin zamanının bitip bitmediğini kontrol etme görevi olduğu vurgulanmıştır. Yani periyodik sağlık raporları süresi bitinceye kadar geçerlidir<sup>119</sup>. Bu belirtilen sorumluluk geçici iş ilişkisiyle çalıştırılan işçilere yönelik olup belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere yönelik değildir<sup>120</sup>.

Yönetmelik m. 11’de, devreden işveren ile geçici iş ilişkisi kurulan, devralan işveren, işin yapılması ile ilgili koşullardan sorumludurlar. İşin yapılmasına dair sorumluluk, sağlık ve güvenlik ve iş-hijyeniyle sınırlıdır düzenlemesiyle geçici iş ilişkisindeki sağlık ve güvenlik önlemleri alma noktasında sorumluluk vurgulanmıştır. 11. maddede yapılan iş süresince denilerek süre olarak sorumlulukta sınırlandırmaya gidilmişken 8. maddede öngörülen özel sağlık gözetimi taraflar arasındaki sözleşme sona erse de devam edeceği yönünde istisna öngörmüştür.

<sup>117</sup> **Erdoğan**, Canan: “Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Alma Yükümlülüğü”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 2, 2017, s. 127-158, s. 144.

<sup>118</sup> **Erdoğan**, s. 144.

<sup>119</sup> **Balkı**, Gönül: “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt: IV, Sayı: 28, 2012, s. 20-42, s. 27.

<sup>120</sup> **Civan**, Özel Politika, s. 270.

Söz konusu Yönetmelik yürürlüğe girdiğinde henüz meslek edinilmiş, özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulmuş geçici iş ilişkisi düzenlenmemekteydi<sup>121</sup>. Ancak Yönetmelik İŞK'daki geçici iş ilişkisi tanımına atıf yaptığından daha sonra da meslek edinilmiş, özel istihdam bürosu vasıtasıyla kurulan geçici iş ilişkisi de bu tanıma dahil olarak bu Yönetmelik kapsamında girmiştir<sup>122</sup>. İŞK m. 7/9-f'de, geçici işçi çalıştıran işveren, gerekli eğitimleri vermekle ve gerekli tedbirleri almakla, geçici işçi de bunlara uymakla yükümlüdür, şeklinde sorumluluk düzenlenmiştir.

4904 sayılı Türkiye İş Kurumu ile ilgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanununun 19/2 maddesinde, özel istihdam bürosu işçisi için İSGK ve SSGSSK'ndan ve-İşsizlik-Sigortası Kanunundan doğan yükümlülükler özel istihdam bürosu katlanmakla yükümlüdür, hükmüne yer verilmiştir.

İŞK 7. maddesi son fıkrası: “*Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen aylığından, işçiyi-çalışanı koruma yükümlüğünden ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren-ile -birlikte-sorumludur.*” Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde devralan ve devreden işverenlerin birlikte sorumluluğu öngörülmüşken Türkiye İş Kurumu Kanunu bahsi verilen hüküm gereğince de meslek edinilmiş, özel istihdam bürosu vasıtasıyla geçici iş ilişkisinde gözetme borcunun asıl yükümlüsü olarak özel istihdam bürosu öngörülmüştür. Bunlara rağmen GBSİGHY'de sağlık gözetimi noktasında hangi işverenin sorumlu olacağı hususunun net bir şekilde düzenlenmemesi öğretilmiş<sup>123</sup>.

Yargıtay'ın 20.06.2019 tarihinde verdiği bir kararında, geçici iş ilişkilerinde, her iki işverenin de sağlık ve güvenlik koşullarından beraberce sorumlu olması gerektiğini kabul ederek, işçiyi geçici gönderen işverenin sorumluluğunun yanında geçici olarak çalıştıran işverenin de sorumluluğa ortak olacağına vurgu yapılmış, geçici olarak devreden işverene, devralan işverenin işyerindeki sağlık ve güvenlik koşullarını kontrol etme yükümlülüğünün Yasadan kaynaklandığı vurgulanarak, geçici işverenin yanı sıra iş görme edimini yerine getiren, çalışan işçinin uğradığı iş kazasından, makul nedensellik bağının kurulamadığı ya da kesildiği kanıtlanmadıkça, işçisini gönderen yani devreden işverenin de yükümlü olacağını, aradaki ilişkinin net olmadığını ancak dava dışı davalı adına tescil edilmiş olan özel bina inşaatı işyerinden bildirimlerinin yapıldığı sırada aradaki sözleşme gereğince geçici iş ilişkisi ile geçici olarak davalı şirkete ait atölyede çalışırken iş kazasının

<sup>121</sup> Civan, Özel Politika, s. 269.

<sup>122</sup> Civan, Özel Politika, s. 269.

<sup>123</sup> Özdemir, s. 239.



meydana geldiğini, sigortalı ile davalılar arasındaki ilişkinin niteliğinin net olarak ve kusurlarının belirlenmesi için bu ilişkinin niteliğine göre değerlendirilmesi gerektiğine karar verilmiştir<sup>124</sup>.

İş kazası ve meslek hastalığını bildirme noktasında İşK m. 7/9-c'de, geçici işçinin meslek-hastalığı ve iş kazası-durumlarını özel istihdam bürosuna derhal, 5510 sayılı Kanuna göre de ilgili mercilere bildirmekle yükümlüdür, hükmü getirilmiştir.

### C. İşyeri Devrinde

İşyeri devri, İşK 6. maddesinde düzenlenmiştir: “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana geçer.” İşyeri devrinde çeşitli koşullar öngörülmüştür. Bunlar, öncelikle işyeri veya bölümün devrinden söz edebilmek için işyeri veya bölüm söz konusu olmalı, işyerinin tümü ya da bir bölümü başkasına devredilmiş olmalı, devreden ve devralan işveren arasında işyerinin devriyle ilgili hukuki işlem söz konusu olmalıdır<sup>125</sup>.

İşyeri devrinde işçilerle işveren arasındaki sözleşme tüm borç ve hakları ile devam ettiğinden işçilerin kıdem süresinde de bir kesinti söz konusu olmaz. İşyeri devri bir fesih olmadığından işçiler kıdem tazminatı dahil feshe bağlı alacaklarını talep edemezler<sup>126</sup>. Yine işyeri devri kural olarak işçiye haklı nedenle derhal fesih hakkı da vermez. (İşK m. 5)

İşK m. 6/2 ve 3. fıkralarında, devralan işveren hizmet süresine ilişkin haklarda devreden işveren yanında geçen sürelerle göre işlem yapmakla yükümlüdür. Devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken alacaklardan devreden ve devralan işveren sorumludur. Devreden işverenin sorumluluğu devirden itibaren 2 yıllı sınırlıdır, şeklinde işyeri devrinin sonucunu düzenlemiştir. Buna göre işyeri devri halinde devreden ve devralan devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan birlikte müteselsilen sorumludur<sup>127</sup>. Ancak bu durumda devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren 2 yıl ile sınırlıdır. Feshe bağlı haklardan devralan işveren tek başına sorumludur. Ancak kıdem tazminatında devreden işverenin de sorumluluğu öngörülerek devir tarihindeki ücret seviyesi ve

<sup>124</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 20.6.2019, E. 2017/2359 K. 2019/749 T. 20.6.2019 (lexpera)

<sup>125</sup> Ertürk, İş Hukuku, s. 89.

<sup>126</sup> Ertürk, İş Hukuku, s. 87.

<sup>127</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 63.

kendi dönemiyle sorumlu olduğu görülmüştür. İşyeri devrinde iş sözleşmesinin devrindeki gibi işçinin rızasına ihtiyaç yoktur<sup>128</sup>. İşyeri devri sonucunda daha önce işçi-işveren arasında kararlaştırılan tüm yükümlülükler devralan işveren için de geçerli olmaya devam eder<sup>129</sup>.

İşyerinin devri halinde sağlık gözetim borcu da devralan işverene geçer. Ancak işçinin işe giriş tarihindeki sağlık muayenesinin yaptırılması ve sağlık raporu alınması noktasında devreden işverenin sorumluluğu ortaya çıkar. Tehlike sınıfına göre faaliyet gösteren işkollarında işçi işe girerken sağlık raporu alınması gerekmektedir. Bu yükümlülüğüne uymayan işverenin çeşitli sorumlulukları doğmaktadır. Devir sonrası periyodik olarak yapılacak sağlık muayenelerinden devralan işveren sorumlu olacaktır. İşçinin meslek hastalığı ve iş kazası riski taşıyıp taşımadığı bu konudaki bilgilendirmelere ilişkin yükümlülük devir sonrasında devralan işverene geçecektir.

### III. SAĞLIK GÖZETİM BORCU İHLALİNDE İŞVERENE UYGULANAN YAPTIRIMLAR

İşveren sağlık gözetim borcuna uymadığında, sağlık açısından gerekli periyodik bakımları ve muayeneleri, sağlık raporlarını uygulamadığında işverenin cezai, hukuki ve idari yükümlülüğü doğar<sup>130</sup>. İşverenin işçiye çalıştığı işe uygun rapor aldırması veya sağlık ocağından rapor aldırarak çalıştırması halinde işverenin sorumluluğu doğacağı Yargıtay kararlarında da belirtilmiştir<sup>131</sup>. Bunun yanında illiyet bağı kurulduğu ölçüde işverenin meslek hastalığı ve iş kazasından da yükümlülüğü gündeme gelecektir<sup>132</sup>. İlliyet bağı kaza/hastalık ve sağlık gözetimi arasında bağlantı olması demektir<sup>133</sup>. İşverenin sorumluluğu noktasında Yargıtay 09.05.2023 yılında verdiği kararda, davacı murisin görev aldığı gece vardiyasında çalışmalarını yürütmek için işyerine geldiği, sonrasında mide rahatsızlığı ve kendini iyi hissetmediğini, dinlenmeye çekildiği, sabah kalp krizi sebebiyle ölü bulunduğu, iş kazası kabul edildiği, çalışanın gerçekleştirdiği işin tehlikeli sınıf kapsamında olduğu, çalışan işe başlarken aile hekimliği tarafından alınan sağlık

<sup>128</sup> Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Ersin/Erdoğan, Canan: Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması, İntes Yayınları, Ankara 2021, s. 69.

<sup>129</sup> Uşan/Erdoğan/Erdoğan, s. 69.

<sup>130</sup> Ergin, s. 179; Özdemir, s. 142.

<sup>131</sup> Yargıtay kararları için bkz. Özdemir, s. 143, 398, 399 ve 400. atıflar, 400. atıf sağlık raporu alma yükümlülüğünün ihlalinde Sosyal Güvenlik Kurumunun da sorumlu tutulacağına ilişkin Yargıtay kararı; Aydın, s. 143, 58 ve 59. atıflar.

<sup>132</sup> Özdemir, s. 143.

<sup>133</sup> Özdemir, s. 143.

raporunun uygun görüldüğünü, sonra işyeri hekimi tarafından düzenlenen raporda belirli bulgulara dikkat çekilmesine rağmen (tansiyon takibi, kardiyovasküler sistem muayenesi bulguları), tansiyon takibinin gereği gibi yapılmadığı, olay gecesi mide rahatsızlığı ve kendini iyi hissetmemesi ile başlayan sağlık sorununun gözetiminde yetersiz kalındığını, doktora veya eve götürülmesi yönünde teklifte bulunulması ve işçinin uyumasına müsaade edilerek sağlık yönünden gözetimsiz bırakılması yerine, yetkililer ve işyeri hekimi gibi uzmanlarla iletişim kurularak daha önce tespiti yapılmış sağlık riskleri bakımından gerekli hususların değerlendirilmesi, uygun sağlık kurumlarına derhal sevki ve sağlık kontrollerinin yapılması gerektiği, bu sebeplerle davalının %50, davacının %25 kusurunun bulunduğu tespit edilmiştir<sup>134</sup>.

Aşağıda işverenin bu sorumluluğu ayrı ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Aşağıdaki başlıklara geçmeden önce şunu da belirtmekte yarar var ki, uygulamada yargılama faaliyetleri çok uzun süreler almakta ve bu durum da yaptırımların caydırıcılık özelliğini azaltmaktadır. Yargılama esnasında işyerinin tehlike sınıfının belirlenmesi veya değiştirilmesi veya bu husustaki bir anlaşmazlık sürecin oldukça uzamasına sebebiyet vermektedir. Günümüzde artık işyerinin tehlike sınıfının belirlenmesi NACE kodu verilen sistem üzerinden yapılmakta ve işyerinin girdiği tehlike sınıfı İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği'ndeki listeden oldukça kolay bir şekilde bulunabilmektedir. Ancak uygulamada bazen işverenin yaptığı suistimallerden de kaynaklanan tehlike sınıfının aslında tam olarak saptanamaması durumları oluşabilmektedir<sup>135</sup>. Bu nedenle teknik iş müfettişlerinin daha hızlı hareket etmeleri gerekmektedir.

## A. Hukuki Yaptırım

### 1. Tazminat Sorumluluğu

Tazminat hukukumuzda asıl olan gerçek zararın tazmin edilmesidir. Sözleşmeye aykırılık vesilesiyle haksız kazanç sağlanamaz. Zira hukukumuzda, tazminatların zenginleşme vesilesi olması kabul edilmeyen bir husustur<sup>136</sup>.

<sup>134</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 09.05.2023, 6700/5085, (lexpera)

<sup>135</sup> Bu duruma örnek olarak, işçinin çalıştığı işkolu daha az tehlikeli iş grubuna girerken zamanla bu iş kapatılıyor ve yeni bir iş faaliyetiyle devam ediyor ancak yeni iş faaliyetinin tehlike derecesi artmış oluyor. Bu gibi durumların yargılama sırasındaki tespiti süreci oldukça uzatmaktadır.

<sup>136</sup> **Korkusuz**, M. Refik/**Korkusuz**, M. Halit: Avukatlık Hukuku, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2022, s. 205.

Hakim, işverenin gözetleme borcuna aykırı davranması sonucunda ödemesi gereken tazminatın miktarını takdir ederken, hal ve mevkiin icabına ve kusurun ağırlığına göre tazminatın şeklini ve kapsamını belirleyecektir. Burada kusurun ağırlığı yanında, tarafların maddi durumları, zararın öngörülemezliği, çalışanların müterafik kusuru, müvekkilin elde ettiği yararların denkleştirilmesi vs. de dikkate alınmalıdır<sup>137</sup>.

TBK m. 53-56 gereğince işçinin yaralanması veya diğer zararlandırıcı eyleme maruz kalması halinde Sosyal Sigortalar Kurumunca karşılanmayan zarar için maddi tazminat ile manevi tazminat, işçinin ölümü halinde mirasçılara manevi tazminat, mirasçılara destekten yoksun kalma tazminatı ve şartları varsa kendisine kaybettiği çalışma gücü nedeniyle maddi tazminat davası işverene karşı ikame edilebilir. İşçinin sigortaca karşılanmayan zararlarından işveren sorumlu olsa veya olay kaçınılmaz olsa ve işverenin kusuru bulunmasa da sorumlu tutularak kusursuzluğu oranında indirim yapılırken işverenin hiçbir illiyet bağı yoksa sorumlu tutulmaz<sup>138</sup>.

#### **a. Maddi Tazminat**

Maddi tazminatın dayanağı TBK m. 54'te bedensel zararlar başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre işçi iş kazası veya meslek hastalığı sonucu bedensel zarara uğramışsa, ekonomik geleceği tehlikeye düşmüşse veya kazanç kaybetmesi gibi durumlarda masraflarını talep edebilecektir<sup>139</sup>. İşçinin ölümü halinde yakınlarına ödenen destekten yoksun kalma tazminatı, TBK m. 53 ve 55'te düzenlenmiştir. Yargıtay kararlarında da çoğu olayda görülen destekten yoksun kalma tazminatı, yoksun kalan kişilerle (ölene bağımlı olan kişilerin yani ölen kişinin devamlı olarak yardımında bulunduğu kişiler) ölen kişinin yaşasaydı muhtemel kazanç tutarının peşin ve toptan hali olarak tanımlanmıştır<sup>140</sup>.

Kısaca belirtecek olursak maddi tazminatın hesabında SGK tarafından ödenen tediyeler tenkis edilir, bakiyesi işverenden talep edilir. SGK'nın ödeme yapmadığı zararlandırıcı işlemde işverenin sorumluluğu daha geniş olabilir.

İşverenin sağlık raporu alma yükümlülüğünün ihlali SSGSSK'da Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı sorumluluğuna yol açmıştır. SSGSSK m.

<sup>137</sup> **Günerkök**, Özcan: Avukatlık Sözleşmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 169-170.

<sup>138</sup> **Demir**, İş Hukuku Uygulamaları, s. 188.

<sup>139</sup> **Cengiz**, İhtar: "İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 34, 2018, s. 123-142, s. 135.

<sup>140</sup> Y 4. HD, 30.5.1965, 11420/488 bkz. **Cengiz**, s. 136.

21/3'te, sağlık-hastalık olup olmadığına ilişkin rapor alınması gereken çalışmalarda böyle bir rapor olmaksızın veya alınan rapora aykırı olarak elverişli olmayan işte çalıştırılan kişi, bu işe girmeden evvel mevcut olan veya elverişli olmadığı işte çalışması neticesinde oluşan hastalık sebebiyle Kurum tarafından verilen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödettirilecektir.

Aynı kanununun 76. maddesi 1-2-3. fıkraları da yaptırımlar öngörmüştür. Buna göre, meslek hastalığına uğrayan veya iş kazası geçiren genel sağlık sigortalısı çalışana karşı işveren sağlık hizmetlerini sunmak zorundadır. Bununla işveren tarafından yapılan veya yapılacak olan hastalık-sağlık giderleri, masraf ve maliyetleri Kurumca karşılanacaktır. İşverenin ihmali veya gecikmesinden ötürü malul kalma ya da iyileşme-iyileştirme süresinin uzaması durumu oluşursa veya malullük derecesi artarsa, işveren giderleri ödemekle yükümlüdür. Sağlık kurulu raporu ile belli işte çalışamayacak olan kişiler tespit edildiyse bunlar o işte çalışamazlar. Yine eğer işveren bu kişileri çalıştırıyorsa aynı hastalık sebebiyle yapılan masrafları ödemek zorunda kalacaktır. Bunun yanında tedavisi sona eren ve çalışabilir durumda olan ancak buna ilişkin herhangi bir belge almadan çalışan kişinin masrafları kendisinden alınacaktır.

#### **b. Manevi Tazminat**

İşveren, iş yerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmaya zorundadır. İşçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür. İşveren, işçinin kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininden sözleşmeye aykırılık esasları çerçevesinde sorumluluk hükümlülerine tabidir. Dolayısıyla, koşulların varlığı halinde işçi, işverenden maddi veya manevi tazminat talebinde bulunabilir.

Manevi tazminatlarda Yargıtay'ın belirlediği genel manevi tazminat ilkeleri doğrultusunda, hakimin uygun gördüğü bir manevi tazminat miktarı davacı çalışanın duyduğu acı, elem, ızdırıp ve diğer manevi değerlerine karşılık olmak üzere takdir edilir.

Manevi tazminat TBK m. 56'da düzenlenmiştir. Buna göre, bir kişinin bedensel bütünlüğünün zarar görmesi durumunda manevi tazminat ödenir. Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde bu tazminatın kişinin yakınlarına ödenmesi de söz konusudur. Yargıtay kararlarında ölenin yakınına manevi tazminat ödenmesini aynı eylem sebebiyle ağır ruh ve sinir yapısının bozulması durumunda illiyet bağının kurulduğunu kabul etmiştir<sup>141</sup>. Maddi tazminata ilişkin hükümler kıyas yoluyla manevi tazminata da uygulanır ancak

<sup>141</sup> YHGK, 26.4.1995, 122/430 karar için bkz. Cengiz, s. 137.

maddi tazminatta mal varlığı söz konusuysen manevi tazminatta kişi varlığı söz konusu yani manevi tazminat miktarını hakim somut olaya göre takdir edebilecektir<sup>142</sup>.

Manevi tazminat işverenin gözetme borcunu yerine getirmemesinden ötürü çalışanın ruh yapısında meydana gelen elem, keder, üzüntü sonucu bu zararlarının karşılanmasıdır. Bu gözetme borcuna aykırılık, çalışanda cinsel, psikolojik taciz gibi çeşitli davranışlar olarak doğabilir. İşverenin gözetme borcu kapsamında sadece işverenin bu tarz davranışları değil diğer çalışanların da bu tarz davranışları elem, acı, ızdırıp ve kedere sebebiyet verebilir. Ancak bu durumda da manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi için çalışanın ruh sağlığında işveren ya da diğer çalışanın gerçekleştirdiği fiil sonucu olmalı ve aralarında illiyet bağı bulunmalıdır<sup>143</sup>.

Y. 21. HD'nin verdiği bir kararda, manevi tazminatı belirlemek için takdir yetkisi her ne kadar hakime bırakılmış olsa da ülkenin ekonomik koşulları dahil satın alma paritesi, ve mağdur çalışanın uğradığı manevi zararlar orantılı ve duyulan üzüntüyü hafifletici miktarda olması gerektiği vurgulanmıştır<sup>144</sup>.

İşveren, işçiye ait kişisel verilerini, ancak işçinin işi ile ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilecektir. İş ile ilgisi olmayan veya iş ile ilgisi olsa bile, işçiye ait kişisel verileri kullanma zorunluluğu olmayan işverenlerin aksi davranışı, diğer şartlarla birlikte “manevi tazminat” ı da gerektirebilir.

Uygulamada yargılamalar zaman zaman uzun sürmekte ancak bazen de işveren gözetim borcuna uymadığında karşısında sadece bir kişi değil birden çok çalışanın olduğu durumlarda ortaya çıkacak miktarın yüksekliği nedeniyle, davayı uzatma taktiklerine başvurabilmektedir<sup>145</sup>. Bu durumlarda zaman zaman çalışanlar çok büyük fedakarlıkla katlanmak zorunda kalabilmektedirler. Haklarına tamamen ulaşamama riskini taşıyorlar. Bu konu hakkında artan mağduriyetler sebebiyle ya özel sigorta sistemini yürürlüğe ko-nulması ya da özel kanun hükümleri ile “maddi ve manevi tazminat” mükellifliyetleri için tıpkı nafaka borcunda olduğu özel garanti mekanizmaları düzenlenmesi gereklidir.

<sup>142</sup> Cengiz, s. 138.

<sup>143</sup> Özer, Burcu/Kurukız, Talha Eren/Kenar, Aysu: İş Hukukunda Manevi Tazminat, <https://www.mgc.com.tr/is-hukukunda-manevi-tazminat/> (Erişim Tarihi: 20.08.2024)

<sup>144</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E. 2018/5373, K. 2019/5646, T. 01.10.2019 (kazancı)

<sup>145</sup> Özer/Kurukız/Kenar, İş Hukukunda Manevi Tazminat, <https://www.mgc.com.tr/is-hukukunda-manevi-tazminat/> (Erişim Tarihi: 20.08.2024)

## 2. Diğer Önlemler

Buraya kadar işverene uygulanan yaptırımlara değindik. Bunların yanında da işveren sağlık gözetim borcunu ihlal ettiği taktirde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı ve sözleşmeyi derhal fesih hakkı vardır. İSGK'nun 13/2 fıkrasında, çalışanın lüzumlu tedbirleri alınmıncaya değin çalışmaktan kaçınabileceği düzenlenmiştir. İlgili fıkra çalışmaktan kaçındığı devreye ilişkin ücreti ve diğer haklarının saklı olduğuna da değinilmiştir. Yine aynı kanunun m. 13/4 fıkrasında, iş sözleşmesiyle çalışan kişilerin tabi oldukları kanun hükümleri çerçevesinde iş sözleşmelerini feshedebilecekleri düzenlenerek, toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesiyle çalışan kamu çalışanın bu maddeye göre çalışmadığı dönem için de fiilen çalışmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu fıkra kapsamında fesih hakkı sadece iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından söz konusu olup<sup>146</sup> 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B ve 4/C maddeleri kapsamında kalanlar ve diğer kamu görevlileri için söz konusu değildir<sup>147</sup>.

İşverene karşı hukuki yaptırımların dışında çalışanın/işçinin de bu önlemlerin alınmaması noktasında çeşitli hakları<sup>148</sup> vardır. Bunlara kısaca değinmemizde yarar olduğu görüşündeyiz. İlk olarak İSGK 13. maddesinde düzenlenen çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkı çeşitli koşullara bağlanmıştır. Bunlar, yakın ve ciddi bir tehlikenin mevcut oluşu, riskin tespiti, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin alınmaması ve tehlikenin seyretmesi, işin durdurulmamış olması, hakkın kullanıldığı işverene bildirilmesi ve son olarak hakkın kullanılmasının başka kişinin yaşam ve bedensel bütünlüğü üzerinde tehlike teşkil etmesidir<sup>149</sup>. İkinci olarak yine aynı Kanununun 18. maddesinde düzenlenen çalışanın katılım hakkı noktasında, çalışan kişi veya temsilcisi; teklif verme, konuyla ilgili fikir belirtme, toplantılarda yer alma, ileri teknolojilerden faydalanması, iş araç-gereçleri seçimi ve çalışma ortamının sağlık ve güvenliğe etkileri konusunda görüş bildirme hakkına sahiptir<sup>150</sup>.

<sup>146</sup> 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olarak çalışanlar 24/II-e kapsamında sözleşmeyi feshedebileceklerdir.

<sup>147</sup> **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 370.

<sup>148</sup> Çalışanın katılım hakkı, İş Sağlığı Güvenliği Kuruluna veya işverene başvurusu, idari makamlara şikâyet hakkı, çalışmaktan kaçınma hakkı, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini fesih hakkı, tazminat hakkı.

<sup>149</sup> **Erkanlı Başbüyük**, Betül: İşçinin İş Görmek Kaçınma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 182.

<sup>150</sup> 6331 Sayılı Kanuna Göre Çalışanların Hakları, <https://avisosgb.com.tr/6331-sayili-kanuna-gore-calisanlarin-haklari/#:~:text=Kat%C4%B1%C4%B1m%20Hakk%C4%B1,-6331%20say%C4%B1%C4%B1%20%C4%B0%20%C5%9F&text=Kat%C4%B1%20Hakk%C4%B1>

Yine aynı şekilde çalışanlar şikâyet ve ihbar haklarına sahiptir, gerekli önlemleri almayan işvereni şikâyet edebilirler. İş sözleşmesiyle çalışan kişilerin İşK uyarınca haklı nedenle fesih hakları vardır.

### B. Cezai Yaptırım

Sağlık ve güvenlik önlemlerinin ihlali durumunda doğrudan cezai yaptırım uygulanabilmesi için işveren veya vekilinin cezai yaptırıma bağlanmış bir kuralı ihlali gerekir<sup>151</sup>. Sağlık ve güvenlik önlemlerine aykırılık sonucu doğacak cezai yaptırıma işveren ya da işverenin sağlık ve güvenlik tedbirlerini alma görevini verdiği işveren vekili katlanacaktır<sup>152</sup>. Sağlık ve güvenlik tedbirlerinin alınmaması sonucu, çalışanın meslek hastalığı veya iş kazasına maruz kalması durumunda; çalışanın vefat etmesi, yaralanması ya da uzuv kaybına neden olması ruhi ve bedeni zararlara duçar kalması durumunda şartları varsa TCK anlamında öldürme veya yaralama suçları oluşur<sup>153</sup>. Bu konuda harekete geçecek makam Cumhuriyet Savcılıkları olacaktır.

İş kazaları durumunda cezai koşulun özü kusura dayanmaktadır<sup>154</sup>. Ancak burada salt kusur sorumluluğunu düşünmemek gerekir, buradaki sorumlulukta işverenin makul bir insanın göstermesi gereken özen ve dikkatten daha fazla dikkat ve özen göstermesi gerekmektedir. İşveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyduğunu, gerekli dikkat ve özeni gösterecek hâkim de makul dikkat ve özen için gerekli davranış şeklini belirleyerek işverenin somut olayda gerçekleştirdiği davranış ile olması gereken davranışı karşılaştırarak kusurunu tespit eder<sup>155</sup>.

Yargı kararlarında ve öğretide görüşler, yargısal cezalara ilişkin öne sürülen durumlarda iş kazası sonucunun basit taksir, bilinçli taksir veya olası kasttan hangi sonucu doğurduğuna ilişkin değişmektedir. Bir görüşe göre iş kazaları sonucu oluşan durumlar bilinçli taksirdir, şöyle ki, işveren göstermesi gereken özen ve dikkati göstermemiş, alması gereken sağlık ve güvenlik önlemlerini almamış, risk değerlendirmesi yapmamış ve ihmalkâr dav-

---

C4%B1m%20hakk%C4%B1n%C4%B1n%20yaz%C4%B1%C4%B1%20kullan%C4%B1lmas%C4%B1%20%C3%B6nemlidir,kat%C4%B1%C4%B1m%20hakk%C4%B1%20delil%20olarak%20kullan%C4%B1labilecektir. Erişim Tarihi: 17.05.2024

<sup>151</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 372.

<sup>152</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 372.

<sup>153</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 372.

<sup>154</sup> Kovancı, Nuray: “İş Kazası Sonucu Ölüm Nedeniyle İşverenin Cezai Sorumluluğunun Suçun Manevi Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:11, 2018, s. 263-296, s. 281.

<sup>155</sup> Kovancı, s. 281-282.



ranmış bunun sonucunda iş kazasını istemese de öngörmüştür<sup>156</sup>. Yargı kararına konu bir olayda olası kast bakımından ise, emniyet ve güvenlik tedbirlerine uymamanın sonucunda meydana gelen durumu işverenin kabullendiği, daha önce hatalı ve eksik durumlar için yapılan tespit ve uyarılara rağmen aynı çalışma yöntemine devam etmesi taksir düzeyini aşır olası kasta sebebiyet verdiği öngörülmüştür<sup>157</sup>.

### C. İdari Yaptırım

#### 1. İdari Para Cezaları

Hukuki sonucu itibariyle adli para cezalarından ayrılan idari para cezaları, bu para cezasını kesmeye yetkilendirilmiş devletin idari kurumları tarafından verilen para cezalarıdır<sup>158</sup>. Bu kurumlar, Bakanlıklar, belediyeler, emniyet, kaymakamlık, valilik, sosyal güvenlik kurumu, Genel Müdürlükler (Örneğin, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü) şeklindedir<sup>159</sup>. İdari para cezalarına dair hükümler genelde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda yer almaktadır. Kabahatler Kanunu idari para cezalarını genel hatlarıyla düzenleyerek özel kanunlarla verilen idari para cezalarında o kanun hükümlerinin uygulanacağını kabul etmek gerekir. Ancak bu özel kanunlarda idari para cezalarına ilişkin kanun yolu düzenlenmemişse bu hususta 5326 sayılı Kabahatler Kanununun idari yaptırım kararlarına karşı getirdiği kanun yoluna ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>160</sup>. Kabahatler Kanununa aykırı hükümler getiren yeni kanun hükümleri yürürlüğe girerse bu hükümler uygulanır. İdari para cezalarının uygulanmasına ilişkin 442 nolu Tahsilat Genel Tebliği çıkarılmıştır.

İSGK 26. maddesinde, sağlık gözetimi borcunu ifa etmeyen işverene, her bir çalışan için bin TL idari para verileceği, hükmüyle sağlık gözetimine uyulmadığında idari para cezası öngörülmüştür. Öğretide verilen ceza kesinleştikten sonra suçun tekrarlanma ihtimalinde herhangi bir artırım öngö-

<sup>156</sup> **Kovancı**, s. 283; **Akın**, Levent: "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu", TİSK Akademi Dergisi, Sayı: 1, 2008, s. 210-231 (Cezai Sorumluluk), s. 219; Y 12. CD, 18.01.2016, 2015/2717, 2016/489 (lexpera).

<sup>157</sup> Y 12. CD, 14.11.2013, 2012/21104, 2013/25712 (Yargıtay karar arama); karşıt yönde bkz. **Özdemir**, s. 614; **Akın**, Cezai Sorumluluk, s. 218; **Kovancı**, s. 292.

<sup>158</sup> **Doğan**, Baran: İdari Para Cezası ve Uygulaması, <https://barandogan.av.tr/blog/cezahukuku/idari-para-cezasi.html> Erişim Tarihi: 20.08.2024

<sup>159</sup> **Doğan**, İdari Para Cezası ve Uygulaması, <https://barandogan.av.tr/blog/cezahukuku/idari-para-cezasi.html> Erişim Tarihi: 20.08.2024

<sup>160</sup> **Doğan**, İdari Para Cezası ve Uygulaması, <https://barandogan.av.tr/blog/cezahukuku/idari-para-cezasi.html> Erişim Tarihi: 20.08.2024

rülmemesi ve bununla ilgili bir düzenleme olmaması eleştirilmiştir<sup>161</sup>. Öğretilen öngörülen idari para cezasının caydırıcılık anlamında düşük kaldığı yönünde görüşler mevcuttur<sup>162</sup>. Kanımızca idari pazara cezasının miktar olarak düşük olması değil idari ve cezai yaptırımlar bakımından zaman zaman çıkan afların bu caydırıcılığı azalttığı aşıkardır.

M. 26/2’de idari para cezalarının Çalışma ve İş Kurumu il müdürünce verileceği ve 14. maddede belirtilen yükümlülükler uymama sonucu idari para cezasının Sosyal Güvenlik Kurumuna ödeneceği hükme bağlanmıştır. İdari para cezalarına karşı 7 gün içinde Sulh ceza mahkemesine itiraz etme hakkı bulunmaktadır<sup>163</sup>.

## 2. İşin Durdurulması

Bu başlık altında öncelikle İSGK’nun 24/A maddesini inceleyerek teftiş, denetim ve kimlerin yetkili olduğuna bakmamız gerekecektir. İSGK m. 24/A/1’de, bakanlığın eğitim kurum-kuruluşları, buna eş güvenlik ve sağlık birimlerini, teçhizat için tetkik birimleri, çalışma temizlik ve hijyen derece, ölçer tetkik laboratuvarlarında inceleme ve kontrol etmeye yetkili olduğu ve bakanlığın yerine bunları yerine getirmeye yetkili İSG Genel Müdürlüğünde görevli iş uzman ve yardımcısı fizik, mühendislik, kimya, biyoloji gibi alanlarda uzman kişilerce ifa edileceği, bu görevlilerin tüm bilgileri sır olarak saklaması gerektiği, bu görevlilerin işi işveren ve çalışan kişilerce de kolaylaştırılacağı ve bu fıkradaki usulün Bakanlıkça belirleneceği, düzenlenmiştir.

Teftiş ve denetimin amacı, iş kazalarının önlenmesi, meslek hastalıklarının sebebinin ortadan kaldırılması, işçilerin güvenli bir ortamda çalışmalarının sağlanmasıdır<sup>164</sup>. Bu teftiş ve denetimler sonucunda işyerindeki bina ve

<sup>161</sup> **Sarıbay Öztürk**, s. 311, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde verilen ceza kesinleştikten sonra suçun tekrar işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında arttırılmasından bahisle (1475 sayılı Kanun m. 104).

<sup>162</sup> Aynı yönde bkz. **Songür**, Neşe/**Aktaş**, Ömür: “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na göre İdari Para Cezalarının Caydırıcılığı Sorunu”, *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 9 Sayı: 18, s. 24-47, s. 41, 2020; karşı yönde bkz. **Terzioğlu**, Ahmet/**Aksungur**, Ali Burak: “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, Cilt:3, Sayı:6, 2019, s. 12-54, s. 51; **Aydın**, Ufuk/**Ezer**, Burcu: “İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılık Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezalarına İlişkin Sorunlar”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt:4, Sayı:43, 2014, s. 11-32, s. 30, idari para cezaları yüksek olmasına rağmen yaptırımların önleyicilik gücü şüpheli bulunmuştur.

<sup>163</sup> **Doğan**, İdari Para Cezası ve Uygulaması, <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/itari-para-cezasi.html> Erişim Tarihi: 20.08.2024

<sup>164</sup> **Demir**, İş Hukuku Uygulamaları, s. 191.

eklentilerinde, çalışma şartlarında veya şekillerde veya iş araç gereçlerinde çalışanlar için ölümcül risk taşıyan bir konu saptanırsa bu tehlike veya risk giderilinceye kadar, tehlikenin derecesi ve bu tehlikeden doğacak riskin etkileyeceği bölge ile çalışanlar göz önüne alınarak, işyerinin bir kısmında veya tamamında iş durdurulur (İSGK m. 25/1). Yapılan teftişlerde işveren tarafından sağlık ve güvenlik önlemlerinin hiç alınmadığı veya yetersiz alındığının belirlenmesi durumunda idarenin uygulamaya koyabileceği müeyyideler, idari para cezası, işin durdurulması, işçilerin çalışmaktan alıkonulması, kamu ihalesinden yasaklama olarak görülmektedir<sup>165</sup>. Bu maddeyle İSGK İşK'dan farklı olarak işyerinin kapatılması yaptırımını kaldırmıştır<sup>166</sup>. Bu konuda yetkili merci, mahallin en büyük amiridir, aksi takdirde, ilgili işlem yetki yönünden iptal ile malul olacaktır<sup>167</sup>.

Aynı maddenin 2. fıkrasında denetime yetkili işin durdurulması komisyonu hakkında, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftiş için 3 iş müfettişinden oluşan heyet, sağlık ve güvenlik anlamında teftişe yetkili iş müfettişinin belirlemesi üzerine, tespit tarihinden itibaren 2 gün içinde işin durdurulmasına karar verebilir. Fakat incelenen ve tespiti gerçekleşen hususun acil müdahale taşıması durumunda; saptamayı yapan iş müfettişi, heyetçe karar alınıncaya kadar geçerli olmak şartıyla işi durdurur (İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 25/2 maddesi). Yine 4857 sayılı İşK'nda işin durdurulması komisyonunda işçi-işveren temsilcileri varken İSGK'da 3 iş müfettişinden oluşan bir heyet söz konusudur<sup>168</sup>.

25. maddenin devam fıkraları ise, işin durdurulması kararının mülki idare amiri tarafından kolluk kuvvetleriyle 24 saat içinde yerine getirileceği, ancak acil müdahale gerekiyorsa aynı gün yerine getirileceği, işverenin yerine getirilme tarihinden itibaren iş mahkemesine 6 iş günü içinde itiraz edebileceği, bu hususta mahkeme kararının kesin olduğu, bu durum sebebiyle işsiz kalan çalışanların ücreti ödenecek veya ücretlerde bir eksiklik olmamak şartıyla farklı iş sağlamakla yükümlü olduğu, işin durdurulması sebeplerinin neler sayılacağı, durdurulan işlerde izinsiz çalıştırma yapılırsa 3 yıldan 5 yıla

<sup>165</sup> **Korkusuz, M. Refik/Korkusuz**, Tuba Nur: “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Almayan İşverenlerin İdari Sorumluluğu”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2016, s. 200-225, s. 204.

<sup>166</sup> **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 371.

<sup>167</sup> **Erdem**, [https://www.bariserdem.com/pdf/isin\\_durdurulmasi.pdf](https://www.bariserdem.com/pdf/isin_durdurulmasi.pdf) (Erişim Tarihi: 20.08.2024)

<sup>168</sup> **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 371; **Demir**, İş Hukuku Uygulamaları, s. 193, Fransız Hukukunda iş sağlığı ve güvenliği nedeniyle işin durdurulması ve işyerinin kapatılması için mahkeme kararına ihtiyaç olmasıyla bizdeki bu düzenleme isabetli bulunmamıştır.

kadar hapis cezası verileceği hükmüne bağlanmıştır. Görüldüğü üzere işin durdurulması kamusal bir yaptırımdır<sup>169</sup>.

Ölümlü iş kazası durumunda kamu ihalesinden yasaklanma yaptırımı da öngörülmüştür. Yine İSGK m. 25/A: “*Ölümlü iş kazası meydana gelen maden işyerlerinde kusuru yargı kararı ile tespit edilen işveren, mahkeme tarafından iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 26 ncı maddesinin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanır. Kararın bir örneği işverenin siciline işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna gönderilir ve Kurumun internet sayfasında ilan edilir.*” hükmünün düzenlemiştir.

#### IV. ÖZELLİKLİ HAL: UZAKTAN ÇALIŞMA VE COVID-19 PANDEMİ DÖNEMİNDE SAĞLIK GÖZETİMİ

Covid-19 viral bir hastalık olarak, ateş ve sonrasında ciğerlerde oluşan nefes alamama ile tanımlanan, zatürreye yol açan, aynı ortamda bulunulduğunda veya temas yoluyla insandan insana geçen, hatta ölüme kadar varan sonuçları olan viral hastalık şeklinde tanımlanmıştır<sup>170</sup>. Bu viral hastalık ciddi bir salgına hatta pandemiye yol açmıştır. Bu kapsamda tüm dünyada olduğu gibi ülkemiz de türlü tedbirler alma yoluna gitmiştir. Tedbir olarak birçok iş yeri, işletme, fabrika kapatılmış veya uzaktan/evde çalışma düzeyine geçilmiştir. Bu sebeple bu başlık altında uzaktan çalışma ve pandemi dönemine ilişkin sağlık gözetimine değinilmiştir. Uzaktan çalışma tedbirlerine rağmen bazı sektörel faaliyet alanlarında çalışmanın seyretmek zorunda olması ve işin yapısı gereği uzaktan çalışmaya uygun olmaması nedeniyle iş yerlerinde koronavirüs döneminde pandemiye karşı sağlık ve güvenlik konusu gündeme gelmiştir<sup>171</sup>.

Özellikle bu şekilde bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda işyerleri de sosyal temasın fazla olduğu topluca yaşanan diğer yerler, yurt, okul, üniversite, kafe, restoran, gibi salgına ciddi bir ev sahipliği yapmaktadır. Bu sebeple işyerinde sağlık ve hijyenin sağlanması en önemli nokta olarak karşımıza çıkmaktadır. Sadece işyerinin temizliği değil çalışanın da temizliği için belirli aralıklarla dezenfektan ve çöp kutuları yerleştirilmeli, çalışanların

<sup>169</sup> Erdem, Barış: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Hükümleri Uyarınca İşyerinde İşin Durdurulması, [https://www.bariserdem.com/pdf/isin\\_durdurulmasi.pdf](https://www.bariserdem.com/pdf/isin_durdurulmasi.pdf) (Erişim Tarihi: 20.08.2024)

<sup>170</sup> Ateş, Zehra Gizem: “Covid-19’un İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Alması Gereken Önlemlere Etkisi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, Cilt: 19, Sayı: 38, 2020, s. 161-179, s. 162.

<sup>171</sup> Ateş, s. 166.

kişisel temizliğini de sağlayacak alan yaratılmalıdır. İşin yürütümü açısından da sosyal mesafe yaratacak şekilde iş dağılımı planlanmalı yeterli alan olmadığına vardiyalı vb. çalışma sistemlerine geçilmelidir. Pandemi için söz konusu bilinci oluşturmak adına çalışanlara eğitim verilmeli, gerekli ekipman, maske, dezenfektan, sağlanmalıdır. Sağlık gözetimi noktasında işveren işyeri hekimi vasıtasıyla her gün hatta zaman zaman gün içerisinde birden çok kere çalışanın ateşini ölçmeli, gerekli muayeneleri sağlamalıdır. Mümkünse özel politika gerektiren gruplar uzaktan çalışmaya teşvik edilmelidir<sup>172</sup>. Hatta Covid-19'a yakalanan bir çalışan olması durumunda bunun tespiti yapılarak ilgili kişi karantinaya alınmalı ve yetkili sağlık mercilerine haber verilmelidir. Koronavirüsün yarattığı etkinin kişiye ve kişinin bağışıklık durumuna bağlı olarak değişiklik seyrettiği görülmüştür. Bu nedenle kişi kendini iyi hissettiği ve çalışabilecek durumda olduğu taktirde uzaktan çalışma modeliyle evden çalışma da söz konusu olabilir.

Covid-19' a bağlı özellikle son zamanlarda inanılmaz artış gösteren uzaktan çalışma modeli doğrultusunda da sağlık gözetimine değinmekte fayda vardır. Uzaktan çalışma İşK'nun 14/4 fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre, uzaktan çalışma teknolojiye de faydalanılarak işgörmeye ediminin evde veya işyeri dışında görülmesidir. Uzaktan çalışma ilişkisi yazılı olarak kurulmaktadır. Yine aynı maddenin 6. fıkrası sağlık ve güvenlik önlemlerine de değinerek, uzaktan çalışma kapsamında çalışan işçiler normal çalışan işçilere göre farklı işleme tabi tutulamazlar. Uzaktan çalışmada da işveren sağlık ve güvenlik tedbirlerini dikkate alacak buna ilişkin çalışana bilgilendirip ona gerekli eğitimi verecek, bunun yanında çalışana ekipman sağlayarak bu ekipmanın da kullanımı hususunda gerekli önlemi alacaktır. Uzaktan Çalışma Yönetmeliği de benzer bir düzenlemeye yer vererek, işverenin uzaktan çalışan kişinin ve işin yapısı dikkate alınarak sağlık ve güvenlik önlemleri alacağını bu doğrultuda eğitim vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağlamış olduğu araç-gereçle ilgili gerekli önlemleri almak şeklinde yükümlülükleri vurgulanmıştır.

Uzaktan çalışma modeli işverenin sağlık ve güvenlik sorumluluklarını ortadan kaldırmaz<sup>173</sup>. İşveren uzaktan çalışma modelinde de sağlık ve güvenlik önlemlerine uyararak, eğitim verme, bilgilendirme, uygun nitelikte araç-malzeme sağlamakla yükümlüdür. İşverenin sağlık gözetim borcu kap-

<sup>172</sup> Pandeminin ilerleyen süreçlerinde 65 yaş üstü ve 20 yaş altı için sokağa çıkma yasakları gelmiştir.

<sup>173</sup> **Alp**, Mustafa: "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta Yayıncılık, 2011, s. 795-854, s. 835.

samında yapılan periyodik muayeneler uzaktan çalışma modelinde de yerine getirilmeli, işveren bu aşamada sağlık raporu talep edebilmeli, muayeneler sonucunda alınan sağlık raporu işverene verilerek işçinin dosyasında muhafaza edilmeli, işyeri hekiminin görmesi gereken durumlarda çalışandan sağlık gözetimine gelmesi beklenebilir<sup>174</sup>. Covid-19 bağlamında özellikle bulaşıcı bir meslek hastalığı noktasında, bir işçide olan bir bulaşıcı hastalık diğer işçilere de bulaşır. Sağlık gözetimi dolayısıyla sağlık muayenelerinin önemi hastalığın bulaşıcı olup olmaması, meslek hastalığı olup olmadığı noktasında oldukça önem arz eder. İşyerleri, kalabalık ortam olan yerlerdir. Bu alanlarda, çalışanlar kendileriyle yakın temastadırlar. Bu anlamda, bulaşıcı hastalıkların hızla yayılması için oldukça makul bir ortam oluşmaktadır. İşe başlayan ve işini sürdüren çalışanların, bulaşıcı hastalıkların bulunmadığına ilişkin muayene ve tetkikler bu bakımdan çok önemlidir. Dolayısıyla yakın aralıklarla yapılan ve bulaşıcı rahatsızlığın olup olmadığına ilişkin tetkikler, işverenin oldukça önemli yükümlülüklerinden biridir<sup>175</sup>.

Sağlık gözetiminde, işçilerden birinde meslek kaynaklı bir negatiflik saptanmışsa, bunun kaynağının bulunması ve çözülmesi için, çalışma ortamının korunması çerçevesinde çalışmalar yürütülmesi gerekmektedir mesela, risk analizi esnasında gözden kaçırılan bir tehlike, daha sonra risk yaratarak işçilerin sağlık muayeneleri esnasında kendisini belirten ve iş güvenliği düzeninin bozulmasına yol açabilir<sup>176</sup>. Yine Covid-19 ile gündemimize giren PCR testi ve aşı uygulamaları oldukça önemlidir. Burada işverenlerin çalışanları aşı ve PCR testi yapmaya zorlaması tamamen ayrı bir çalışmaya konu verecek nitelikte olsa da buna da kısaca değinmekte fayda görüyoruz. Ülkemizde ilk olarak çeşitli gruplara mecburi aşılama uygulanmıştır. Bu tatbikler, toplumsal sağlığı korumak ve salgının yaygınlaşmasını ön tedbir amacıyla gerçekleştirilmiştir<sup>177</sup>. Covid-19 aşısı hiçbir Kanunla zorunlu olarak öngörülmediğinden rızaya dayalı olarak uygulanabilmektedir<sup>178</sup>. Bu şekilde uygulanması gerekmesine rağmen uygulamada özellikle pandemi döneminde

<sup>174</sup> **Olgu**, Özdemir: “Uzaktan Çalışmada İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükleri”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 8, 2016, s. 98; **Kara**, Serenay: Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuki Boyutu, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 81-99, s. 90.

<sup>175</sup> **Fişek**, s. 209.

<sup>176</sup> **Fişek**, s. 209.

<sup>177</sup> **Yıldırım**, Elif: Salgın Hastalıklarda Aşının Zorunlu Tutulması ve Hasta Hakları, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. M. Refik Korkusuz), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2023, s. 90.

<sup>178</sup> **Ünal Adımr**, s. 696.

Üniversiteler dahil birçok kurum ve işyeri pandemiye karşı güvenlik tedbirleri noktasında kişileri aşı olmaya zorlamıştır. Şöyle ki, ilgili dönemde HES kodu adıyla kişi bazlı bir kod tanımlanarak kişilerin aşı yaptırıp yaptırmadıkları, Covid geçirip geçirmediği görülebilmekteydi. Bu kod işyeri giriş-çıkış kimlikleriyle de eşleşebilmekteydi. Özellikle Üniversiteler öğrencilerin giriş-çıkış sisteminde bu şekilde aşı yaptırmayan öğrencileri tespit edebilmekteydi. İşveren çalışan işçi karşısında çeşitli yükümlülüklerle sahiptir. İşçinin kişiliğini korumakla birlikte sağlık ve güvenlik önlemlerine de uymak zorundadır. Burada işverenin yönetim hakkı de devreye girerek adeta çalışan menfaatler görülmektedir. Ancak her ne kadar aşı sağlık ve güvenlik önlemleri kapsamında olsa da, aşından önce maske ve dezenfektan gibi tedbirlerle de bu yükümlülüğü işveren yerine getirebilir. Bu durumda işverenin yapması gereken şey, çalışanları aşı hakkında bilgilendirmek, virüs hakkında bilgilendirmek, maske-dezenfektan kullanımı, PCR testleri hakkında doğru bilgi vermektir. Bu doğrultuda işveren çalışanı aşuya teşvik edebilir ancak zorlayamaz. Öğretide bazı durumlarda işverenin çalışanı aşuya zorlayabileceği, çalışan aşı yaptırmadığında işin durumuna göre işçinin yetersizliği nedeniyle sözleşmenin feshedilebileceği öngörülmüştür<sup>179</sup>.

### SONUÇ

TBK m. 417 ile önceki kanuna göre daha genel bir düzenlemeyle, madde başlığında da belirtildiği şekliyle, işçinin kişiliğinin korunması öngörülmüş, işverenin sağlık ve güvenliğin yerine getirilmesi için her çeşit tedbiri alması gerektiği işçinin de buna uyması gerektiğini vurgulamıştır. Görüldüğü üzere madde metninde işçinin hem fiziken hem de ruhen korunması amaçlanmıştır. m. 417/2'de gözetme borcu emredici bir şekilde düzenlenmiştir.

Çalışanların sağlığının korunması ve geliştirilmesi maksadıyla, tıbbi muayene, tetkikler, çalışmaların kaydı, değerlendirilmesi, bildirim, ilkyardım, acil tedavi, rehabilitasyon vb. tüm sağlık koruyucu çalışmalar sağlık gözetim borcunun içerisindedir<sup>180</sup>. Çalışan işçinin iş mekanının gözetimi, işe giriş-değişiklik, periyodik, tekrarlanan veya işe dönüş zamanında tetkiklerinin yapılması, ortamdaki tehlikeler ve buna yönelik bilgilendirilmeleri, genel hijyen koşullarının izlenmesi, sağlık kayıtlarının kişilik hakları çerçevesinde

<sup>179</sup> Örnek olarak, hasta, yaşlı, engelli gibi özel koruma ihtiyacı olan kişiler ile temas halinde mesleğini icra eden hemşire ve hasta bakıcının aşı olmayı reddetmeleri, iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshi için geçerli neden oluşturabileceği, bkz. Ünal Adınır, s. 704.

<sup>180</sup> Eyrenci/Taşkent/Uluçan, s. 343.

sandık içine alınması şeklinde somutlaştırılması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır<sup>181</sup>.

Uygulamaya baktığımızda işverenlerin çoğunlukla sağlık gözetim borcuna tazminatlara ilişkin aşağıda yer alan rezervlerimiz saklı olmak kaydıyla uydukları görülmektedir. Özellikle işyeri tehlike dereceli sınıflara girmese bile çalışanlardan işe giriş sırasında çok büyük bir işveren kesimince sağlık raporu istenmektedir. Ancak sorun mevzuatın uygulanmaması değil, uygulamanın zaman zaman verimsizlik ve içi boş durumlar yaratabilmesidir. Alınan sağlık raporunun niteliği, yapılan muayenenin kalitesi, çalışanın sorunlarının hekim tarafından doğru bir şekilde değerlendirilmesi vs. hususları da oldukça önemlidir. Uygulamada zaman zaman bu kısımlarda aksaklık olduğu görülmüştür. Bazı işyerlerinde görülen çeşitli kademe ve birimlerden geçilerek alınan heyet raporuysa, kişinin sağlık kayıtlarının başlangıcı anlamında da oldukça önemli bilgiler içerir kanaatindeyiz.

Sağlık gözetim borcu her çalışana, işyerine vb. özelliklere göre değişiklik gösterdiğinden çeşitli yönetmeliklerle düzenlenmiştir. Çalışmamız yönetmeliklerin birçoğundaki sağlık gözetimiyle ilgili maddelere yer verilmiştir.

Alt işverenlik durumunda, alt işverenin ve asıl işverenin iş ortamından kaynaklı risklere birlikte göğüs germeleri beklenmektedir. Çünkü çalışma ortamı iç içe geçmiş vaziyettedir. Bu nedenle alt işveren işçilerinin sağlık ve güvenliğinin sağlanmasında asıl işverenlere de türlü sorumluluklar getirilmiştir<sup>182</sup>. Muvazaalı alt işverenlik durumunda asıl işverenin baştan sona kadar sağlık ve güvenlik tedbirlerinden yükümlü olacağında şüphe yoktur.

Geçici iş ilişkisi durumu meslek edinilmemiş ve meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde farklılık göstermektedir. Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumluluğu öngörülmüşken Türkiye İş Kurumu Kanunu m. 7 hükmü gereğince de meslek edinilmiş, özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisinde gözetme borcunun asıl yükümlüsü olarak özel istihdam bürosu öngörülmüştür. GBSİGHY m. 8 geçici iş ilişkisinde sağlık gözetim yükümlülüğünü düzenlemiş ve işverenlere bunu zorunlu kılmıştır. Aynı Yönetmelik 11. madde ise sorumluluğu düzenleyerek çalışan kişilerin devreden işveren ile devralan işveren arasında iş görülen çalışma süresince ilgili çalışma ve iş koşullarından yükümlüdür hükmü getirilmiştir.

<sup>181</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 343.

<sup>182</sup> Civan, Özel Politika, s. 266.



İşyerinin devri halinde sağlık gözetim borcu da devralan işverene geçer. Ancak işçinin işe giriş tarihindeki sağlık muayenesinin yaptırılması ve sağlık raporu alınması noktasında devreden işverenin sorumluluğu ortaya çıkar. Devir sonrası periyodik olarak yapılacak sağlık muayenelerinden devralan işveren sorumlu olacaktır. İşçinin meslek hastalığı ve iş kazası tehlikesi taşıyıp taşımadığı bu konudaki bilgilendirmelere ilişkin yükümlülük devir sonrasında devralan işverene geçecektir.

Türkiye’de maddi ve manevi tazminat davalarının çok uzun sürmesi ve istenen tazminatın dava sürecinin başındaki miktar üzerinden olması nedeniyle işverenler hakkında açılan maddi ve manevi tazminatlarda çalışanlar açısından büyük hak kayıpları yaşanmaktadır. Bu duruma (enflasyon mağduru hale) çözüm bulunması gerekir.

Öte yandan davanın sonucunda tazminata hak kazanan çalışanlar çoğu kez, işyerinin değişmesi, kapatılması veya şeklen kanuna uygun şekilde çalışma hayatından çıkması gibi nedenlerle tazminatlarını alamamaktadırlar. Bu durumun izalesi için çalışanların açmış olduğu bu tür tazminat alacakları için zorunlu özel sigorta sistemi getirilmeli ya da devlet garantili ödeme imkanı getirilmelidir.

Davaların kesinleşip, tahsil aşamasına değin, normal şartlarda 4-5 sene sürmesi nedeniyle, çoğu kez işçiler ya bu haklarını kullanamamakta ya da dava devam ederken, tüm haklarını aldıklarını beyan ederek, işverene karşı ikame ettikleri davadan feragat etmektedirler. Uygulamada maddi-manevi tazminat davalarında, bazen de işveren gözetim borcuna uymadığında karşısında sadece bir kişi değil birden çok çalışanın olduğu durumlarda ortaya çıkacak miktarın yüksekliği nedeniyle, davayı uzatma taktiklerine başvurabilmektedir. Bu durumlarda zaman zaman çalışanlar çok büyük fedakarlıklara katlanmak zorunda kalabilmekte veya haklarına tam veya gereği gibi kavuşamamaktadırlar. Bu konu hakkında yukarıda önerilenlerin dışında “maddi ve manevi tazminat” mükellifietleri için tıpkı nafaka borcunda olduğu özel garanti mekanizmaları düzenlenmesi gereklidir.

Sağlık ve güvenlik tedbirlerinin alınmaması sonucu, işçinin vefat etmesi, meslek hastalığına uğraması veya iş kazası geçirmesi durumunda şartları varsa TCK m. 85-89 anlamında taksirle öldürme veya yaralama suçları oluşturacaktır<sup>183</sup>.

Öte yandan, İSGK 26. Maddesi 1/f’de sağlık gözetim borcunu ifa etmeyen işverene sağlık gözetimine tabi tutulmayan veya sağlık raporu olma-

<sup>183</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 372.

yan çalışanlar için idari para cezası öngörülmüştür. Bu *hükümle* sağlık gözetimine uyulmadığında idari para cezası öngörülmüştür. Mezkur hükmün dışında işyerinde işin durdurulması yaptırımı ve hukuki açıdan da TBK'ndan kaynaklanan maddi-manevi tazminat yaptırımları öngörülmüştür. Ancak idari para cezalarına yönelik af veya indirim kararları sistemi müeyyide konusunda yeterli güvence vermemektedir.

Covid-19 Pandemisi döneminde de işyerinde sağlık ve hijyenin sağlanması en önemli nokta olarak karşımıza çıkmaktadır. Sadece işyerinin temizliği değil çalışanın da temizliği için belirli aralıklarla dezenfektan ve çöp kutuları yerleştirilmeli, çalışanların kişisel temizliğini de sağlayacak alan yaratılmalıdır. İşin yürütümü açısından da sosyal mesafe yaratacak şekilde iş dağılımı planlanmalı yeterli alan olmadığında vardiyalı vb. çalışma sistemlerine geçilmelidir. Pandemi için söz konusu bilinci oluşturmak adına çalışanlara eğitim verilmeli, gerekli ekipman, maske, dezenfektan, sağlanmalıdır. Sağlık gözetimi noktasında işveren işyeri hekimi vasıtasıyla her gün hatta zaman zaman gün içerisinde birden çok kere çalışanın ateşini ölçmeli, gerekli muayeneleri sağlamalıdır.

**KAYNAKÇA**

- Akın**, Levent: “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu”, TİSK Akademi Dergisi, Sayı: 1, 2008, s. 210-231.
- Akın**, Levent: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi, Cilt: 20, Sayı: 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2014, s. 657-674.
- Akpınar**, Teoman: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ekin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Alp**, Mustafa, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Yayıncılık, 2011, s. 795-854.
- Arıcı**, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2022.
- Arslan**, Seda: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, 2014, Cilt: 20, Sayı: 1, s. 774-801.
- Ateş**, Zehra Gizem: “Covid-19’un İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Alması Gereken Önlemlere Etkisi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, Cilt: 19, Sayı: 38, 2020, s. 161-179.
- Aydın**, Ufuk/Ezer, Burcu: “İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılık Sebepiyle Uygulanan İdari Para Cezalarına İlişkin Sorunlar”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt:4, Sayı:43, 2014, s. 11-32.
- Aydınlı**, İbrahim: İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Balkı**, Gönül: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt: IV, Sayı: 28, 2012, s. 20-42.
- Cengiz**, İftar: “İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 34, 2018, s. 123-142.
- Civan**, Orhan Ersun: İşçinin Yan Yükümlülükleri, Beta Yayıncılık, 2021. (Yan Yükümlülükler)
- Civan**, Orhan Ersun: İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 75, Sayı: 4, 2017, s. 203-290.

- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 36. Baskı, 2023.
- Güzel**, Ali/**Okur**, Ali Rıza/**Caniklioğlu**, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayıncılık, 19. Baskı, 2021.
- Demir**, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, Albi Yayınları, 2013.
- Demir**, Fevzi: “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alınmasında İşverenin Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, 2014, s. 675-704.
- Ekmekçi**, Ömer/**Köme Akpulat**, Ayşe/**Akdeniz**, Ayşe Ledün: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Erdoğan**, Canan: “Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Alma Yükümlülüğü”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 2, 2017, s. 127-158.
- Ergin**, Hediye: “Periyodik Sağlık Kontrolünden Kaçınan İşçinin İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt: II, Sayı: 42, 2019, s. 173-183.
- Erkanlı Başbüyük**, Betül: İşçinin İş Görmek Kaçınma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Ertürk**, Şükran: İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Ertürk**, Şükran: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt: III, Sayı: 27, 2012, s. 15-26.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, 2014.
- Fişek**, A. Gürhan: Çalışma Yaşamında Sağlık Güvenlik, Fişek Enstitüsü Çalışan Çocuklar Bilim ve Eylem Merkezi Vakfı Yayını No. 3-2, 2. Baskı, 2014.
- Günerkök**, Özcan: Avukatlık Sözleşmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- İren**, Ertan: “Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Alma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 60, 2011, s. 281-308.
- İzmirlioğlu**, Ayça: “İşverenin Sağlık Gözetimi Sağlama Yükümlülüğüne Covid-19 Salgını Bağlamında Genel Bir Bakış”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 78, Sayı: 2, 2020, s. 455-483.

- Kara**, Serenay: Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuki Boyutu, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Korkusuz**, M. Refik/**Uğur**, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, Ekin Yayıncılık, 8. Baskı, 2022.
- Korkusuz**, M. Refik/**Korkusuz**, M. Halit: Avukatlık Hukuku, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2022.
- Korkusuz**, M. Refik/**Korkusuz**, Tuba Nur: İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Almayan İşverenlerin İdari Sorumluluğu, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2016, s. 200-225.
- Kovancı**, Nuray: “İş Kazası Sonucu Ölüm Nedeniyle İşverenin Cezai Sorumluluğunun Suçun Manevi Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:11, s. 263-296, 2018.
- Kökten**, Murat/**Avinç**, Ozan: “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşveren Yükümlülükleri ve Tekstil Sektörü Açısından Bir Bakış”, Tekstil ve Mühendis Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 93, s. 33-47.
- Medeni**, Derya Başak: İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Sorumluluk, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Murat Şen), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2014.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Lykeion Yayınları, 2020.
- Narmanhoğlu**, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, 2014.
- Olgu**, Özdemir: “Uzaktan Çalışmada İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükleri”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 8, 2016, s. 81-99.
- Özdemir**, Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Sarıbay Öztürk**, Gizem: İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, Beta Yayıncılık, 2015.
- Senyen Kaplan**, E. Tuncay: “İşverenin Sağlık ve Gözetimi Yükümlülüğü ve Hekim Raporlarının Hüküm ve Sonuçları”, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 3, 2014, s. 18-35.
- Songür**, Neşe/**Aktaş**, Ömür: 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na göre İdari Para Cezalarının Caydırıcılığı Sorunu, Ufuk Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 9 Sayı: 18, s. 24-47, s. 41, 2020.

**Sümer**, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

**Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.

**Terzioğlu**, Ahmet/**Aksungur**, Ali Burak: “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, Cilt:3, Sayı:6, 2019, s. 12-54.

**Uşan**, M. Fatih/**Erdoğan**, Ersin/**Erdoğan**, Canan: Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması, İntes Yayınları, Ankara 2021.

**Uşan**, M. Fatih/**Erdoğan**, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2020.

**Ünal Adınır**, Canan: “Covid-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 1, 2021, s. 693-715.

**Yamakoğlu**, Efe: İşverenin İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

**Yıldırım**, Elif: Salgın Hastalıklarda Aşının Zorunlu Tutulması ve Hasta Hakları, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. M. Refik Korkusuz), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2023.

**Yıldız**, Eren: Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Gülsevil Alpagut), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.

### **İnternet Kaynakları**

**Alagüney**, Mehmet Erdem: Çalışanların Sağlık Gözetimi, Hacettepe Üniversitesi, İş Meslek Hastalıkları Slaytı, <https://hisam.hacettepe.edu.tr/ismeslekhastaliklari/131.pdf> Erişim Tarihi: 16.06.2024.

**Doğan**, Baran: İdari Para Cezası ve Uygulaması, <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/idari-para-cezasi.html> Erişim Tarihi: 20.08.2024

**Erdem**, Barış: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Hükümleri Uyarınca İşyerinde İşin Durdurulması, [https://www.bariserdem.com/pdf/isin\\_durdurulmasi.pdf](https://www.bariserdem.com/pdf/isin_durdurulmasi.pdf) Erişim Tarihi: 20.08.2024

**İnciroğlu**, Lütfi: “İstirahat Raporunu İşverene Bildirmeyerek Çalışmaya Devam Eden İşçinin Sözleşmesi Haklı Nedenle Feshedilebilir mi?”,

2024, <https://legal.com.tr/blog/is-hukuku/istirahat-raporunu-isverene-bildirmeyerek-calismaya-devam-eden-iscinin-sozlesmesi-hakli-nedenle-feshedilebilir-mi/>, Erişim Tarihi: 10.05.2024.

**Önal**, Buhara: Çalışanların Sağlık Gözetimi, Hacettepe Üniversitesi, Sunum Slaytı, <https://hisam.hacettepe.edu.tr/fizikseletkensemp100118/buharaonal.pdf> Erişim Tarihi: 17.06.2024.

**Özer**, Burcu/**Kurukız**, Talha Eren/**Kenar**, Aysu: İş Hukukunda Manevi Tazminat, <https://www.mgc.com.tr/is-hukukunda-manevi-tazminat/> (Erişim Tarihi: 20.08.2024)

Türkiye Enerji, Su ve Gaz İşçileri Sendikası, “İşyerinde Yapılan İş Çalışanın Sağlığına Uygun Değilse İşçi Ne Yapılabilir?”, <https://www.tesis.org.tr/pages/145/%C4%B0%C5%9Fyerinde+Yap%C4%B1lan+%C4%B0%C5%9F+%C3%87al%C4%B1%C5%9Fan%C4%B1n+Sa%C4%9Fı%C4%B1%C4%9F%C4%B1na+Uygun+De%C4%9File+%C4%B0%C5%9F%C3%A7i+Ne+Yap%C4%B1labilir> Erişim Tarihi: 14.05.2024

6331 Sayılı Kanuna Göre Çalışanların Hakları, <https://avisosgb.com.tr/6331-sayili-kanuna-gore-calisanlarin-haklari/#:~:text=Kat%C4%B1%C4%B1m%20Hakk%C4%B1,-6331%20say%C4%B1%C4%B1%20%C4%B0%C5%9F&text=Kat%C4%B1%C4%B1m%20hakk%C4%B1n%C4%B1n%20yaz%C4%B1%C4%B1%20kullan%C4%B1lmas%C4%B1%20%C3%B6nemlidir,kat%C4%B1%C4%B1m%20hakk%C4%B1%20delil%20olarak%20kullan%C4%B1labilecektir> Erişim Tarihi: 17.05.2024

**Yüncü**, Mehmet: İşyerinde Sağlık Gözetimi ve Biyolojik İnceleme, <https://yeniuzmanakademi.com/wp-content/uploads/2021/02/Isyerinde-Saglik-Gozetimi-ve-Biyolojik-Izleme.pdf> Erişim Tarihi: 16.06.2024

### Kararlar

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E. 2018/5373, K. 2019/5646, T. 01.10.2019 (Kazancı Erişim Tarihi: 20.08.2024)

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 18.01.2016, E: 2015/2717, K. 2016/489 (lexpera Erişim Tarihi: 19.08.2024).

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 14.11.2013, E. 2012/21104, K. 2013/25712 (Yargıtay karar arama Erişim Tarihi: 19.08.2024)

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 11.07.2017, E. 2016/10978 K. 2017/5953 (lexpera Erişim Tarihi: 28.06.2024)

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesi, 09.07.2020, 1123/1064 (lexpera Erişim Tarihi: 28.06.2024)

- İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 1. Dava Dairesi, E. 2020/951, K. 2020/1415, T. 22.10.2020 (lexpera Erişim Tarihi: 15.08.2024)
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.03.2013, 1121/386. (lexpera Erişim Tarihi: 28.06.2024)
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 09.04.1992, 16257/3937, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04.11.2008, 30651/30368, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 29.02.2000, 20125/2369, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 16.05.2000, 3124/7050 kararlar için bkz. Demir, İş Hukuku Uygulamaları, s. 186
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 12.12.2011, 37034/47935 bkz. Ergin, s. 182.
- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 09.05.2023, 6700/5085, (lexpera Erişim Tarihi: 28.06.2024)
- Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 27.06.2019, 5073/4779, karar için bkz. Süzek, s. 172.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 30.03.2022, 3443/420 bkz. Ekmekçi/Yiğit, s. 179.
- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2020/7117 Esas, 2021/6449 Karar, 18.05.2021 tarihli kararı (lexpera Erişim Tarihi: 28.06.2024)
- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2020/7594 Esas, 2020/6449 sayılı Karar, 12.11.2020 tarihli karar (lexpera Erişim Tarihi: 28.06.2024)
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 20.6.2019, E. 2017/2359 K. 2019/749 T. 20.6.2019 (lexpera Erişim Tarihi: 28.06.2024)
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2016/12013 K. 2016/15254 T. 30.05.2016 (www.dejure.ai, Erişim Tarihi:17.06.2024)
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/3483 K. 2017/3865 T. 27.02.2017 (www.dejure.ai, Erişim Tarihi:17.06.2024)
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2019/5877 E., 2019/18656 K., 23.10.2019 tarih. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 03.07.2024)
- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2021/1035 K. 2021/16737 T. 28.12.2021 (www.dejure.ai, Erişim Tarihi:17.06.2024)
- Danıştay 10. Daire, E. 2018/4746 K. 2020/7063 T. 29.12.2020. (www.dejure.ai Erişim Tarihi: 03.07.2024)
- Danıştay 15. Daire, E. 2016/5669 K. 2017/6984 T. 28.11.2017. (www.dejure.ai Erişim Tarihi: 03.07.2024)





## YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İŞÇİNİN SOSYAL MEDYA PAYLAŞIMI NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVERENCE FESHİNİN KOŞULLARI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1532832>

**Prof. Dr. Yusuf YİĞİT\***

### Öz

Sosyal medya kullanımı, günümüz internet teknolojisi ve iletişim araçlarının sunduğu önemli bir imkândır. Bununla birlikte ifade özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması gibi temel hakların en çok tartışıldığı alanlardan biri haline gelmiştir. Kolaylıkla milyonlara varan kitlelere erişim imkânı sosyal medya paylaşımlarına önem kazandırmıştır. Belirtilen etki sosyal hayat dışında çalışma hayatı ile de yakından ilişkilidir. Çalışanların özel hayatını ilgilendirenler dışında iş hayatına ilişkin paylaşımlar yapması, işveren ve yöneticiler hakkında söylemlerde bulunması öğretici görüşleri ve yargı içtihatlarına yansımış ve çalışanın iş görme, sadakat, itaat gibi yükümlülüklerinin ihlali konularında tartışmalar doğmasına ve iş sözleşmesinin feshine varan sonuçların ortaya çıkmasına yol açmıştır.

İş sözleşmesinin feshine ilişkin sebepler mevzuatımızda haklı ve geçerli sebepler olarak ayrıma tabi tutulmuştur. Sosyal medya paylaşımını, doğrudan onun içeriğini dikkate alarak ve iş hukukunun ilke ve uygulamaları çerçevesinde fesih için haklı veya geçerli sebep olarak değerlendirmek, hatalı sonuçlara götürebilir. Bunun yanında paylaşımın feshe konu olabilmesi için içeriğin işçi tarafından paylaşılıp paylaşılmadığı, işverenin paylaşımına meşru yollardan ulaşım ulaşılmadığı gibi hususların da içerikle birlikte dikkatle incelenmesi gerekmektedir.

### Anahtar Kelimeler

İşçi, İşveren, Sosyal Medya, İnternet, Fesih

\* Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Biga İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Biga/Çanakkale (yigit544@gmail.com) ORCID: 0000-0002-4563-829X (Gönderim Tarihi: 14.08.2024-Kabul Tarihi: 05.11.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**CONDITIONS OF TERMINATION  
OF THE EMPLOYMENT CONTRACT  
BY THE EMPLOYER DUE TO SOCIAL MEDIA POSTS  
OF THE EMPLOYEE IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS**

*(Research Article)*

**Abstract**

*The use of social media is an important opportunity offered by today's internet technology and communication tools. However, it has become one of the areas where fundamental rights such as freedom of expression, privacy of private life and protection of personal data are discussed the most. The possibility of access to millions of masses has given importance to social media posts. The stated effect is closely related to working life as well as social life. Apart from their private lives, employees' posts about their business life, making discourses about employers and managers have been reflected in the doctrinal opinions and jurisprudence, and have led to discussions on the violation of the employee's obligations such as work, loyalty and compliance with instructions, and to the emergence of consequences leading to the termination of the employment contract.*

*The reasons for the termination of the employment contract are distinguished as justified and valid reasons in our legislation. However evaluating whether a social media post will be a justified or valid reason for termination by directly considering its content and within the framework of the principles and practices of labour law may lead to erroneous results. In addition, in order for the post to be subject to termination, issues such as whether the content is shared by the employee and whether the employer has accessed the post through legitimate means should be carefully examined together with the content.*

**Keywords**

*Employee, Employer, Social Media, Internet, Termination*

## GİRİŞ

Sosyal bir ortam olan işyerinde, çalışanlar gerek birbiriyle gerek işyeri dışında üçüncü kişilerle çeşitli iletişim araçlarıyla etkileşim halindedirler. Bu etkileşim mesai saatleri içinde ve dışında da devam edebilmektedir. Çalışanlar da sosyal medya ağlarında fikir beyan etme, grup içinde yazışma, video veya ses kaydı gönderme gibi sıklıkla paylaşım yapabilmektedirler. İş dışında gerçekleşen mesaj atma veya yazışma işçinin özel hayatını ilgilendirmekte ve işveren açısından her durumda bir anlam ifade etmemektedir. Zira her birey gibi işçinin de özel hayatı çerçevesinde yaşadığı ortam ve dışarıya karşı sosyal medya ağları (Facebook, X, Instagram, WhatsApp, Bip, Telegram gibi) aracılığıyla yönelttiği sosyal tutum ve davranışları olabilir. Ancak sosyal iletişim özel hayatı ilgilendiren alanın dışına taşarak iş ilişkisinin sınırlarına dâhil olmaya başladıkça işverenin belirlediği çalışma koşullarını veya iş ortamını olumsuz etkileyebilmekte hatta iş ilişkisinin sona ermesine varan sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir.

Çalışmamızda öncelikle internet kullanımına elverişli iletişim araçları vasıtasıyla sosyal medya kullanımının bireysel ve sosyal hayata olan yansımaları kısaca ele alınmış ve daha geniş olarak işyerine ve iş ilişkisine olan etkilerine vurgu yapılmıştır.

İşçinin özel hayat sınırları içinde kalan sosyal medya paylaşımları kural olarak iş ilişkisine etki etmeyecektir. Ancak işyerinde veya işyeri dışında iş ilişkisini etkileme derecesi söz konusu oldukça bu paylaşımların olumsuz etkisinden söz edilebilecektir.

Çalışmamız açısından işçinin yalnızca sosyal medya paylaşımının iş ilişkisine etkisi ele alındığı için<sup>1</sup>, işyerinde bilgisayar ve internet kullanımı

<sup>1</sup> Bkz. **Yıldız**, Gaye Burcu: “İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 39, 2018, s. 105-112; **Yıldız**, Fatma Zehra/**Öztürk**, Derya Gül: “Bir İşten Çıkarma Sebebi Olarak Sosyal Medya: Örnek Olay Çalışması”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Vizyoner Dergisi, C: 11, S: 27, 2020, s. 555-572; **Keser**, Hakan: “İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının Geçerli veya Haklı Sebep Olarak Değerlendirilmesi”, LİSGHD, C: 19, S: 74, 2022, s. 519-562; **Savaş Kutsal**, F. Burcu/**Kolan**, Şelen: “Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme”, LİSGHD, C: 16, S: 62, 2019, s. 491-562; **Baybora**, Dilek: “Yargı Kararları İle Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesine Etkisi”, LİSGHD, C: 14, S: 56, 2017, s. 1705-1740; **Ergin**, Hediye: “Sosyal Medya Paylaşımlarıyla İşverenin İtibarını Zedeleyen İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi”, Sicil, S: 49, 2023, s. 45-59; **Oğuz**, Özgür: “Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İşçinin Sosyal Medya Kullanımı Nedeniyle İşveren Tarafından Feshi”.

ve cep telefonu kullanımına getirilen kısıtlamalar ile bu düzenlemelere aykırılık durumunda iş görme borcunda meydana gelen aksamalar ve iş ilişkisine etkisi bu çalışmada (belirli ölçüde ilgisi dışında) detaylı şekilde ele alınmamıştır<sup>2</sup>.

Çalışmamız bakımından yargı içtihatları ışığında sosyal medya paylaşımına bağlı olarak iş sözleşmesinin feshedilebilmesinin koşullarına değinildiğinden feshin usulü ve sonuçlarına ilişkin bir değerlendirme de yapılmamıştır.

LİSGHD, C: 19, S: 76, 2022, s. 1177-1204; **Dönmez**, Utku/**Okutan**, Bilge: Yargıtay Kararları Işığında Sosyal Medya ve İş İlişkisi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 5-71; **Wildhaber**, Isabelle/**Hansenberger**, Silvio: “Kündigungsfall Social Media”, In Suigeneris, 2015, S: 77, s. 77-97; **Del Punta**, Riccardo: “Social Media and Workers’ Rights: What Is at Stake?”, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 35, S: 1, 2019, s. 79-100; **Thornthwaite**, Louse: “Social media, unfair dismissal and the regulation of employees’ conduct outside work”, Australian of Labour Law, V: 26, N: 2, October-2013, s. 164-184, <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20133066> (ET: 27.06.2024).

<sup>2</sup> Bu konuya ilişkin çalışmalar için bkz. **Okur**, Zeki: “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçla Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 8, S2, 2005; **Baysal**, Ulaş: “İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması”, Sicil, S: 40, 2018, s. 65-75; **Keser**, Hakan: “İşçi Davranışları Kapsamında İşçinin Talimatlara Aykırı Bilgisayar, İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı Sebebi İle İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmesi”, LİSGHD, C: 16, S: 62, 2019, s. 445-490; **Yiğit**, Yusuf: “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010,1 C: 18, S: 2, 2010, s. 161-214; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz: “İşçinin Sosyal Medya Kullanımının İş Hukukuna Etkileri”, 4th Global Business Research Congress, May 24-25, 2018, İstanbul, Turkey, s. 372 vd.; **Erdoğan**, Canan: “İşçilerin E-Posta Hesaplarının İşveren Tarafından İncelenmesi Hakkındaki 24.03.2016 Tarihli ve 2013/4825 Başvuru Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine”, LİSGHD, C: 14, S: 55, 2017, s. 1351-1386; **Özkalp**, Enver/**Aydın**, Ufuk/**Tekeli**, Seda: “Sapkın Örgütsel Davranışlar ve Çalışma Yaşamında Yeni Bir Olgu: Sanal Kaytarma (Cyberloafing) ve İş İlişkilerine Etkileri”, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2012, s. 18-33; **Uğur**, Ömer/**Çalışkan Yıldırım**, Aslı: “İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 80 (4), s. 1172 vd.; **Wildhaber/Hansenberger**, s. 79; **Fleming**, Marka B./**Miles**, Angela K.: “Punishing Employees for Using Social Media Outside the Scope of Their Employment: What Are the Potential Legal Repercussions to the Private Employer?”, ALSB Journal of Employment and Labor Law, V. 13, 2012, p. 1-22 (<https://castle.eiu.edu/alsb/Spring%202012/Employees%20for%20Using%20Social%20Media%20Outside%20the%20Scope%20of%20their%20Employment.pdf>, (ET:01.07.2024).

## I. SOSYAL MEDYA KAVRAMI VE YANSIMALARI

### A. Sosyal Medya Kavramı

İnternet kullanımının artmaya başlamasıyla birlikte sosyal medya platformları da ortaya çıkmış ve bu platformlar kişiler arası iletişimin vazgeçilmez araçları haline gelmiştir. Sosyal medya, bu ortamda oluşturulan içeriklere yorum yapma, üye, takipçi veya arkadaşlarla iletişim kurma, mesaj gönderme ve alma, gündemi takip etme, anı paylaşma ve bilgiye erişme gibi pek çok amaçla kullanılmaktadır<sup>3</sup>.

Sosyal medya, internet ve akıllı iletişim (telefon, tablet, bilgisayar vb) teknolojilerinin kullanımın yaygınlaşması ile birlikte aynı sosyal ağ içine bireyin iradesine (üyelik vb yöntemlere) dayalı olarak dâhil olduğu ve aynı uygulamanın bir parçası haline gelmek suretiyle grup asgari ilkeleri çerçevesinde uyumluluğun sağlandığı ortak mecralarda buluşulan, içerik hazırlama ve paylaşma ve içerik indirme imkân veren çevrimiçi web alanları olarak ifade edilebilir<sup>4</sup>. Bu amaçla bir araya gelme çeşitli sosyal medya araçları ile sağlanabilmektedir. Günümüzde sosyal medya araçları denildiğinde başlıca YouTube, Telegram, LinkedIn, Facebook, X<sup>5</sup>, Instagram, Telegram, Bip, WhatsApp gibi uygulamalar akla gelmektedir.

20.yüzyılın en önemli teknolojik gelişmelerinden biri şüphesiz ki bilgisayar kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan internet ağı ve sonrasında meydana gelen gelişmelerin etkisi ile tüm dünyayı kuşatan sosyal medya mecralarıdır. Dünyanın bir noktasından diğer noktasına kadar her an iletişim kolaylığı sağlayan internet ve sosyal medya mecraları toplumsal hayatı etkilemekle kalmamış bireyin özel hayatını da etkisi altına almıştır. Akıllı telefon teknolojisinin 15-20 yıllık bir süreç içinde hızla ve değişen teknolojik gelişmelerle yaygınlaşması bireyi ve toplumu etkilemekle birlikte iş hayatında da farklı ufuklara yönelme imkânı tanımış ve özel sektör işletmelerinin ve kamusal uygulamaların internet üzerinden yaygınlaşmasına yol açmış ve iş, kültür, sanat, ekonomik ve siyasi hayatı ciddi bir biçimde etkisi altına almıştır.

Şüphesiz ki akıllı telefon teknolojisi, internet ve sosyal medya açısından yaşanan bu kuşatıcılık birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Özel-

<sup>3</sup> Yıldız/Öztürk, s. 558; Keser, "Sosyal Medya Paylaşımları", s. 522; Baybora, s. 1706.

<sup>4</sup> Fleming/Miles, s. 3; Yıldız/Öztürk, s. 558.

<sup>5</sup> Uygulamanın 2023 yılında el değiştirmesi ile birlikte ikonik mavi kuş logosu X şekline dönüştürülmüştür. (www.tr.euronews.com/kultur/2023/07/29/elon-musk-twitterin-logosunu-neden-X-olarak-degistirdi (ET:18.05.2024).

likle özel hayatın gizliliğinin ve kişisel verilerin ihlali, haberleşme ve ifade özgürlüğü ile kişinin hürriyeti ve güvenliğinin korunması ihtiyacı da bu gelişmeye oranla artmıştır<sup>6</sup>. Bu durumdan bireyin özel yaşantısı yanında kamusal alan, devlete ait kurum ve kuruluşlar ve özel sektör işyerleri de etkilenebilir. Şüphesiz ki internet teknolojisi ve sosyal medya günümüzün vazgeçilmez teknolojileridir ancak sınırsız ve koşulsuz bir özgürlüğün enstrümanları da değildirler. Dolayısıyla yukarıda ifade ettiğimiz gibi bu alanın mahremiyet olgusunu ihlal ettiği ölçüde birey ve toplumun artan korunma ihtiyacının da o oranda karşılanması gerekir<sup>7</sup>. Bu koruma bireysel tedbire bırakılmayacak kadar önemlidir. Kamu gücünün devreye girmesi ve Devletçe müdahale edilerek bireyin özgürlüğünün ve kişiliğinin korunması adına düzenlemeler yapılması gerekir.

Sosyal medya aracı olarak kullanılan uygulamaların birbirinden farklı amaçlarla donatılmış olduklarını söylemek mümkündür. Aslında hemen hepsi de kullanıcı tarafından paylaşım yapma, bilgi iletme veya alma amacıyla dönük olarak tasarlanmıştır. Ancak kullanım bakımından Facebook, X, Instagram, Telegram gibi sosyal medya platformları genel olarak görüş açıklama niteliğiyle öne çıkmaktadır. Ayrıca belirtilen sosyal ağlar paylaşım açısından görsel öğelere de izin vermektedir. Öte yandan anlık iletişim bakımından çoğunlukla WhatsApp veya Bip gibi uygulamalar ön plana çıkmaktadır<sup>8</sup>.

Kullanım amaçları yanında sosyal medya araçlarının kullanım ve gizlilik koşulları açısından da aralarında farklılıklarının bulunduğunu söylemek mümkündür. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi sosyal medya platformları başlıca Facebook, WhatsApp, X, Instagram ve YouTube'dur<sup>9</sup>. Sosyal medya ağlarının çeşitlenmesi onların gizlilik ve kullanım ayarları açısından da değişikliklerin ortaya çıkmasına yol açmıştır<sup>10</sup>. Nitekim paylaşım sahibi platformun

<sup>6</sup> Hatta bazen sosyal medya platformlarında bireylerin mahremiyet olgusu, iletişim araçlarının yaygınlaşmasıyla birlikte sanal dünyaya açılmış ve önemini yitirmiştir. Bu bakımdan sanal alemde kendilerine veya başkalarına karşı mahremiyet sınırlarını aşarak dikkat çekmek, dinlenen biri olma çabası içinde olmak sıkça karşılaşılan bir durum haline gelmiştir. **Yıldız/Öztürk**, s. 560; **Oğuz**, s. 1183.

<sup>7</sup> **Yıldız/Öztürk**, s. 560.

<sup>8</sup> **Uğur/Çalışkan Yıldırım**, s. 1172.

<sup>9</sup> Öğretide elektronik haberleşmeye imkan veren iki veya daha çok taraf arasında haberleşmeyi sağlayan e-posta veya WhatsApp gibi uygulamaların temel amaçlarının paylaşım değil haberleşme olması sebebiyle sosyal medyadan ayrı tutulabileceği ifade edilmiştir. **Keser**, "*Sosyal medya paylaşımları*", s. 523-524.

<sup>10</sup> **Uğur/Çalışkan Yıldırım**, s. 1172.

kendisine tanıdığı imkân ölçüsünde paylaştığı içeriğe ilişkin çeşitli sınırlamalar koyabilir. Örneğin paylaşımın sadece belirli kişiler ya da kendisini takip eden kişiler tarafından görülmesini sağlayabilir<sup>11</sup>.

Ayrıca paylaşımın kişinin profilinde bulunan arkadaş veya takipçileri tarafından yorumlanması, beğeni alması, paylaşılması da mümkündür. Hatta bu paylaşım sosyal mecrada yeni bir paylaşım olarak da değerlendirilebilir<sup>12</sup>. Paylaşımı yapan kişi sosyal medya aracının gizlilik ayarlarına göre bunu daha az veya çok görünür hale getirebilmektedir. Aşağıda da ele alacağımız üzere gerek öğreti gerek yargı içtihatlarında sosyal medya aracının gizlilik özelliklerinin, işçi tarafından yapılan sosyal medya paylaşımlarının feshe konu olup olamayacağı, olaksa da feshin türünün belirlenmesine yardımcı bir unsur olarak değerlendirildiği görülmektedir.

### B. İşyerinde Sosyal Medya Kullanımı

İnternet ve sosyal medya kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte bu araçların faydaları yanında ortaya çıkardığı riskler de dikkat çeker olmuştur. Zira kişinin yalnızca dar çevre ile sınırlı olmayıp, tüm dünya ile aynı anda iletişim halinde olduğu bu mecralar pek çok kişilik hakkı ihlalinin meydana geldiği alanlar haline gelmiş, hukuki, idari ve cezai birçok problemin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Katılımcısı olan pek çok kişiyi aynı anda organize etme yeteneği olan bu uygulamalar, günümüzün kontrolü güç aygıtı haline gelmiştir. Ayrıca siber zorbalık, bağımlılık, cinsellik, şiddet ve nefret dolu içeriklere maruz kalmak teknolojinin beraberinde getirdiği hastalıklar olarak ortaya çıkmaya başlamıştır<sup>13</sup>. İnternet ve sosyal medyanın yol açtığı bu problemlerin hukuki ve cezai bakımdan çözüme kavuşturulması için gerek uluslararası gerek ulusal düzenlemelere ihtiyaç olduğu muhakkaktır. Birey ve toplum ilişkisinde mevcut tedbirleri alma yükümlüsü ise Devlettir. Nitekim bu konuda ülkemizde 5651 sayılı Kanun yürürlüğe konulmuştur<sup>14</sup>.

Sosyal medyanın en çok etki altına aldığı alanlardan biri de işyerleridir. Dolayısıyla internet ve sosyal medya, günümüzde işyerleri için de vazgeçil-

<sup>11</sup> Uğur/Çalışkan Yıldırım, s. 1173.

<sup>12</sup> Uğur/Çalışkan Yıldırım, s. 1173.

<sup>13</sup> Baz, Fatih Çağatay: "Üniversite Öğrencilerinin İnternet Bağımlılık Düzeyleri Üzerine Bir Çalışma", *Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 3, S: 2, 2019, s. 209-220.

<sup>14</sup> *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*, RG., 23.05.2007, 26530.



mez araçlar haline gelmiştir<sup>15</sup>. İşe alım süreçleri dâhil olmak üzere<sup>16</sup>, işin görülmesi, hizmet sunumu ve üretim, veri kaydı, reklam ve içerik oluşturma gibi tüm alanlarda oldukça geniş bir kullanıma sahip olan internet ve bilgisayar teknolojileri, yapay zekâ uygulamalarının da yaygınlaşması ile birlikte oldukça farklı bir anlam kazanmıştır. Ancak sağlamış olduğu faydalar yanında sosyal alanda oluşan pek çok riskin işyerleri açısından da gündeme gelmesi çeşitli sorunlara yol açmıştır. Özellikle bilgisayar ve internetin işyeri kaynaklı olması ve buna bağlı olarak işverenin tahsis ettiği telefon, elektronik posta adresi, bilgisayar ve tablet gibi iletişim araçlarının iş ile ilgili kullanım amaçlarının dışında özel amaçlı olarak da kullanılmaya başlanması bu sorunların temel kaynağını oluşturmuştur. Ayrıca çalışanların kişisel elektronik cihazlarından işyeri internetini kullanmaya başlaması veya kendi kişisel elektronik araçları ve internetleri üzerinden sosyal medya ve telefon ile geçirdikleri zamanın fazlalaşması, işin görülmesine ve üretim ve verimden kaynaklı sorunların ortaya çıkmasına sebep olmuştur<sup>17</sup>. Sonuçta iş görme yükümlülüklerinin ihlali, verimsiz çalışma, işten kaytarma, sadakat borcuna aykırılık nedeniyle iş sözleşmesinin işverence feshi sıklıkla gündeme gelmeye başlamıştır<sup>18</sup>.

İşverenin internet teknolojisi, bilgisayar ve telefon gibi iletişim araçlarından kaynaklanan yukarıda belirtmiş olduğumuz fesih hakkına ilişkin uygulamalar çeşitli nedenlere bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Öncelikle çalışanların işverence tahsis edilen internet ve bilgisayar kullanımı ve elektronik posta hesabının kontrolünü yapması ve iş amacı dışında özel amaçlarla kullanılmasını denetlemesi söz konusu olabilir. Bu bakımdan çalışanların bilgilendirilmesi özellikle yargı içtihatlarının bir gereğidir. Bilgisayar, telefon, internet ve elektronik posta adreslerinin özel amaçlı olarak kullanılması işyeri bilgisayarlarının zarar görmesine, elektronik posta adreslerinin yetersiz kalmasına veya işverenin ticari veya kişisel onur ve itibarına zarar vermeye

<sup>15</sup> Gerçekten de çalışanlar işyerinde mola vermek, arkadaşlarıyla iletişim kurmak, tatil planlamak, lokanta rezervasyonu yapmak, uçak bileti satın almak gibi çeşitli sebeplere bağlı olarak çalışma saatlerinde sıklıkla internete bağlanmaktadır. **Del Punto**, s. 88.

<sup>16</sup> **Hidy McGarvey**, Kathleen/E. **McDonald**, Mary Sheila: “*Risky Business: The Legal Implications Of Social Media’s Increasing Role In Employment Decisions*”, Journal of Legal Studies in Business, V: 18, 2013, p. 69-89 ([https://journaloflegalstudiesinbusiness.org/wp-content/uploads/2015/08/rb\\_2013\\_69to88.pdf](https://journaloflegalstudiesinbusiness.org/wp-content/uploads/2015/08/rb_2013_69to88.pdf), (ET, 01.07.2024).

<sup>17</sup> **Thornthwaite**, s. 169.

<sup>18</sup> **Okur**, s. 1 vd.; **Oğuz**, s. 1177-1204; **Baysal**, “*İletişim Cihazları*”, s. 65-75; **Keser**, “*İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı*”, s. 445-490; **Yiğit**, “*Özel Amaçlı İnternet*”, s. 161-214; **Erdoğan**, s. 1351-1386; **Özkalp/Aydın/Seda**, s. 18-33.

yol açacak boyutlara ulaşmasına sebep olabilir. İşverenin belirtmiş olduğumuz haklı menfaatleri, bu alana ilişkin objektif ve dengeli kısıtlamaların varlığını meşru kılmaktadır. Ancak belirtelim ki özel amaçlı kullanımlara tamamen yasaklama getirilmesi mümkün değildir<sup>19</sup>.

Öte yandan çalışanların başkalarının yapmış olduğu paylaşımlarla ilgili beğenide bulunmaları ve hatta emoji kullanmaları belirli ölçülerde iş ilişkisinde sadakat borcuna ve işverenin ticari onur ve itibarına zarar verici boyutlara ulaşabilmekte ve çeşitli hukuki/cezai sonuçlar ile karşı karşıya kalmalarına sebep olabilmektedir<sup>20</sup>.

## II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİNİN SOSYAL MEDYA PAYLAŞIMI NEDENİYLE FESHİ

### A. Genel Olarak

İş sözleşmesinin feshi iş kanunlarında ve Türk Borçlar Kanunu'nda işveren ve işçi için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17-29.maddelerinde, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 14-19.maddelerinde, 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun<sup>21</sup> 5-12.maddelerinde ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 430-443.maddelerinde iş sözleşmesinin feshine ve feshin türlerine yer verilmiştir<sup>22</sup>.

Fesih iş sözleşmesinin tek taraflı irade beyanıyla karşı tarafa yöneltilen ve karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duyulmaksızın belirli süreli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerinin derhal ya bildirim süresinin bitiminde sona erdirilmesidir<sup>23</sup>. Fesih bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı niteliğindedir.

İş ilişkisi şüphesiz ki sosyal medya paylaşımı yapmaya engel değildir. Zira işçinin özel hayatının gizliliği ve düşünce ve ifade hürriyeti kapsamında fikirlerini açıklaması, haberleşme hürriyetini kullanması amacıyla paylaşım yapması, güncel, siyasi, ekonomik, kültürel ve sosyal konulara temas etmesi

<sup>19</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Okur**, s. 1 vd.; **Erdoğan**, s. 1351-1386; **Özkalp/Aydın/Seda**, s. 18-33.

<sup>20</sup> **Thornthwaite**, s. 170.

<sup>21</sup> Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, RG., 13.06.1952, 8140.

<sup>22</sup> Bkz. **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, 7. B, Ankara 2022, s. 785 vd.; **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 21. B, İstanbul 2021, s. 533 vd.; **Sümer**, Halûk Hâdi: İş Hukuku, 26. B, Ankara 2022, s. 97 vd.; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35. B, İstanbul 2022, 440 vd.

<sup>23</sup> **Süzek**, s. 539; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 455.

elbette ki mümkündür<sup>24</sup>. Sosyal medya, günümüzde çalışanların da gerek günlük hayata gerek çalıştıkları işe veya işyerine ilişkin paylaşım yaptıkları bir alan haline gelmiştir. Bu konularda meydana gelebilecek hukuka aykırı kısıtlamalar, düşünce hürriyetine ve özel hayat hakkına saygı gösterilmesine ilişkin temel hak ve hürriyetlere aykırı düşecektir. Ancak her hürriyet alanında olduğu gibi haberleşme, fikir ve ifade hürriyeti ile özel hayatın gizliliği sınırsız korunmamaktadır. Diğer kullanım alanlarında olduğu gibi sosyal medya paylaşımı sebebiyle *temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması* (AY, m.14) ve bu alandaki temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamalara dikkat edilmesi gerekmektedir<sup>25</sup>. Özellikle çalışanın özel hayatını veya salt düşünce ve ifade hürriyeti sınırları içinde kalmaksızın işyerini ilgilendiren ve işverenin ticari itibarına zarar veren, rekabet yükümlülüğüne aykırı veya sır saklama ve sadakat yükümlülüğünü ihlal eden açıklamalarına sosyal medya paylaşımlarında yer vermesi, iş ilişkisini ilgilendiren problemlerin ortaya çıkmasına ve çalışanın sözleşmesinin feshi işlemiyle karşı karşıya kalmasına yol açabilecektir.

İşçinin sosyal medya paylaşımı nedeniyle iş sözleşmesinin feshi esnasında paylaşımında iş ilişkisini ilgilendiren konular varsa mümkündür. Normalde istihdam ilişkisi dışında kalan konularda yapılan paylaşımların feshe konu edilmemesi gerekmektedir<sup>26</sup>. Ancak bu kuralın mutlak olamayacağını, somut olay koşullarına göre paylaşımın iş ilişkisini olumsuz etkileyebileceği ve haklı veya geçerli feshe sebep olabileceğini kabul etmek gerekir. Öte yandan işverenin çalışandan şahsi sosyal medya hesaplarının şifrelerini talep etmesi, aşağıda da ele alınacağı üzere, meşru bir çıkar olarak nitelendirilemeyeceği gibi özel hayatın gizliliğini ihlal eden bir davranış olduğu için yapılan feshi haklı veya geçerli kılmayacaktır<sup>27</sup>.

Sosyal medya paylaşımı iş sözleşmesini feshetmek için tek başına yeterli değildir. Şüphesiz ki iş sözleşmesinin feshini gerektiren eylemin İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu hükümlerine uygun yapıp yapılmadığının tespiti de gerekmele birlikte, yargı kararlarına bakıldığında sosyal medya paylaşımları ile ilgili olarak ortaya

<sup>24</sup> Wildhaber/Hansenberger, s. 78.

<sup>25</sup> 1982 Anayasası'nın, Özel hayatın gizliliği (m.20), Haberleşme hürriyeti (m.22), Din ve vicdan hürriyeti (m.24) ve Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m.26)'ne ilişkin hükümlerinde geçen *milli güvenlik, kamu, düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin* sınırlamalar, bu hak ve hürriyetlerinin sınırını oluşturmaktadır.

<sup>26</sup> Fleming/Miles, s. 13.

<sup>27</sup> Oğuz, s. 1184.

çıkan (paylaşımı işçinin yapıp yapmadığı, paylaşımına işverenin meşru yollar-  
dan ulaşip ulaşmadığı gibi) özel bazı hususların da feshe ilişkin yasal koşullar  
ile birlikte düşünülmesi gerekmektedir. Çalışmamız açısından aktarmaya  
çalışacağımız bu koşulları aşağıdaki gibi değerlendirmek mümkündür.

## B. Feshin Koşulları

### 1. Sosyal Medya Paylaşımının İşçi Tarafından Yapılmış Olması

Sosyal medya paylaşımının fesih işlemini gerektirmesi durumunda paylaşımın işçi tarafından yapılmış olması önemli bir koşuldur. Çünkü içeriği hazırlayan ve yayınlayan kişinin aynı zamanda profilin/hesabın sahibi olduğuna ilişkin bir kabul bulunmaktadır<sup>28</sup>. İşverenler genellikle çalışanın sosyal medya hesabında paylaşımı yapılan ekran görüntüsünü kaydetmekte ve yapılacak bir hukuki incelemede kullanılmasını talep etmektedirler<sup>29</sup>. Ancak sosyal medya hesabının çalınması veya sahte (fake) hesap niteliğinde olması, paylaşımın işçiden kaynaklanmadığının göstergesi olacaktır. Sahtelik açısından ilgili aracın (telefon, bilgisayar, tablet gibi) ayarlarının incelemeye tabi tutulması, paylaşımın yapıldığı zaman dilimi ile kullanıcı işçinin ilgili teknolojik araçları kullanım zaman dilimlerinin karşılaştırılması veya IP adresi üzerinden kontrol sağlanması ve bu konuda uzman görüşü alınması veya bilirkişi incelemesi yapılması istenebilecektir. Öte yandan ilgili teknolojik aracın çalınması suretiyle açık olan sosyal medya hesaplarından işçi adına uygunsuz içerikli paylaşımlar yapılması ve işyerini ilgilendiren bu paylaşımların geçerli veya haklı sebeple feshi gerektirmesi durumunda paylaşımın işçi tarafından yapılmadığının ispatı önem arz etmektedir<sup>30</sup>. Bu konuda da her türlü delile başvurulması, tanık dinlenmesi, gerekirse varsa kamera kayıtlarının incelemeye tabi tutulması yoluyla aksi durumun ispatı yoluna gidilmesi gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay bu konuya ilişkin olarak bir kararında sosyal medya paylaşımının işçi tarafından yapıp yapılmadığı aydınlatılmadan hüküm kurulmasının hatalı olduğunu ifade etmiştir<sup>31</sup>. Ancak paylaşımın işçi tarafından yapıldığı kesin olarak ortaya konulamamakla birlikte işverenin söz konusu paylaşımların işçiye ait olduğu hususunda *şüphe duyup kaygılanması* da

<sup>28</sup> Wildhaber/Hansenberger, s. 86; Ergin, "Sosyal Medya Paylaşımları", s. 57.

<sup>29</sup> Ergin, "Sosyal Medya Paylaşımları", s. 57.

<sup>30</sup> Keser, "Sosyal Medya Paylaşımları", s. 538.

<sup>31</sup> Y22HD, 01.11.2017, E.2017/41932, K.2017/23822; (www.karararama.yargitay.gov.tr ET: 10.06.2024). Y9HD, 18.01.2018, E.2016/33467, K.2018/580, (www.karararama.yargitay.gov.tr ET: 10.06.2024).

mümkündür. Nitekim somut olayda davacı işçinin Twitter (artık X) hesabından bölücü terör örgütü lehine paylaşımlar yaptığı gerekçesiyle iş sözleşmesi derhal feshedilmiş, ancak paylaşımın davacı tarafından yapıldığı kesin olarak ortaya konulamamakla birlikte kanaatimizce de *isabetli* olarak, somut olay kapsamında işverenin duyduğu makul şüphe nedeniyle feshin geçerli olduğu sonucuna ulaşılmıştır<sup>32</sup>.

Sosyal medya paylaşımının işçi tarafından yapılmadığının anlaşılması durumunda, işçi olumsuz paylaşımın etkisinden kurtulacak ve ilgili paylaşımı yapan kişi tespit edildiği takdirde bu kişinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Paylaşımı işçi yapmamış olmakla birlikte onun teknolojik iletişim araçlarının veya hesabının ele geçirilerek başkaları tarafından yapılmış olması da söz konusu olabilir. Bu durumda gerekli adli ve idari tedbirlere başvurulması dışında işverence iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmesi hukuka aykırı olacaktır. Ancak işçinin kendisine tahsis edilmiş işyeri bilgisayarı veya telefonu veya şahsi bilgisayarı veya telefonuna ait şifre bilgileri ile sosyal medya hesap bilgilerine ait şifreleri kendi rızası ile arasında güven ilişkisi bulunduğu inandığı üçüncü kişilerle paylaşmış olması ve paylaşımın bu kişiler tarafından yapıldığının anlaşılması durumu işçi açısından bir kusur olarak görülebilecektir. Ortaya çıkan sonucun ağırlığına göre işverence işçiye de bir yaptırım uygulanması gündeme gelebilir. Örneğin olumsuz paylaşımın haklı nedenle feshi gerektirdiğinde, işçinin bu kusurlu davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmesi veya olumsuz paylaşımın geçerli nedenle feshi gerektirdiği durumda mevcut kusuru nedeniyle işçiye, iş sözleşmesinde veya varsa toplu iş sözleşmesi veyahut da işyeri iç yönetmeliğinde yer almış olması şartıyla, disiplin yaptırımı uygulanması yoluna gidilebileceği kanaatindeyiz<sup>33</sup>. Ayrıca somut olayın özelliklerine göre işçinin kusurlu davranışı nedeniyle doğrudan haklı veya geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmesi de mümkündür.

Paylaşım işçi tarafından yapılmış olmasa da yapılan paylaşımın *beğen* butonu ile beğenilmiş olması da uygulamada sorun doğurabilmektedir. Zira

<sup>32</sup> Y9HD, 16.01.2020, E.2019/8231, K.2020/532, (www.karararama.yargitay.gov.tr ET: 10.06.2024).

<sup>33</sup> İş hukukunun özel kaynakları ile şirket içinde yapılan düzenlemeler gereğince kurumsal elektronik posta hesaplarının şahsi sebepler çerçevesinde kullanımının kesin olarak yasaklanmış olması, aksi halde iletişim kayıtlarının takip edileceği, inceleneceği hususunda çalışanlara gerekli uyarı ve bilgilendirmelerin yapılması durumunda artık çalışanın kurumsal elektronik posta hesapları üzerinden gerçekleştirmiş oldukları kişisel yazışmalar konusunda makul bir mahremiyet beklentisi içinde oldukları söylenemez. **Keser**, "İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı", s. 468.

bu yaklaşım bir değer yargısı içermekte ve konu hakkında hissedilen duyguyu ortaya koymaktadır. Daha çok ani refleks ile gelişen bir durumdur. Paylaşımın beğenilmiş olması onun gizlilik veya makul mahremiyet kapsamında korunmayan bir paylaşım olduğu varsayımını da değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır<sup>34</sup>. Paylaşım sosyal medya platformunda *beğeni* aldıkça görünürlüğü daha çok artmaktadır. *Beğeni* faaliyeti sosyal medya paylaşımının hukuka aykırılığı söz konusu olduğunda ayrıca önem kazanır ve işçinin sadakat yükümlülüğünü olumsuz etkileyen bir hale bürünebilir. Ancak *beğen* eyleminin, paylaşımın içeriği ile aynı ölçüde değerlendirilmesi ve fesih ile ilgili yaptırıma buna göre karar verilmesi fesihte ölçülülük ilkesi ile ilgili sorun doğurabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Selma Melik v. Türkiye* kararında, Adana Seyhan Milli Eğitim Müdürlüğünde görevli personelin, Facebook sayfasındaki *az sayıda beğeni ve sadece birkaç yorum alan* bir paylaşımı *beğenmiş* olması nedeniyle iş sözleşmesinin derhal feshini, işçinin sadece çalıştığı yerde sınırlı bir tanınmışlığının olduğu ve beğenin öğreniciler, ebeveynler, öğretmenler ve diğer çalışanlar üzerinde önemli bir etkisi olamayacağı, işçinin paylaşımı yaymak için aktif bir isteğinin olmadığı, sonuçta işyeri düzeni ve huzurunu tehlikeye atan bir durum bulunmadığı gerekçeleriyle, orantısız bulmuştur<sup>35</sup>. Ancak somut olayın özellikleri dikkate alındığında ağır bir kişilik ihlali veya işletmenin ticari itibarını önemli ölçüde sarsacak bir paylaşımın *beğen* butonu ile beğenilmesi işçi açısından sadakat borcuna aykırılığı gündeme getirebilir ve bu faaliyeti haklı nedenle fesih konusu da olabilir<sup>36</sup>.

Diğer taraftan işçinin başkası tarafından hazırlanan ve paylaşılan bir gönderiyi kendi profilinde görmesi üzerine yeniden paylaşması durumunda sorumluluğunun ilk paylaşımı yapan kişi kadar doğup doğmayacağına tespiti de önemlidir. *Yeniden paylaşma (repost)* olarak adlandırılabilir bu davranışın, ayrıca sosyal medya paylaşımının yayılmasına dönük bir kasıt da içerdiği için *beğen* eylemine göre etkisinin daha fazla olacağı da değerlendirilebilir<sup>37</sup>. Bu bakımdan da paylaşan işçi açısından somut olayın koşullarına göre iş sözleşmesinin haklı veya geçerli sebeple feshi gündeme gelebilir.

<sup>34</sup> **Aydın**, Fatih: İşçinin Sosyal Medya Paylaşımının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, T.C. Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kayseri 2022, s. 180.

<sup>35</sup> Kararda gerekçe olarak başvuru kişinin yaşı ve kıdemi de dikkate alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Selma Melike v. Türkiye* kararında Başvuru No: 35786, Tarih: 15.06.2021, Bkz. **Aydın**, Fatih, s. 183.

<sup>36</sup> **Aydın**, Fatih, s. 184.

<sup>37</sup> **Aydın**, Fatih, s. 184.

Öte yandan sosyal medya paylaşımı feshe dayanak yapılırken, paylaşımın mesai saatleri içinde olup olmaması önemli değildir. Zira işçinin paylaşımının mesai saatleri dışında da olsa işyerini ilgilendirmesi, işverenin ticari itibar ve kişiliğine zarar vermesi, işyerini ve iş ilişkisini olumsuz etkilemesi söz konusu olabilir<sup>38</sup>.

## 2. Sosyal Medya Paylaşımına İşverenin Meşru Yollardan Ulaşmış Olması

Sosyal medyada WhatsApp, Messenger, Facebook Messenger, Bip, Telegram gibi uygulamalar kullanılmak suretiyle oluşturulan kapalı grup içinde paylaşılan görüntü, video, ses kaydı veya mesajların mahrem niteliklerinin bulunması sebebiyle, içeriklerinin muhatapları tarafından ifşa edilmediği müddetçe, işverence nasıl ele geçirildiğinin sorgulanması gündeme gelebilmektedir. Şüphesiz ki iletişimin muhatapları tarafından *kendilerine* yönelik hakaret, tehdit veya cinsel içerikli mesajları işverene iletmeleri durumunda işverence yasal işlem başlatılması ve disiplin<sup>39</sup> ve feshe varan süreçlerin işletilmesi mümkündür. Ayrıca sosyal ağdaki iki kişi arasında yapılan yazışmada, mesajların içeriğinin hakkı ihlal edilen işçi tarafından işverene verilmesi yine meşru bir öğrenme şekli olarak kabul edilmelidir. Çoğunlukla WhatsApp uygulaması kullanılmak suretiyle aile, arkadaşlık ve işyeri ortamında birçok grup kurulmakta ve paylaşımlar yapılmaktadır. Hatta işyerleri açısından bu grupların bazılarının işveren talimatıyla kurulduğu, ilgili birimler arasında koordinasyon ve işbirliği sağlanmak suretiyle bilgilendirmenin daha sağlıklı olması açısından sıklıkla tercih edildiği görülmektedir<sup>40</sup>.

Kapalı sohbet gruplarının çalışma hayatı açısından mahremiyet özelliklerine ilişkin ölçütlerin neler olduğuna yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>41</sup>. Bu noktada belirli bir üye sınırı öngörmek doğrudan bir grubun

<sup>38</sup> Kendi sosyal medya hesabından yaptığı paylaşımında “Davacının somut olayda parasını geri almak amacıyla çalıştığı Banka’nın adını kullanarak kendisine bir menfaat temin etmeye çalıştığı, bizzat kendi savunması ile teyit edilmiş... taraflar arasında güven ilişkisinin... ve iş ilişkisinin olumsuz...” etkilendiğinden hareketle iş sözleşmesinin paylaşım nedeniyle feshinin geçerli nedene dayandığı kabul edilmiştir. Y7HD, 03.07.2017, E.2015/40819, K.2016/5475, (www.karararama.yargitay.gov.tr ET:03.06.2024).

<sup>39</sup> Disiplin cezası verilebilmesi için bunun geçerli bir hukuki dayanağı olmalıdır. Ülkemizde işçilerin işleyecekleri disiplin suçları ve bunlara uygulanacak cezalara genellikle iç yönetmeliklerde, tip iş sözleşmelerinde ve toplu iş sözleşmelerinin eklerinde yer verildiği görülmektedir. **Süzek**, s. 132 vd.; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 595.

<sup>40</sup> **Aydın**, Fatih, s. 185.

<sup>41</sup> *Alman ve İsviçre Hukuku öğretisinde* mahremiyet sınırı beklentisine ilişkin sınır işçi sayısına ilişkin yorumlar yapılmış, Alman hukuku açısından (Alman Feshe Karşı Koruma

gizliliği üzerinde yorum yapmaya yeterli olmasa da işyerinde çalışmakta olan işçi sayısı, gruptaki işçilerin niteliği veya işverenin veya işveren vekilinin grupta bulunup bulunmamasına göre değerlendirme yapmak daha doğru olacaktır<sup>42</sup>.

İşverenin sosyal medya paylaşımı nedeniyle gerçekleştireceği fesihlerde işçinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmemeye özen göstermesi gerekir<sup>43</sup>. Dolayısıyla sosyal medya paylaşımlarına ulaşmada meşru yöntemlere göre hareket edilip edilmediğinin tespiti önem kazanmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi sosyal medya paylaşımının işçi tarafından yapılmış olduğunun ortaya çıkması durumunda fesih sebebi teşkil edebilecek bu paylaşımın işveren tarafından meşru yollardan elde edilmiş olup olmadığına da bakılması gerekmektedir.

Konunun bu yönüyle kişinin özel hayatının gizliliği ile yakından ilgili olduğunu belirtmemiz gerekir. Meşru yollardan elde edilmiş bir paylaşım üzerine gerekli hukuki incelemelerin başlatılması mümkündür. Sosyal medya araçlarının günlük milyonlarca paylaşımına konu olması ve bu paylaşımların milyonlara aynı anda ulaştırılması yaydığı etkinin şiddetini de ortaya koymaktadır. Buna çarpan etkisi de denmektedir<sup>44</sup>. Ancak paylaşım görme sınırı bazen sınırlı kategoride kişileri ilgilendirirken bazen platformun tüm kullanıcılarına açık bir mesaj da verilebilmektedir. Bu son halde içerik gizliliği de bir yönde daha zayıf kalmaktadır. İşverenin, çalışanın kültürel, dini, sosyal, cinsel, ekonomik ve siyasi anlamda tercihlerini yansıtan paylaşımlarının iş ilişkisine olumsuz yansımadağı, işçinin sadakat yükümlülüğü ile ilgili ilkeleri ihlal etmediği müddetçe, salt işverence sübjektif anlamda beğenilmemesi veya tercihlerine aykırı düşmesi, hesap herkese açık olsa da bir fesih sebebi olarak değerlendirilemeyecektir<sup>45</sup>. Ayrıca yine hesabın veya paylaşımın herkese açık olması, işverenin işçinin özel hayatının gizliliğini ihlal etme, sosyal medya hesaplarını gizlice gözden geçirme veya bu bilgileri depolama suretiyle işçinin iş sözleşmesini feshetmesini meşru kılmayacaktır<sup>46</sup>.

Şayet işçinin profiline gizlilik ayarları nedeniyle erişim yetkisi olmadığı halde hesabın şifresini elde etmek veya işçinin hesabında ekli bulunan bir

---

Kanunu m.23 hükmünden hareketle) 10 kişiyi geçen işçi gruplarında; İsviçre hukuku açısından ise özel görüşmelerin kapalı veya gizli grup olarak nitelendirilmesinin dışına çıkma açısından 6 kişiyi geçen işçi gruplarında artık paylaşımın kamuya açık olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **Aydın**, Fatih, s. 191; **Wildhaber/Hansenberger**, s. 82.

<sup>42</sup> **Aydın**, Fatih, s. 200.

<sup>43</sup> **Oğuz**, s. 1184.

<sup>44</sup> **Wildhaber/Hansenberger**, s. 85.

<sup>45</sup> Ayrıca bkz. **Oğuz**, s. 1185.

<sup>46</sup> **Savaş Kutsal/Kolan**, s. 556-557.



başkası tarafından işverene teslim suretiyle paylaşımına ulaşılmış ise, gönderi işçi aleyhine delil teşkil etmeyecek ve fesih işlemine dayanak yapılamayacaktır<sup>47</sup>. İşverenin delillere meşru olmayan yöntemlerle ulaşması delilin hukuka aykırılığına yol açacak ve söz konusu deliller yargılamada da kullanılamayacaktır<sup>48</sup>.

WhatsApp, Facebook Messenger gibi çok az kişinin katıldığı sosyal medya gruplarında, işverenin paylaşımlara başka kişiler vasıtasıyla ulaşması ise meşru kabul edilmeyecektir<sup>49</sup>. Çünkü günümüzün en çok kullanılan sosyal medya araçlarından WhatsApp uygulaması ile internet ortamında anlık fikir, fotoğraf gibi paylaşımlar yapılabilmekte, bireysel iletişim yanında kapalı gruplar oluşturarak da grup içinde iletişim sağlanabilmektedir. Nitekim bu sistemin kendi içinde korunan bir (uçtan uca şifreleme) özelliğinin bulunması ve üçüncü kişilere kapalı olması sebebiyle, işçilerin işle ilgili akışı bozmamaları şartıyla sosyal medya aracı olarak WhatsApp üzerinden grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak bir faaliyet olarak değerlendirilmemektedir<sup>50</sup>. Önemle ifade edelim ki, işçilerin bu uygulamalardaki bilgilerinin kişisel veri olarak korunması da esastır<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> **Ergin**, “Sosyal Medya Paylaşımları”, s. 57; **Keser**, “Sosyal Medya Paylaşımı”, s. 537; **Oğuz**, s. 1185.

<sup>48</sup> Yargıtay kararında davacı işçinin işveren tarafından işyerinde kullandığı bilgisayarından Facebook hesabına girilmek suretiyle sosyal medyada geçen yazışmalarının hukuka aykırı şekilde elde edilmesini müteakip iş sözleşmesinin feshedilmesi üzerine “...feshe konu sosyal medya yazışmalarının davalı işveren tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilip edilmediği tespit olunmak suretiyle...karar verilmelidir” ifadelerine yer verilmiştir. Y9HD, 12.03.2020, E.2016/15456, K.2020/4319, (www.karararama.yargitay.gov.tr ET: 10.06.2024). Bkz. **Yıldız**, “Sosyal Medya Paylaşımları”, s. 111.

<sup>49</sup> **Oğuz**, s. 1185; Çok geniş katımlı (Facebook, Instagram gibi) sosyal paylaşım siteleri açısından bu gizlilik çok mümkün olmasa da WhatsApp’ta oluşturulan kapalı sohbet grupları ile bu gizliliğe güven duyulması söz konusu olabilir. Belirtelim ki katılımcısı çok geniş WhatsApp grupları açısından da gizlilik beklentisinden söz etmek çok mümkün değildir. **Caniklioğlu**, Nurşen: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi-2017, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018, s. 266.

<sup>50</sup> Hatta işverenler bazen paylaşımı yapan işçinin sözleşmesini feshederken, paylaşımından kendilerini grubun içinden haberdar eden işçilere ya ceza vermemekte veya fesih dışı yaptırımlar uygulayabilmektedirler. Bu durumun eşit davranma borcuna da aykırılık teşkil edeceği hakkında bkz. **Yıldız**, “Sosyal Medya Paylaşımları”, s. 107.

<sup>51</sup> “WhatsApp sistemi, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistemdir. Bu sistem kendi içinde korunan ve 3.kişilere karşı kapalı konumdadır. Dolayısı ile işçilerin iş akışını bozmadığı ve çalışmalarını etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak değildir. İşçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunması esastır. Somut uyumsuzlukta,

Ancak kapalı grup içinde gizli kalacağı inancıyla yapılmış ve işveren veya işveren vekiline yönelik paylaşımın grup içinde yer alan işçilerin olumsuz etkilenmeleri, paylaşım ile işverene karşı otorite sarsıcı tutum ve davranışlar sergilenmesi, mesajların işyerinde olumsuzluklara yol açması da mümkündür. Ayrıca işçilerin üzerinde baskı veya tehdit unsuru olarak kullanılan, ağır derecede kişilik hakkı ihlaline yol açan veya gerçeğe aykırı kasıtlı bilgi içeren paylaşımın gizlilik beklentisinden yararlandırılmaması, dolayısıyla işverenin kişilik hakkı ve ticari itibarının bu durumda daha üstün tutulması gerekebilir.

Nitekim Yüksek Mahkemenin bir kararında WhatsApp grup paylaşımında sarfedilen ifadelerin karara yazılmayacak kadar ağır küfür içerdiğinden hareketle, ifadelerin kime karşı söylendiğinin tam olarak anlaşılmasında ancak işyerinde olumsuzluklara sebep olması nedeniyle haklı olmasa da geçerli fesih nedeni olacağına hükmedilmiştir<sup>52</sup>. Öte yandan işveren veya vekiline baskı, tehdit veya hileli yöntemlerle elde edilmesi elbette ki delilin hukuka aykırılığına yol açacaktır<sup>53</sup>.

Öğretide yapılan bir değerlendirmede kişinin ailesi veya arkadaşları ile yaptığı yazışma ve paylaşımların kapalı gruplarda özel ve mahrem bilgi niteliğinde olması sebebiyle, içerik hakkında ilgili kişiler aleyhine işlem tesis edilmemesi yönünde bir yaklaşım olduğu görülmektedir<sup>54</sup>. Dolayısıyla özel ve sınırlı sayıda kişilerden oluşan gruplarda yapılan paylaşımların somut olay koşulları çerçevesinde gizli iletişim korumasından faydalanması gerektiği düşünülebilir. Sonuç olarak işverene karşı WhatsApp grubunda hakaret içerikli bir paylaşımın yapılmış olması durumunda, paylaşımın grubun gizliliğine ilişkin koruma kapsamında değerlendirilmesi mümkündür<sup>55</sup>.

---

*whatsapp konuşmaları gizlilik içeren kişisel veri niteliğinde olduğundan, salt nasıl temin edildiği anlaşılamayan bu yazışmalara dayanılarak iş akdinin feshi haksızdır*". Y9HD, 10.01.2019, E.2018/10718 K.2019/559 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 29.04.2024).

<sup>52</sup> Y9HD, 15.01.2020, E.2019/7066 K.2020/357 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 29.05.2024).

<sup>53</sup> Değerlendirme için bkz. **Aydın**, Fatih, s. 197 vd.

<sup>54</sup> Bu konudaki geniş değerlendirme, Alman Federal Mahkeme ve eyalet iş mahkemeleri kararları hakkında bilgi için bkz. **Aydın**, Fatih, s. 184 vd.; "*İşçinin sosyal paylaşım sitesinde belli bir grup içerisinde yapmış olduğu işveren aleyhine yazışmaları ağır eleştiri niteliğinde olmakla birlikte ifade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir*" Y22.HD, E.2016/16290, K.2016/17802 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 30.06.2024).

<sup>55</sup> Bkz. **Aydın**, Fatih, s. 184; "*Grup içi konuşmaların gizli kalması esas olduğu gibi genel olarak bakıldığında çalışma koşullarının olumsuzluğu, işveren ve yöneticilerin eşit*

Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu uygulamaya ilişkin bazı istisnaların olması ve yapılan bazı paylaşımların gizlilikle ilgili korumadan istifade etmemesi gerektiği *kanaatindeyiz*. Buna göre işçinin grupta işverene ait *iş sırlarını* paylaşması, işveren hakkında kasten gerçeğe aykırı bir isnatta bulunması durumunda, işçinin güven duyduğu mahremiyet alanının dışına çıktığından söz edilebilecektir. Nitekim mesaj içeriğine muhatap olanlardan birinin durumu işverene iletmesi üzerine verilen bir yargı kararında, işverenin korunmaya değer menfaatinin ağır bastığı düşüncesiyle, iş sözleşmesinin feshi haklı bulunmuştur<sup>56</sup>.

Aynı şekilde işverenin sahte profil kullanarak veya gizlice kapalı grup içinde yer alarak paylaşımına vakıf olması da delilin hukuka aykırılığına yol açacaktır<sup>57</sup>.

Ayrıca sosyal medyada bir kimsenin profilinde bulunan arkadaşlarının paylaşımını (çoğu kez profilinde saklı kalması ve kaybolmasını engellemek için)<sup>58</sup> *beğen* butonu ile beğenmesi durumunda, bu beğeni ifadesinin profilinde arkadaşı olmayan kişilerce de (örneğin işverenince) görünmesine yol açabilir. Paylaşımın, hesabında ekli olmadığı halde işçi tarafından beğenildiğinin işverence görülmesi durumunda bu öğrenmenin de sosyal medya gizlilik ayarları açısından beğeni yapan kişinin tercihi olarak değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla buna bağlı fesih veya disiplin işlemlerinin hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir.

Diğer yandan işverence çalışanların internet, bilgisayar ve diğer iletişim araçları (telefon vb) üzerinden izlenmesi suretiyle elde edilen deliller de kural olarak hukuka aykırıdır. Dolayısıyla işçinin özel hayatının gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne müdahale anlamına gelen bu uygulamalar kişisel

---

*davranmama, mobbing niteliğindeki tutumlarının dile getirildiği tespit edilmiştir. İşveren gizli kalması gereken verileri yasak bir şekilde elde ettiği gibi kendisine veren ve aynı konuşmalarda bulunan işçiye davranışı nedeni ile ihtar cezası vermek sureti ile de bilgi veren işçisini korumuştur. İşçilerin işyerinde mailleri, işverene bildirimleri işçilik hakları ile ilgili demokratik talep niteliğinde olup, bu tür barışçıl davranışların fesih nedeni yapılması doğru değildir".* Y9HD, 01.06.2017, E.2016/14205, K.2017/9526, ((<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 30.06.2024).

<sup>56</sup> Somut olayda davacı işçi tarafından yöneticilere çok ağır küfürler edildiği WhatsApp grubunda yapılan paylaşımın bir başka işçi tarafından işverene aktarıldığı olayda işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği ve feshin haklı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Sakarya BAM, 9HD, 08.09.2020, E.2019/1997, K.2020/866 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 29.05.2024).

<sup>57</sup> Aydın, Fatih, s. 190.

<sup>58</sup> Bu durumda ilgili öğenin beğenilerek başkaları tarafından görülmesi istenmiyorsa kaydedilmesi seçeneği de sosyal medya araçları tarafından sunulabilmektedir.

veri ihlaline de yol açmaktadır. İşverenin izleme yapmasının mutlak yasak olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak özellikle işveren tarafından sağlanan internet, bilgisayar ve telefon gibi iletişim araçları üzerinden meşru amaçlar doğrultusunda ve uygulama hakkında yönergeler hazırlayarak ve çalışanlara da önceden bilgi vermek şartıyla izleme yapılması mümkündür<sup>59</sup>. İşverenin belirtilen izleme araçları ile yapacağı izlemenin, paylaşımın içeriğini takip ve kontrol etmekten ziyade, çalışanların elektronik posta adresleri veya sosyal medya yazışmalarının trafik verileri ile sınırlı olması gerektiği, bir başka deyişle kullanım süresi, erişimin sıklığı ve erişim gerçekleştirilen adreslerin denetlenmesi ile sınırlı bir denetim olması gerekir<sup>60</sup>. Öğretide bu konudaki rızanın tek başına yeterli olamayacağı, işverence gerçekleştirilecek bu tür bir gözetimin meşru bir amaca hizmet ediyor olması ve kullanılan aracın amacın yerine getirilmesinde ölçülü olması da gerekli görülmüştür<sup>61</sup>.

Sosyal medya kullanımına ilişkin olarak işyerinde mutlak bir yasak getirmek mümkün değildir. Ancak belirli ölçülerde getirilebilecek sınırlamalar elbette ki mümkündür<sup>62</sup>. İşverence çalışana tahsis edilmiş bilgisayar, telefon ve internetin işe özgülendiği kabul edilir<sup>63</sup>. Bu şekilde işyerinde sosyal medya ağlarının, internet, bilgisayar ve diğer iletişim araçlarının suistimale meydan verilmemesi adına, kullanım şekil ve zamanına ilişkin açık bir düzenlemeye konu olması her iki taraf açısından da yararlı olacaktır<sup>64</sup>. Böylece günümüz çalışma hayatının en önemli problemlerinden olan *siber kaytarma* veya *sanal kaytarma* uygulamalarının<sup>65</sup> da belirli ölçüde önüne geçilmiş olacaktır.

İşçinin bilgisi dışında, işçiye tahsis edilmiş iletişim araçlarından (telefon, bilgisayar, tablet vb) yapılan izlemeden elde edilen deliller kural olarak

<sup>59</sup> Fleming/Miles, s. 22.

<sup>60</sup> Dönmez/Okutan, s. 25; Ayrıca bkz. Keser, "İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı", s. 466 vd.

<sup>61</sup> Savaş Kutsal/Kolan, s. 502.

<sup>62</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'nin 05.09.2017 tarihli Barbulescu v. Romanya kararına ilişkin olarak başvurucunun işvereni tarafından izlemeye ilişkin kapsam hakkında önceden bilgilendirme yapılmamış olması ve söz konusu mesaj içeriklerinin işveren tarafından okunacağı ihtimalinden habersiz bırakmış olması sebebiyle AİHS'nin 8.maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Karar için bkz. Keser, "İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı", s. 470, dn.66.

<sup>63</sup> Baysal, "İletişim Cihazları", s. 66.

<sup>64</sup> Dönmez/Okutan, s. 467.

<sup>65</sup> Dönmez/Okutan, s. 21; Bayram, Fuat: "İşverenin Fesih Hakkı Açısından İşçinin İşyerinde Özel Amaçlarla İnternet Kullanımı (Sanal Kaytarma - Cyberloafing)", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/787333> (ET, 05.05.2024), s. 163 vd.

hukuka aykırı olacak ve bunlara dayalı olarak iş sözleşmesinin feshi durumunda feshin geçersizliği veya haksızlığı gündeme gelecektir<sup>66</sup>.

### 3. Paylaşımın Feshi Gerektirecek Ağırlıkta Olması

Sosyal medya paylaşımının içeriğine göre haklı veya geçerli sebeple fesih gündeme gelebilir. Ancak işçinin her paylaşımının feshe konu olması da düşünülemez. Çalışmamızın bu bölümünde paylaşımın içeriğine göre haklı veya geçerli sebeple fesih konusuna geçmeden önce, paylaşımın hangi durumlarda fesih sebebi olarak görülemeyeceği üzerinde duracağız. Ardından sosyal medya paylaşımlarının feshi gerektiren bir özelliğe sahip olması durumunda da haklı mı yoksa geçerli sebeple feshe mi konu edilmesi gerektiğini inceleyeceğiz.

#### a. Paylaşımın Fesih Sebebi Olarak Görülmemesi

Sosyal medya paylaşımı nedeniyle işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinin diğer önemli bir koşulu da paylaşımın içeriğinin feshi gerektirecek ağırlıkta olmasıdır. Paylaşımın içeriğinin hem feshi gerektirecek bir ağırlıkta olduğunun hem de gündeme getireceği fesih türünün doğru tespit edilmesi gerekmektedir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi sosyal medya düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin en yaygın kullanıldığı alanlardan biri haline gelmiştir. İfade, bir kişinin kendi duygularını ve düşüncelerini, inanç ve fikirlerini açıklamasıdır. Bu açıklama sözlü yapılabileceği gibi, yazılı veya görsel araçlar kullanılmak suretiyle de yapılabilmektedir. Özgürlük kavramı ise kişinin bağımsızlığı ve karar alma yeteneği ile ilgilidir<sup>67</sup>. Özgürlük kavramı bireyin düşünce, fikir ve duygularını serbestçe ifade etme hakkını içerir. İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi 18.maddesinde herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı olduğunu, 19.maddesi ise herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğünün bulunduğunu ve düşüncelerinden dolayı rahatsız edilme, ülke sınırları olmaksızın bilgi ve düşünceleri her araçta arama, elde etme ve yayma hakkını da içerdiğini belirtmektedir<sup>68</sup>. Avrupa İnsan Hakları Söz-

<sup>66</sup> Aynı zamanda cezai sorumluluk da gündeme gelebilir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 136.maddesine göre "kişisel verileri, hukuka aykırı olarak başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişinin iki yıldan dört yıla kadar hapis ile cezalandırılacağı" düzenlemesine yer verilmiştir.

<sup>67</sup> **Gözler**, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınevi, 2. B, Bursa 2018, s. 279 vd.; **Karan**, Ulaş: İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Nisan-2018, s. 1 vd.; **Karadağ**, Nasuh Buğra: "İfade Özgürlüğü: Bir İnsan Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, 2024/1, s. 308 vd.

<sup>68</sup> www.tbbyayinlari.barobirlik.org (ET: 11.05.2024).

leşmesi'nin 9.maddesinde de herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğu, 10.maddesinde ise, herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğu ve bu hakkın kamu makamlarının müdahalesi söz konusu olmaksızın ve ülke sınırlarını dikkate almaksızın kanaat özgürlüğünü ve haber alma ve verme özgürlüğünü kapsadığı hükme bağlanmıştır. 10.maddenin 2.fikrasında ise bu özgürlüklerin kullanılması ile ilgili sınırlamalara yer verilmiş, yasayla benimsenen ve demokratik bir toplum yapısında ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğü ile kamu güvenliğinin korunması ve kamu düzeninin sağlanması ve aynı zamanda suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlak ile başkalarının şöhret ve haklarının muhafaza edilmesi, gizli bilgilerin yayılmasının engellenmesi veya yargı gücünün yetki ve tarafsız niteliğinin teminat altına alınması amacıyla gereken bazı koşul, sınırlamalara veya yaptırımlara tabi tutulabileceği ifade edilmiştir<sup>69</sup>.

1982 Anayasası'nın 25.maddesinde herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğu ve hangi sebeple ve amaçla olursa olsun kimsenin düşüncelerini ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamayacağı ve suçlanamayacağı ifade edilmiştir. 26.maddesinde ise *düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini* ele almıştır<sup>70</sup>.

Yukarıda da görüleceği üzere bireyin temel hak ve özgürlüklerinin kullanımı ve sınırlandırılmasına ilişkin esaslara yer verilmiş ve bu sınırlamalarda yalnızca bireyin değil aynı zamanda toplumun menfaati de dikkate alınmıştır<sup>71</sup>.

İşçinin sosyal medya paylaşımına, tamamen yasaklamamak kaydıyla bağımlılık ölçütü, işin niteliği, işçinin özellikleri dikkate alınarak işverence yürürlüğe konulacak yönergelerle bazı sınırlamalar getirilebilir<sup>72</sup>. Ancak

<sup>69</sup> www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\_tur (ET: 11.05.2024).

<sup>70</sup> Buna göre "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir*".

<sup>71</sup> **Kara**, Sultan: "*Çalışanların İşyerinde İfade Özgürlüğü*", Meyad Akademi, C: 1, S: 1, 2020, s. 45-46.

<sup>72</sup> **Wildhaber/Hansenberger**, s. 79.

belirtelim ki niteliği gereği özel dikkat gerektiren işlerde istisnai olarak görev başında özel iletişim, internet ve sosyal medya kullanımının tamamen yasaklanması da söz konusu olabilir<sup>73</sup>. İşveren yönetim yetkisi kapsamında hazırlayacağı iç düzenlemeler ile sosyal medya kullanımının yasak olup olmadığını, izin verilecek ise bu iznin mahiyetini, kontrol ve inceleme yetkisinin kapsamını ve ihlal durumunda uygulanacak yaptırımın türünü açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir<sup>74</sup>. Elbette ki, böyle bir düzenlemeye hiç yer verilmemesi işverenin sosyal medya kullanımına ilişkin geniş bir özgürlük alanı bıraktığı anlamına gelmez. Bu durumda ise işçinin sosyal medya paylaşımı nedeniyle mevzuattaki hükümler çerçevesinde sadakat yükümlülüğünü, itaat ve iş görme borcunu ihlal edecek davranışlarda bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir. Özellikle bu konuda mevzuatta yer alan hükümler yanında ayrıca sorun yaşamamak adına iç düzenlemeler vasıtasıyla önceden iş arkadaşlarına, amirine veya müşterilerine paylaşımlarıyla hakaret etmemesi ve iş sırlarını gizli tutması gerektiği yönünde bazı hatırlatmaların yapılmasında fayda bulunmaktadır<sup>75</sup>. Kural olarak kullanıma ilişkin bir talimat verilmemişse, iş performansı da tehlikeye düşmüyorsa, olağan sınırlar aşılmadığı müddetçe sosyal medya kullanımı açısından da bir sorun doğmayacaktır<sup>76</sup>.

İşçiler sosyal medya paylaşımı suretiyle bazen fikirlerini bu platformlar üzerinden açıklamaktadırlar. Ancak bu paylaşımlarının işverenlerce bazen iş sözleşmesinin feshi için gerekçe olarak kullanıldığı görülmektedir<sup>77</sup>. Yargı organları zaman zaman bu paylaşımların feshi gerektirecek ağırlıkta olmadığı ve işçinin düşüncesini açıklama özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadırlar<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Aydın, Fatih, s. 117.

<sup>74</sup> Aydın, Fatih, s. 118.

<sup>75</sup> Aydın, Fatih, s. 118.

<sup>76</sup> Wildhaber/Hansenberger, s. 80.

<sup>77</sup> Wildhaber/Hansenberger, s. 78.

<sup>78</sup> “Somut olayda; davacının feshe konu edilen işverenin kurduğu bir motivasyon grubu olan “focus grubu” na ilişkin “focus yapılar” şeklindeki paylaşımının işyerindeki genel eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği işverenin işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığını ve iş akdinin haklı ve geçerli nedenle feshedildiğini kanıtlayamadığı anlaşılmalı davanın kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir” Bursa BAM, 3.HD, 25.05.2018, E.2018/1478, K.25.05.2018 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 29.04.2024); “Davacı işçisinin kendisine ait sosyal medya hesabından davalı işyerinin eski çalışanlarından birinin paylaşımının altına yorum olarak “İsmail abi kapitalist sistem böyle bir şey ne kadar emek etsen de işine gelmediğinde insanı kolaylıkla harcıyor 2M kablunun insanlar üzerinde yaptığı

İfade özgürlüğünün en önemli yanı, toplumun geneli tarafından benimsenmiş, hoş görülen ya da önem verilmeyen konuların dile getirilmesi değil tam tersine aykırı fikirlerin dile getirilmesini korumasıdır<sup>79</sup>.

Diğer yandan çalışanların dayanışma niteliğinde, mevzuattan ve sözleşmeden doğan haklarının korunması amacıyla, sosyal medyada örgütlenecek ve işverene zarar vermeksizin uygulamaya dönük haksızlığı duyurmak ve ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla yaptıkları paylaşımların fesih sebebi olarak değerlendirilmemesi gerekir. Böyle bir duruma ilişkin olarak gerçekleştirilen bir fesih işleminde Yargıtay feshin geçersizliğine hükmederek, fesih nedenine bağlı olarak işe başlatmama tazminatının bizzat isabetli olarak dört ay yerine altı ay olarak belirlenmesine hükmetmiştir<sup>80</sup>.

Gerçekten de işverene netice olarak bazen ağır gelse de eleştiri sınırı içinde kalan paylaşımların feshe konu edilmemesi gerekir<sup>81</sup>. Zira işçinin

---

*baskı kanunen ve insani olarak kesinlikle suçtur” yazdığı, mahkemece bu ifadelerin çalışma düzenini bozacak nitelikte olduğu ve feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmişse de davacının sözlerinin işyerindeki genel eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, davacının somut olarak işvereni veya vekilini hedef almadığı, işverenin işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığını ve iş akdinin haklı ve nedenle feshedildiğini kanıtlamadığı”, Y9HD, 22.01.2018, E.2016/34334, K.2018/752, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 29.04.2024); “Davacının kendi sosyal paylaşım sitesi arkadaşları ile sınırlıdır. Bu şekilde kendisi de dahil herkes hakkında genel birtakım sözler söylemesi sataşma niteliğinde değildir. Bu söylemin mahkemece düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi isabetlidir (Y9HD, 23.05.2016, E.2015/2635, K.2016/12272, **Dönmez/Okutan**, s. 108.*

<sup>79</sup> Yıldız, “Değerlendirme”, s. 92.

<sup>80</sup> “Somut uyumsuzlukta; davacı, işyerindeki bir kısım işçinin haklarının korunması için sendikaya üye olma konusunda sosyal medya aracılığı ile örgütlenmeye başladığını, işverenin bu kişileri işten çıkardığını ve kendisinin de bu çıkarmaları protesto ettiğini, bunun üzerine iş sözleşmesine son verildiğini ileri sürmüştür. Yerel mahkemece, davacının sendika üyeliği bulunmaması, tanık beyanlarına göre de işyerinde henüz sendikalaşma faaliyetlerinin bulunmadığı gerekçesi ile feshin sendikal nedene dayanmadığı kabul edilmiştir. Mahkemenin, feshin sendikal nedene dayanmadığına dair gerekçesi dosya içeriğine uygun olmakla birlikte, davacının işçilik haklarının korunması için diğer işçilerle birlikte sosyal medya aracılığı ile örgütlendiği ve sosyal medyadaki yazışmaları nedeni ile iş sözleşmesi feshedilen bir kısım işçilere destek olması nedeni ile işten çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıdaki ilkeler doğrultusunda fesih nedeni dikkate alındığında, işe başlatmama tazminatının 4 ay yerine 6 ay olarak belirlenmesi...” Y9HD, 14.11.2017, E.2017/25324, K.2017/18148. (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 04.05.2024).

<sup>81</sup> “İşçinin sosyal paylaşım sitesinde belli bir grup içerisinde yapmış olduğu işveren aleyhine yazışmalar ağır eleştiri niteliğinde olmakla birlikte ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir”, **Dönmez/Okutan**, s. 111; “İşçinin sosyal medyada çalıştığı işyerindeki ağaçlık alandaki ağaç sayısının azalmasına yönelik eleştirilerini paylaşması Anayasal bir hak olan düşünce ve kanaat sınırları içerisinde kalmakla haklı



kendisini serbestçe ifade edebilmesi, işletmeye ilişkin görüşlerini açıklayabilmesi, eleştirilerini özgür bir şekilde söyleyebilmesi gerekir. Önemli olan bu eleştirilerin bulunması gereken uyum ve disiplini olumsuz yönde etkilememesidir<sup>82</sup>. Öte yandan başka bir kararda da davacının işçilik haklarının korunması için diğer işçilerle birlikte sosyal medya aracılığı ile örgütlenmesi ve buna bağlı olarak sosyal medyadaki yazışmaları nedeni ile iş sözleşmesinin feshedildiğinin anlaşıldığını ancak kendisinin bir kısım işçilere destek olmak amacıyla hareket ettiğini değerlendirmiş ve söz konusu feshi geçersiz saymış ve işçinin işine iadesine karar vermiştir<sup>83</sup>. Neticede işverenin iş ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya bu yükümlülüklerin eksik ifası durumunda işçinin eleştiri hakkını kullanması, işverenin kişiliğine saldırı sayılacak ifadelere yer vermeksizin ağır da olsa eleştiri yapması, sosyal medya aracılığıyla da olsa, ifade özgürlüğü kapsamında mümkündür<sup>84</sup>. Yine bir başka kararda da davacı işçinin “*Bütün arkadaşlarımızın dikkatine)))))) işte bakın ne kadar büyük bir firmada çalıştığımızı bir kez daha bizlere ifade ettiler, bizler bu kadar aşağılanacak ne yaptık bilmiyorum...*” şeklinde yaptığı paylaşım hakaret ve sataşma niteliğinde görülmemiş, yakınma niteliğinde kabul edilmiş ve eleştiri sınırları içinde kaldığı ifade edilerek iş sözleşmesinin ne haklı nedenle ne de geçerli nedenle feshedilebileceği kabul edilmiştir<sup>85</sup>. Ayrıca işçinin paylaşımında genel birtakım sözler söylemesi, paylaşımı kendi arkadaşları ile sınırlı bir sosyal medya mecrasından yapması Yargıtay tarafından düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir<sup>86</sup>.

veya geçerli bir fesih nedeni yaratmaz” Y7HD, 29.06.2016, E.2016/5892, 2016/15282, **Dönmez/Okutan**, s. 115.

<sup>82</sup> **Heper**, Hande: “*Düşüncüyü Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü*”, Çalışma ve Toplum, 2022/3, s. 1905-1906.

<sup>83</sup> Y9HD, 14.11.2017, E.2017/26324, K.2017/18148, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 29.04.2024).

<sup>84</sup> **Yıldız**, “*Değerlendirme*”, s. 110.

<sup>85</sup> Y9HD, 11.11.2019, 2019/3100, K.201919483, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 29.04.2024); Yargıtay bir başka kararında da davacının sosyal medyada “*peki arkadaşlar devletin kestiği fazla mesaiyi cezalarını birçok banka çalışanlarına ödeyerek atlatırken bizim bankamız da bize ödeme şansı varken, devlete ödeyerek atlattığımızı biliyor muydunuz*” ve “*soranlara aldığı maaşı söylemekten utanan kaç kişiyiz? Bu yorumu beğenenleri sayalım*” ifadelerini düşünce ve fikir açıklama özgürlüğü kapsamında ağır eleştiri olarak görmüştür. Y22HD, 14.06.2016, E.2016/16290, K.2016/17802, ([www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr) ET: 10.06.2024).

<sup>86</sup> “*Davacının kendi sosyal paylaşım sitesi arkadaşları ile sınırlı olan paylaşımında kendisi de dahil herkes hakkında genel olarak bir takım sözler söylemesi, sataşma niteliğinde değildir. Bu söylemlerin mahkemece düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir.*”

Ancak önemle ifade edelim ki düşünce ve ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği esaslarının ardına saklanarak her türlü paylaşımın yapılması da kabul edilmeyecektir. Nitekim işyeri, işveren veya üretilen ürünlerle ilgili yapılan olumsuz paylaşımların iş sözleşmesi üzerinde mutlaka olumsuz bir etkisi olacak ve sözleşmenin feshine varan sonuçların ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Paylaşımın potansiyel alıcı listesi arttıkça etkisi ve iş ilişkisine olumsuz yansımaları da o ölçüde genişleyecektir. Ayrıca hesabın gizlilik ayarları ile erişim kısıtlılığı, paylaşımın kapalı grup içinde yapılıp yapılmadığı da uygulanacak disiplin yaptırımını veya fesih tercihi açısından dikkate alınması gereken önemli hususlardandır. Dolayısıyla kişinin sosyal medya hesabında kayıtlı olanların *takipçi* veya *arkadaş* olarak nitelendirilen kişilere yönelik yaptığı paylaşımların gizlilik korumasından yararlanması söz konusu olmayacaktır. Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi işçinin kapalı grup içinde grubun mahremiyetine duyduğu güven tercihi nedeniyle yaptığı paylaşımların gizlilik korumasından yararlanabileceği hem öğreti hem de yargı kararlarında kabul edilmektedir<sup>87</sup>.

Öte yandan işveren hakkında yapılan olumsuz paylaşımın muhatap kitlesinin niteliğinin de dikkate alınması gerekir. Firmanın müşterilerinin, tedarikçilerinin veya iş ortaklarının da bulunduğu sosyal medya hesaplarında yapılan bu tür paylaşımların, işveren ile müşteri ve iş ortakları arasındaki güvenin sarsılmasına yol açma riski oldukça yüksektir. Ayrıca paylaşımı yapan işçinin kastı, paylaşımın yayılmasını teşvik edip etmediği (örneğin bojkot çağrısı gibi) hususların birlikte değerlendirilmesi gerekir<sup>88</sup>.

Yine yönetici veya üst düzey yönetici konumunda olan bir çalışanın, muhatap kitle üzerindeki etkisinin yüksekliği nedeniyle, yaptığı paylaşımında, işveren veya üretilen ürünler hakkındaki eleştiri düzeyini dikkatli belirlemesi gerekmektedir. Zira paylaşımı yapan işçinin, çalıştığı işyerindeki konumu da bu noktada önem arz etmektedir.

---

*rilmesi isabetlidir".* Y9HD, 25.03.2016, E.2015/2635, K:2015/2635 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 04.05.2024)). Ancak bu karara karşı oy yazısında "...davacının sözlerinin diğer çalışanları da hedef alır şekilde rencide edici olduğu, eleştiri sınırlarını aştığı, işyerindeki çalışma barışını bozduğu, sözlerinin arasına kendisini de dahil etmesinin eylemi masum kılmayacağı, eylemin 4857 sayılı Yasanın 25/II-d kapsamında sayılması için işçinin işverenin başka bir işçisine sataşması yeterli olup, bu sataşmanın yüz yüze, mail yolu ile ya da sosyal paylaşım sitesi ile olmasının da sonucu değiştiremeyeceği, davalı işverenin feshinin bu nedenlerle haklı nedene dayandığı..." ifadelerine yer verilmiştir.

<sup>87</sup> **Thorntwaite**, s. 174; **Fleming/Miles**, s. 11; **Aydın**, Fatih, s. 168.

<sup>88</sup> **Aydın**, Fatih, s. 171.

Bunun dışında işyeri ile ilgili olmayan ve tamamen işçinin özel hayatını ilgilendiren fikri, siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel içerikteki paylaşımlar işvereni rahatsız da etse ve kendi fikir ve düşüncelerine aykırı da düşse paylaşım feshe konu edilmemeli ve herhangi bir disiplin yaptırımı da uygulanmamalıdır. Aksi durum haksız ayrımcılıklara neden olabilecek ve işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırılık nedeniyle feshin haksızlığına veya geçersizliğine yol açabilecektir<sup>89</sup>. Nitekim Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere işçinin sosyal bakımdan olumsuz bir davranışı, toplum ve etik bakımından onaylanmayacak bir tavır, işyeri ve iş ilişkisinde olumsuzluğa neden olmuyorsa davranışın fesih sebebi olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir<sup>90</sup>.

Paylaşımın feshe konu olup olmayacağına değerlendirilmesinde paylaşım tarihi de önem arz etmektedir. Bu bakımdan işçinin sosyal medya paylaşımının değerlendirilmesinde iş sözleşmesinin kurulmasından sonraki dönemin dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla iş sözleşmesi henüz kurulmadan önce yapılmış sosyal medya paylaşımlarının, iş ilişkisine yönelik olumsuz etkisi ispatlanmadıkça, feshe konu edilmesi mümkün değildir<sup>91</sup>.

Yargıtay işçinin davranışının fesih sebebi olup olmayacağına ilişkin değerlendirmeyi yaparken, bazen paylaşımın işverence tahsis edilen araçların kullanılıp kullanılmadığına ve paylaşımın mesai saatleri içinde yapılıp yapılmadığına bakarak karar vermiştir. Nitekim işçinin 28 Ekim 2013 tarihli bir paylaşımında “*yarın hastalanacak devlet büyüklerimize şimdiden acil şifalar diliyoruz*” şeklindeki söylemi mesai saati içinde yapılmadığı ve bizzat işveren tarafından tahsis edilen araç gereç kullanılmadan kendi sosyal medya hesabından yapmış olması sebebiyle fikir özgürlüğü kapsamında görmüş haklı veya geçerli fesih nedeni olarak kabul etmemiştir<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Nitekim Yargıtay bir kararında, “...davacının bazı paylaşımları doğrudan yazmadığı ancak yazılanları paylaştığı, paylaşımların hakaret, şiddet, tehdit içermediği, eleştiri niteliğinde olduğu, 4857 sayılı İş Kanunu m.18/3-d hükmü gereği siyasi görüş farklılığının fesih sebebi olamayacağı...” yönünde karar vermiştir. Y9HD, 03.07.2018, E.2017/27773, K.2018/14484, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 04.05.2024)

<sup>90</sup> Y22HD, 26.09.2018, E.2018/9967, K.2018/20223, ([www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr)) (ET: 10.06.2024).

<sup>91</sup> “Davacının, davalıya ait işyerinde işe girişinden önceki sosyal paylaşım sitelerindeki paylaşımlarının fesih nedeni olarak kabulüyle sonuca gidilmesi hatalıdır. Davacının iş sözleşmesi kapsamında çalıştığı süre içerisinde mevcut üç ayrı sosyal medya paylaşımı ise tamamen düşünce özgürlüğü kapsamında olup...” **Dönmez/Okutan**, s. 126.

<sup>92</sup> Y7HD, 03.06.2014, E.2014/6519, K.2014/12285 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 04.05.2024).

Önemle ifade edelim ki, işletme içindeki olumsuzluklara ilişkin eleştiri niteliğindeki (örneğin işçinin bir hakkının verilmediği, yasal sınırın üzerinde fazla çalışma yapıldığı, fazla çalışma ücretlerinin ödenmediği, sigorta primlerinin düşük gösterildiği, işyerinde çifte bordro uygulaması olduğu ya da sendika karıştı uygulamalar olduğu vb) paylaşımlar gerçek durumu yansıtırorsa işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığı ileri sürülemeyecektir<sup>93</sup>. İşvereni veya işveren vekilini doğrudan hedef almayan, genel eleştiri kapsamında kalan ve ifade özgürlüğünü ilgilendiren paylaşımlar da geçerli ve haklı fesih sebebi olarak görülmemektedir<sup>94</sup>.

Diğer yandan sosyal medya paylaşımı nedeniyle feshin, makul veya kanunda öngörülen hak düşürücü süre içinde yapılmasına da dikkat etmek gerekir. Paylaşım işçi tarafından yapılmış olmakla birlikte fesih tarihinden çok önceki bir paylaşımından hareketle iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmesi de doğru görülmemiştir. Nitekim davalı işveren tarafından 20.07.2016 tarihinde gerçekleştirilen fesih bildiriminde davacının iş sözleşmesinin süreli olarak feshedildiği ifade edilmiş olmakla birlikte bu feshin esasında 01.06.2013 tarihli sosyal medya paylaşımından kaynaklandığı ve bu paylaşımında “Sabah işe geldiğimde uykusuz bir ben olduğumu gördüm çok acı korkak medya yayınladığın saçma programlarla herkesi uyuttun geziparki” şeklindeki ifadelerin bir suç unsuru içermediği gibi illegal yapılarla iltisak ve irtibat şüphesini ispata yarar başkaca bir delil olmaması sebebiyle feshin bu yönüyle geçerli olmadığı ifade edilmiştir<sup>95</sup>.

### **b. Paylaşımın Fesih Sebebi Olarak Görülmesi**

Sosyal medya paylaşımları, içerik itibariyle işçinin davranışları nedeniyle feshe konu olabilir. Zira uygulamada işçinin bu paylaşımlarıyla başta

<sup>93</sup> Y9HD, 01.06.2009, 2008/36374, K.2009/14159 (www.ekitap.hukukeğitim.com. ET:05.05.2024); Yıldız, “Değerlendirme”, s. 110.

<sup>94</sup> Nitekim Yargıtay 9.Hukuk Dairesi bir kararında “Davacı işçinin kendisine ait...hesabından davalı işyerinin eski çalışanlarından birinin paylaşımının altına yorum olarak “İsmail abi kapitalist sistem böyle bir şey ne kadar emek etsen de işine gelmediğinde insanı kolaylıkla harcıyor. 2M kablunun insanlar üzerinde yaptığı baskı kanunen ve insani olarak kesinlikle suçtur” yazdığı, mahkemece bu ifadelerin çalışma düzenini bozacak nitelikte olduğu ve feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmişse de davacının sözlerinin işyerindeki genel eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, davacının somut olarak işvereni veya vekilini hedef almadığı, işverenin işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığını ve iş akdinin haklı nedenle fesh edildiğini” kanıtlayamadığı gözetilmeksizin davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinin hatalı olduğu...” yönünde karar vermiştir. Y9HD, 22.01.2018, E.2016/34334, K.2018/752, (https://mevzuat.sinerjias.com.tr/ (ET: 04.05.2024).

<sup>95</sup> Y9HD, 05.11.2018, E.2018/4077, K.2018/19515, (www.karararama.yargitay.gov.tr ET: 10.06.2024).

sadakat yükümlülüğü olmak üzere iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği görülmektedir. Şayet davranışın ağırlığı iş ilişkisini olumsuz etkiliyor, ancak diğer taraf açısından çekilmez hale getirmiyorsa süreli fesih (geçerli sebeple fesih) türünün tercih edilmesi gerekir<sup>96</sup>. Aksi halde haklı sebeple fesih yoluna başvurulabilir. Öte yandan işverenin geçerli sebebe dayalı bir fesih yapabilmesi için yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi yeterli olmamakta ayrıca feshi önleyebilecek daha hafif tedbirlere (fesihte son çare ilkesine) başvurulmasının mümkün olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>97</sup>. Dolayısıyla fesihte ulaşılmak istenen sonuca *ölçülülük ilkesi* gereğince sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün olduğu takdirde fesih geçersiz sayılmaktadır<sup>98</sup>. İşçinin sosyal medya paylaşımlarına dayalı olarak iş sözleşmesinin feshi davranışın niteliği ve feshin son çare olması ilkesi dikkate alınmak suretiyle geçerli sebeple feshe konu olabileceği gibi haklı sebeple feshe de konu olabilir. Ayrımın doğru yapılmaması durumunda feshin haksızlığı gündeme gelecektir. Çalışmamız açısından aşağıda sadece geçerli sebep ve haklı sebep ayrımına göre değerlendirme yapılacak feshin sonuçları üzerinde durulmayacaktır.

#### *aa. Paylaşımın Haklı Fesih Sebebi Olarak Değerlendirilmesi*

Sosyal medya paylaşımı nedeniyle, haklı sebepler varsa iş sözleşmesinin derhal feshi (İK, m.25/II; BİK, m.11/3; DİK, m.16/1; TBK, m.435) gündeme gelebilmekte ve paylaşım ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle feshe konu edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 435.maddesinin 2.fıkrasında düzenlenen hüküm gereği sözleşmeyi feshedenin dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisini devam ettirmesi beklenmeyen bütün durum ve koşullar, fesih için haklı sebep sayılır.

Sosyal medya paylaşımı nedeniyle derhal fesih hakkı işçinin davranışlarına bağlı fesih sebepleriyle yakından ilgilidir. Dolayısıyla paylaşımın İş

<sup>96</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. **Süzek**, s. 604; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 1069; **Demir**, Deniz: "Karar İncelemesi: Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı", Çalışma ve Toplum, 14, 2007, s. 14 vd.; **Arslan Ertürk**, Arzu: "Karar İncelemesi: Feshin Geçersizliği ve İşe İade Talebinin Süresi - Geçerli Neden/Haklı Neden Ayrımı ve Feshin Hakkaniyete Uygunluğu", Çalışma ve Toplum, S: 4, 2007, s. 153 vd.; **Oruç**, Harun: "İş Akdinin Feshinde Geçerli Sebep-Haklı Neden Ayrımı", LİSGHD, C: 12, S: 45, s. 19 vd.; **Odaman**, Serkan: "Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 7, S: 2, 2003, s. 1 vd.

<sup>97</sup> **Süzek**, s. 623.

<sup>98</sup> **Süzek**, s. 623.

Kanunu'nun 25.maddesinin (II) numaralı bendinde sıralanan haklı sebeplerle ilişkisinin somut olay çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Sosyal medya paylaşımı sebebiyle işverene derhal fesih hakkı veren hüküm (İK, m.25/II) çerçevesinde başvurulacak fesih sebeplerinin uygulamaya yansıyan örnekler de dikkate alındığında aşağıdaki ayrıma göre değerlendirilmesi mümkün olabilecektir.

### *aaa. Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışlar*

Doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlara ilişkin ifade, İş Kanunu'nun 25.maddesinin (II) numaralı bendinin (e) alt bendinde yer almaktadır. Söz konusu hükme göre işçinin güveni kötüye kullanma, hırsızlık, işverenin meslek sırlarını açığa vurma gibi doğruluğa ve bağlılığa aykırı davranışları haklı fesih sebebi olarak düzenlenmiştir.

Burada bahsedilen davranışların çoğunun sosyal medya aracılığı ile de ortaya çıkması mümkündür. İş Kanunu'nun 25.maddesinin II numaralı bendinin (e) alt bendinde geçen "...gibi..." ifadesi nedeniyle bahsedilen doğruluk ve bağlılığa uygun düşmeyen davranışların sayılanlarla sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır.

Madde hükmünde geçen hırsızlık, güveni kötüye kullanma, işverenin meslek sırlarını açıklama gibi eylemlerin konusu suç olmakla birlikte<sup>99</sup> bir davranışın doğruluk ve bağlılığa uygun düşmeyen davranış olarak nitelendirilmesi davranışın suç olması şartına değildir<sup>100</sup>.

Doğruluk ve bağlılığa uygun düşmeyen davranışın fesih sebebi olabilmesi için işverenin zarara uğraması da şart değildir. Aslında bu borç işçinin sadakat borcunun bir gereğidir. Dolayısıyla bu borcu ihlal ederek işverenin haklı menfaatlerine zarar vermek, riske atmak gibi davranışlardan kaçınmak gerekir. Bu nedenle işçinin bir bahaneyle sevdiği takımın müsabakasını izlemeye gitmesi, çalışma günlerini fazla göstererek fazla mesai ücreti alması,

<sup>99</sup> Yargıtay 9.Hukuk Dairesi tarafından "...Somut olayda 18.07.2016 tarihli fesih yazısıyla dosya kapsamındaki tüm belgeler birlikte değerlendirildiğinde davacının iş akdinin sosyal medya paylaşımlarında 15 Temmuz darbe girişimini açıkça destekler nitelikte ve bu darbe girişimine karşı vatandaşın direnişini küçümser nitelikte hakaret içeren paylaşımlarda bulunduğundan feshedildiği sabit olmakla feshin haklı nedene dayandığı kabul edilerek..." hüküm kurulmuştur. Y9HD, 25.11.2019, E.2019/3541, K.2019/20865 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 01.05.2024)).

<sup>100</sup> Suç niteliği teşkil eden doğruluk ve bağlılığa uygun düşmeyen davranışlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aydın**, Devrim: "İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık ve Benzeri Nedenlerle Feshinin (İş Kanunu m.25/II) Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2023/2, s. 138 vd.

raporluyken başka bir işyerinde çalışması gibi davranışlar doğruluk ve bağlılığa uygun düşmemektedir<sup>101</sup>.

İşçilerin zaman zaman yaptıkları sosyal medya paylaşımlarıyla doğruluk ve bağlılığa aykırı düşecek davranışlar sergilediği görülmektedir. Yargıtay kararına yansıyan bir olayda davacı işçi ile yine aynı işyerinde çalışmakta olan diğer bir çalışanın aynı tarihlerde, aynı hastanede, aynı doktordan aynı teşhis ile istirahat raporu alıp, ardından raporlu olarak görüldükleri tarihte sosyal medya hesabında diğer çalışan tarafından yapılan paylaşım nedeniyle davacının seyahatinin turizm amaçlı olduğu gerekçesinden hareketle iş sözleşmesinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış nedeniyle derhal feshi haklı görülmüştür<sup>102</sup>. Öğretide de isabetle belirtildiği üzere burada sosyal medya paylaşımından daha çok gerçeğe aykırı rapor alarak turistik geziye gitmek doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak değerlendirilmiştir<sup>103</sup>. Yargıtay bu tür durumlarda iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/II-(e) bendi gereğince derhal feshi gerektiğine hükmetmektedir<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> **Süzek**, s. 700 vd.

<sup>102</sup> “Somut uyuşmazlıkta; davacı 09-12/07/2015 tarihleri arası için 2’şer gün şeklinde aralık tarihlerde istirahat raporu almış, aynı işyerinde çalışan bir diğer işçi ...de aynı tarihlerde aynı hastane ve aynı doktordan aynı teşhis ile istirahat raporu almıştır. Davacının raporlu olduğu tarihte sosyal medyada diğer şirket çalışanı M..., sosyal medya hesabında; “... turu başlasın, biz yaşayalım siz dedikodusunu yaparsınız” yazısını paylaşmış, paylaşımın altına da “... ile (davacı) birlikte ... yolunda” notunu düşmüştür. Davalı işverence bu olayın ardından davacıdan 21/07/2015 tarihinde savunması talep edildiğinde, davacı 21.07.2015 tarihli savunmasında bu durumu kabul ederek ‘istirahatliydim, doktor temiz hava al dedi, ben de memlekete gittim’ şeklinde beyanda bulunmuştur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacının ve iş arkadaşının aynı tarihte aynı doktordan ve aynı sebeple rapor aldıkları, arkadaşının sosyal medya hesabından raporlu olduğu gün davacı ile birlikte ... turuna çıktıklarını yazdığı, davacının işbu davranışı ile işverenin güvenini kötüye kullandığı, eyleminin yasada öngörülen doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olduğu, davacının seyahatinin turizm amaçlı olduğu açıkça ortadadır” Y9HD, 11.01.2021, 2018/5003, K.2021/159, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 01.05.2024).

<sup>103</sup> **Yıldız**, Gaye Burcu: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, Oniki Levha Yayınları, Ankara 2022, s. 90.

<sup>104</sup> “Somut uyuşmazlıkta davacının iş akdininin 04.04.2015,06.04.2015,07.04.2015 tarihlerinde işe gelmediği, 07.04.2015 tarihi için mazeret bildirmişse de diğer günler için mazeret bildirmediği bu nedenle iş akdinin devamsızlık nedeni ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosya içinde davacının bu tarihlere ait devamsızlık tutanakları yanında 07.04.2015 tarihinde ve bu tarih için geçerli olmak üzere tıp merkezinden aldığı rapor bulunmaktadır. Yine davacının devamsızlıklarına ilişkin 08.04.2015 tarihli savunma yazısında, izin talep ettiği ancak işverenin git rapor al, izin vermeyiz şeklinde söylendiğini bu nedenle işe gelmediğini açıkladığı, dava dilekçelerinde ise 07.04.2015 tarihinde ra-

Ayrıca bir başka kararda da davacı işçinin çalıştığı banka aleyhine sosyal medyada yaptığı paylaşımında “*F.adalet dağıtma bankası değildir çünkü sadece torpillilerin, yalakaların bankası olmuş*” şeklindeki ifadeleri, çalıştığı bankayı aşağılayıcı ve kurumsal kimliğe yakışmayan ifade olarak değerlendirilmiş ve derhal fesih nedeni olarak kabul edilmiştir<sup>105</sup>.

Öte yandan rakip firmalara fayda sağlayabilecek gizli bilgilerin sosyal medyada paylaşılması rekabet borcuna aykırı düşecektir<sup>106</sup>. Sadakat borcuna aykırılığın değerlendirilmesinde sosyal medyada paylaşılan içeriğin türü ve amacının araştırılması yanında bu içeriğe erişebilen kişi sayısının da dikkate alınması gerekmektedir<sup>107</sup>.

Önemle ifade edelim ki, işçinin sadakat borcunu ihlal eden davranışlarının neler olabileceğini önceden belirlemek ve tek tek saymak mümkün değildir<sup>108</sup>.

### **bbb. Sataşma**

Sosyal medya paylaşımı nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi, İş Kanunu’nun 25/II-d bendinde belirtilen hallerde de gündeme gelebilmektedir. Buna göre işçinin işveren veya onun ailesi üyelerinden birine veyahut da işverenin başka işçisine **sataşması** derhal fesih sebebi olarak düzenlenmiştir.

Sataşma terimine İş Kanunu’nda yer verilmiş olmakla birlikte kavrama ilişkin herhangi bir tanımlama getirilmemiştir. Sataşma, bir kimseyi rahatsız edecek şekilde davranmak, o kişiye musallat olmak veya taciz etmek şeklinde tanımlanabilir<sup>109</sup>. Daha geniş anlamda diğer tarafın kişilik haklarına

---

*hatsızlığı nedeni ile işe gelmediği haksız olarak iş akdinin feshedildiği beyan edilmiştir. Yine dosya içerisinde davacının sosyal medya paylaşımlarında; 04.04.2015 tarihinde arkadaşının düğününe katıldığına ilişkin görsellerin altında davacı ... arkadaşı arasında geçen konuşmada; davacıya hitaben “sana izin vermediler ki hoş senin izne ihtiyacın yok”, dendiği davacının ise “ben o işi hallettim” dediği, “doktor amcan mı halletti” sorusu üzerine davacının “yok abi bende amcam var, Ankara’da savcı” şeklinde yazışmalar olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu sosyal medya yazışmaları ve davacının işvereni verdiği savunmanın birlikte değerlendirilmesi neticesinde 07.04.2015 tarihli alınan raporun sıhhatli olmadığı, geçerli kabul edilemeyeceği” Y9HD, 09.12.2019, E.2016/9899, K.2019/21877. (<https://mevzuat.sinetjias.com.tr/> (ET: 01.05.2024).*

<sup>105</sup> Y9HD, 25.09.2014, E.2014/11621, K.2014/28293, ([www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr) ET: 05.06.2024).

<sup>106</sup> **Oğuz**, s. 1187.

<sup>107</sup> **Savaş Kutsal/Kolan**, s. 515; **Oğuz**, s. 1187.

<sup>108</sup> **Süzek**, s. 700.

<sup>109</sup> **Öktem Songu**, Sezgi: “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 39, 2018, s. 113 vd.



saldırı anlamına gelecek her türlü söz ve davranış sataşma olarak değerlendirilebilir<sup>110</sup>. Sataşma olarak görülen davranışın nitelik itibariyle suç teşkil etmesi veya çalışma saatleri içinde veya dışında olması da önemli değildir<sup>111</sup>.

Sataşma işverene veya işveren vekiline yahut bunların ailesi üyelerinden biri veya işverenin bir başka işçisine yöneltilmiş söz veya davranış şeklinde ortaya çıkabilir<sup>112</sup>. İşçinin hükümde belirtilen kişilere hakaret etmesi veya onları tehdit etmesi *sataşma* niteliğinde kabul edilmektedir. Hükümde geçen *aile üyesi* kavramının geniş anlamda aile kavramı esas alınarak değerlendirilmesi gerekir<sup>113</sup>.

İşçinin sataşma eyleminin haklı nedenle feshi gerektiren bir davranış olduğunun tespiti de gerekir. Zira sataşmanın çoğunlukla karşılıklı olduğu görülmektedir.

Sataşma fiilinin işçinin kendisi tarafından değil de bir yakını tarafından hükümde belirtilen kişilere yönelik olarak gerçekleştirilmesi de haklı fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Zira İş Kanunu'nun haklı fesih sebeplerini düzenleyen hem 24. hem de 25.maddelerinin (II) numaralı bentlerinde "*Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*" ifadesi kullanılmıştır. Yargıtay bu konudaki bir kararında, bankanın müdür yardımcısı olan bir işçinin diğer müdür yardımcısıyla yaşadığı anlaşmazlığa bağlı olarak işçinin kocasının bankaya gelip, müdür yardımcısını banka personelinin önünde dövüp, aynı zamanda hakaret etmesi neticesinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini, İş Kanunu'nun 25/II-d bendine uygun bulmuştur<sup>114</sup>.

Sataşma fiilinin şekli konusunda İş Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Sataşmanın sosyal medya paylaşımı yoluyla yapılması da mümkündür. Nitekim iş sözleşmesinin, işçi tarafından zaman zaman yapılan sosyal medya paylaşımları nedeniyle *sataşma* fiili gerekçe gösterilerek, işverence feshine konu edildiği görülmektedir.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi bir kararında "*Somut olayda Facebook isimli sosyal paylaşım sitesindeki paylaşımın davacı tarafından yapılmadığı savunulmuş ise de, davacının B.K. ve M.Y.'ın yanında iken şirket yöneticisi Metin Türk hakkında "onu vuracağım" şeklinde beyanda bulunduğu tanık*

<sup>110</sup> **Öktem Songu**, s. 113 vd.; **Ergin**, Hediye: "*İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi*", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 34, 2015, s. 75.

<sup>111</sup> **Öktem Songu**, s. 142.

<sup>112</sup> **Ergin**, "*Sataşma*", s. 77; **Süzek**, s. 697; **Öktem Songu**, s. 143.

<sup>113</sup> **Öktem Songu**, s. 142.

<sup>114</sup> YHGK, 19.10.1983, 9-610/981, **Süzek**, s. 699.

*anlatımları ve davacının beyanı ile sabittir. Söz konusu eylem işverenin bir başka işçisine sataşma niteliğinde olduğuna göre feshin haklı nedene dayanması... ” gerektiği kabul edilmiştir<sup>115</sup>.*

### *ccc. Şeref ve Namusa Dokunacak Sözler ve Davranışlar*

Sosyal medya paylaşımı nedeniyle haklı nedenle feshi gerektiren diğer yaygın bir davranış şekli de paylaşımın **işverenin şeref ve namusuna dokunacak** nitelikte olmasıdır. İş Kanunu'nun 25.maddesinin II numaralı bendinin (b) alt bendi hükmüne göre işçinin işverene yahut bunların aile üyelerinden birine şeref ve namusuna dokunacak söz söylemesi veya davranışlarda bulunması veyahut da işveren ile ilgili şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması derhal fesih sebebi olarak kabul edilmiştir.

Bu konuda Yargıtay kararlarına yansıyan bir olayda işyerinde ibadet hakkının kullanılmasının engellendiği veya baskı altına alındığı izlenimi verecek şekilde sosyal medya hesabından beyanda bulunup, bu beyanı fotoğraflı olarak destekleyici görseller kullanarak, izinsiz bir şekilde işyerini terk edip, Cuma namazına giden bir işçinin sosyal medya hesabından yaptığı paylaşımın işverenin itibarını kamuoyu nezdinde zedeleyici içerikte olduğu, işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı isnatlarda bulunulduğu ve eleştiri sınırlarının aşıldığından bahisle, iş sözleşmesinin işverence feshi haklı bulunmuştur<sup>116</sup>.

Yine bir başka kararda da davacı işçinin “...*isimli sosyal paylaşım sitesindeki “şunu anladım artık bu işyerinde g.t sayısı beyin sayısından fazla olduğu için bu işyeri değişmez de değişmez, yahu bu kadar mı çapsız var bu işyerinde uğraş uğraş bitmiyor, her gün biri çıkıyor, valla o kadar çapsız face imden attım ve engelledim ki arkadaş sayımdan fazla oldu”* şeklindeki paylaşımı işverenin şeref ve namusa dokunacak sözler içermesi nedeniyle haklı nedenle fesih kapsamında kabul edilmiştir<sup>117</sup>.

### *ddd. Cinsel Taciz*

Sosyal medya paylaşımlarına yansıyan ve işverene fesih hakkı veren diğer bir olumsuz durum da **cinsel tacizdir**. Cinsel taciz, bir kimsenin kendi isteği dışında cinsel içerikli tekliflere, bu konudaki şaka niteliğindeki ey-

<sup>115</sup> Y9HD, 08.09.2014, E.2014/19137, K/2014/23097 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 04.05.2024).

<sup>116</sup> Y9HD, 26.02.2015, E.2014/36660, K.2015/3283 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 04.05.2024).

<sup>117</sup> Y9HD, 23.01.2017, E.20167/2778, K.2017/422 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 04.05.2024).

lemlere, hakaretlere ve/veya bunları içeren görsel, sözlü veya fiziksel nitelikteki davranışlara maruz kalmasıdır<sup>118</sup>. Cinsel tacize muhatap olanlar çoğunlukla kadınlar olmakla birlikte erkekler de bu tür eylemlerden zarar görebilmektedirler.

İş Kanunu'nun 25.maddesinin (II) numaralı bendinin (c) alt bendi gereğince işçinin başka bir işçiye cinsel taciz niteliğinde davranışlarda bulunması derhal fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Ayrıca tacize uğrayanın taciz fiilini gerçekleştiren işçi ile aynı yerde çalışması da şart değildir<sup>119</sup>.

Cinsel taciz sosyal medya paylaşımıyla da gündeme gelebilir. Yargıtay bir işçinin işverenin başka bir işçisine yönelik olarak sosyal paylaşım sitesi üzerinden gönderdiği “*çok cici ve tatlı birisin ve sıcak kanlısın, seni kardeşim gibi görüyorum ve arkadaş olmak isterim seninle, yanlış anlama senin yaşında kızım var*” sözlerini ilgili eylemlerin bütün olarak değerlendirildiğinde *isabetli bir biçimde* muhatap taciz amacı bulunduğunu, işverenin davacı işçinin bu davranışı nedeniyle yaptığı feshin haklı nitelikte olduğuna hükmetmiştir<sup>120</sup>. Bu konuda yine *isabetli* olduğunu düşündüğümüz bir karara göre de davacı işçinin WhatsApp üzerinden işyerindeki bir bayan işçiye yönelik “sevgilin var mı”, “çok tatlısın”, “babam ne iş yapıyor” sorusuna “baklavacı” şeklinde cevap vermesi üzerine “çok tatlısın güzelsin şeker mi babam senin” adlı şarkısının bayan işçi üzerine yazıldığı şeklinde mesajlar göndermesinin taciz niteliği taşıdığı kabul edilerek yerel mahkemenin bu yöndeki kararı istinaf mahkemesi tarafından hukuka uygun bulunmuştur<sup>121</sup>.

#### **bb. Paylaşımın Geçerli Fesih Sebebi Olarak Kabul Edilmesi**

İşçinin davranışları haklı sebeple feshi gerektirebileceği gibi geçerli sebeple feshe de yol açabilir. İşçinin sosyal medya paylaşımının geçerli fesih sebebi olarak değerlendirilmesi durumunda işçiye kıdemine bağlı olarak belirli bir süre (ihbar süresi) verilmekte ve sürenin sonunda iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle koşulları varsa kıdem tazminatı da ödenmektedir. Yukarıda ifade etmiş olduğumuz koşullar çerçevesinde işçi iş güvencesi kapsamında ise *işe iade* talebiyle başvuru yapabilmekte ve feshin geçersiz-

<sup>118</sup> **Gönül Balkır**, Zehra: “*Cinsiyet Ayrımcılığı Temelinde İşyerinde Cinsel Taciz*”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 1, 2015, s. 16; **Akgeyik**, Tekin: “*İşyerinde Cinsel Taciz*”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S: 41-42, 1998, s. 216.

<sup>119</sup> **Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 862.

<sup>120</sup> Y9HD, 12.10.2015, E.2015/20326, K.2015/28093, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 04.05.2024)

<sup>121</sup> Gaziantep BAM, 01.12.2021, 14HD, E.2019/1778, K.2021/1719, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 29.10.2024).

liğine karar verilmesi durumunda başvurusu üzerine önceki işine iade edilebilmektedir. İşverence işçinin işe başlatılmaması durumunda ise kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, boşta geçen süre ücreti gibi diğer hakları ile birlikte işe başlatılmama tazminatı da gündeme gelebilmektedir<sup>122</sup>.

Sosyal medya paylaşımı açısından fesih türünün, mevzuat ve işyeri düzenlemeleri ve somut olayın koşulları çerçevesinde işçinin paylaşım nedeniyle sebep olduğu ihlalin derecesi, görülen işin niteliği ve hassasiyet derecesi, işyerinin niteliği, paylaşımın şahsi hesaptan veya işyeri hesabından ve mesai saatleri içinde veya dışında yapılıp yapılmadığı, işyeri isim ve logosunun paylaşımında yer alıp almadığı, işveren/işveren vekilinin doğrudan kişiliğinin ve ticari itibarının hedef alınıp alınmadığının dikkate alınarak belirlenmesi gerekecektir.

Sosyal medya uygulamaları, kullanıcılarına paylaşımları hakkında gizlilik ayarı getirme imkânı da vermektedir. Dolayısıyla paylaşımın gizlilik ayarına göre *herkes* tarafından görülmesi mümkün olduğu gibi sadece sosyal medya hesabına ekli *takipçileri/arkadaşları* tarafından görülmesi de mümkündür. Bu tercihin de hukuka aykırı paylaşım nedeniyle feshin türü üzerinde etkili olacağını belirtmemiz gerekir.

Yargıtay bir kararında davacı işçinin WhatsApp programı ile paylaştığı bir fotoğraf nedeniyle, davalı bankanın ekonomik geleceği açısından doğabilecek tehlikeye işaret ederek, paylaşımın iş sözleşmesinin haklı sebeple feshini gerektirmese de geçerli sebeple feshini gerekli kıldığını hükme bağlamıştır. Kararda “*Dosya kapsamına göre, bankada destek personeli olarak çalışan dava dışı...’nin güvenlik kamera izleme odasında, genel müdür ile yönetim kurulu başkanın odalarının bulunduğu koridoru güvenlik kamerasından izlerken, genel müdürün odasının önünde bulunan kutuları görmesi üzerine, genel müdürün görevden ayrılacağı düşüncesiyle ekrandaki görüntüyü fotoğrafladığı ve cep telefonundaki WhatsApp programı ile paylaştığı anlaşılmaktadır. Davacının da kendi telefonuna ulaşan bu fotoğrafı, müfettiş arkadaşıyla iletişim kurduğu gruba gönderdiği sabittir. Halka açık bir şekilde bankacılık faaliyetinde bulunan, borsada hisse senetleri işlem gören ülkemizin sayılı bankalarından olan davalı bankanın genel müdürünün görevden alındığı izlenimini verecek nitelikteki bu görüntünün, kurum dışına sızması, özellikle basına yansması durumunda ekonomik açıdan sakıncalar doğacağı açıktır. Müfettiş olarak çalışan davacının belirtilen bu sakıncaları öngörerek davranması beklenir. Kendisine bir başka çalışan tarafından WhatsApp programından iletilen fotoğraf paylaşmaktan ibaret olan davacı-*

<sup>122</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 565; Süzek, 664 vd.

nın davranışları fesih için haklı neden ağırlığında değilse de geçerli neden teşkil ettiği...”<sup>123</sup> ifadelerine yer verilmiştir. Karardan da anlaşılacağı üzere ekonomik geleceğin sarsılması tehlikesinin varlığı, geçerli sebeple fesih için yeterli görülmüştür. Öğretide kararın ulaştığı sonuç isabetli olarak kabul edilmekle birlikte gerekçesi eleştirilmiştir. Nitekim değerlendirmenin özen borcu kapsamında yapılması gerektiği belirtilmiş ve kanaatimizce de isabetli olarak, Yüksek Mahkemenin bir varsayım üzerinden hareket ettiği ifade edilmiştir<sup>124</sup>. Bu konu, Anayasa Mahkemesine, karara karşı yapılan bireysel başvuruda tekrar gündeme gelmiş, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararı üzerine<sup>125</sup> yapılan yeniden yargılama neticesinde bu kez Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından davacı işçinin bahsi geçen eyleminin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı ve iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli olarak feshine neden olamayacağı gerekçesiyle ilk kararda varılan hatalı sonuçtan vazgeçilerek daha isabetli olduğunu düşündüğümüz feshin geçersizliğine karar veren ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır<sup>126</sup>.

Görüldüğü üzere haklı sebep boyutuna varmamakla beraber işyerini olumsuz etkileyen bazı davranışlar geçerli fesih sebebi olarak kabul edilebilmektedir<sup>127</sup>. Yargıtay kararına konu olayda “*Dosya içindeki yazılı fesih bildiriminden, davacının iş sözleşmesinin sosyal medyada şirket, işveren temsilcisi ve diğer yönetim hakkında asılsız görüşler yayınlaması, kıyafet kurallarına uymaması, çalışma arkadaşları ile sürekli olumsuz davranışlar sergilemesi, mesai saatlerine riayet etmemesi eylemlerine dayanılarak haklı nedenle feshedildiği anlaşılmıştır...Dosyaya ibraz edilen sosyal medya yazışmalarından davacının işyeri çalışanları ile ilgili paylaşımlarda bulunduğu sabittir*” denilerek ilgili içeriklerin haklı nedenle feshi gerektirmese de işyerinde olumsuzluklara sebebiyet verdiği gerekçesiyle geçerli sebeple feshi gerektirecek nitelikte olduğu kabul edilmiştir<sup>128</sup>.

<sup>123</sup> Y22HD, 09.05.2017, E.2017/32592, K.2017/10720. (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 01.05.2024).

<sup>124</sup> Yıldız, “Değerlendirme”, s. 90-91.

<sup>125</sup> Anayasa Mahkemesi, 07.04.2021, 2017/35488.

<sup>126</sup> Y9HD, 24.11.2021, 10166/15745, değerlendirme için bkz. Yıldız, “Değerlendirme”, s. 91.

<sup>127</sup> Y9HD, 23.10.2019 E.2019/5877, 2019/18656, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 01.05.2024).

<sup>128</sup> Benzer bir sonuca “...davacı işçinin sosyal medya hesabı üzerinden işveren aleyhine paylaşımlar yaptığı, diğer işçileri sosyal medya hesabı üzerinden hastane önünde toplama yönündeki, işverence sunulan belgelerden davacı hakkında iftiradan suç duyurusunda bulunulduğu ve yargılama sürecinin devam ettiği, davacının TV programına katılarak işveren aleyhine söylemlerde bulunduğu sabit olmakla feshi konu olaya yönelik olarak da davacının görev ve sorumluluğu dışında bir şey yapmadığı savunmasında

Bu noktada dile getirmek istediğimiz bir husus da sosyal medya paylaşımları nedeniyle terör örgütleri ile bağlantı bakımından şüphe feshinin gündeme gelip gelmeyeceğidir<sup>129</sup>. Şüphesiz ki sosyal medya paylaşımının içeriği bu noktada çok önemlidir. Belirtildiği gibi paylaşımın düşünce ve ifade özgürlüğü sınırları içinde kalıp kalmadığının, paylaşımın çatışan üstün bir kamu yararının olup olmadığının dikkatle incelenmesi gerekir. İşçinin iş sözleşmesinden doğan ödevlerini ihlal ettiği veya suç niteliğinde bir davranışta bulunduğu konusunda ortaya çıkan şüpheye dayalı fesihle; ispatlanmış madde olgulara dayanan feshin farklı esaslar çerçevesinde denetime tabi tutulması gerektiği açıktır<sup>130</sup>. Belirtilen hususlardan hareketle şüphe feshi, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini esaslı şekilde ihlal ettiği veya suç niteliğinde bir davranışta bulunduğu hususunda giderilemeyen bir şüphenin var olması halinde işverene güven temeli çöken bir ilişkiyi tek taraflı olarak sonlandırma imkânı veren bir fesih türü olarak ortaya çıkmaktadır<sup>131</sup>. Şayet somut olay bakımından çatışan üstün bir kamu yararı var ise değerlendirmeyi buna göre yapmak ve yapılan paylaşımı, içeriğine göre şüphe feshi dayanağı olarak kabul ederek feshin geçerliliğine hükmedilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır<sup>132</sup>. Somut olay bakımından şüphe feshinin

---

*bulunduğu, ancak doğrudan işverene zehirlenme olayı ile ilgili bir başvurusu olmadığı olayı sosyal medya hesabından paylaşarak duyurduğu görülmekle, tüm bu kayıtlara göre davacının davalı işveren aleyhine tutum ve davranışlarda bulunduğu ve işvereni ile sorun yaşadığı...Davacının bu davranışlarının haklı feshine neden olacak nitelikte olmamakla birlikte, iş ilişkisinin sürdürülmesinin davalı işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyecek hale gelmesine neden olduğu, feshin...geçerli nedenlere dayandığı...” gerekçeleriyle de ulaşılmıştır. Y9HD, 12.11.2015, E.2015/21545, K.2015/32810, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 01.05.2024)*

<sup>129</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. **Hafizoğlu**, Ece Sila: İş İlişkisinde Şüphe ve Şüphe Feshi (Alman Hukuku İle Karşılaştırmalı), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, (Yayınlanmamış) Doktora Tezi, 2022, s. 337-338.

<sup>130</sup> **Baysal**, Ulaş: “Şüphe Feshi kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 35, 2016, s. 85-86. Şüphe feshi nitelik itibarıyla kimi durumlarda işçinin yetersizliği kimi durumlarda işçinin davranışları ile ilgili bir fesih türü olarak ifade edilse de işçinin yetersizliğine ilişkin bir fesih türü olarak değerlendirilebilir. Çünkü işçi iş ilişkisinin sürdürülmesi bakımından gerekli güveni vermekte yetersiz kalmaktadır. **Baysal**, “Şüphe Feshi”, s. 86; **Süzek**, s. 602.

<sup>131</sup> **Baysal**, “Şüphe Feshi”, s. 87.

<sup>132</sup> Örneğin bölgede terör olaylarının artması ve demiryolu ulaşımının da hedefte bulunması karşısında devlet demiryollarında çalışan işçinin geçmişte yasa dışı örgüt üyesi olmasının, güvenin sarsılmasına elverişli, objektif güçlü bir şüphenin varlığı anlamına geldiği, dolayısıyla feshin (haklı olmasa da) geçerli nedene dayandığının kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Y9HD, 22.10.2007, E.2007/16878, K.2007/30923, Çalışma ve Toplum, S: 17, s. 338-340.

koşullarının sağlanmış olup olmadığına her zaman bakılması gerekmektedir. Dolayısıyla ciddi ve önemli olayların haklı kıldığı bir şüphe bulunmalı, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek bir iş için işçinin uygunluğunun ortadan kalkmış olması, şüphenin fesih anında mevcut belirli objektif vakıa ve emarelere dayanması ve şüphe edilen eylemin işlendiğinin büyük bir ihtimal dâhilinde olduğunun ortaya çıkmış olması gerekir<sup>133</sup>. Burada kastedilen şüphe sübjektif bir güvenin kaybı değil, objektif olgularla desteklenen bir güven kaybıdır. Nitekim bir kararda, “*Davacının...Büyükelçisinin vurulması olayı ile ilgili olarak olay zanlısının kuzeni olduğu ayrıca davacının babası...’nun olayla ilgili olarak ve ...-...terör örgütüne üyelik suçundan soruşturma yürütüldüğü, gözaltına alındığı, sonrasında serbest bırakıldığı, halen hakkında soruşturma dosyası bulunduğu anlaşılmıştır. Davacının birinci derece akrabalarının eylemleri ve halen soruşturmanın mevcut olması değerlendirildiğinde iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesi beklenemez. İşçiye güven sarsılmıştır...*”<sup>134</sup> sonucuna ulaşılmıştır.

İşçinin sosyal medya hesabından işyerini karalayıcı, küçük düşürücü ve aşağılayıcı mahiyette paylaşım yapması davranışın niteliğine göre haklı fesih sebebi olarak kabul edilebilir. Nitekim Yargıtay konuya ilişkin bir kararında hesabın başkaları tarafından adına açıldığına yönelik iddiaları kanıtlayamadığı, kendi ismi ile açık olan hesabın dava sırasında kapatıldığı ve yalnızca işyerinde çalışan işçilerin bileceği bazı işleyişe ilişkin aksaklıkların işçi tarafından dile getirildiği bir paylaşımında, davacı işçinin Twitter (şimdi X) hesabından davalı işyerini karalayıcı yazılar yayınladığına ilişkin kuvvetli şüphelerin bulunduğu gerekçesiyle haklı sebeple olmasa da iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshinin gerektiği hükme bağlamıştır<sup>135</sup>.

Öte yandan bir kimsenin geçmişine bakılarak bir yakınının almış olduğu cezadan dolayı da herhalde sorumlu tutulması ve hakkında şüphe olgusunun beslenmesi de cezaların şahsiliği ilkesine uygun düşmez<sup>136</sup>.

Şüphe feshinde şüphe duyulan eylemi yalnızca işverene karşı yapılmış olarak görmemek gerekir. Zira iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri ihlal eder şekilde olması, eylemi şüphe feshinin konusu haline getirebilir<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> **Süzek**, s. 602; **Sur**, Melda: “*Şüphe Feshinde İşçinin Adil Yargılanma Hakkı - Anayasa Mahkemesinin Üç Kararı*”, Çalışma ve Toplum, 2020/4, s. 2490.

<sup>134</sup> **Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 1034; Y22HD, 02.07.2018, E.2018/6695, K.2018/16400. (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 04.05.2024)).

<sup>135</sup> Y22HD, 31.05.2016, E.2016/12012, K.2016/15790 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> (ET: 04.05.2024)).

<sup>136</sup> **Sur**, s. 2491.

Yine işçinin Facebook hesabından 15 Temmuz 2016 tarihi sonrasında yaptığı paylaşım nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği bir olayda, paylaşımı kendisinin değil şifresini bilen bir başkasının yaptığını iddia etmesi üzerine yerel mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmiş ise de istinaf mercii tarafından davacı işçinin dava dosyasında geçen “*birlikli incelemesi gerekmediği*” yönündeki beyanından hareketle ve paylaşımın da başkası tarafından yapıldığı iddiasının kanıtlanamaması üzerine güven ilişkisinin zedelendiği ve şüphe feshinin koşullarının oluştuğu yönünde karar verilmiştir.<sup>138</sup>

Ayrıca sosyal medya üzerinden paylaşılan ve cinsel taciz boyutuna ulaşmayan içerikteki söz, yazı ve paylaşımların işyerini olumsuz etkilediği kabul edilerek feshe konu yapıldığı görülmektedir. Nitekim bir Yargıtay kararında, davalı alt işveren işçisi olarak çalışan işçinin “...*asıl işverenin işyerinde kamu görevlisi statüsünde çalışmakta olan bir işçiye, sosyal paylaşım sitesinde dava dilekçesindeki beyanlardan da anlaşıldığı gibi arkadaş olarak ekli olmadığı halde ortak arkadaşlardan olması sebebiyle gördüğü ve resmini beğenmesi ve çok sade ve güzelsin...*”<sup>139</sup> şeklinde ifadeler kullanması, cinsel taciz boyutuna ulaşmamakla birlikte, işyerini olumsuz etkilemesi nedeniyle somut olay bakımından geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmiştir.

Nihayet belirtelim ki, cinsel içerikli olmakla birlikte bazı paylaşımların cinsel taciz niteliğinde olmasa da cinsel taciz anlamına gelecek davranış olarak nitelendirilmesi de mümkündür<sup>140</sup>. Bu durumda sözleşme derhal feshe değil de geçerli feshe konu edilmektedir. Örneğin işçinin tacizde bulunduğu kişiye yönelik müstehcen fıkra paylaşması, ısrarlı yemek davetinde bulunması, aşırıya kaçan iltifatlar yapması bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>141</sup> ve geçerli sebeple feshe konu olabilir. Ayrıca konunun somut olayın özellikleri çerçevesinde hâkim tarafından kişilerin hayat görüşleri, ahlak anlayışları ve eğitimleri dikkate alınarak değerlendirilmesi de gerekebilir<sup>142</sup>.

<sup>137</sup> Özellikle Alman Federal İş Mahkemesi örnek kararları bakımından bkz. **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 1035; Hal böyle olsa da olayın özelliğine göre işçinin savunmasının alınması ve işverenin olayın aydınlatılması için gerekli çalışmaları yapması da önemlidir. Bkz. **Kaplan**, Kürşat: “*Şüphe Feshi ve Türk Hukukundaki Yeri*”, Legal İHSGHD, S: 27, 2010, s. 980-998.

<sup>138</sup> İstanbul BAM, 11.HD, E.2021/181, K.2021/1135, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 01.08.2024).

<sup>139</sup> Y7HD, 10.03.2016, E.2015/43589, K.2016/6048, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>) (ET: 04.05.2024).

<sup>140</sup> Bkz. **Keser**, “*Sosyal Medya Paylaşımları*”, s. 547.

<sup>141</sup> **Keser**, “*Sosyal Medya Paylaşımları*”, s. 547.

<sup>142</sup> **Keser**, “*Sosyal Medya Paylaşımları*”, s. 548.



## SONUÇ

Sosyal medya şüphesiz ki düşünceyi açıklama hürriyetine ilişkin önemli bir alan haline gelmiştir. Herkes gibi çalışanların da düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünden yararlanması kural olarak engellenemez. Ancak iş ilişkisine dair alanlarda sosyal medya kullanımı hem işverenler hem de çalışanlar için riskler taşımaktadır. Çalışanların sosyal medya paylaşımları, bir taraftan iş ilişkisinin kurulması açısından gittikçe artan referans değeri yanında, iş ilişkisinin devamı ve sona ermesi sırasında ortaya çıkan pek çok soruna da kaynaklık teşkil etmektedir.

Sosyal medya kullanımı tek başına iş ilişkisi açısından sorunlu bir durum olarak görülemez. Herkes gibi çalışanlar da iş hayatı yanında aile hayatı ve diğer özel hayat ilişkileri kapsamında sosyal medya kullanmakta ve fikri paylaşım, fotoğraf, ses ve görüntü kayıtları aktarmak suretiyle günün pek çok anında paylaşımlar yapmaktadırlar. Ancak zaman zaman uygun olmayan içerikte ele alınan paylaşımlar, paylaşımı yapan işçiye birey olarak hukuki, mali ve idari sıkıntılara yol açmasının yanında iş ilişkilerine de olumsuz yansiyabilmektedir.

İşyerlerinde çalışanların bilgisayar, internet ve telefon ile ilişkileri ve sosyal medya kullanımı şüphesiz ki iş ilişkisinde verimi, iş görme yükümlülüğünü etkileyebilmektedir. Günümüzde işyerlerinde bu teknolojik iletişim araçlarının kullanımına ilişkin yönergelere sıklıkla rastlanmaktadır. Zira bu düzenlemeler vasıtasıyla bir yandan çalışanların veriminin azalmasının önüne geçmek amaçlanırken diğer yandan da internet ve sosyal medya kullanımını yoluyla işverenin bilgi ve iletişim teknolojileri ile ilgili alt yapısının zarar görmemesi hedeflenmektedir.

Çalışanların sosyal medya aracılığı ile yaptıkları fikri paylaşımlar, fotoğraf, görüntü ve ses kayıtları ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışların ortaya çıkmasına ve davranışın ağırlığına göre iş sözleşmesinin geçerli veya haklı nedenle feshine yol açmaktadır.

Önemle belirtelim ki çalışanın yaptığı her paylaşım iş sözleşmesinin feshi için bir gerekçe oluşturmayacaktır. İşveren açısından meşru yöntemlerle elde edilmemiş veya feshi gerektirecek bir ağırlığı bulunmayan veya işçi tarafından yapıp yapılmadığı belli olmayan paylaşımlar iş sözleşmesinin feshini gerektirmez. Buradan hareketle iş hukukunun feshe ilişkin kurallarının her koşulda sosyal medya paylaşımı nedeniyle iş sözleşmesinin feshi kapsamında uygulanabilir olduğu söylenemez.

Dolayısıyla paylaşım hukuka uygun olmayan yöntemlerle erişmek, çalışan dışında üçüncü bir kişi vasıtasıyla verilere ulaşmak veya zorla sosyal

medya hesap şifresi elde edilerek paylaşımına ulaşmak, bunlara dayalı feshi haklı veya geçerli kılmayacaktır. Paylaşımını sosyal medya mecrasının gizliliğine güvenerek yapan bir işçinin bu güveninin korunması esastır. Ancak bunun mutlak olarak uygulanması da işverenin korunmaya değer menfaati açısından uygun olmayan sonuçların ortaya çıkmasına neden olacağı için konunun somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

- Akgeyik, Tekin:** “İşyerinde Cinsel Taciz”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S: 41-42, 1998, s. 215-224.
- Arslan Ertürk, Arzu:** “Karar İncelemesi: Feshin Geçersizliği ve İşe İade Talebinin Süresi - Geçerli Neden/Haklı Neden Ayırımı ve Feshin Hakkaniyete Uygunluğu”, Çalışma ve Toplum, S: 4, 2007, s. 153-171.
- Aydın, Devrim:** “İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık ve Benzeri Nedenlerle Feshinin (İş Kanunu m.25/II) Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2023/2, s. 137-170.
- Aydın, Fatih:** İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, T.C. Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kayseri 2022.
- Baybora, Dilek:** “Yargı Kararları ile Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesine Etkisi”, LİSGHD, C: 14, S: 56, 2017, s. 1705-1740.
- Bayram, Fuat:** “İşverenin Fesih Hakkı Açısından İşçinin İşyerinde Özel Amaçlarla İnternet Kullanımı (Sanal Kaytarma - Cyberloafing)”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/787333> (ET, 05.05.2024).
- Baysal, Ulaş:** “İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 40, 2018, s. 65-75. (İletişim Cihazları)
- Baysal, Ulaş:** “Şüphe Feshi kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 35, 2016, s. 83-97. (Şüphe Feshi)
- Baz, Fatih Çağatay:** “Üniversite Öğrencilerinin İnternet Bağımlılık Düzeyleri Üzerine Bir Çalışma”, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 2, 2019, s. 209-220.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz:** “İşçinin Sosyal Medya Kullanımının İş Hukukuna Etkileri”, 4th Global Business Research Congress, May 24-25, 2018, İstanbul, Turkey, s. 372-375.
- Caniklioğlu, Nurşen:** “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi-2017, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018, s. 266-402.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment:** İş Hukuku Dersleri, 35.B, İstanbul 2022.

- Del Punta, Riccardo:** “*Social Media and Workers’ Rights: What Is at Stake?*”, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, V: 35, S: 1, 2019, s. 79-100.
- Demir, Deniz:** “*Karar İncelemesi: Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı*”, Çalışma ve Toplum, 14, 2007, s. 14-34.
- Dönmez, Utku/Okutan, Bilge:** Yargıtay Kararları Işığında Sosyal Medya ve İş İlişkisi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Erdoğan, Canan:** “*İşçilerin E-Posta Hesaplarının İşveren Tarafından İncelenmesi Hakkındaki 24.03.2016 Tarihli ve 2013/4825 Başvuru Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine*”, LİSGHD, C: 14, S: 55, 2017, s. 1351-1386.
- Ergin, Hediye:** “*Sosyal Medya Paylaşımlarıyla İşverenin İtibarını Zedeleyen İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 49, 2023, s. 45-59. (Sosyal Medya Paylaşımları).
- Ergin, Hediye:** “*İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 34, 2015, s. 71-87. (Sataşma).
- Fleming, Marka B./Miles, Angela K.:** “*Punishing Employees for Using Social Media Outside the Scope of Their Employment: What Are the Potential Legal Repercussions to the Private Employer?*”, ALSB Journal of Employment and Labor Law, V. 13, 2012, p. 1-22 (<https://castle.eiu.edu/alsb/Spring%202012/Employees%20for%20Using%20Social%20Media%20Outside%20the%20Scope%20of%20their%20Employment.pdf>, (ET:01.07.2024).
- Gönül Balkır, Zehra:** “*Cinsiyet Ayrımcılığı Temelinde İşyerinde Cinsel Taciz*”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 1, 2015, s. 1-36.
- Gözler, Kemal:** İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınevi, 2. B, Bursa 2018.
- Hafızoğlu, Ece Sıla:** İş İlişkisinde Şüphe ve Şüphe Feshi (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, (Yayınlanmamış) Doktora Tezi, 2022.
- Heper, Hande:** “*Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü*”, Çalışma ve Toplum, 2022/3, s. 1901-1934.
- Hidy, McGarvey Kathleen /E. McDonald, Mary Sheila:** “*Risky Business: The Legal Implications Of Social Media’s Increasing Role In*

*Employment Decisions*”, Journal of Legal Studies in Business, V: 18, 2013, s. 69-89 ([https://journaloflegalstudiesinbusiness.org/wp-content/uploads/2015/08/rb\\_2013\\_69to88.pdf](https://journaloflegalstudiesinbusiness.org/wp-content/uploads/2015/08/rb_2013_69to88.pdf), (ET, 01.07.2024).

**Kaplan**, Kürşat: “*Şüphe Feshi ve Türk Hukukundaki Yeri*”, Legal İHSGHD, S: 27, 2010, s. 980-998.

**Kara**, Sultan: “*Çalışanların İşyerinde İfade Özgürlüğü*”, Meyad Akademi, C: 1, S: 1, 2020, s. 43-58.

**Karan**, Ulaş: İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Nisan-2018.

**Karadağ**, Nasuh Buğra: “*İfade Özgürlüğü: Bir İnsan Hakkı*”, Ankara Barosu Dergisi, 2024/1, s. 307-343.

**Keser**, Hakan: “*İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Sosyal Medya Paylaşım-  
larının Geçerli veya Haklı Sebep Olarak Değerlendirilmesi*”, LİSGHD, C: 19, S: 74, 2022, s. 519-562. (Sosyal Medya Paylaşımları)

**Keser**, Hakan: “*İşçi Davranışları Kapsamında İşçinin Talimatlara Aykırı Bilgisayar, İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı Sebebi ile İş Sözleşme-  
sinin İşverence Feshedilmesi*”, LİSGHD, C: 16, S: 62, 2019, s. 445-490. (İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı)

**Mollamahmutoğlu**, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 7. B, Ankara 2022.

**Odaman**, Serkan: “*Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davra-  
nışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı*”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi C: 7, S: 2, 2003, s. 1-20.

**Oğuz**, Özgür: “*Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İşçinin Sosyal Medya Kullanımı Nedeniyle İşveren Tarafından Feshi*”, LİSGHD, C: 19, S: 76, 2022, s. 1177-1204.

**Okur**, Zeki: “*İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçla Kulla-  
nımının İş İlişkisine Etkisi*”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 8, S: 2, 2005, s. 47-75.

**Oruç**, Harun: “*İş Akdinin Feshinde Geçerli Sebep-Haklı Neden Ayrımı*”, LİSGHD, C: 12, S: 45, 2015, s. 21-41.

**Öktem Songu**, Sezgi: “*Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma”*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 39, 2018, s. 113-145.

**Özkalp**, Enver/Aydın, Ufuk/Tekeli, Seda: “*Sapkın Örgütsel Davranışlar ve Çalışma Yaşamında Yeni Bir Olgu: Sanal Kaytarma (Cyberloafing) ve İş İlişkilerine Etkileri*”, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2012, s. 18-33.

- Savaş Kutsal**, F. Burcu/**Kolan**, Şelen: “Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme”, LİSGHD, C: 16, S: 62, 2019, s. 491-563.
- Sur**, Melda: “Şüpheli Feshinde İşçinin Adil Yargılanma Hakkı - Anayasa Mahkemesinin Üç Kararı”, Çalışma ve Toplum, 2020/4, s. 2487-2499.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 21. B, İstanbul 2021.
- Sümer**, Halûk Hâdi: İş Hukuku, 26. B, Ankara 2022 (İş Hukuku).
- Uğur**, Ömer/**Çalışkan Yıldırım**, Aslı: “İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 80 (4), s. 1169-1222.
- Yıldız**, Fatma Zehra/**Öztürk**, Derya Gül: “Bir İşten Çıkarma Sebebi Olarak Sosyal Medya: Örnek Olay Çalışması”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Vizyoner Dergisi, C: 11, S: 27, 2020, s. 555-572.
- Yıldız**, Gaye Burcu: “İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 39, 2018, s. 105-112. (Sosyal Medya Paylaşımları)
- Yıldız**, Gaye Burcu: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, Oniki Levha Yayınları, Ankara 2022 (Değerlendirme)
- Yiğit**, Yusuf: “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C: 18, S: 2, 2010, s. 161-214.
- Thornthwaite**, Louse: “Social media, unfair dismissal and the regulation of employees’ conduct outside work”, Australian of Labour Law, V: 26, N: 2, October-2013, s. 164-184, <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20133066> (ET: 27.06.2024).
- Wildhaber**, Isabelle/Hansenberger, Silvio: “Kündigungsfälle Social Media”, In Suigeneris, 2015, S: 77, s. 77-97.



## YABANCI UNSURLU INFLUENCER SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1495704>

**Doç. Dr. Cemil GÜNER\***

**Arş. Gör. Büşra ÖÇAL\*\***

### Öz

Internet ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte, geleneksel reklamcılık yerini dijital çağın şartlarına uyarlanan yeni bir anlayışa bırakmıştır. Bu anlayış influencer marketing olarak adlandırılmaktadır. Influencer sözleşmesi yoluyla sosyal medya fenomenleri, belirli bir ücret veya başka bir menfaat karşılığında kendi sosyal medya platformlarında bir mal veya hizmetin tanıtımını gerçekleştirir. Yabancı unsurlu influencer sözleşmesinden doğan uyumsuzluğa uygulanacak hukuku tayin edecek hâkim, bu sözleşmenin sahip olduğu unsurları gözeterek hukukî nitelendirmesini gerçekleştirir. Atipik sözleşme özelliği gösteren influencer sözleşmesinin hangi unsurlara sahip olması gerektiğini gösteren bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflarca sözleşmeye katılacak unsurlar, akdedilen sözleşmesinin hukukî niteliğini de belirler. Bu doğrultuda taraflar, influencer sözleşmesini eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesi kapsamında akdedebilirler. Çalışmamızda yabancı unsurlu influencer sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusu ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Reklam, Sosyal Medya, Influencer Sözleşmesi, Kanunlar İhtilafı, Uygulanacak Hukuk

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Konya (cguner@selcuk.edu.tr) ORCID: 0000-0002-1956-0118 (Gönderim Tarihi: 05.06.2024-Kabul Tarihi: 27.06.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

\*\* Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Rize (busra.ocal@erdogan.edu.tr) ORCID: 0000-0002-7578-2225 (Gönderim Tarihi: 05.06.2024-Kabul Tarihi: 27.06.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



## LAW APPLICABLE TO INFLUENCER CONTRACTS WITH FOREIGN ELEMENT

*(Research Article)*

### **Abstract**

*With the development of the Internet and technology, traditional advertising has been replaced by a new approach adapted to the conditions of the digital age. This conception is called influencer marketing. Through an influencer contract, social media influencers promote a good or a service on their social media platforms in return for a certain fee or other benefit. The judge who will determine the law to be applied to the dispute arising from the influencer contract with foreign elements carries out its legal qualification by taking into account the elements of this contract. There is no legal regulation indicating which elements an influencer contract, which has an atypical contract feature, should have. For this reason, in accordance with the principle of freedom of contract, the elements to be included in the contract by the parties also determine the legal nature of the contract concluded. Accordingly, the parties may conclude the influencer contract within the scope of a work contract or a mandate contract. In this study, the law applicable to influencer contracts with foreign elements will be discussed in detail.*

### **Keywords**

*Advertising, Social Media, Influencer Contract, Conflict of Laws, Applicable Law*

## GİRİŞ

Sosyal medyanın hayatımıza girmesi reklamcılık sektöründe yeni bir alan açmıştır. Günümüzde sosyal medya platformlarından Youtube, Facebook, X (Twitter), Instagram, TikTok ve benzeri mecraların yaygın şekilde kullanılması, bunları birer reklam sahasına dönüştürmüştür. Öyle ki, sosyal medyada yapılan reklam faaliyetlerinin önemli bir kısmı, sosyal medya fenomenlerinin organize ettiği nüfuz pazarlaması (*influencer marketing*) yöntemiyle yürütülmektedir<sup>1</sup>. Reklamın sosyal medya üzerinden yapılmasına yönelik her geçen gün artan eğilim, sosyal medya fenomenlerinin nüfuz pazarlaması yoluyla ürün tanıtım faaliyetini ticarî hayatın yaygın sektörleri arasına dâhil etmiş gözükmemektedir<sup>2</sup>.

Nüfuz pazarlamasının bir sektöre dönüşmesi, sanal âlemde belirli bir grubu etkileme gücüne sahip sosyal medya fenomenlerinin reklam işinin tarafı hâline gelmesine yol açmıştır. Zira takipçileri üzerinde etkisi olan sosyal medya fenomenleri, sosyal medya platformlarında belirli bir ürüne ilişkin tanıtım videosu veya fotoğraf paylaşarak ya da bizzat kendilerini bu ürünleri kullanırken gösteren içerikler oluşturmak suretiyle kendi takipçilerini bu ürünleri satın almaya yönlendirmektedir<sup>3</sup>. Geniş tüketici kitlelerine ulaşmada kolaylık sağlamaya elverişli olan nüfuz pazarlaması yönteminin bu avantajı, sosyal medya fenomenleri ile takipçileri arasındaki güven ilişkisine dayanması sebebiyle diğer reklamcılık yöntemleriyle kıyaslandığında daha etkili sonuçlar aldırma elverişlidir<sup>4</sup>. Bu sebeple, ürün tanıtım faaliyetinin tanınmış kişiler aracılığıyla yapılması, en etkili reklam tekniklerinden biri olarak tercih edilmektedir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> **Justus**, Michael R.: “The Laws Of Influence”, Communications Lawyer, Vol. 32/3, 2016, s. 25; **Brown**, Danny/**Fiorella**, Sam: Influence Marketing, Que Publishing, Indianapolis 2013, s. 77 vd.; **Yener**, Lütfü Mert: “Dijital Pazarlama Ekseninde Influencer Marketing Uygulamaları”, Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi, C. 6, S. 2, 2018, s. 1306.

<sup>2</sup> Sanal ortamda nüfuz pazarlama yöntemiyle yapılan reklamcılık faaliyetinin dünya pazarındaki payının 2024 yılı itibariyle 22.3 milyar dolara yaklaşacağına ilişkin istatistiki bir bilgi için bkz. <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-benchmark-report-2020/> (Erişim Tarihi: 16.11.2023).

<sup>3</sup> Nüfuz pazarlamasının konusu bağlamında bkz. **Keskin**, Ayşe Dilşad: “Influencer Sözleşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2022, s. 131.

<sup>4</sup> **Groen**, Monique: “Swipe up to Subscribe: The Law and Social Media Influencers”, Texas Review of Entertainment & Sports Law, Vol. 21/1, 2020, s. 116; **Bayuk**, M. Nedim/**Aslan**, Mustafa: “Influencer Marketing (Hatırlı Pazarlama)”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 6, S. 75, 2018, s. 178-179.

<sup>5</sup> **Kertz**, Consuelo Lauda/**Ohanian**, Roobina: “Recent Trends in the Law of Endorsement Advertising: Infomercials, Celebrity Endorsers and Nontraditional Defendants in Deceptive Advertising Cases”, Hofstra Law Review, Vol. 19/3, 1991, s. 604.

Nüfuz pazarlamasının temelinde, sosyal medya mecralarında takipçilerinin karar verme sürecini etkileyen sosyal medya fenomenleri ile belli bir mal veya hizmetin üçüncü kişilere tanıtılmasını hedefleyen reklam veren arasında belli bir ücret ya da menfaat temini karşılığında akdedilen bir sözleşme bulunmaktadır<sup>6</sup>. Anılan bu sözleşme, uygulamada ekseriyetle “*influencer sözleşmesi*” olarak adlandırılmaktadır. Türk hukukunda da karşılaştırmalı hukuka paralel olarak atipik bir sözleşme olarak görülen influencer sözleşmesinin hukukî niteliği, tarafların sözleşmeye dâhil ettikleri unsurlar gözetilerek tespit edilebilir. Bu sebeple influencer sözleşmesi, borç doğuran birden çok sözleşmeye benzeyen yönlere sahiptir.

Çalışmamızda yabancı unsurlu influencer sözleşmesinin esasından kaynaklı uyumsuzluklara uygulanacak hukukun tespiti konusu ele alınacaktır. Bu çerçevede konunun kanunlar ihtilafı hukukunu ilgilendiren kısmına yön vermek üzere, maddî hukuk boyutu hakkında da genel bilgiler aktarılacaktır.

## I. INFLUENCER SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

### A. Sözleşmenin Tanımı

Influencer sözleşmesi, esas unsurlarıyla Türk hukukunda düzenlenmemiş bir sözleşme olması sebebiyle atipik sözleşmedir. Bu sebeple, influencer sözleşmesi, irade serbestisi ilkesine uygun şekilde kanunda düzenlenen farklı bazı sözleşmelerin unsurlarının taraflarca bir araya getirilmesi suretiyle akdedilebilen isimsiz bir sözleşmedir<sup>7</sup>.

Kanun koyucunun hakkında özel bir düzenleme getirmediği influencer sözleşmesi doktrinde, sözleşmenin sahip olduğu temel unsurlar gözetilerek tanımlanmaktadır. Buna göre, influencer sözleşmesi, sosyal medya fenomenlerinin takipçilerine belirli bir mal veya hizmeti tanıtarak ilgili ürünü satın almaya kendi sosyal medya hesaplarında yönlendirmeyi belli bir ücret veya başka bir menfaat karşılığında taahhüt etmesi üzerine reklam verenle vardığı anlaşmadır<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> **Özel**, Merve: Sosyal Medya Hukukunda Influencer Marketing (Nüfuz Pazarlaması) Sözleşmeleri, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 32; **Şahin**, Derya: “Nüfuz Pazarlaması (Influencer Marketing): Youtuberlar Üzerine Bir Araştırma”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 12, S. 2, 2019, s. 50; **Justus**, s. 25.

<sup>7</sup> **Özel**, s. 67; **Keskin**, s. 141.

<sup>8</sup> Tanım için bkz. **Avkovan Baytan**, Serenat: “Influencer Sözleşmeleri”, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medenî Hukuk Problemleri Sempozyumu Tebliğleri (Editörler: Tuğçe Tuzcuoğlu, Ali Hulki Cihan), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 84; **Keskin**, s. 133; **Özel**, s. 61.

## B. Sözleşmenin Unsurları

Taraflarca akdedilen bir sözleşmenin influencer sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için hangi unsurları haiz olması gerektiğine ilişkin bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince tarafların tipik sözleşmelerden ayrı yeni bir sözleşme türü oluşturmasında bir engel söz konusu değildir<sup>9</sup>. Bu doğrultuda, taraflarca sözleşme tiplerinin farklı unsurları alınarak sosyal medya kanalıyla nüfuz pazarlaması yapmak üzere ayrı bir sözleşme akdedilebilir.

Influencer sözleşmesinin tanımından hareketle, anılan sözleşmede üç zorunlu unsurun bulunması gerektiği söylenebilir. Bunlardan ilki, sosyal medya fenomeninin takipçilerine belli bir mal veya hizmetin reklamını yapma borcunu üstlenmesidir. Tanıtım faaliyeti kapsamında bir reklam içeriğinin sosyal medya fenomenince üzerinde anlaşılan sosyal medya platformunda sunulması gerekir. Taraflarca varılan anlaşma gereğince, sosyal medya fenomeni takipçileri üzerindeki etkiyi kullanmak suretiyle reklam edimini iki şekilde yerine getirebilir. Buna göre, sosyal medya fenomeni müşterisinin hazır ettiği ürün içeriklerini doğrudan kullanarak ya da video, fotoğraf, hikâye, post, yazı ya da başka yöntemler kullanarak bizzat kendisi çeşitli içerikler üretmek suretiyle reklam yapabilir<sup>10</sup>.

Sözleşmenin diğer zorunlu unsuru, reklam amaçlı içeriğin sosyal medya fenomeni tarafından kendi sosyal medya hesabından paylaşılmasıdır. Sosyal medya fenomeninin tanıtım hizmeti olarak adlandırılacak bu edimi, reklam hukukunda “ağızdan ağıza pazarlama” olarak nitelendirilmektedir<sup>11</sup>. Zira ağızdan ağıza pazarlama, tüketicilerin mal ve hizmet satın alımından sonra edindikleri bilgi ve tecrübeleri, diğer tüketicilerle paylaşması yoluyla

<sup>9</sup> Konu hakkında ayrıca bkz. **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 24; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Bası, Yetkin Yayınları, İstanbul 2023, s. 19 (Genel); **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2021, s. 111 vd. (Genel).

<sup>10</sup> **Özel**, s. 61-62; **Keskin**, s. 133; **Baytan Avkovan**, s. 84.

<sup>11</sup> Ağızdan ağıza pazarlama yönteminde, kullandığı mal veya hizmete ilişkin memnuniyetini üçüncü kişilerle paylaşan kişilerle tüketiciler arasında olumlu ya da olumsuz sonuçlara göre uyarı veya tavsiye nitelikli iletişim söz konusudur: **Alıkalıç**, İnanç/**Özkan**, Buse: “Bir Sosyal Medya Pazarlama Trendi, Hatırlı Pazarlama ve Etkileyiciler: Instagram Fenomenleri üzerine Bir Araştırma”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 1, 2018, s. 47; **Akar**, Erkan: “Pazarlama Bağlamında Geleneksel ve İnternette Ağızdan Ağıza İletişim: Kuramsal Bir Çerçeve”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 32, 2009, s. 114 vd.

gerçekleşmektedir<sup>12</sup>. Ancak influencer sözleşmesinin zorunlu unsuru olarak görülen nokta, tanıtım faaliyetinin mutlaka sosyal medya fenomeninin kendi sosyal medya hesabında paylaşılarak takipçilerine sunulmasıdır. Elbette ki, sosyal medya fenomeninin hangi sosyal medya platformunu nasıl ve hangi süreyle kullanacağı, akdedilecek influencer sözleşmesinde kararlaştırılarak detaylandırılabilir<sup>13</sup>.

Sözleşmenin zorunlu unsurlarından üçüncüsü ise, sosyal medya fenomenine yaptığı tanıtım faaliyeti karşılığında belli bir ücret ödenmesi veya menfaat temin edilmesidir. Zira influencer sözleşmesi, iş görme edimi karşılığında bir bedel veya menfaatin sağlanması sebebiyle ivazlı bir sözleşmedir<sup>14</sup>. Buna göre, sosyal medya fenomenine ücretsiz veya indirimli olarak mal veya hizmet sunma gibi bir menfaatin sağlanması ya da belli bir ücret ödenmesi gerekir. Örneğin, gezi videoları ile ünlü bir sosyal medya fenomeninin, bir otelin tanıtımı karşılığında bu otelde belli bir süre ücretsiz konaklaması üzerinde anlaşılabilir. Benzer şekilde, bebeği olan bir sosyal medya fenomeni, bir markanın bebek bezini tanıtması karşılığında, kendi çocuğunun bir yıllık bebek bezi ihtiyacının karşılanmasını karşı edim olarak isteyebilir. Bununla birlikte, tarafların sözleşmeyi reklam faaliyeti karşılığında belli bir ücret ödenmesi konusunda yapmaları da mümkündür. Hatta varılan anlaşmaya göre karma bir sonuç üzerinde, başka bir ifadeyle belli bir ücrete artı olarak bir menfaatten yararlanma konusunda uzlaşmalarında bir engel bulunmamaktadır.

### C. Sözleşmenin Tarafları

Nüfuz pazarlama sözleşmesinin tarafları, sosyal medya fenomeni ile belli bir mal veya hizmetin tanıtımını isteyen reklam verendir.

Nüfuz pazarlama sözleşmesinin taraflarından sosyal medya fenomeni, bir mal veya hizmetin tanıtımını isteyen müşterisiyle yaptıkları sözleşme doğrultusunda ilgili ürünün reklamını yapan, bu hususta bilgi ve görüşlerini kendi sosyal medya hesabında takipçileri ile paylaşmayı taahhüt eden, bunun karşılığında kendisine belli bir ücret ya da menfaat sağlanan kişidir. Bu

<sup>12</sup> **Türk**, Zehra: “Tüketicilerin Ağızdan Ağıza Pazarlama Faaliyetlerinde Marka Sadakati ve Markaya Yönelik Algılanan Kalitenin Etkisi Üzerine Bir Araştırma”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2021, s. 3.

<sup>13</sup> **Demir**, Kübra: “Dijital Çağın Gözde Mesleği “Influencerlık” ve Influencerların Hukukî Statüsü”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2023, s. 48.

<sup>14</sup> **Goanta**, Catalina/**Ranchordás**, Sofia: The Regulation of Social Media Influencers, Elgar Law, Technology and Society Series, Cheltenham 2020, s. 10.

bağlamda sosyal medya fenomenleri, “reklam verenin, sosyal medya hesapları üzerinden bir mal veya hizmetin tanıtımını istediği, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirme veya ikna amacıyla pazarlama iletişimde bulunan kişi” olarak tarif edilebilir<sup>15</sup>. Günlük hayatta çoğunlukla sosyal medya fenomeni diye bilinen bu kişiler influencer<sup>16</sup> olarak da adlandırılmakta; faaliyet gösterdikleri Instagram, Youtube, Facebook, X (Twitter), TikTok gibi sosyal medya mecralarındaki paylaşımları ile takipçileriyle fiilen etkileşime geçerek onların satın alma algılarını etkilemektedir. Takipçilerinin tüketici davranışlarını yönlendirerek karar alma mekanizmaları üzerinde güce sahip olması sebebiyle sosyal medya nüfuzlusu ve sosyal medya etkileyicisi<sup>17</sup> kavramları da kullanılabilirlikle birlikte, gündelik hayattaki kullanım sıklığı dikkate alınarak çalışmamızda sosyal medya fenomeni kavramı tercih edilmiştir.

Influencer sözleşmesi bakımından reklam veren ise<sup>18</sup>, bir mal veya hizmetin tanıtımında menfaati olan, bu faaliyetlerin kendi adına yürütülmesi için sosyal medya fenomeniyle iş birliği yapan ve reklam işlerinin görülmesi sonucuna bağlı olarak belli bir hizmet bedeli ödeme ya da menfaat temini borcunu üstlenen kişidir<sup>19</sup>. Sosyal medya fenomeniyle sözleşme akdeden

<sup>15</sup> Sosyal medya fenomenleri tarafından yapılan ticarî reklam ve ticarî uygulamalar hakkında reklam veren, reklam ajansları, mecrâ kuruluşları ve reklamcılık ile ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşlara yol göstermek amacıyla Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan 2021 tarihli Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticarî Reklam ve Haksız Ticarî Uygulamalar Hakkında Kılavuz’da bu yönde bir tanımlamaya yer verilmiştir (md. 4/1(b)). Adı geçen Kılavuz için bkz. <https://tuketici.ticaret.gov.tr/duyurular/sosyal-medya-etkileyicileri-tarafindan-yapilan-ticari-reklam-ve-haksiz-ticari-uyg> (Erişim Tarihi : 19.02.2024).

<sup>16</sup> Genel olarak influencer kullanımı tercih edilmekle birlikte, bu kişilerin sosyal medya aracı olarak youtube veya twitch’te oyunlara yönelik içerik üretmelerine “gamer”, youtube’da video çekenlerine “youtuber”, blogspot kanalıyla yayın yapanlarına “blogger”, instagram üzerinden video ve fotoğraf paylaşanlarına “instagrammer”, tiktok üzerinden video paylaşımı yapanlara “tiktokger” denildiği görülmektedir. Tespitler için bkz. **Özdemir, Semih Sırrı/Doğanay, Zahid**: “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 13, 2019, s. 319, dn. 118.

<sup>17</sup> Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticarî Reklam ve Haksız Ticarî Uygulamalar Hakkında Kılavuz’da “sosyal medya fenomeni” kelimesinin karşılığı olarak “sosyal medya etkileyicisi” kavramı kullanılmıştır.

<sup>18</sup> Türk hukukunda reklam veren kavramı hukukî açıdan, Ticarî Reklam ve Haksız Ticarî Uygulamalar Yönetmeliği’nde “Ürettiği ya da pazarladığı malın veya hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını artırmak veya marka algısını güçlendirmek amacıyla hazırladığı ve içinde firmasının ya da markasının yer aldığı reklamları yayınlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır (md. 4/1(m)).

<sup>19</sup> **Özel**, s. 74.

reklam veren, çoğu kez satıcı ya da hizmet sağlayıcısıdır. Bununla beraber, bu anlaşmanın yapılmasında menfaati olan herkes sözleşmeye taraf olabilir<sup>20</sup>. Örneğin başkasına ait bir ürünün tanıtımını reklam veren sıfatıyla başka bir kişi de yaptırabilir.

Taraflar sözleşmeyi bizzat ya da temsilcileri aracılığıyla akdedebilir. Ancak uygulamada sosyal medya fenomenlerinin aracı kullandığı sıklıkla görülmektedir. Aracı olarak reklam ajansları ekseriyetle tercih edilmektedir<sup>21</sup>. Reklam ajansları bir temsilci olarak müşterisine esas olarak hangi sosyal medya fenomenleriyle, hangi sosyal medya platformunda, hangi detaylar dâhilinde içerik yayınlanacağı planlaması konusunda hizmet verir<sup>22</sup>. Eğer kendi adına değil de reklam ajansına bağlı olarak çalışan bir sosyal medya fenomeninden hizmet alınacaksa, sözleşmenin tarafı reklam ajansı olacaktır<sup>23</sup>. Buna karşın, reklam veren, bu sosyal medya fenomenleriyle ajanslar aracılığıyla bağlantı kurmakla birlikte, sözleşmeyi doğrudan sosyal medya fenomeniyle de akdedebilir.

#### D. Sözleşmenin Hukukî Niteliği

Influencer sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespitinde, sözleşmeye taraflarca katılan unsurlar belirleyicidir. Buna göre, influencer sözleşmesinin sahip olması gereken zorunlu unsurlar dikkate alınarak, hukukî niteliğinin kanun koyucunun düzenlediği tipik sözleşmelerden hangisiyle örtüştüğü belirlenebilir.

Influencer sözleşmesinin atipik sözleşme özelliği göstermesi, sözleşmenin hukukî niteliğinin tespitinde kesin bir kaniya vardırılmazda tereddüt doğurabilir. Ancak haiz olduğu unsurlar gözetilerek influencer sözleşmesinin benzerlik taşıdığı bazı sözleşmeler bulunmaktadır. Bu anlamda, influencer sözleşmesinin ortak yönlerinin olduğu sözleşmelerin iş görme borcunu haiz sözleşmeler olduğu söylenebilir. Zira mahiyeti itibarıyla influencer sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir iş görme sözleşmesidir. Gerçekten de sözleşmenin taraflarından “*reklam veren*” bir bedel vermeyi yahut menfaat sağlamayı yüklenirken, “*sosyal medya fenomeni*” tanıtımını yapılacak mal veya hizmete ilişkin içerik üreterek ya da kendisine verilen içeriği sosyal

<sup>20</sup> Keskin, s. 136.

<sup>21</sup> Kır, Jülide/Öztürk, Gülay: “Türkiye’deki Etkileyici Pazarlama Ajanslarının Dijital Pazarlama Uygulamalarındaki Rolü”, Halkla İlişkiler ve Reklam Çalışmaları E-Dergisi, C. 3, S. 1, 2020, s. 60.

<sup>22</sup> Groen, s. 117.

<sup>23</sup> Goanta/Wildhaber, s. 349.

medya hesabında paylaşma işini taahhüt etmektedir<sup>24</sup>. Bu doğrultuda, influencer sözleşmesinin eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesi özelliklerini haiz şekilde akdedilmesi mümkündür.

### 1. Sözleşmenin Eser Sözleşmesi Unsurlarına Sahip Olması

Influencer sözleşmesinin hukukî nitelik açısından eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ancak belli koşullar altında mümkün olabilir<sup>25</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır (md. 470/1).

Bu tanımdan hareketle, influencer sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, her şeyden öte, reklam veren ve sosyal medya fenomeni arasında varılan anlaşmada sosyal medya fenomeninin hazır bir içeriği hesabında paylaşması yeterli olmayıp, tanıtımını yapacağı ürüne ilişkin bizzat kendisinin bir içerik üretmesi gerekir. Buna göre, sosyal medya fenomeninin içerik üreterek hesabında paylaşması üzerine kurulu bir anlaşma varsa, bu amaçla ürettiği post paylaşımı, hikâye, fotoğraf, reels, canlı yayın ya da kısa video gibi içerikler eser<sup>26</sup> sayılacağından, aşağıda açıklanacak diğer unsurların da varlığı hâlinde, influencer sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün olabilir. Örneğin sosyal medya fenomeninin bir makyaj malzemesinin tanıtımında bu ürünü bizzat kendisinin kullandığını gösteren bir video çekmesi, fikrî bir ürün mahiyetiyle eser olarak kabule uygundur<sup>27</sup>. Sosyal medya fenomeninin hususiyetini taşıyan, fiziksel ve dijital ortamlarda saklanarak somutlaştırılabilecek şekilde oluşturulan bu tür içerikler, fikrî ürün, başka bir ifadeyle eser olarak nitelendirilmeye elverişlidir<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> **Atay**, Gülenda: Influencer Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul 2021, s. 5; **Baytan Avkovan**, s. 147.

<sup>25</sup> **Tekelioğlu**, Numan: "Reklam ve Reklam Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2018, s. 18-19; **Özel**, s. 68.

<sup>26</sup> Eser kavramı, Türk hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) md. 1/b'de, "Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri" olarak tanımlanmıştır. Eser kavramı hakkında ayrıca bkz. **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2016, s. 464-465.

<sup>27</sup> Maddî bir varlığa sahip taşınır veya taşınmaz eşya yanında maddî varlığı olmayan edimlerin de eşya sayılması konusunda ayrıca bkz. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 596 (Özel); **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2021, s. 448 (Özel); **Zevkliler/Gökyayla**, s. 491.

<sup>28</sup> **Baytan Avkovan**, s. 111; **Keskin**, s. 139.



Elbette, taraflar arasında yapılan influencer sözleşmesinin hukukî nitelik bakımından eser sözleşmesiyle örtüşmesi için eser niteliğinde içerik oluşturulması tek başına yeterli olmayıp; tanıtım faaliyetinin bir ücret karşılığında yapılması da gereklidir<sup>29</sup>. O hâlde, sosyal medya fenomeninin eser mahiyetinde içerik üretmek gerçekleştirdiği reklam faaliyetini belli bir ücret karşılığında yapması, akdedilen sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için yeterlidir. Bununla birlikte, influencer sözleşmesi belli bir ücret yerine bir menfaat karşılığında da yapılabileceğinden, böyle bir ihtimalde eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği bu noktada belirtilmelidir.

Aynı şekilde, eser sözleşmesinde yüklenicinin temel edimi olan eseri meydana getirme borcu, bu borcu tek başına sona erdirmeyip aynı zamanda eserin teslimini de gerektirir<sup>30</sup>. Buna karşılık, sosyal medya fenomeninin edimi, kural olarak bir edim neticesi değil, bir edim fiili olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, influencer sözleşmesinde sosyal medya fenomeni, müşterisi ile yaptığı anlaşma doğrultusunda tanıtımı yapılacak mal ya da hizmete ilişkin oluşturulan içeriği sayfasında paylaşma borcunu üstlenmekte; bu borcu yerine getirmekle yükümlülüğü sona ermektedir. Aksine, tanıtım sonrasında satışların ya da hizmet sunumunun artmasının da gerçekleşmesi yükümlülüğü kural olarak bulunmaz<sup>31</sup>. Bu sebeple, influencer sözleşmesinde sosyal medya fenomeninin tanıtım edimine ilâve olarak, bu tanıtım sonrasında satışların artmasını da taahhüt etmesi, diğer bir deyişle reklam faaliyeti sonrasında satışların arttırılmasına yönelik bir edim sonucunu üstlenmesi, sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bakımından zorunluluk arz eder. Aksi durumda, influencer sözleşmesinin hukukî nitelik açısından eser sözleşmesi özelliği gösterdiği yönünde bir çıkarım yapılamaz.

## 2. Sözleşmenin Vekâlet Sözleşmesi Unsurlarına Sahip Olması

Influencer sözleşmesinin belli koşullar altında vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi ihtimal dâhilindedir. Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlenmesi üzerine kurulduğundan, özel bir güven ilişkisine dayanmaktadır. Bu bağlamda, vekil, edim sonucunu üstlenmeksizin, başka bir deyişle bir sonuç elde etmeyi taahhüt etmeksizin edim fiilini yerine getirir<sup>32</sup>. Vekil, vekâlet verenden ba-

<sup>29</sup> Ücretin eser sözleşmesinin aslı unsurlarından biri olduğuna ilişkin bkz. **Kılıçoğlu**, Özel, s. 448; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 498.

<sup>30</sup> Eser sözleşmesinin anılan aslı unsuru hakkında bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 470.

<sup>31</sup> **Baytan Avkovan**, s. 111; **Keskin**, s. 139.

<sup>32</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, s. 600.

ğimsız olup, sonucun gerçekleşmemesinden doğan risk vekâlet verene aittir<sup>33</sup>.

Bu açıklamalardan hareketle, vekâlet sözleşmesindeki gibi influencer sözleşmesinin de güven ilişkisine dayandırılarak, sözleşme konusunun edim sonucu değil bizatihi edim fiili olacak şekilde kararlaştırılması durumunda bu sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Buna göre, sosyal medya fenomeninin belirli bir mal veya hizmetin tanıtımını anlamada öngörülen şekilde kendi sosyal medya hesabında yapmayı bu reklamın sonucuna ilişkin bir taahhüt olmaksızın üstlendiği hâllerde, varılan anlaşmanın vekâlet sözleşmesi özelliklerini haiz olacağı aşikardır<sup>34</sup>. Kaldı ki, TBK md. 502/2'nin "*vekâlete ilişkin hükümlerinin, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı*"na ilişkin düzenlemesi, influencer sözleşmesi gibi bir tür iş görme sözleşmesi olan atipik bir sözleşmenin hukukî niteliğinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi noktasında önemli bir dayanak oluşturmaktadır.

### 3. Sözleşmenin Benzerlik Gösterdiği Diğer Sözleşmelerle Kıyası

Influencer sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespitinde, her somut durumda tarafların sözleşmeye dâhil ettikleri unsurlar baz alınarak sonuca gidilebilecek olmakla birlikte, son tahlilde belli şartlar altında vekâlet sözleşmesi ya da eser sözleşmesiyle örtüşebilmektedir. Buna karşın influencer sözleşmesi; reklam sözleşmesi, sponsor sözleşmesi ve hizmet sözleşmesiyle benzeşen bazı yönleri sahiptir. Hâl böyle olmakla beraber, influencer sözleşmesi adı geçen bu sözleşmelerin aslî unsurlarından bazılarını haiz olmadığından hukukî nitelik değerlendirmesinde onlardan ayrıldığı ifade edilmelidir. Örneğin reklam sözleşmesinde, bir mal veya hizmetin tanıtımının yapılması ve satışlarının artırılması amacıyla üretici veya satıcı tarafından bir ücret ödenerek herhangi bir vasıta ile yayınlanması konusunda anlaşmaya varıldığından, sosyal medya fenomeninin ürettiği içerikleri takipçileriyle paylaşması da şüphesiz bir reklam faaliyetidir<sup>35</sup>. Ancak influencer sözleş-

<sup>33</sup> Zevkliler/Gökyayla, s. 600-601.

<sup>34</sup> Keskin, s. 140; Baytan Avkovan, s. 135.

<sup>35</sup> Reklam kavramı, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 61/1'da, "*ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular*" olarak tanımlanmıştır. İlâve olarak, Ticarî Reklam ve Haksız Ticarî Uygulamalar Yönetmeliği md. 4, Reklam Kurulu Yönetmeliği md. 3, Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Kanunu md. 3, Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.

mesinin amacı, reklam sözleşmesinden farklı olarak yalnızca ürünü tanıtmak değil, aynı zamanda ürün ile sosyal medya fenomeni arasında bir bağın kurulması olduğundan bu özellik, influencer sözleşmesinin reklam sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmektedir<sup>36</sup>. Gerçekten de influencer sözleşmesinde, sosyal medya fenomeni sadece ürünü tanıtmakla yetinmeyip, kendi takipçilerinin satın alma eylemlerini yönlendirerek o ürünle ilgili talep ve değerini arttırmayı amaçlar. Reklam sözleşmesinde ise, amaç ortaya konulan ürünün bir platformda yayınlanması ve bu mecralarda yayınlanmaya uygun, objektif, tüketicinin ilgisini çeken, ekonomik değeri olan ve reklam teknikleriyle bir reklam oluşturulmasıdır<sup>37</sup>.

Benzer şekilde, influencer sözleşmesinde, sponsor sözleşmesinde olduğu gibi belirli bir ürünün tanıtımına yönelik edimler söz konusu olmakla birlikte, sosyal medya fenomeni tarafından oluşturulan içeriklerde “*sponsorlu gönderi iş birliği etiketi*”nin kullanılması dahi influencer sözleşmesinin hukukî niteliğinin sponsor sözleşmesi olduğuna ilişkin kanaatte yeterli bir ölçüt değildir. Bilhassa sponsor sözleşmesinde satışların artışıyla beraber kâr elde etme amacı söz konusuysen<sup>38</sup>, influencer sözleşmesinde takipçilerin kendilerine tanıtılan ürünlere ilgilerinin arttırılarak satış yapılması ve bunun neticesinde kâr elde edilmesi hedeflenmesi bu kanıyı destekler görünmektedir<sup>39</sup>.

Hakeza, influencer sözleşmesinin hukukî niteliğinin hizmet sözleşmesi olduğuna ilişkin bir sonuca varılması mümkün gözükmemektedir<sup>40</sup>. Hizmet sözleşmesinin üç esaslı unsurundan biri olan ve işçinin işini, işverenin vere-

4, TRT Reklam Yönetmeliği md. 3’te de reklam kavramına ilişkin kanunî düzenlemeye paralel tanımlar yapılmaktadır.

<sup>36</sup> Keskin, s. 139.

<sup>37</sup> Oktay-Özdemir, Saibe: Reklam Yapımına ve Yayımına İlişkin Sözleşmelerin Hukukî Nitelikleri, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 113-118; Keskin, s. 138.

<sup>38</sup> Sponsor sözleşmesinde, sponsorun, desteklenene onun faaliyet içinde olduğu alanda ihtiyaç duyduğu teşviki sağlamak, desteklenenin de buna karşılık faaliyetini icra ederken sponsor hakkında kamuoyunda olumlu bir kanı uyanmasını ve böylece onun iletişim amacına ulaşmasını sağlama borcu altına girdiği görülmektedir. Konu hakkında bkz. Grassinger, Gülçin Elçin: Sponsorluk Sözleşmesi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 20-21; İmamoğlu, Selma Hülya: Sponsorluk Sözleşmesi, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, Ankara 2003, s. 96.

<sup>39</sup> Atay, s. 65; Keskin, s. 137.

<sup>40</sup> 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 sözleşme” olarak tanımlanmaktadır (TBK md. 393).

ceği emir ve talimatlar doğrultusunda yerine getirmesi ve emeğini işverenin emrine tahsis etmesi olarak açıklanabilecek bağımlılık unsurunu<sup>41</sup> influencer sözleşmesinde görmek mümkün değildir<sup>42</sup>. Zira influencer sözleşmesinde sosyal medya fenomeni, tanıtım işini tam bir bağımlılık içinde ifa etmekte; bu akdi ilişkide nispi bağımsızlık hâli söz konusudur<sup>43</sup>.

## II. YABANCI UNSURLU INFLUENCER SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK

### A. Yabancı Unsur

Bir uyuşmazlığın kanunlar ihtilafı hukukunun uygulama alanına girebilmesi için yabancı unsurlu olması gerekir. Doktrinde genel olarak hukukî ilişki veya olayın yargı organlarına başvurulacak ülke hukuku dışında bir veya birden fazla ülke hukuku ile bağlantılı olması şeklinde tanımlanan<sup>44</sup> yabancı unsur, bu akdi ilişkinin belli bir ülkenin sınırlarını aşan bir etkiye sahip olmasına yol açar<sup>45</sup>.

Genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde özel olarak da influencer sözleşmesinde yabancı unsur kişi ya da yer itibarıyla ortaya çıkabilir<sup>46</sup>. Bu doğrultuda reklam veren ile sosyal medya fenomeninin farklı devlet vatandaşlıklarına sahip olması, yerleşim yerlerinin, mutad meskenlerinin ya da işyerlerinin aynı ülkelerde bulunmaması, sözleşmenin yabancı bir ülkede yapılması gibi kriterler influencer sözleşmesine yabancı unsur

<sup>41</sup> Zevkliler/Gökyayla, s. 431.

<sup>42</sup> Demir, s. 49.

<sup>43</sup> Keskin, s. 140.

<sup>44</sup> Özel, Sibel/Erkan, Mustafa/Pürselim, Hatice Selin/Karaca, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023, s. 10; Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 10; Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2023, s. 5; Akıncı, Ziya: Milletlerarası Özel Hukuk, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 5 (Milletlerarası); Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/Ayhan-İzmirli, Lale: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 2023, s. 6; Can, Hacı/Tuna, Ekin: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 178; Güngör, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 31 (Milletlerarası); Nomer, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 23. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 5; Aygün, Mesut: “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s. 1029.

<sup>45</sup> Johns, Fleur: “Performing Party Autonomy”, Law and Contemporary Problems, Vol. 71, 2008, s. 243.

<sup>46</sup> Sözleşmeye yabancı unsur katan kriterler bağlamında bkz. Nygh, Peter: Autonomy in International Contracts, Oxford 1999, s. 48 vd.

katacaktır. Örneğin Bulgaristan pazarına girmek isteyen oyuncak üreticisi Türk tâbiyetli şirketin, ürünlerinin Instagram üzerinden tanıtımı amacıyla Bulgaristan vatandaşı bir sosyal medya fenomeni ile yaptığı sözleşme yabancı unsuru haizdir.

Kişi ya da yer kaynaklı kriterler yanında yabancı unsurlu olmayan ancak ekonomik karakteri ile milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendiren sözleşmelerin de “*milletlerarası sözleşme*” olarak yabancı unsurlu sayılması gerektiği görüşü doktrinde savunulmaktadır<sup>47</sup>. Anılan görüş uyarınca, kişi ya da yer bakımından yabancı unsurlu olmayan ancak objektif kriterleri ve yapısı gereği en az iki devletin hukuk düzeniyle bağlantısı sebebiyle<sup>48</sup> ülke sınırlarını aşarak mal, hizmet, emek ve para transferi sağlayan bir borç ilişkisi de milletlerarası ticareti ilgilendirmesi hâlinde hangi devletin mahkemesine başvurulduğunun bir önemi olmaksızın a priori olarak<sup>49</sup> yabancı unsurlu sayılmalıdır. Bu sebeple, internet aracılığıyla sanal alemde dünya genelinde etki doğuran bir reklam faaliyetinin yapılmasına dayanak oluşturan bir influencer sözleşmesi ilişkisinin de milletlerarası sözleşme olarak kabulünün mümkün olduğu kanısındayız<sup>50</sup>. Böyle bir sonuca varmada dikkat edilmesi gereken ise, sözleşmenin milletlerarası ticarî menfaatleri ilgilendiriyor olması, başka bir deyişle, sözleşmenin ekonomik ve maddî karakterleri dikkate alınarak milletlerarası ticaretin menfaat alanında kaldığının tespitidir<sup>51</sup>. Örneğin, sözleşmenin Türk vatandaşlığına sahip taraflarının yer-

<sup>47</sup> **Tiryakioğlu**, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996, s. 7; **Sargın**, Fügen: Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, 1. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2002, s. 183 (Uygulanacak Hukuk); **Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, 1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1996, s. 69 (İnşaat); **Aygün**, s. 1035; **Özdemir**, s. 930; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 11; **Ekşi**, Yabancılık, s. 5.

<sup>48</sup> **Ekşi**, Nuray: “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 12, S. 1-2, 1992, s. 4 (Yabancılık); **Özdemir**, Hatice: “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme’ ve ‘Uluslararası Sözleşme’ Kavramları”, İstanbul Barosu Dergisi, S. 1999/10-11-12, s. 927 vd.; **Bayatacanyaş**, Aslı: AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 47; **Aygün**, s. 1035.

<sup>49</sup> **Özdemir**, s. 930.

<sup>50</sup> Yabancı unsurlu olmayan bu tür özelliklere sahip milletlerarası sözleşmeler bakımından aynı yönde sonuca varılması gerektiğini ifade eden görüşler için ayrıca bkz. **Tiryakioğlu**, s. 7; **Sargın**, Uygulanacak Hukuk, s. 183; **Akıncı**, İnşaat, s. 69.

<sup>51</sup> **Ekşi**, Yabancılık, s. 5; **Doğan/Yılmaz/Ayhan-İzmirli**, s. 7; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 336.

leşim yerleri ve işyerleri Türkiye’de bulunsa, edimlerin ifa yeri Türkiye olsa dahi, reklam veren yurt dışından ithal ettiği bir malı sosyal medya fenomenine onun sosyal medya hesabında tanıtılması üzerine anlaşılırsa, sınır ötesi mal transferi söz konusu olacağından burada da yabancı unsurun mevcudiyeti kabul edilmelidir.

Üzerinde durulması gereken hususlardan biri de, borç ilişkisi kapsamında bir sözleşmenin yabancı unsuru haiz olmamakla birlikte, taraflarca yabancı hukuk seçimi ile yabancı unsurlu hâle getirilip getirilemeyeceğidir. Türk kanunlar ihtilafı hukukunun imkân tanıdığı hâllerde, tarafların yabancı unsurlu olmayan bir sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir devletin hukukunu seçmiş olmasının bu sözleşmeye yabancı unsur katıp katmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde aksi yönde görüş olmakla birlikte<sup>52</sup>, bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre, tümüyle iç hukuku ilgilendiren bir sözleşmenin sadece tarafların iradesiyle yabancı bir hukuka bağlanması yabancı unsurun varlığı açısından yeterli değildir<sup>53</sup>. O hâlde, hukuk seçimine konu edilen sözleşmenin yabancı unsurlu olması gerekir. Bu gerekçeyle, taraflarca akdedilen influencer sözleşmesine uygulanacak hukukun yabancı bir devletin hukuku olarak belirlenmesi salt bu yönüyle sözleşmeye yabancı unsur katmaz.

## B. Influencer Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Tayini

### 1. Vasıflandırma

Türk mahkemelerinde görülen bir davada yabancı unsurlu influencer sözleşmesine uygulanacak hukuk, özel hukuk kaynaklı bir borç ilişkisi ola-

<sup>52</sup> Doktrindeki aksi yöndeki bir görüşe göre, yabancı unsuru haiz olmayan bir sözleşmede tarafların hukuk seçimine imkân tanıyan hâllerde, yabancı bir hukukun seçimi sözleşmeyi yabancı unsurlu yapmaya yeterlidir: **Eksi**, *Yabancılık*, s. 7; **Nomer**, s. 324; **Çelikel/Erdem**, s. 385; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 336. Yargıtay da bazı kararlarında bu yönde sonuca varmıştır. Örnek bir kararda “*Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu da bulunmamaktadır.*” yönünde hüküm tesis edilerek yabancı devletin hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçimi hâlinde sözleşmenin yabancı unsurlu sayılması gerektiğine işaret edilmiştir: Yarg. 15. HD, T. 03.11.2016, E. 2016/3365, K. 2016/4525 için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.11.2023).

<sup>53</sup> **Aybay**, Rona/**Dardağan**, Esra: *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 251; **Demirkol**, Berk: *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 101; **Tekinalp**, Gülören: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 279; **Doğan/Yılmaz/Ayhan-İzmirli**, s. 400; **Can/Tuna**, s. 52; **Güngör**, *Milletlerarası*, s. 32; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 12; **Aygün**, s. 1037.

rak Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tayin edilir. Influencer sözleşmesine özgülenmiş bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Türk kanunlar ihtilafı hukukundaki bu durum, karşılaştırmalı hukuktaki kanunlar ihtilafı hukuku düzenlemelerinde de geçerli olup, atipik niteliğiyle influencer sözleşmesinin özel bir akit statüsüne tâbi tutulmadığı görülmektedir. Bu gerekçeyle, influencer sözleşmesinin, taraflarca bu ilişkiyi şekillendiren unsurlara göre belirlenecek hukukî niteliği esas alınmak suretiyle yapılacak vasıflandırma uyarınca örtüştüğü sözleşme gözetilerek tâbi tutulacağı ilgili bağlama kuralı belirlenir.

Türk kanunlar ihtilafı hukukunda, yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde genel akit statüsüne yer verilmiştir<sup>54</sup>. Buna göre hakkında özel bağlama kuralı getirilmemiş borçlar hukuku sözleşmeleri, MÖHUK md. 24'e tâbidir. Kanun koyucu bazı sözleşme tiplerini ise özel bağlama konusu olarak ayrıca düzenlemiştir. Buna göre, MÖHUK md. 25-29 arasında sırasıyla “*taşınmazlara ilişkin sözleşmeler*”, “*tüketici sözleşmeleri*”, “*iş sözleşmeleri*”, “*fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler*” ve “*eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler*” genel akit statüsünden ayrı tutularak özel bağlama kurallarına tâbi tutulmuştur.

Bu açıklamalardan hareketle, uyumsuzluğa sebebiyet veren influencer sözleşmesinin unsurları gözetilerek yapılacak vasıflandırmaya göre ilgili sözleşme statüsü uyarınca uygulanacak hukuk tayin edilir. Söz konusu vasıflandırmanın kural olarak hâkimin hukukuna (*lex fori*) göre yapılacağı genel olarak kabul görmektedir<sup>55</sup>. Bu doğrultuda, Türk maddî hukukuna dayanılarak yapılacak vasıflandırmaya göre influencer sözleşmesinin hukukî niteliğini de belirleyecek olan özelliklerini taşıdığı sözleşme statüsü esas alınarak sonuca gidilir.

Maddî hukuk bakımından atipik sözleşme özelliği gösterdiğini yukarıda açıkladığımız influencer sözleşmesinin akdi bir ilişki olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu akdi ilişkinin vasıflandırılması sonucunda, bünyesinde barındırdığı unsurlara göre eser sözleşmesi ya da vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmeye elverişli görünmektedir. Öyle ki, taraflar influencer sözleş-

<sup>54</sup> Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk MÖHUK md. 24'e tâbi iken, akit tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk MÖHUK md. 9, sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk ise aksi öngörülmedikçe MÖHUK md. 7 uyarınca tayin edilir.

<sup>55</sup> Vasıflandırmanın hâkimin hukukuna göre yapılması konusunda katı düşünülmemesi gerektiği, ihtiyaç hâlinde somut hukukî ilişki bağlamında değerlendirilmeye gidilerek milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlayacak en uygun çözüme götürecektir diğer vasıflandırma yöntemlerine başvurulabilmesinde de bir engel olmadığı konusunda ayrıca bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 59; Çelikel/Erdem, s. 84; Nomer, s. 102.

mesine eser sözleşmesi özelliği verebileceği gibi, bu sözleşmeyi vekâlet sözleşmesi kapsamında da akdedebilirler. Her iki durumda da uygulanacak hukukun tayininde genel akit statüsünün düzenlendiği MÖHUK md. 24 belirleyicidir. Zira kanun koyucu gerek eser sözleşmesi gerek vekâlet sözleşmesini özel olarak düzenlediği bağlama konuları arasına almamıştır.

Bu noktada, influencer sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırılmasının mümkün olup olmadığı, üzerinde durulmaya değer bir konudur. Zira soruya verilecek olumlu cevap, tüketici sözleşmesine uygulanacak hukukun kanun koyucu tarafından özel bağlama kurallarına tâbi tutulması sebebiyle genel akit statüsünden ayrılmayı gerektirir. Buna göre, MÖHUK md. 26'da meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik sözleşmelere uygulanacak hukuk tüketici sözleşmesi statüsüne tâbi tutulmuştur. Anılan düzenlemede, kanun koyucunun öngördüğü tüketici sözleşmesi sayılmaya yetecek ölçütler dikkate alındığında influencer sözleşmesi için bu yönde bir nitelendirme yapılmasının mümkün olmadığı görülebilir. Zira sosyal medya fenomeninden ücret ya da başka bir menfaat temini karşılığında belli bir ürünün tanıtımı hizmeti alan reklam veren, sosyal medya platformlarında tanıtılacak söz konusu ürünlerin satışını arttırmaya yönelik ticarî mahiyette bir amaç güderek influencer sözleşmesine taraf olur. Gerçekten de bir malın veya hizmetin sosyal medya kanalıyla tanıtılmasını amaçlayan reklam veren, kişisel ve özel amaçlarla değil, ürünlerinin 3. kişiler üzerinde etkisini arttırmaya yönelik ticarî bir saikle hareket eder.

Benzer şekilde, influencer sözleşmesinin iş sözleşmesi olarak vasıflandırılması da mümkün olamayacağından, bu sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklar kanun koyucunun MÖHUK md. 27'de öngördüğü iş sözleşmesi statüsüne tâbi tutulamaz. Zira iş sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biri olan bağımlılık unsuru, influencer sözleşmesinde söz konusu değildir. Zira sosyal medya fenomeni, influencer sözleşmesinin gereği olan tanıtım işini, iş sözleşmelerinin aksine, tam bir bağımlılık içinde ifa etmemektedir.

## 2. Bağlama Kuralı

MÖHUK md. 24 uyarınca sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tayininde, sübjektif ve objektif bağlama kuralları esas alınır<sup>56</sup>. Buna göre, kanun koyucu taraflara, irade muhtariyeti çerçevesinde aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku tayin etmeye üzere hukuk seçimi imkânı tanımış-

<sup>56</sup> Genel akit statüsü bağlamında uygulanacak hukukun tayini hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Demirkol**, s. 32 vd.



tır. Tarafların uyuşmazlığı tâbi tuttıkları hukuk, sübjektif bağlama kuralı vasfı kazanacak ve öncelikle uygulanacaktır<sup>57</sup>. Taraflarca hukuk seçiminde bulunulmaması durumunda ise, sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralları esas alınarak belirlenir.

#### *a. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmesi*

Kanun koyucu, MÖHUK md. 24'de taraflara aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânı tanımıştır. Ancak hukuk seçimine yönelik iradelerin ortaya konuluş biçimi, hukuk seçiminin kapsam ve etkisine yönelik belirli sınırlamalar getirilmiştir<sup>58</sup>. Bu sebeple, taraflarca yapılan hukuk seçiminin uygulanabilirliği ancak kanun koyucunun öngördüğü sınırlamalara uygun olması koşuluyla mümkündür. Tarafların seçtiği hukukun bağlama kuralı olarak etki göstermesi, kamu düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanan kurallar dışında önlenemeyecek; seçilen hukuk, başka bir hukukun etkisi olmadan emredici ve tamamlayıcı tüm hükümleriyle uygulanacaktır<sup>59</sup>.

Influencer sözleşmesi açısından da geçerli olacak tanıma göre, hukuk seçimi anlaşması, kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında tarafların, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçmeleri hususunda irade beyanlarının bir araya gelmesidir<sup>60</sup>. Bu irade, taraflarca hukuk seçimine dair hüküm içeren esas sözleşmeden bağımsız bir anlaşma ile ortaya konabileceği gibi, esas sözleşme içinde yer alan bir hukuk seçimi hükmü (kloz) şeklinde de yansıtılabilir. İlâve olarak, tarafların, genel işlem şartları içinde bulunan bir hükümle hukuk seçiminde bulunmaları da mümkündür<sup>61</sup>.

Influencer sözleşmesinin taraflarının hukuk seçimiyle sözleşmenin tâbi olduğu hukuku tayin etmeleri açıkça veya zımnî olarak yapılabilir. Zira uygulanacak hukukun taraflarca seçimine ilişkin irade beyanlarının açıklanmasında kanun koyucu bir sınırlama öngörmüştür. MÖHUK md. 24/1 uya-

<sup>57</sup> **Zhang**, Mo: “Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy”, *Akron Law Review*, Vol. 41, 2008, s. 131.

<sup>58</sup> İrade muhtariyetinin milletlerarası özel hukukta temel bir ilke olarak evrensel bir uygulamaya sahip olmakla birlikte, farklı kapsam, şart ve sınırlamalara tâbi tutulabildiğine ilişkin olarak ayrıca bkz. **Ruhl**, Giesela: “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts, Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge 2007, s. 157.

<sup>59</sup> **Güngör**, *Milletlerarası*, s. 179; **Demirkol**, s. 69.

<sup>60</sup> **Nygh**, s. 46.

<sup>61</sup> Genel işlem şartlarında sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin bir hükme yer verilmiş olmasının, ancak sözleşmede diğer tarafın genel işlem şartlarına vâkıf olduğu noktada bir kaydın bulunması hâlinde geçerli olacağı hususunda ayrıca bkz. **Nomer**, s. 325.

rınca, sözleşmeden doğan borç ilişkileri taraflarca açık bir hukuk seçimiyle belli bir hukuka tâbi tutulabilir; ancak sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde mahal vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir<sup>62</sup>.

Influencer sözleşmesinin tarafları, açık hukuk seçimi bağlamında, belli bir hukukun uygulanmasına ilişkin iradelerini anlaşılır şekilde ortaya koyabilirler. Influencer sözleşmesine uygulanacak hukuk açıkça kararlaştırılmamasına rağmen, tarafların hukuk seçimine yönelik örtülü iradelerinin varlığının tespiti hâlinde de hukuk seçimi anlaşması var kabul edilir. Zımnî hukuk seçimi anlaşmasının tespitinde dikkat edilmesi gereken, hukuk seçimine yönelik taraf iradelerinin, sözleşme hükümlerinden veya tarafların davranışlarından tereddütsüz tespit edilebilir olmasıdır<sup>63</sup>. Bu durumda yorum yolu ile sözleşmeye ve taraflara ilişkin unsurların değerlendirilmesi sonucu uygulanacak hukuk tespit edilmektedir<sup>64</sup>. Belli bir devletin hukukuna işaret eden emarelerin<sup>65</sup> çokluğu, zımnî hukuk seçimine ilişkin güçlü bir dayanak oluşturur<sup>66</sup>. Örneğin, influencer sözleşmesinin taraflarının her ikisinin vatandaşı olduğu devletin, sözleşmenin akdedildiği ülkenin, yetki anlaşması ile seçtikleri mahkeme ülkesinin, nüfuz pazarlamaya ilişkin reklamın sosyal medya hesabına yükleneceği ülkenin, sözleşmenin dilinin aynı devleti işaret etmesi,

<sup>62</sup> Türk hukukuna paralel olarak karşılaştırmalı hukukta da açık veya zımnî hukuk seçimi tereddütsüz kabul görmektedir. Örneğin Amerikan hukukunda Restatement II § 187’de, hukuk seçimi anlaşmasının açık veya zımnî olarak yapılabileceği kabul edilmiştir. Aynı şekilde, AB hukukunda Roma I Tüzüğü md. 3/1, tarafların, sözleşmeye uygulanacak hukuku açık ya da zımnî irade beyanı ile seçebilmesini öngörmüştür. İsviçre hukukunda da MÖHK (IPRG) md. 116 açık ve zımnî hukuk seçimine imkân tanımıştır.

<sup>63</sup> **Collins**, L.: Dacey and Morris on The Conflict of Laws, London 2000, s. 1227; **Wyatt**, Derrick: “Choice of Law in Contract Matters-A Question of Policy”, The Modern Law Review, Vol. 37, 1974, s. 415; **Zhang**, s. 130; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 415; **Can/Tuna**, s. 414.

<sup>64</sup> **Arslan**, İlyas: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 33, S. 2, 2013, s. 9, 26; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 328; **Nomer**, s. 327; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 415; **Demirkol**, s. 198.

<sup>65</sup> Örnekler için bkz. **Güngör**, Gülin: Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 93 vd. (Yakınlık); **Yntema**, Hessel E.: “Autonomy in Choice of Law”, American Journal of Comparative Law, Vol. 1, 1952, s. 352; **Nygh**, s. 114 vd.; **North/Fawcett**, s. 459 vd.; **Collins**, s. 1227 vd.; **Aybay/Dardağan**, s. 232; **Tekinalp**, s. 284; **Nomer**, s. 328; **Doğan/Yılmaz/Ayhan-İzmirli**, s. 402; **Can/Tuna**, s. 414-415; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 416 vd.

<sup>66</sup> **Nygh**, s. 114; **Sargın**, Uygulanacak Hukuk, s. 44.

taraf lar arasında bir zımnî hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığını ortaya koyabilecek ağırlıktadır.

Taraf lar uygulanacak hukukun tercihinde kural olarak serbesttir. Türk hukukunda seçilen hukukun taraf larla ya da sözleşmeyle doğrudan bir ilişki-sinin bulunması gerektiğine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır<sup>67</sup>. Zira kanun koyucu irade muhtariyeti çerçevesinde bu hususta serbesti tanımıştır<sup>68</sup>. Buna karşın, üzerinde anlaşılan hukuk, bir “*millî hukuk*” sistemi olmalıdır. MÖHUK’ta konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, kanun koyucunun hukuk seçimi ile kastettiğinin “*millî hukuk*”, diğer bir ifadeyle bir “*devlet hukuku*” olduğu ekseriyetle kabul görmektedir<sup>69</sup>. Millî hukuk kapsamında değerlendirilemeyen, milletlerarası ticaret uygulamaları içinde gelişen kuralların (*lex mercatoria*)<sup>70</sup> hukuk seçimine konu edilebil-

<sup>67</sup> Türk hukukunun aksine karşılaştırmalı hukukta aksi yönde düzenlemeler mevcut olabilir. Örneğin, Amerikan hukukunda, Restatement II § 187/2(a) uyarınca, seçilen hukukun taraf lar ve hukukî işlemle maddî bir bağlantısı ya da taraf ların seçiminin makul bir temeli olması gerekmektedir. Konu hakkında ayrıca bkz. **Cross, Paul H./Oxford, Hubert**: “Floating Forum Selection and Choice of Law Clauses”, *South Texas Law Review*, Vol. 48/1, Fall 2006, s. 148.

<sup>68</sup> Örneğin İsviçre MÖHK md. 116’da, hukuk seçimi konusunda, seçilen hukukla sözleşme veya taraf lar arasında bir bağlantı aranmayarak, seçilen hukuk konusunda tam bir serbesti tanınmıştır. Aynı şekilde, AB hukukunda Roma I Tüzüğü, konuya ilişkin herhangi bir sınırlama getirmemiştir (md. 3). Bununla birlikte, Roma I Tüzüğü’nün, bu konuda iki istisnaya yer verdiği görülmektedir (md. 3/3-4). Roma I Tüzüğü md. 3/3’de hükme bağlanan bu sınırlamalardan ilkinde göre, taraf larla ya da sözleşme konusuyla hiçbir ilgisi bulunmayan bir devlet hukukunun seçimi, sözleşmenin bağlantılı olduğu devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını bertaraf etmemelidir. Aynı şekilde, Roma I Tüzüğü md. 3/4 uyarınca, taraf ların sözleşmeye AB’ye üye ülke hukuku dışında üçüncü bir ülkenin hukukunu seçmeleri hâlinde, AB hukukunun emredici hükümleri saklıdır. Ancak bu hâlde, sözleşmenin bütün unsurlarının AB’ye üye bir veya birkaç ülke ile sıkı bağlantıya sahip olması gerekmektedir. Konu hakkında ayrıca bkz. **Fawcett, James/Carruthers, Janeen M.**: *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, New York 2008, s. 695 vd.

<sup>69</sup> Karşılaştırmalı hukuktaki genel eğilim de bu yöndedir. Amerikan hukukunda, akit taraf larca seçilecek hukukun yalnızca bir devlet hukuku olması gerektiği açıkça kabul edilmiştir (Restatement II § 187/1-2). AB hukukunda Roma I Tüzüğü’nde ise millî olmayan kuralların seçilip seçilemeyeceği konusunda açık bir hüküm yer almamakla beraber, belli bir devlet hukuku dışında bir hukuk seçiminin yapılamayacağı hâkim görüş olarak kabul edilmektedir. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Tarman, Zeynep Derya**: “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 25, S. 2, Haziran 2009, s. 308 vd.; **Fawcett/Carruthers**, s. 699.

<sup>70</sup> *Lex mercatoria* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aygül, Musa**: “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde *Lex Mercatoria*’nın Uygulanması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 47 vd.

mesinin milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun bir çözüm olduğu da ileri sürülmekle birlikte<sup>71</sup>, Türk hukukunda henüz kabul görmemektedir<sup>72</sup>. Hâl böyle olmakla birlikte, millî olmayan bir hukukun sözleşme hükmü olarak sözleşmeye nakledilmesinde ise bir engel bulunmamaktadır<sup>73</sup>. Bu bakımdan, influencer sözleşmesinde tarafların yalnızca belli bir devletin hukukunu hukuk seçimi anlaşmasına konu etmeleri mümkündür. Pozitif geçerliliği olmayan millî nitelikten yoksun düzenlemeleri tarafların influencer sözleşmesi hükmü hâline getirmesi ise, kendi takdirlerindedir.

Seçilen hukukun o devletin maddî hukukuna mı, yoksa kanunlar ihtilafı hukukuna mı işaret ettiği konusunda kural, seçilen devletin maddî hukuk kurallarının uygulanmasıdır. Türk hukukunda da açıkça benimsenen bu kural, sübjektif bağlama kuralının uygulanmasında atfın reddedildiğini göstermektedir<sup>74</sup>. Ancak hukuk seçimi anlaşmasında seçilen devletin kanunlar ihtilafı kurallarının tercih edildiğine ilişkin taraflarca aksi yönde bir karara varılmasında da bir engel söz konusu değildir (MÖHUK md. 2/4). Bu sebeple, influencer sözleşmesinin tarafları, hukuk seçiminde aksini kararlaştır-

<sup>71</sup> Konuya ilişkin olarak bkz. **Juenger**, Friedrich K.: “The Lex Mercatoria and Private International Law”, Louisiana Law Review, Vol. 60, 2000, s. 1133 vd. Bu bağlamda örneğin Uluslararası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensipleri, model kurallar kapsamında devletler için tavsiye nitelikli bir düzenleme olarak, belli şartları haiz olması koşuluyla devlet dışı kurumların kurallarını sözleşmeyi idare etmek üzere seçebilmelerine imkân tanımaktadır. Konu hakkında bkz. **Karaca**, Hüseyin Akif: Uluslararası Ticarî Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda Hukuk Kurallarının Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler Uluslararası Konferansı (Editörler: Sibel Özel/Mustafa Erkan), 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 113 vd.

<sup>72</sup> **Doğan/Yılmaz/Ayhan-İzmirli**, s. 405; **Tiryakioğlu**, s. 24; **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 331; **Güngör**, Milletlerarası, s. 181; **Çelikel/Erdem**, s. 403; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 411; **Can/Tuna**, s. 413; **Tekinalp**, Milletlerarası, s. 282. Bununla birlikte, doktrinde millî olmayan (a-nasyonal) hukuk kurallarının taraflarca uygulanacak hukuk olarak seçilebilmesi gerektiğini savunan aksi yönde görüşe de rastlanmaktadır. Bu yönde bkz. **Süral**, Bahar Ceyda: Uluslararası Ticarî Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü) Prensipleri, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir 2008, s. 172; **Sargın**, Uygulanacak Hukuk, s. 194.

<sup>73</sup> *Incorporation* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekşi**, Nuray: “Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19-20, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, 1999-2000, s. 263 vd. (Incorporation).

<sup>74</sup> Amerikan hukukunda da Restatement II § 187/3’de, taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, taraf iradelerinden başka türlü bir sonuca varılmadıkça, seçilen devletin maddî hukuku olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde, AB hukukunda Roma I Tüzüğü md. 20 uyarınca atfı reddedildiği için, aksi kararlaştırılmadığı sürece, seçilen hukukun maddî hukuk kuralları sözleşmeye uygulanır.

madıkça, seçtikleri devletin maddî hukukunun uygulanması konusunda görüş birliğine varmış sayılırlar.

Influencer sözleşmesinin tarafları, MÖHUK md. 24/2 uyarınca, seçtikleri hukukun sözleşmenin tamamına uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi, belli bir kısım ya da kısımları için uygulanması üzerinde de karara varabilirler<sup>75</sup>. Kısmî hukuk seçimi olarak adlandırılan ve uygulamada pek tercih edilmeyen bu imkânın kullanılması tarafların takdirindedir. Kanun koyucu açıkça kısmî hukuk seçimine cevaz vermekle birlikte, doktrinde sözleşmenin ekonomik ve hukukî açıdan ayrılabilir olması ve sözleşmeyi idare edecek farklı hukukların birbiriyle çelişki yaratmaması şartıyla kısmî hukuk seçiminin hüküm ifade edeceğine vurgu yapılmaktadır<sup>76</sup>. Bu sebeple, kanımızca influencer sözleşmesinde de taraflar, sözleşmenin tamamı için değil, belli bir bölümü ya da bölümleri için kısmî hukuk seçimi yapacaksa, sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu dikkate alınarak, sözleşme hükümleri arasındaki genel dengeyi bozmamak ve seçilen hukuklar arasında bariz bir çelişki doğurmamak şartlarına riayet etmelidirler<sup>77</sup>. Örneğin, taraflarca sözleşmenin geçerliliğine ve ifasına uygulanacak hukuk farklı iki devletin hukukuna tâbi tutulabilir.

Influencer sözleşmesinde taraflar, hukuk seçimini MÖHUK md. 24/3 uyarınca her zaman yapabilir veya değiştirebilir. Kanun koyucunun hukuk seçiminin zamanına ilişkin bir sınırlamaya yer vermemesi kural olmakla birlikte, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan hukuk seçiminin, ancak üçüncü kişilerin hakları saklı olmak üzere geçmişe etkili olarak geçerli olduğu ifade edilmiştir<sup>78</sup>. O hâlde, taraflar, hukuk seçimi anlaşmasını esas sözleşmenin kurulması sırasında veya uyuşmazlık çıkması durumunda ve hatta mahkeme aşamasında yargılama başlayıncaya dek yapabilir. Bu doğrultuda, taraflar, yaptıkları hukuk seçimi anlaşmasında açıkça veya zımnen

<sup>75</sup> AB hukukunda Roma I Tüzüğü md. 3/1'de, tarafların bir sözleşmenin herhangi bir bölümüne ya da tamamına uygulanacak hukuku seçebilecekleri hükme bağlanmıştır. İsviçre ve Amerikan hukukunda ise bu konuda bir düzenleme getirilmemekle birlikte, kısmî hukuk seçimini dışlayan bir hükme de yer verilmemiştir.

<sup>76</sup> **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 418; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 330; **Doğan/Yılmaz/Ayhan-İzmirli**, s. 406; **Bayata-Canyaş**, s. 68-69; **Aybay/Dardağan**, s. 251; **Tekinalp**, s. 281; **Can/Tuna**, s. 415.

<sup>77</sup> Aynı yönde bkz. **Nygh**, s. 128; **Aybay/Dardağan**, s. 251; **Sargın**, Uygulanacak Hukuk, s. 204; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 418.

<sup>78</sup> AB hukukunda Roma I Tüzüğü md. 3/2, hem şekli geçerlilik hem üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, böyle bir değişikliğin her zaman için yapılabilmesini kabul etmiştir. Aynı şekilde, İsviçre MÖHK md. 116/3, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla bu yönde bir değişikliğe imkân tanımıştır.

sonradan değişikliğe de gidebilir. Dikkat edilmesi gereken, sözleşmenin akdedilmesinden sonra yapılan hukuk seçiminin bu anlaşmaya bir dahil olmayan ve fakat sözleşmeden belli haklar elde ederek ya da borçlar yüklenerek etkilenen üçüncü kişilerin durumlarında olumsuzluk oluşturmamasıdır. Sonradan yapılan bir hukuk seçimi, önceki akit statüsüne oranla üçüncü kişilerin hukukî durumunu kötüleştirmekteyse, kanunlar ihtilafı hukuku bakımından hukuk seçiminin sonuçları, esas sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkiyle sınırlı kalır. Tarafların üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde ise, önceki akit statüsü geçerli olmaya devam eder<sup>79</sup>. Taraflarca sonradan bir hukuk seçilmesi ya da seçilen hukukun değiştirilmesinin sözleşmenin kuruluş ve geçerliliği üzerinde bir etkisi olmayıp, sözleşmenin hükümleri yeni seçilen hukuka tâbidir<sup>80</sup>.

### ***b. Hukuk Seçimi Yokluğunda Uygulanacak Hukuk***

#### ***aa. Sözleşmeyle En Sıkı İlişkili Hukuk***

Uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemiş olması durumunda objektif bağlama kuralı devreye girer. Kanun koyucu, uyuşmazlık konusu sözleşmesel ilişkiyle en sıkı ilişkili hukuku objektif bağlama kuralı olarak tercih etmiştir (MÖHUK md. 24/4). En sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde yol gösterici mahiyette bazı kanunî karineler getirilmiştir<sup>81</sup>. Bu çerçevede, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, “*karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad mesken hukuku*”; “*meslekî veya ticarî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, birden çok işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku*” kabul edilmiştir<sup>82</sup>. Karak-

<sup>79</sup> Nomer, s. 331; Tekinalp, s. 283; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 423; Demirkol, s. 238 vd.

<sup>80</sup> Sözleşme kuruluş aşamasında geçerli bir sözleşme değilse sonradan seçilen ya da değiştirilen hukuk ile geçerli hâle gelmeyeceği gibi, geçersiz de olmayacaktır: Nomer, s. 331.

<sup>81</sup> Çelikel/Erdem, s. 403; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 346; Doğan/Yılmaz/Ayhan-İzmirli, s. 410; Can/Tuna, s. 417; Nomer, s. 333; Tekinalp, s. 289; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 426; Güngör, Milletlerarası, s. 184.

<sup>82</sup> AB hukukunda Roma I Tüzüğü, özel olarak düzenlenmeyen sözleşmeler bakımından, en sıkı ilişkili hukuku bulmaya karine teşkil eden bağlama noktalarını, karakteristik edim borçlusunu dikkate alarak belirlemiştir. Buna göre, Roma I Tüzüğü md. 4/1’de sayılanlar dışında kalan veya bu katalogta sayılan sözleşmelerden birden fazlasının kapsamına giren sözleşmeler bakımından sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku tespitinde karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku esas alınmaktadır (md. 4/2). Amerikan hukukunda ise, Restatement II, yine sıkı ilişkiden hareket etmekle birlikte, karakteristik edim teorisini dikkate almadan bir belirlemeye gitmektedir. Buna göre, Amerikan hukukunda

teristik edim borçlusu esas alınarak karineten sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tayinini öngören kanun koyucu, bir istisna kuralıyla “*hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk*”un mevcudiyeti hâlinde sözleşmenin bu hukuka tâbi olacağını ifade etmiştir<sup>83</sup>.

Influencer sözleşmesi açısından da geçerli olmak üzere, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tayininde öncelikle kanun koyucunun öngördüğü karineler esas alınarak sonuca gidilir. Getirilen karine, en sıkı ilişkili hukukun

sıkı ilişkili hukukun uygulanması, mahkemelerce incelenecek bazı irtibat noktalarının değerlendirilmesiyle mümkün olmaktadır. Sözleşme ve taraflarla en sıkı ilişkiyi haiz hukuk konusunda, Restatement II § 291'deki hüküm gereğince § 6'nın sıraladığı faktörler ışığında bir değerlendirmeye gidilmektedir. İlâve olarak, sözleşmeyle ve taraflarla en sıkı ilişkili devletin hukuku tayin edilirken, Restatement II § 6/2'deki ilkeler esas alınmakla birlikte, § 188/2'deki irtibat noktalarının da dikkate alınması zorunludur. Bu çerçevede, en sıkı ilişkiyi gösteren bağlantılar olarak sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşme görüşmelerinin yapıldığı yer, ifa yeri, sözleşme konusunun bulunduğu yer, tarafların yerleşim yeri, mutad meskeni, vatandaşlığı, tüzel kişilik olması hâlinde kuruluş yeri ve işyeri sayılmıştır. Ancak bu bağlantı noktaları, sınırlı sayıda olmadığından, bunlar dışında kalan, ancak sözleşme ve taraflarla en sıkı ilişkiyi haiz devlet hukukunun belirlenmesine kılavuzluk edecek diğer bağlantıların da dikkate alınmasında bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca sözleşmenin müzakere yeri ile ifa yerinin aynı ülkede bulunması hâlinde, kural olarak bu ülkenin hukukunun uygulanacağı özel olarak hükme bağlanmıştır. İsviçre hukukuna bakıldığında, akit statüsünü düzenleyen MÖHK md. 117/1'de, hukuk seçiminin yapılmadığı hâllerde sözleşme en sıkı ilişkili olduğu ülkenin hukukuna tâbi tutulmaktadır. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde ise, karakteristik edim teorisi uyarınca bazı bağlama noktaları karine olarak sıralanmıştır (md.117/2). Buna göre, kural olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu devlet sözleşmeyle en sıkı ilişkili devlet olmakla birlikte, karakteristik edimi ifa edecek kişinin ticarî veya meslekî faaliyet kapsamında iş yapması hâlinde işyerinin bulunduğu devlet esas alınarak sözleşmeyle en sıkı ilişkili devlet hukuku tayin edilir. Ayrıca bazı sözleşme tipleri bakımından, kanunda en sıkı ilişki gösterilmiştir (md. 117/3 (c)). Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerin detayları için bkz. **Güngör**, Yakınlık, s. 35 vd.

<sup>83</sup> AB hukukunda da Roma I Tüzüğü md. 4/3; md. 4/1 ve md. 4/2'ye göre tayin edilen ülkeye göre hâlin bütün şartlarından, sözleşmenin, açıkça bir başka ülke ile daha sıkı ilişkili olmasının tespiti hâlinde, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin bir istisna kuralına yer vermiştir. Roma I Tüzüğü md. 4/4'de ayrıca, 1. fıkrada öngörülen kurallara veya karakteristik edime ilişkin kurala göre uygulanacak hukukun tespit edilememesi durumunda, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun uygulanması hükme bağlanmıştır (md. 4/4). Konu hakkında ayrıca bkz. **Fawcett/Carruthers**, s. 724. İsviçre hukukunda ise, karakteristik edimin tayin edilemediği ya da en yakın irtibatı sağlamadığı hâllerde MÖHK md. 117/2'deki karinenin bertaraf edilecek, md. 117/1'deki sözleşmeyle en sıkı ilişkili devletin hukukunun uygulanmasını öngören genel kural esas alınarak sözleşmeye uygulanacak hukukun belirleneceği ekseriyetle kabul görmektedir. Konuya farklı açılardan yaklaşan görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Güngör**, Yakınlık, s. 180 vd.

belirlenmesinde karakteristik edim borçlusunun sözleşmeye meslekî veya ticarî bir faaliyet kapsamında taraf olup olmadığına göre ikili bir ayırım gözeterek bağlama noktaları sunmaktadır<sup>84</sup>. Bu sebeple, influencer sözleşmesine uygulanacak hukukun objektif bağlama kurallarına göre tayininde de karakteristik edim borçlusunun belirlenerek sözleşmeyi meslekî veya ticarî faaliyet kapsamında akdedip akdetmediğinin ortaya konması icap eder.

Influencer sözleşmesinin meslekî veya ticarî bir faaliyet kapsamında kurulup kurulmadığının tespiti bir vasıflandırma meselesi olup, kural olarak hâkimin hukukuna tâbidir<sup>85</sup>. Yukarıda konunun maddî hukuk bahsinde de açıklandığı üzere, influencer sözleşmesinde sosyal medya fenomeni; içerik üreterek ya da hazır bir içeriği kullanarak kendi sosyal medya hesabında bir ücret ya da menfaat karşılığında reklam faaliyeti yerine getirmektedir. Bu bağlamda, sosyal medya fenomeninin reklam işini, devamlılık arz etmesi koşuluyla, meslekî bir faaliyet olarak yerine getirdiği söylenebilir. Zira sosyal medya fenomenlerinin influencer sözleşmesine bağlı olarak sosyal medya hesaplarında düzenli olarak içerik paylaşarak yürüttükleri nüfuz pazarlama işi, belli bir sermayeden ziyade kişisel bir mesai, meslekî bilgi veya uzmanlığı gerektirdiğinden serbest meslek olarak nitelendirilmeye elverişlidir<sup>86</sup>. Öyle ki, Türk hukukunda sosyal medya fenomenleri, nüfuz pazarlama yoluyla elde ettikleri kazançtan vergilendirme yapılabilmesi amacıyla 2021 yılında vergi sistemine dâhil edilmek suretiyle<sup>87</sup>, bir anlamda kendilerine “*serbest meslek*” kapsamında meslekî bir statü tanınmış olmaktadır<sup>88</sup>. Dolayısıyla, nüfuz pazarlaması yoluyla elde edilen kazancın bu işi yapan sosyal medya fenomenleri bakımından serbest meslek kazancı olduğuna, bu ba-

<sup>84</sup> **Güngör**, Milletlerarası, s. 184-185.

<sup>85</sup> Genel olarak bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 346; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 433; **Can/Tuna**, s. 418.

<sup>86</sup> **Demirel**, Şeyma/**Arslaner**, Hakan: “Türkiye’de İnternet Reklamcılığının Vergisel Boyutu”, Maliye Çalışmaları Dergisi, S. 65, 2021, s. 35.

<sup>87</sup> Hazine ve Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından çıkarılan Gelir Vergisi Genel Tebliği (Seri No. 318): <https://www.alomaliye.com/2022/01/12/gelir-vergisi-genel-tebliği-seri-no-318-gvk-318/> (Erişim Tarihi: 03.02.2024).

<sup>88</sup> Sosyal medya fenomenlerinin kazançlarının Gelir Vergisi Kanunu hükümleri uyarınca vergilendirilmesinde gelir olarak baz alınan “*ticarî kazanç, ücret, serbest meslek kazancı ve diğer kazanç ve iratlar*” kapsamında değerlendirilebilmesi sebebiyle gelir vergisi mükellefi sayılmalarının mümkün olduğuna ilişkin bir görüş için ayrıca bkz. **Gözen Bozdoğan**, Kübra/**Bayramoğlu**, Selçuk: “Türkiye’de Sosyal Medya Fenomenlerinin ve Youtuber’ların Kazançlarının Vergilendirilmesine Dair Bir Değerlendirme”, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 19, S. 2, 2022, s. 831; **Ergün**, Yücel: “Sosyal Medya İçerik Üreticilerinin Vergilendirilmesi”, Mali Hukuk Dergisi, C. 18, S. 206, 2022, s. 395-396; **Demirel/Arslaner**, s. 35.



kımdan meslekî bir faaliyet gördükleri sonucuna varılabilir. Anılan gerekçelerle, sosyal medya fenomeninin düzenli olarak yerine getirdiği reklam işi, taraf olduğu influencer sözleşmesinin MÖHUK md. 24/4 anlamında meslekî faaliyet gereği kurulan bir sözleşme olarak vasıflandırılmasında yeterli bir dayanak oluşturur.

Influencer sözleşmesinin ticarî bir faaliyet kapsamında akdedilip akdedilmediği konusunda Türk hukukuna göre yapılacak vasıflandırmada ise, Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) "*ticarî iş*" tanımı esas alınmalıdır. Her ne kadar günlük kullanımda, kazanç sağlamaya yönelik faaliyetlerin ticarî iş olarak nitelendirildiği görülse de, kazanç sağlama gibi oldukça geniş bir kapsama değil, kanun koyucunun belirlediği ölçütlere göre muhtevası önceden tayin edilmiş işlem ve davranışlara göre ticarî işin ölçütleri belirlenmelidir<sup>89</sup>. Buna göre, TTK'da "*bu kanunda düzenlenen hususlar*" ile "*bir ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller*"ın ticarî iş sayılacağı hükme bağlanmıştır (md. 3). İlâve olarak, "*tacirlerin borçlarının ticarî olmasının asıl olduğu*" yönünde ticarî iş karinesi getirilmiş; "*ancak gerçek kişi tacirin işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticarî sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borcun adı sayılacağı*"na işaret edilmiştir (md. 19/1). Ayrıca "*tarafardan yalnız biri için ticarî iş niteliğinde olan sözleşmelerin, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticarî iş addedileceği*" ifade edilmiştir (md. 19/2). Kanun koyucunun düzenlediği bu hükümlerden ve ticarî işi belirleyen söz konusu ölçütlerden yola çıkılarak, influencer sözleşmesinin MÖHUK md. 24/4'ün belirttiği ticarî faaliyet kapsamında kurulmuş bir sözleşme özelliği gösterip göstermediğinin tespiti yapılabilir.

Bir işin ticarî sayılması için öngörülen kriterler dikkate alındığında, nüfuz pazarlama faaliyeti her durumda ticarî faaliyet özelliği gösteremeyebilir. Öyle ki, sözleşmenin ticarî bir faaliyet kapsamında yapıldığının kabulü için, taraflardan en az biri için bu sözleşmenin ticarî iş niteliği taşıması icap eder. Zira TTK'da düzenlenmediğinden ticarî iş olarak nitelendirilemeyen nüfuz pazarlama, ancak akit taraflardan en az birinin kendi adına ticarî işletme işletmesi hâlinde ticarî iş sayılabilir (TTK md. 12/1). Buna göre, sosyal medya fenomeni ticarî işletmesine bağlı olarak bu faaliyeti yerine getiriyor ya da reklam veren ticarî işletmesiyle ilgili olarak bu sözleşmeye

<sup>89</sup> **Göktürk**, Kürşat: "Ticarî İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, 2015, s. 6. Ticarî işin kapsamı hakkında ayrıca bkz. **Kırca**, İsmail: "Ticarî İş ve Ticarî Hükme Dair", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXIV, S. 3, 2018, s. 5 vd.; **Arkan**, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 27. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2021, s. 73 vd.

taraf oluyorsa ancak bu ihtimallerde ticarî işten bahsedilebilir<sup>90</sup>. Buna karşın, sosyal medya fenomeninin sosyal medya hesabı üzerinden tanıtım faaliyetinde bulunması, salt bu yönüyle kendisini tacir yapmayacağından, kural olarak bir ticarî işten de bahsedilemez<sup>91</sup>. Bu hâlde, reklam verenin ticarî işletmesiyle ilgili olarak influencer sözleşmesine taraf olması hâli saklıdır. Zira kanun koyucu, taraflardan yalnız biri için ticarî iş niteliğinde olan sözleşmelerin, kural olarak diğeri için de ticarî iş sayılacağını öngörmektedir.

Influencer sözleşmesinin meslekî ve/veya ticarî faaliyet kapsamında akdedildiğinin tespiti hâlinde, MÖHUK md. 24/4 uyarınca, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukuku, yoksa yerleşim yeri hukuku, eğer birden çok işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyerinin bulunduğu yer hukuku, bu sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak esas alınır. Bu doğrultuda, influencer sözleşmesinde karakteristik edim, sosyal medya fenomeninin edimidir. Zira kanun koyucu tarafından tanımlanmamış olan karakteristik edim<sup>92</sup>, meslekî veya ticarî faaliyet kapsamında akdedilen sözleşmelerde bu faaliyet sonucu ortaya çıkan edim olarak kabul görmektedir<sup>93</sup>. Gerçekten de influencer sözleşmesini karakterize eden, sözleşmenin akdedilmesinin temel nedeni olan, para ya da menfaat edimi karşısında baskın edim olması hasebiyle sözleşmeye adını veren, karşı edime göre daha rizikolu olan sosyal medya fenomeninin edimidir<sup>94</sup>. Tarafların yüklendiği edimlere bakıldığında, reklam veren belli bir ürünün sosyal medya üzerinden tanıtımı karşılığında sosyal medya fenomenine bir ücret ödemesi ya da belli bir menfaat temin etmekte iken; sosyal medya fenomeni bunun karşılığında tanıtımı istenen mal veya hizmete ilişkin içerik hazırlayarak ya da hazır içeriği sosyal medya kanalında yayınlamaktadır. Sözleş-

<sup>90</sup> **Karatepe Kaya**, Meltem: “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukukî Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 70, S. 3, 2021, s. 685; **Özel**, s. 149-150.

<sup>91</sup> AB Adalet Divanı tarafından verilen *Kamenova* kararında da, sosyal medya fenomeninin tacir sıfatı kazanabilmesi için ticaret, iş, zanaat veya mesleği ile ilgili amaçlarla faaliyette bulunması gerektiği, bilakis yeni ya da eski ürünler satan çevrimiçi bir satış platformunun aynı anda sekiz reklamında oynamasının sosyal medya fenomenine tacir sıfatı kazandırmayacağına vurgu yapılmıştır. Karar için bkz. <https://Eur-Lex.Europa.Eu/Legal-Content/EN/TXT/?Uri=CELEX%3A62017CJ0105> (Erişim Tarihi: 25.12.2023).

<sup>92</sup> Karakteristik edimin ayrıntılı analizi için bkz. **Sargın**, Fügen: “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, 2001, s. 77 vd. (Karakteristik Edim).

<sup>93</sup> **Demirkol**, s. 251.

<sup>94</sup> Karakteristik edimin tespitine ilişkin görüşler için ayrıca bkz. **Güngör**, Yakınlık, s. 194; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 347 vd.; **Tekinalp**, s. 289; **Nomer**, s. 335; **Demirkol**, s. 251; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 428.

menin temel amacı gözetildiğinde, sosyal medya fenomeninin ediminin sözleşmeye adını vermesi, karakterize etmesi, karşı tarafa göre daha rizikolu ve sorumluluk üstlenilen edim olması yönleriyle karakteristik edim niteliğini haiz olduğu kanısındayız. Sosyal medya fenomenine yaptığı faaliyet karşılığında bir para ödenmesi zorunlu olmayıp, başka bir menfaat temini mümkün olsa bile, bu durum karakteristik edimi ve borçlusunu yine değiştirmez. Zira influencer sözleşmesinde edimleriyle öne çıkan ve sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması noktasında daha fazla katkıda bulunan tarafın sosyal medya fenomeni olduğu aşikardır. Daha somut bir anlatımla, influencer sözleşmesi eser sözleşmesi niteliğini haiz olduğunda eseri meydana getirenin edimi; sözleşmenin vekâlet sözleşmesi özelliği göstermesi durumunda vekilin edimi, reklam verenin para veya menfaat temin etme edimine kıyasen karakteristik nitelik arz eder.

Görüldüğü üzere, meslekî ve/veya ticarî faaliyet kapsamında kaldığı belirlenmiş bir influencer sözleşmesinde karakteristik edimi yerine getirecek olan sosyal medya fenomeninin işyeri hukuku, birden fazla işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan işyeri hukuku MÖHUK md. 24/4 uyarınca sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak dikkate alınır. Bu çerçevede, yetkili hukukun tayininde esas alınacak işyeriyle kastedilen sözleşmenin kurulduğu sıradaki işyeridir. Zira kanun koyucu ilgili bağlama noktaları açısından sabit statü öngörmüştür.

Bağlama noktalarının kural olarak hâkimin hukuku uyarınca vasıflandırılacağı kuralından hareketle, sosyal medya fenomeninin işyerinin bulunduğu yerin tespiti Türk hukukuna göre yapılır<sup>95</sup>. Buna göre, sosyal medya fenomeninin nüfuz pazarlama faaliyetini meslekî olarak yerine getirdiği, tanıtım işini zaman ve içerik olarak fiilen ifa ettiği, iş organizasyonu kapsamında oluşturulmuş yer onun işyeri sayılır<sup>96</sup>. Dolayısıyla, sosyal medya fenomeninin bir ajans ile çalışması hâlinde yahut bu işleri fiilen kendi adına yürütmek için açtığı ve faaliyet gösterdiği ofis, galeri ya da atölye onun işyeri olarak kabul edilir. Nitekim sosyal medya fenomenleri bu özellikteki

<sup>95</sup> Türk hukukunda 4857 sayılı İş Kanunu md. 2/1 uyarınca, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. Ancak kanun koyucu işyerinin kapsamını geniş tutmuş, işyerine bağlı yerlerle beraber organizasyon kapsamındaki eklenti ve araçlar da işyeri kavramına dahil edilmiştir (md. 2/2-3).

<sup>96</sup> Aynı yönde bkz. **Demir**, s. 53. Genel açıdan işyeri kavramını “*meslekî faaliyetin yapıldığı yer*” şeklinde tanımlayan doktrindeki benzer bir görüş için ayrıca bkz. **Özkan**, Işıl: Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, 1. Bası, Naturel Yayıncılık, Ankara 2003, s. 45.

işyerlerinde dijital platform diye anılan sosyal medya kanallarında internet üzerinden tanıtım faaliyetini icra ederler.

Sosyal medya fenomeninin işyerine sahip olmaması ihtimalinde ise, onun influencer sözleşmesinin kuruluşu sırasındaki yerleşim yeri hukuku objektif bağlama kuralı olarak sözleşmeyi idare eder. Sosyal medya fenomeninin yerleşim yerinin tespitinde yine hâkimin hukuku esas alınarak vasıflandırma yapılır. Türk hukukunda yerleşim yeriyle kastedilen, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (TMK) uyarınca sürekli kalma niyetiyle oturlan yerdir (md. 19/1). Kişinin önceki yerleşim yeri belli değilse ya da yerleşim yerini değiştirmesine rağmen yeni yerleşim yeri edinmemiş ise fiilen oturduğu yer yerleşim yeri sayılır. Bu bakımdan, sosyal medya fenomeninin yerleşim yeri öngörülen bu kriterler uyarınca tayin edilir (TMK md. 20/2).

**bb. İstisna Kural: Daha Sıkı İlişkili Hukuk**

Uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralına göre tayininde kanun koyucunun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku karineten gösterdiği varsayılan, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği akdedilen sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, yoksa yerleşim yeri hukukunun uygulanması kural olmakla birlikte, bu bağlama kurallarının işaret ettiği yer hukuklarına kıyasla sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması ihtimal dahilindedir. Bu ihtimali dikkate alan kanun koyucu, bir istisna klotuna yer vermiştir. MÖHUK md. 24/4 uyarınca, hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa sözleşme, bu hukuka tâbi tutulur. Influencer sözleşmesi açısından da geçerlilik arz eden bu istisna gereğince, karakteristik edim borçlusu sosyal medya fenomeninin sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri/yerleşim yeri hukukuna kıyasen başka bir devletin hukukunun sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olduğunun tespiti hâlinde, sözleşme bu hukuka tâbi olacaktır.

Sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun tespiti yapılırken çeşitli ölçütler gündeme gelir. Daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde hukukî ilişkinin niteliği ve menfaat dengesi göz önünde bulundurulur<sup>97</sup>. Neticede söz konusu kriterler<sup>98</sup>, niteliksel açıdan değerlendirilerek sonuca gidilmelidir. Örneğin

<sup>97</sup> **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 436; **Güngör**, Yakınlık, s. 238.

<sup>98</sup> Sözleşmenin kaleme alındığı dil, sözleşme müzakerelerinin yapıldığı yer, sözleşmenin yapıldığı yer, tarafların edimlerini ifa edecekleri yer, sözleşme konusunun bulunduğu yer, teslim yeri, edimin ifası için belirlenen para birimi, belli bir hukuka ait yazım dili ya da kavramlarının kullanılması gibi sözleşmeyle ve taraflarla bağlantılı birçok unsur sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde dikkate alınabilir: **Akıncı**, Milletlerarası, s. 58; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 436; **Bayata-Canyaş**, s. 179; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 352.

influencer sözleşmesinde karakteristik edim borçlusu olan Güney Kore vatandaşı bir sosyal medya fenomeninin işyeri Almanya'da olmakla birlikte, Güney Kore'de popüler olan bir sosyal medya mecrasında paylaşımlarını yapıyor, aynı şekilde reklam veren Türk tabiiyetli şirket ürünlerini Güney Kore pazarında tanıtmak istiyorsa, bu hâlde sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukuk olarak Güney Kore hukukunun uygulanması mümkün olabilir.

### III. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINI SINIRLANDIRAN HÂLLER

#### A. Kamu Düzeni Müdahalesi

Influencer sözleşmesinin esasından doğan bir uyuşmazlığa yabancı bir devletin hukukunun uygulanacak olması ihtimalinde, kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir. Zira istisnâ olarak devreye girecek olan MÖHUK md. 5'te yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hükmün uygulanmayacağı; gerekli görülen hâllerde Türk hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>99</sup>.

Kamu düzeni kavramının soyutluğu, yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi bakımından müdahalenin hangi hâllerde yapılacağı noktasında tereddüt doğurmakla birlikte, genel yaklaşım, yetkili yabancı hukukun maddî hukuk düzenlemelerinin somut uyuşmazlığa uygulanmasının Türk kamu düzeni açısından tahammül edilemez boyutta olumsuz sonuçlar doğuracak olmasıdır<sup>100</sup>. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında kamu düzeni müdahalesi genellikle zayıf akit tarafın korunması amacıyla devreye girmekle

<sup>99</sup> Kamu düzeninin etkisi istisnâ olarak kabul edilmiştir. Buna göre, yabancı yetkili hukukun, somut uyuşmazlığa uygulanması hâlinde ortaya çıkacak hukukî sonuçların o ülkenin kamu düzenini bozması riskine karşı kamu düzeni hükmü istisnâ bir müdahalede bulunmaktadır: **Ruhi**, Ahmet Cemal: Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 5. Yargıtay da birçok kararında kamu düzeni müdahalesinin istisnâ etkiye sahip olduğuna vurgu yapmıştır. Örnek bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, T. 16.01.2019, E. 2018/2555, K. 2019/39: Karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 11.02.2024).

<sup>100</sup> Türk kamu düzeni kavramının içeriğinin belirlenmesinde Yargıtay'ın 10.12.2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında (2010/1 E, 2012/1 K) yapılan kamu düzeni tanımlaması önem arz eder. Buna göre, Türk hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlak anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı genel siyaset, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetler, milletlerarası alanda geçerli olan ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet ilkesine dayanan kurallar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensipleri, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim, insan hak ve hürriyetleri kamu düzeni çerçevesinde geniş bir anlayışla sayılmıştır.

birlikte<sup>101</sup>, somut durumlarda influencer sözleşmesine uygulanacak yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi de olasıdır. Örneğin, Türk toplumunun genel ahlak anlayışına aykırı şekilde sosyal medya fenomeninin eşcinsel ilişkiyi öne çıkaracak şekilde bir ürünün tanıtımını konu edinmesine imkân tanıyan bir yabancı hukukun uygulanması kamu düzeni müdahalesine maruz kalır. Aynı şekilde, influencer sözleşmesine cinsiyetçi bir bakışla kişi varlığını aşağılayacak bir reklam talebine cevaz veren yabancı bir hukukun uygulanması, Türk hukukunun kadın-erkek eşitliğini esas alan anlayışıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesine uğrar. Yine, influencer sözleşmesine uygulanacak yabancı hukuk, sözleşmenin sadece bir tarafına fesih hakkı tanıyor ise, bu durumun taraf eşitliği ilkesi açısından kamu düzeni müdahalesini gerektireceği kanısındayız.

### B. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Hukuk düzenlerinde kamu menfaatleri doğrultusunda devlet organizasyonunun ekonomik, siyasî ve sosyal menfaatlerini korumayı amaçlayan kurallar getirilebilir. Doğrudan uygulanan (müdahaleci) kurallar adı verilen bu düzenlemeler, uyumsuzluğun yabancı unsurlu olup olmadığı fark etmeksizin uygulanır<sup>102</sup>.

Doğrudan uygulanan kuralların kaynağı hâkimin hukuku olabilir. Bu çerçevede, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde, bu kuralların uygulanacağı hükme bağlanmıştır (MÖHUK md. 6). Türk hukukundaki bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı ise, söz konusu kuralın getiriliş amacı doğrultusunda tespit edilir. Zira doğrudan uygulanan kuralların neler olduğu Türk hukukunda açıkça sayılmamıştır. Bu sebeple, Türk hukukundaki bir düzenleme, devletin ekonomik, sosyal, siyasî ve benzeri diğer amaçlarını gerçekleştirmek üzere getirilmişse, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebilir<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> **Demir-Gökyayla**, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 393.

<sup>102</sup> Doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdemir-Kocasakal**, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, 1. Bası, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 8 vd.; **Andrea**, Bonomi: "Mandatory Rules in Private International Law", Yearbook of Private International Law, Vol. 1, 1999, s. 215 vd.

<sup>103</sup> **Özdemir-Kocasakal**, s. 8.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine özgü doğrudan uygulanan kuralların influencer sözleşmesi bakımından özellik arz eden bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki sosyal medya üzerinden nüfuz pazarlama faaliyetine ilişkin Türk hukukunda kanunî bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Ticaret Bakanlığı tarafından yayınlanan Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticarî Reklam ve Haksız Ticarî Uygulamalar Hakkında Kılavuz'da yer alan bazı hükümlerin doğrudan uygulanan kural olup olmadığı tartışılabilir. Anılan düzenlemenin amaç ve kapsam maddeleri dikkate alındığında sosyal medya fenomenleri tarafından yapılan reklam faaliyetinin bazı yönlerden sınırlandırıldığı görülür. Örneğin, devletin yayın yasağı getirdiği hâllerde, yasak kapsamına girecek bir içeriğin sözleşmeye konu edilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, dinî değerleri aşağılayıcı, cinsel içerikli, şiddet konulu bir içeriğin sosyal medya hesabından yayınlanması mümkün olamaz.

Reklamı yasaklanmış bir ürünün tanıtımını konu edinen bir influencer sözleşmesinde Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları re'sen uygulanır. Örneğin, Türk hukukunda alkollü içecekler hakkında getirilen reklam yasağı doğrudan uygulanan kural kabul edilebilir<sup>104</sup>. Bu yasak tütün ürünlerinin reklamı bakımından da geçerlidir<sup>105</sup>. Zira her iki durumda da kamu sağlığı ve yararı gerekçesiyle bu ürünlerin topluma özendirilmesinin önüne geçilmesi amacıyla yasak getirilmiştir. Son bir örnekte, yasa dışı bahis sitelerinin tanıtımını yasaklayan düzenlemenin doğrudan uygulanan kural olduğu söylenebilir<sup>106</sup>.

Lex causae'nın doğrudan uygulanan kuralları ise, bu devletin hukukunun bir parçası olarak uygulama bulur. Ancak lex causae'nın doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilirliği Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesi kaydıyla mümkündür<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> 4250 sayılı İsperto ve İspirtolu İçkiler İhisarı Kanunu md. 6 gereğince, alkollü içkilerin her ne surette olursa olsun reklamı ve tüketicilere yönelik tanıtımı yapılamaz. Ayrıca 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun md. 11/1'de de alkol ve tütün ürünleri için hiçbir şekilde ticarî iletişime izin verilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

<sup>105</sup> 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun md. 3/6'da, televizyonda yayınlanan programlarda, filmlerde, dizilerde, müzik kliplerinde, reklam ve tanıtım filmlerinde, sinema ve tiyatrolarda gösterilen eserlerde tütün ürünlerinin kullanılmasının ve görüntülerine yer verilmesinin ya da internet, topluma açık olan sosyal medya veya benzeri ortamlarda ticarî gaye ile veya reklam amacıyla tütün ürünlerinin kullanılması ve görüntülerine yer verilmesinin yasak olduğu ifade edilmiştir.

<sup>106</sup> 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun md. 5 uyarınca, kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın, yasadışı bahis oynamak, oynatmak, oynamaya teşvik etmek ve bunların reklamını yapmak yasaktır.

<sup>107</sup> Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 143.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralının uygulanması ise, MÖHUK md. 31 uyarınca mümkün olabilir<sup>108</sup>. Buna göre, sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına sözleşmeyle sıkı ilişkili olması koşuluyla etki tanınabilir. Anılan kurallara etki tanınması ve uygulanıp uygulanmaması; kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınarak takdir edilir. O hâlde, Türk mahkemelerinde görülen yabancı unsurlu influencer sözleşmesinden doğan bir ihtilafa üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması, öngörülen koşulların gerçekleşmesi durumunda ihtimal dahilindedir. Öyleyse, sözleşmeyle ifa yeri, ödeme yeri, yerleşim yeri, mutad mesken, işyeri ve benzeri bağlama noktalarından kaynaklı sıkı ilişkili bir üçüncü devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kural, ilgili olduğu uyuşmazlığın çözümü bakımından mahkemece dikkate alınabilir<sup>109</sup>. Örneğin Türk vatandaşı bir sosyal medya fenomeni ile Bulgar tâbiyetli bir şirket arasında yapılan ve uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunun seçildiği bir sözleşmede, bir tohum markasının ürününün tanıtımı üzerinde anlaşılmışsa, Bulgar hukukunun tohum tanıtımı ve satımı hususunda ihracı yasaklayan ya da kota sınırlaması gibi emredici mahiyette bir kuralı mevcutsa, bu kuralın uygulanması söz konusu olabilir. Aynı şekilde, taraflar arasında kurulan bir sözleşmede borcun ifa edileceği yer bakımından ifa suç oluşturuyorsa, üçüncü devletin hukukundaki doğrudan uygulanan kural dikkate alınabilir<sup>110</sup>.

## SONUÇ

Günümüzde sosyal medyada yapılan reklam faaliyetlerinin önemli bir kısmı, sosyal medya fenomenlerinin organize ettiği nüfuz pazarlaması yöntemiyle yürütülmektedir. Nüfuz pazarlamasının temelinde, sosyal medya fenomeni ve reklam veren arasında akdedilen influencer sözleşmesi bulunmaktadır. Influencer sözleşmesi, sosyal medya fenomenlerinin takipçilerine belirli bir mal veya hizmeti tanıtarak ilgili ürünü satın almaya kendi sosyal medya hesaplarında yönlendirmeyi belli bir ücret veya başka bir menfaat karşılığında taahhüt etmesi üzerine reklam verenle vardığı anlaşmadır.

Yabancı unsuru haiz bir influencer sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tayin edecek hâkim, öncelikle Türk hukukuna göre ya-

<sup>108</sup> Konu hakkında geniş bilgi için bkz. **Erkan**, Mustafa: "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2011, s. 105 vd.

<sup>109</sup> **Erkan**, s. 93.

<sup>110</sup> **Erkan**, s. 93.



pacağı vasıflandırmayla bu sözleşmenin, sahip olduğu unsurları gözeterik hukukî nitelendirmesini gerçekleştirmelidir. Influencer sözleşmesinin hangi unsurları taşıması gerektiğini gösteren içerikte kanuni düzenleme bulunmadığından, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflarca sözleşmeye katılacak unsurlar, akdedilen sözleşmesinin hukukî niteliğini de belirleyecektir. Bu doğrultuda, atipik sözleşme özelliği gösteren influencer sözleşmesine taraflar eser sözleşmesi özelliği verebileceği gibi, bu sözleşmeyi vekâlet sözleşmesi kapsamında da akdedebilirler. Buna göre, sosyal medya fenomeninin belli bir ücret karşılığında eser mahiyetindeki post paylaşımı, hikâye, fotoğraf, reels, canlı yayın ya da kısa video gibi içerikler üreterek hesabında paylaşması ve ilâve olarak bu tanıtım sonrasında satışların artmasını da taahhüt etmesi üzerine kurulu bir anlaşma eser sözleşmesi olarak vasıflandırılmalıdır. Buna karşın, sosyal medya fenomeninin belirli bir mal veya hizmetin tanıtımını anlaşmada öngörülen şekilde kendi sosyal medya hesabında yapmayı bu reklamın sonucuna ilişkin bir taahhüt olmaksızın üstlendiği hâllerde, varılan anlaşmanın vekâlet sözleşmesi olarak kabulü gerekir.

Nihayetinde her iki durumda da uygulanacak hukukun tayininde genel akit statüsünün düzenlendiği MÖHUK md. 24 belirleyicidir. Zira MÖHUK'ta eser ve vekâlet sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren özel bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Yabancı unsurlu influencer sözleşmesine uygulanacak hukukun MÖHUK md. 24'e göre tayin edilmesi bağlamında, kanun koyucu taraflara aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânı tanımıştır. Taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması ihtimalinde ise, influencer sözleşmesine uygulanacak hukuk, objektif bağlama kuralları gereğince tayin edilir. Buna göre, influencer sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde bu sözleşmenin ticarî ve meslekî faaliyet gereği kurulan bir sözleşme olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Zira influencer tarafından yürütülen tanıtım faaliyeti meslekî ve ticarî bir faaliyetin gereği olarak icra edilmektedir. Bu doğrultuda, influencer sözleşmesinde karakteristik edim borçlusu konumundaki sosyal medya fenomeninin sözleşmenin akdedildiği sıradaki işyerinin, işyeri yoksa yerleşim yerinin uygulanacak hukuku tayin eden bağlama noktası olduğu kanısındayız. Bununla birlikte, sosyal medya fenomeninin işyeri veya yerleşim yeri hukukuna göre daha sıkı ilişkili bir hukuk somut uyuşmazlık bakımından tespit edilebiliyorsa, influencer sözleşmesi bu hukuka tâbi tutulmalıdır.

Influencer sözleşmesinin yabancı bir hukuka tâbi olmasının sınırı ise, Türk kamu düzeni müdahalesidir. Aynı şekilde, influencer sözleşmesiyle de bağlantılı olan reklam faaliyetiyle ilgili Türk hukukunda düzenlenmiş doğrudan uygulanan kural mahiyetindeki düzenlemeler, ilgili meselenin çözümünde belirleyici olacaktır.

### KAYNAKÇA

- Akar**, Erkan: “Pazarlama Bağlamında Geleneksel ve İnternette Ağızdan Ağıza İletişim: Kuramsal Bir Çerçeve”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 32, 2009, s. 113-134.
- Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Özel Hukuk, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020 (Milletlerarası).
- Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, 1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1996 (İnşaat).
- Alıklıç**, İnanç/Özkan, Buse: “Bir Sosyal Medya Pazarlama Trendi, Hatırlı Pazarlama ve Etkileyiciler: Instagram Fenomenleri üzerine Bir Araştırma”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 1, 2018, s. 43-57.
- Andrea**, Bonomi: “Mandatory Rules in Private International Law”, Yearbook of Private International Law, Vol. 1, 1999, s. 215-248.
- Arkan**, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 27. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021.
- Arslan**, İlyas: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 33, S. 2, 2013, s. 157-202.
- Atay**, Gülcanda: Influencer Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul 2021.
- Avkovan Baytan**, Serenat: “Influencer Sözleşmeleri”, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medenî Hukuk Problemleri Sempozyumu Tebliğleri (Editörler: Tuğçe Tuzcuoğlu/Ali Hulki Cihan), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 75-149.
- Aybay**, Rona/**Dardağan**, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008 (Kanunlar İhtilafı).
- Aygül**, Musa: “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 45-85.
- Aygün**, Mesut: “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 1025-1066.

- Bayata-Canyaş**, Aslı: AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Bayuk**, M. Nedim/**Aslan**, Mustafa: “Influencer Marketing (Hatırlı Pazarlama)”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 6, S. 75, 2018, s. 173-185.
- Brown**, Danny/**Fiorella**, Sam: Influence Marketing, Que Publishing, Indianapolis 2013.
- Can**, Hacı/**Tuna**, Ekin: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Collins**, L.: Dicey and Morris on The Conflict of Laws, London 2000.
- Cross**, Paul H./**Oxford**, Hubert: “Floating Forum Selection and Choice of Law Clauses”, South Texas Law Review, Vol. 48/1, Fall 2006, s. 2-26.
- Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021.
- Demir**, Kübra: “Dijital Çağın Gözde Mesleği “Influencerlık” ve Influencerların Hukukî Statüsü”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2023, s. 43-59.
- Demir-Gökyayla**, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- Demirel**, Şeyma/**Arslaner**, Hakan: “Türkiye’de İnternet Reklamcılığının Vergisel Boyutu”, Maliye Çalışmaları Dergisi, S. 65, 2021, s. 25-48.
- Demirkol**, Berk: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Doğan**, Vahit/**Yılmaz**, Alper Çağrı/**Ayhan-İzmirli**, Lale: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 2023.
- Ekşi**, Nuray: “Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19-20, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, 1999-2000, s. 263-291 (Incorporation).
- Ekşi**, Nuray: “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 12, S. 1-2, 1992, s. 1-10 (Yabancılık).
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Bası, Yetkin Yayınları, İstanbul 2023 (Genel).

- Eren**, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022 (Özel).
- Ergün**, Yücel: “Sosyal Medya İçerik Üreticilerinin Vergilendirilmesi”, *Mali Hukuk Dergisi*, C. 18, S. 206, 2022, s. 391-406.
- Erkan**, Mustafa: “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, 2011, s. 81-121.
- Fawcett**, James/**Carruthers**, Janeen M.: *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, New York 2008.
- Goanta**, Catalina/**Ranchordás**, Sofia: *The Regulation of Social Media Influencers*, Elgar Law, Technology And Society Series, Cheltenham 2020.
- Göktürk**, Kürşat: “Ticarî İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S. 2, 2015, s. 3-44.
- Gözen Bozdoğan**, Kübra/**Bayramoğlu**, Selçuk: “Türkiye’de Sosyal Medya Fenomenlerinin ve Youtuber’ların Kazançlarının Vergilendirilmesine Dair Bir Değerlendirme”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 19, S. 2, 2022, s. 825-838.
- Grassinger**, Gülçin Elçin: *Sponsorluk Sözleşmesi*, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- Groen**, Monique: “Swipe up to Subscribe: The Law and Social Media Influencers”, *Texas Review of Entertainment & Sports Law*, Vol. 21, 2020, s. 113-136.
- Güngör**, Gülin: *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021 (Milletlerarası).
- Güngör**, Gülin: *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007 (Yakınlık).
- İmamoğlu**, Selma Hülya: *Sponsorluk Sözleşmesi*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, Ankara 2003.
- Johns**, Fleur: “Performing Party Autonomy”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, 2008, s. 243-271.
- Juenger**, Friedrich K.: “The Lex Mercatoria and Private International Law”, *Louisiana Law Review*, Vol. 60, 2000, s. 1333-1150.
- Justus**, Michael R.: “The Laws of Influence”, *Communications Lawyer*, Vol. 32/3, 2016, s. 25-27.

- Karaca**, Hüseyin Akif: Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda Hukuk Kurallarının Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler Uluslararası Konferansı (Editörler: Sibel Özel/Mustafa Erkan), 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 113-137.
- Karatepe-Kaya**, Meltem: “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukukî Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 70, S. 3, 2021, s. 667-719.
- Kertz**, Consuelo Lauda/**Ohanian**, Roobina: “Recent Trends in the Law of Endorsement Advertising: Infomercials, Celebrity Endorsers and Nontraditional Defendants in Deceptive Advertising Cases”, Hofstra Law Review, Vol. 19/3, 1991, s. 603-656.
- Keskin**, Ayşe Dilşad: “Influencer Sözleşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2022, s. 129-147.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2021 (Genel).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2021 (Özel).
- Kır**, Jülide/**Öztürk**, Gülay: “Türkiye’deki Etkileyici Pazarlama Ajanslarının Dijital Pazarlama Uygulamalarındaki Rolü”, Halkla İlişkiler ve Reklam Çalışmaları E-Dergisi, C. 3, S. 1, 2020, s. 44-66.
- Kırca**, İsmail: Ticarî İş ve Ticarî Hükme Dair, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXIV, S. 3, 2018, s. 5-17.
- Nomer**, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 23. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021.
- Nygh**, Peter: Autonomy in International Contracts, Oxford 1999.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.
- Oktay-Özdemir**, Saibe: Reklam Yapımına ve Yayımına İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 105-125.
- Özdemir**, Hatice: “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme’ ve ‘Uluslararası Sözleşme’ Kavramları”, İstanbul Barosu Dergisi, S. 1999/10-11-12, s. 926-941.

- Özdemir**, Semih Sırrı/**Doğanay**, Zahid: “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 13, 2019, s. 295-337.
- Özdemir-Kocasakal**, Hatice: *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, 1.Bası, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.
- Özel**, Merve: *Sosyal Medya Hukukunda Influencer Marketing (Nüfuz Pazarlaması) Sözleşmeleri*, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- Özel**, Sibel/**Erkan**, Mustafa/**Pürselim**, Hatice Selin/**Karaca**, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023.
- Özkan**, Işıl: *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, 1. Bası, Naturel Yayıncılık, Ankara 2003.
- Ruhi**, Ahmet Cemal: *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Ruhl**, Giesela: “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts, Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, *Conflict of Laws in a Globalized World*, (Edit by: Gottschalk/Michaels/Rühl/Hein), Cambridge 2007.
- Sargın**, Fügen: “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 2, 2001, s. 37-95 (Karakteristik Edim).
- Sargın**, Fügen: *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, 1. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2002 (Uygulanacak Hukuk).
- Süral**, Bahar Ceyda: *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü) Prensipleri*, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir 2008.
- Şahin**, Derya: “Nüfuz Pazarlaması (Influencer Marketing): Youtuberlar Üzerine Bir Araştırma”, *Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 12, S. 2, 2019, s. 47-57.
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2023.

- Tarman**, Zeynep Derya: “Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 2, Haziran 2009, s. 299-332.
- Tekelioğlu**, Numan: “Reklam ve Reklam Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2018, s. 1-34.
- Tekinalp**, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Tiryakioğlu**, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996.
- Türk**, Zehra: “Tüketicilerin Ağızdan Ağza Pazarlama Faaliyetlerinde Marka Sadakati ve Markaya Yönelik Algılanan Kalitenin Etkisi Üzerine Bir Araştırma”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2021, s. 1-27.
- Wyatt**, Derrick: “Choice of Law in Contract Matters-A Question of Policy”, The Modern Law Review, Vol. 37, 1974, s. 399-416.
- Yener**, Lütfü Mert: “Dijital Pazarlama Ekseninde Influencer Marketing Uygulamaları”, Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi, C. 6, S. 2, 2018, s. 1299-1328.
- Yntema**, Hessel E.: “Autonomy in Choice of Law”, American Journal of Comparative Law, Vol. 1, 1952, s. 341-358.
- Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2016.
- Zhang**, Mo: “Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesionand Party Autonomy”, Akron Law Review, Vol. 41, 2008, s. 123-173.

## İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARINDAN “GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ” ÜZERİNE BİR İNCELEME

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1538883>

**Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER\***

### Öz

*İş sözleşmesinin sona ermesinin sona ermesinin pek çok sonucu bulunmaktadır. Bunlardan bir kısmı 4857 Sayılı İş Kanunu’nda açıkça düzenlenmiş, bir kısmı ise 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Uygulamada genellikle kıdem tazminatı/ihbar tazminatı ödenmesi, ücret alacaklarının muaccel olması gibi sonuçlar sıklıkla karşımıza çıkmakta ve bu sonuçlara ilişkin öğretide çalışmalar yapılmaktadır. İş sözleşmesinin sona ermesinin bir başka sonucu olan “geri verme yükümlülüğü” ise Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş bir borç olmakla birlikte tespit edebildiğimiz kadarıyla akademik incelemeye yeterince konu edilmemiştir. Çalışmamızda TBK. m.443’de yer verilen ve hem işçi hem de işveren için öngörülen bu borcun kapsamında neler olduğu ve borcun yerine getirilmesi sürecine ilişkin önemli hususlar ele alınacak, uygulamaya yansıyan sorunlara değinilecektir.*

### Anahtar Kelimeler

*İş Sözleşmesi, Hizmet Akdi, Fesih, Geri Verme Borcu, Teslim ve Hesap Verme Borcu*

---

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Erzincan (hdozer@erzincan.edu.tr) ORCID: 0000-0002-6341-6172 (Gönderim Tarihi: 26.08.2024-Kabul Tarihi: 28.10.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



**AN ANALYSIS ON THE “OBLIGATION TO RETURN”  
AS ONE OF THE CONSEQUENCES OF  
THE TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT**

*(Research Article)*

**Abstract**

*Termination of the employment contract has many consequences. Some of them are explicitly regulated in the Labour Law Code no 4857, while others are regulated in the Turkish Code of Obligations no 6098. In practice, results such as severance pay, payment of notice pay, wage receivables becoming due are frequently encountered and studies on these results are carried out in the doctrine. Another consequence of the termination of the employment contract is the “obligation to return”, which is regulated in the Turkish Code of Obligations, but as far as we have been able to determine, it has not been subject to academic examination. In our study, the scope of this obligation stipulated in article 443 of the CO for both the employee and the employer and the important issues regarding the process of fulfilment of the obligation will be discussed, and the problems reflected in practice will be addressed.*

**Keywords**

*Employment Contract, Service Contract, Termination, Return Obligation, Delivery and Accountability Obligation*

## GİRİŞ

İş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte tarafların sözleşmeye bağlı ilişkileri sona erdiğinden, parasal nitelikli olan/olmayan pek çok farklı sonuç ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak taraflara son kez borçlar yüklenmektedir. Bunlardan biri de Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.443’de düzenlenmiş olan “Geri Verme Yükümlülüğü” başlıklı borçtur. Anılan düzenleme 6098 sayılı Kanun’la ilk kez mevzuatımıza dahil edilmiştir. Mevzuatımıza İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 339a-2’den mevzuatımıza aktarılan TBK. m.443 hükmü şu şekildedir; “*Sözleşmenin sona ermesi durumunda, taraflardan her biri, diğerinden veya üçüncü bir kişiden diğerinin hesabına, hizmetle ilişkili olarak almış olduğu şeyleri geri vermekle yükümlüdür.*

*İşçi, özellikle motorlu taşıtları ve trafik izin belgelerini, alacaklarından fazla olduğu ölçüde ücret ve masraf avanslarını geri vermekle yükümlüdür.*

*Tarafların hapis hakları saklıdır.”*

Kanun hükmü ile her iki tarafa da karşılıklı olarak yüklenmiş olan geri verme borcu, “tarafların hizmetle ilişkili olarak almış olduğu şeyleri geri vermesi” temeline dayanmaktadır. Maddenin devamında, örnek mahiyetinde olmak üzere, geri vermeye konu olabilecek hususlar sayılmış olup, bunlar; motorlu taşıtlar ve trafik izin belgeleri, alacaklarından fazla olduğu ölçüde ücret ve masraf avansları olarak sayılmıştır. Çalışmamızda geri verme borcunun kapsamına girecek tüm bu hususlar detaylı bir biçimde ele alınacaktır.

Anılan maddenin son kısmında ise, hapis hakkıyla bağlantı kurulmuş olup, hapis hakkına ilişkin genel düzenlemelerin bu borç için de gündeme geleceği ifade edilmiştir.

İş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları, iş hukuku öğretisinde genellikle İş Kanunu kapsamındaki işçiler için incelenmiş olup, bu incelemeler de çoğunlukla sona ermenin en önemli parasal sonucu olan kıdem tazminatı üzerinde yoğunlaşmıştır. İbraname ve çalışma belgesi de akademik çalışmalara sıklıkla konu edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nda hizmet sözleşmesinin sonuçlarından olan tarafların geri verme borcuna ilişkin olarak ise, tespit edebildiğimiz kadarıyla literatürde detaylı bir çalışmaya rastlanılmamıştır. Bu nedenle çalışmamızda iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından tarafların birbirlerine karşı geri vermekle yükümlü oldukları kalemlerin tespiti ve geri verme usulüne ilişkin hususlar incelenecek olup, kaynak İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku’ndaki düzenlemelerle kıyaslamalı bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Konu ele alınırken ikinci temel başlığımız, geri verme borcunun yerine getirilmesi veya getirilmemesinin sonuçları olacaktır. Son olarak, sözleşme devam ederken tarafların borçları arasında sayılan “teslim ve hesap verme borcu” ile kıyaslama yapılarak, her iki madde arasındaki farklılıklar ortaya konulacaktır.

İnceleme konumuzu oluşturan hüküm, TBK. m.443’de yer alan bir düzenleme olduğundan, anılan hükmün TBK kapsamı dışında kalan işçiler bakımından nasıl uygulama alanı bulacağına da değinilecektir.

### I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

İş sözleşmesinin sona ermesinin taraflar açısından bazı hukuki sonuçları ortaya çıkmaktadır. Sona ermenin sonuçları, sözleşmeyi hangi tarafın sona erdirdiğine göre ve sona ermenin türü ve sebebine göre değişiklik göstermekle birlikte ortak başlık altında sonuçları kısaca ifade etmek mümkündür.

Kuşkusuz sona erme ile birlikte tarafların sözleşmeden kaynaklanan borçları ortadan kalkacaktır. Ardından ortaya çıkan sonuçlardan en bilineni işçinin kıdem tazminatına hak kazanması olmakla birlikte bunun dışında İş Kanunu’nda açıkça yer verilen sonuçlar olarak şunları da belirtmek mümkündür; “*İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur.*” (m.32/5).

İş Kanunu’nda düzenlenmiş olan diğer sonuç, kullanılmayan yıllık izin haklarına yönelik olup, m.59/1’de şu şekilde düzenlenmiştir; “*İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir.*”

İş Kanunu m.28’de ise, işverenin işçiye “çalışma belgesi verme” yükümlülüğünden bahsedilmektedir<sup>1</sup>.

İş Kanunu dışında, TBK’da da hizmet sözleşmesinin sona ermesinin bazı sonuçlarının düzenlendiği görülmektedir. Bunlardan ilki, TBK. m.444 vd. maddelerinde yer alan ve tarafların birbirlerine karşı belirleyebilecekleri “rekabet yasağı”na ilişkin hüküm olup, iş sözleşmesinin sona ermesi ile

<sup>1</sup> İş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarıyla ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2023, s. 697 vd.; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 821 vd.

rekabet yasağına aykırılıktan kaynaklanacak borçların muaccel olması sözleşmenin sona ermesiyle gerçekleşecektir.

Ayrıca TBK m.442/1’de, “*Sözleşmenin sona ermesiyle, sözleşmeden doğan bütün borçlar muaccel olur.*” şeklinde genel mahiyette bir hüküm de bulunmaktadır.

TBK. m. 443 hükmünde ise, tarafların sözleşmenin sona ermesiyle birlikte birbirlerinden aldıkları şeyleri geri verme yükümlülüğünden bahsedilmiş olup, geri verme borcu çalışmamızın asıl konusunu oluşturmaktadır.

## II. GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN (BORCUNUN) ORTAYA ÇIKMASI

### A. Borcun Kaynağı

Türk Borçlar Kanunu m. 443’de yer alan geri verme yükümlülüğüne benzer nitelikte 4857 sayılı İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu<sup>2</sup> veya Basın İş Kanunu’nda<sup>3</sup> açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konudaki mevzuatımızdaki tek yasal düzenleme, TBK. m.443 hükmüdür. Bu düzenleme ise, ilk defa 6098 sayılı Kanun ile getirilmiş olup, genel hüküm niteliğinde olduğundan, tüm iş ilişkilerinde taraflara uygulanabilecek niteliktedir.

İsviçre Hukuku’nda, OR (Obligationenrecht-İsviçre Borçlar Kanunu) §339a’da, “İade Yükümlülükleri” başlığı altında bizdeki düzenlemenin kaynağını oluşturan şu hüküm bulunmaktadır; “*İş ilişkisinin sona ermesi sırasında, sözleşme taraflarından her biri, kendi adına iş ilişkisi süresince diğerinden veya üçüncü taraflardan aldığı her şeyi karşı tarafa teslim etmelidir.*

*Özellikle, çalışan, araçları ve biletleri iade etmeli ve ücretlerini aştığı ölçüde ücret veya masraf avanslarını geri ödemelidir.*

*Sözleşme taraflarının hapis hakları saklıdır.”*

Alman Hukuku’nda ise, hukukumuzdaki gibi “geri verme borcu”na ilişkin açık bir yasal düzenleme olmamakla birlikte, yargı kararları ve öğreti görüşlerine göre bir geri verme borcunun varlığı kabul edilmektedir. Alman Hukuku’nda geri verme borcunun kaynağının, BGB (Bürgerliches Gesetzbuch-Alman Medeni Kanunu) §985’de yer verilen genel düzenleme

<sup>2</sup> Deniz İş Kanunu’na göre, tarafların sözleşmeden doğan borçları sona ereceği gibi gemi adamının da ücreti muaccel hale gelir. (Deniz İş K.m.29/4). Deniz iş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları hakkında bkz. **Bedük**, Mehmet Nusret: Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Yayınları, Bursa, 2012, s. 281 vd.

<sup>3</sup> Basın İş Kanunu’nda açıkça geri verme borcu düzenlenmemiş olsa da, TBK.m.443 hükmünün gazeteciler için de uygulanabileceği yönünde, **Sümer**, Haluk Hadi: Bireysel Basın İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 204. (Basın)

olan, “Mal sahibinin, zilyetten mülkün teslim edilmesini talep edebilme” hakkına dayandığı ifade edilmiştir<sup>4</sup>.

Hukukumuz açısından da işçinin iş ekipmanları üzerinde genellikle bir zilyetlik hakkı bulunmaktadır<sup>5</sup>. İstisnai olarak, tarafların aralarında anlaşmak suretiyle iş ekipmanlarının işçi tarafından sağlanması üzerinde anlaşmaları söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla işçinin geri verme borcunun kendisine ait olmayıp işverene ait olanlara özgü olduğunu, aynı ilkenin işverenin geri verme borcu açısından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak mehz İsviçre Hukuku’nda ve TBK.’da geri verme borcu yasada açıkça düzenlenmiş olduğundan, borcun kaynağının zilyetliğe dayandırılmasına gerek kalmamaktadır.

### B. Sözleşmenin Sona Ermesi

İş ilişkisi devam ederken, sadakat yükümlülüğü söz konusu olduğundan, işçinin işveren için yaptığı işin yerine getirilmesinde üçüncü şahıslardan aldığı ve onun için ürettiği her şeyi işverene teslim etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla iş ilişkisinin son bulduğu tarih, daha önce TBK. m.397’ye göre teslim ve hesap verme borcu kapsamına uygun olarak işverene teslim edilmesi gerekmeyen tüm eşyaların teslim edilmesi için son tarihtir<sup>6</sup>.

Bu durumda geri verme borcunun ortaya çıktığı an, iş sözleşmesinin sona erme anıdır. İş sözleşmesinin askıda olduğu durumlarda geri verme borcunun muaccel olduğundan söz edilemeyecektir. Askı sürecinde taraflar karşı tarafa ait olan şeyi ellerinde bulundurmaya devam edebileceklerdir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, geri verme borcu her ne kadar mevcut iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ortaya çıksa da, deneme süresi sonunda taraflar iş sözleşmesinin kurulması yönünde anlaşmaya varamadıkları takdirde, geri verme borcuna ilişkin hüküm kıyasen deneme sürecindeki taraflar için de uygulanmalıdır<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> **Joussen**, BeckOK ArbR/Hrsg. Rolf/Giesen/Meßling/Udsching: 71. Ed. 1.3.2024, BGB § 611a, Rn.485.

<sup>5</sup> Alman Hukuku açısından aynı yönde, **Schaub**, Linck: Arbeitsrechtshandbuch 20. Auflage 2023, 150., Herausgabepflichten des Arbeitnehmers nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Rn.1.

<sup>6</sup> **Emmel**, Frank: Obligationenrecht -Einzelne Vertragsverhältnisse -Art 184-529 OR und Innominatverträge, OR. Art. 339a, S. 765.

<sup>7</sup> İsviçre Hukuku’nda bu yöndeki açık hüküm Maluliyet Sigortasına İlişkin Federal Kanun (Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) Art. 18a/3-k’da bulunmakta ve iş ilişkilerine de kıyasen uygulanmaktadır. **Meyer**, Ulrich/**Reichmuth**, Marco: IVG Art.

Geri verme borcunun başlangıcı iş sözleşmesinin sona erdiği an olarak belirlense de, iş sözleşmesinin ne zaman sona erdiğini tespit etmek her zaman kolay olmayabilmektedir. Sözleşmenin sona erme tarihi hususunda her iki tarafın hem fikir olmadığı durumlarda, aşağıda inceleneceği gibi geri verme borcunun yerine getirilmesinde gecikme durumu ortaya çıkacaktır.

Öte yandan, iş sözleşmesinin sona erme şeklinin tarafların geri verme borcunda temel bir farklılığa yol açmayacağı kabul edilmekle birlikte, sona erme türünün örneğin geri verme tarihinin belirlenmesinde farklılık teşkil etmesi mümkündür. Sona ermenin fesih veya fesih dışı olması da borcu etkilemeyecektir. Fesih dışı sona erme hallerinden **ikale**de taraflar arasında bir anlaşma olduğundan, söz konusu anlaşmada geri verme borcuna ilişkin hükümler de yer alabilecektir<sup>8</sup>. Bu sözleşmeye konulacak açık hükümlerle geri verme tarihinin sözleşmenin sona erme tarihinden daha ileri bir tarihe atılması ise kanaatimizce mümkün olmalıdır. Ayrıca öğretide, ikale sözleşmesine konulacak hükümlerle geri verme borcunun ortadan kaldırılabileceği dahi ifade edilmiştir<sup>9</sup>. İkalenin geçerliliğinde aranan makul yarar sağlama amacı açısından bu sonuç kabul edilebilir nitelikte görünmektedir.

**Geri verme tarihi** ile ilgili olarak incelediğimiz TBK. m.443 metninde açık bir ifade bulunmamakta, “sözleşmenin sona ermesi durumunda” yükümlülüğün ortaya çıkacağı yönünde bir ifade yer almaktadır. Kanaatimizce, bunun “sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren derhal” şeklinde anlaşılması gerektiği ancak tarafların daha ileri bir tarihi belirlemelerinin de mümkün olacağı şeklinde yorumlanması isabetli olacaktır. Bu belirlemenin, iş sözleşmesi veya eki niteliğindeki protokoller ya da sözleşmelerle olabileceği gibi toplu iş sözleşmesine de konulacak normatif bir nitelikteki hükümlerle de sağlanması söz konusu olabilecektir.

**Fesihle sona ermede** yapılan feshin geçersiz olduğu durumda, işçi iş güvencesi kapsamındaysa, yargılama süreci sonunda feshin geçersizliğine karar verilmesi olasılığının geri verme borcuna etkisi üzerinde de durmak gerekir. Feshin geçersizliğine karar verilmesinin anlamı, genel olarak, “iş-verence yapılan feshin iş sözleşmesi üzerinde hüküm ve sonuç yaratmaması,

---

18a Arbeitsversuch, RBS - Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Auflage 4, 2023, S. 208-209.

<sup>8</sup> İ kale ile geri verme borcunun doğduğu yönünde, **Astarlı**, Muhittin: İş Hukukunda İ kale (Bozma Sözleşmesi), Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 297; **Karaç**, Serkan Taylan: Türk İş Hukukunda İ kale (Bozma) Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s. 103.

<sup>9</sup> **Duman**, Berna: Türk İş Hukukunda İ kale, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 112.

sözleşmenin aynen devam etmesi” olarak kabul edilmektedir<sup>10</sup>. Ancak iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesinin geçersizliğine karar verilmesinin hukuki sonuçları İş Kanunu madde 21’de, “işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatması gerektiği veya işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğu” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sonucu olarak, öğretide kabul edilen görüş, geçersizliğin “kendine özgü bir geçersizlik” olduğu dolayısıyla taraflar arasındaki iş ilişkisini yeniden kurmayacağı, iş ilişkisinin ancak tarafların davranışları ile kurabileceğidir<sup>11</sup>. O halde, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesi sona erdirildiğinde, taraflar geri verme borcunu yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Sonraki süreçte, işçinin işe iade davası açıp feshin geçersizliğine karar verilmiş olması, kendiliğinden tarafların geri verdikleri şeyleri tekrar birbirlerine iade etmeleri sonucunu doğurmayacaktır. İşçinin işe iade edilmesi durumunda ancak bundan söz edilebilecektir. İncelediğimiz bu konu, daha ziyade işe iade davası sonuna kadar geri verme borcunu yerine getirmeyen işçinin anılan borçla ilgili temerrüde düşüp düşmediğinin belirlenmesi açısından önem taşıyacaktır.

İş sözleşmesinin **bildirimli fesihle** sona erdiği durumlarda, sözleşmenin son bulma anı, bildirim önellerinin sona erdiği tarih olduğundan, tarafların geri verme borcunu bildirim önelleri içinde yerine getirme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Bildirimli fesihle ilgili olarak tartışılması gereken asıl husus, işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin olarak ödediği durumda, geri verme borcunun ödemenin yapıldığı tarihte mi yoksa yine bildirim önelleri sonunda mı muaccel olacağıdır. İş Kanunu m.17/5’de, “İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.” hükmü yer almaktadır. Bu ifadeden öğreti ve Yargıtay farklı sonuçlar çıkarmaktadır. Öğretideki baskın görüş, ödeme yapılsa da bildirim sürelerinin işçinin çalıştığı süreye dahil olacağı yönündedir<sup>12</sup>. Yargıtay ise, peşin ödeme durumunda iş sözleşmesinin derhal sona ereceği görüşündedir<sup>13</sup>. Öğretinin Yargıtayla aksi kanaatte olmasının temel gerekçesi, bildirim süresinin hesaba katılmadığı durumda, işçinin kıdeme bağlı haklarının olumsuz etkilenmesi,

<sup>10</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 594.

<sup>11</sup> Centel, Tankut: İş Güvencesi, İkinci Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 211; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s. 626; Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 476-477.

<sup>12</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 492; Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 102, (İş Hukuku).

<sup>13</sup> Örneğin, Yarg. 9. HD., T. 27.09.2027, E.2016/21327, K.2017/14307, Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykion, Ankara 2022, s. 970.

bu süre içinde kazanılacak ikramiye, yıllık izin ücreti gibi ödemelerin daha düşük çıkmasıdır<sup>14</sup>. Geri verme borcu açısından bakıldığında ise, tarafların birbirilerine verdikleri şeyler genellikle sözleşmenin fiilen devamında gerekli olan şeyler olduğundan, işçinin fiilen iş görmesinin son bulunduğu dönem başında geri verme borcunun muaccel olacağı kanaatindeyiz. Zira, peşin ödeme yoluyla işverene fesih olanağı tanınmasının temel nedeni, işçisini bildirim süresi içinde çalıştırmak istememesidir<sup>15</sup>. Bu durumda geri verme borcunun da ödenmesi gerekmektedir. Örneğin, işçiye verilen iş ekipmanlarının bildirim süresi içinde işçide kalmasının gerekliliği bulunmamaktadır. Hatta geri verme borcunu bildirim süresi sonuna ertelemek işveren açısından bazı olumsuz sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin işçiye verilen otomobili bildirim süresi içinde de kullanması işveren açısından ekstra bir masraf olacağı gibi bu süre içinde işçinin şirket aracıyla trafik kazası geçirmesi işverenin gereksiz yere sorumluluğuna yol açacaktır. Tüm bu nedenlerle, peşin ödeme yoluyla yapılan fesihte, geri verme borcu bakımından peşin ödemenin yapıldığı tarihi sözleşmenin sona erme tarihi olarak kabul etmek gerektiği ve geri verme borcunun muaccel olacağı kanaatindeyiz. Tarafların aralarında anlaşmak suretiyle geri verme borcunu bildirim süresinin son bulacağı tarihe ertelemeleri de bu durumda olanak dışı değildir.

İş sözleşmesinin **bildirimsiz/derhal feshinde**, sözleşme bildirim karşı taraf ulaştığı anda sona erdiğinden, istisnai bir durum söz konusu olmayacak ve geri verme borcu da bu bildirim karşı tarafa ulaştığı an itibarıyla muaccel olacaktır<sup>16</sup>.

### C. Borcun Tarafları

Geri verme borcu, TBK. m. 443’de, hem işçi hem de işveren için getirilmiş bir borçtur. Dolayısıyla her iki tarafın da karşılıklı olarak diğerine yönelik bir geri verme borcu olduğunu kabul etmek gerekmektedir. İsviçre’deki hükümde de borç her iki taraf için düzenlenmiştir<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Yargıtay, görüşüne işçi lehine olacak şekilde istisnalar getirmiş olup, peşin ödeme ile fesih yapan işverenin bildirim süresi içinde doğacak yeni haklardan işçiyi yararlandırmama amacıyla olduğu anlaşılırsa, işçinin bu süre içinde doğacak hakları talep edebileceğine hükmetmiştir (Ör; Yarg. 9. HD., T.25.01.2000, E. 1999/19781, K.2000/325, İşveren Dergisi Şubat 2000, s. 15 vd.)

<sup>15</sup> **Ekmekçi/Yiğit**, s. 636.

<sup>16</sup> Feshin hüküm ve sonuç doğurma anına ilişkin olarak, **Çankaya**, Osman Güven/**Günay**, Cevdet İlhan/**Göktaş**, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 41.

<sup>17</sup> **Rehbinder**, Manfred/**Stöckli**, Jean-Fritz: Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar, Auflage, 2014, S. 406.



Alman Hukuku'nda ise, yargı kararları ve öğretici görüşlerine göre bir geri verme borcunun varlığı kabul edilmekle birlikte buradaki geri verme borcunun tek taraflı olduğu, sadece işçinin işverene karşı yerine getirmesi gereken bir borç olduğu görülmektedir. Jousen, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra, çalışanın kendisine sağlanan iş ekipmanını iade etmekle yükümlü olduğunu, bu yükümlülüğün ise, işverenin tüm mülkleri, yani özellikle iş belgeleri, aletler, bilgisayarlar, iş kıyafetleri, anahtarlar, şirket kimlik kartı ve yalnızca iş amacıyla kullanılan arabaları kapsadığını ifade etmiştir<sup>18</sup>.

Borcun taraflarının belirlenmesi başlığı altında özellik arz eden bazı durumlara değinmek gerekir. Bunlardan akla ilk gelen, üçlü iş ilişkilerinde işverenlerin durumudur. **İşyeri devrinde**, İş Kanunu m.6'da yer alan, "*İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.*" hükmü gereği, devir tarihi ile birlikte geri verme borcunun tarafı devralan işveren olacaktır. Bu durumda, iş sözleşmesi devam ettiğinden kural olarak, devir tarihi itibarıyla tarafların geri verme borcu muaccel olmayacak, devirden sonra gerçekleşecek sona erme durumunda ise devralan işveren geri verme borcu ve alacağının tarafı olacaktır. Ancak kanaatimizce, devreden ve devralan işverenin kendi aralarında anlaşmak suretiyle devreden işverene ait eşyaların devir tarihinde hangi işverene geri verileceğini belirleyebilirler.

**Asıl işveren- alt işveren ilişkisi** açısından değerlendirme yapıldığında, İş Kanunu m.2'de, alt işverenin işçisinin asıl işverene ait işyerinde ve ona ait işin yapmasından dolayı asıl işverenin de söz konusu işçiyle ilgili olarak müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği yönünde bir düzenleme bulunmaktadır. Anılan sorumluluk, maddede, "*Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.*" şeklinde ifade edilmiş olup, alt işverenin geri verme borcundan asıl işverenin de sorumlu olduğu sonucu çıkmaktadır. Asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulduğunda, hizmetle ilgili şeylerin işçiye kendi işvereni olan alt işveren tarafından verilmesi, yine işçi açısından da kendi işvereni olan alt işverene bir takım şeyleri vermesi beklenir. Ancak uygulamada pek çok ilişkide işçiler sıklıkla kendi işvereni olan alt işverenle değil, asıl işverenle muhatap olmaktadır. Bu da asıl işverenin de işçiye hizmetle ilgili şeyleri vermesi ya da işçiden hizmetle ilgili şeyleri alması sonucunu doğurmaktadır. İşte bu durum da geri verme borcunun işveren tarafını

<sup>18</sup> Jousen, Rn. 485, 486.

belirlemede sorunların ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Sorunu çözmeye kullanılacak ilk yöntem asıl işveren ve alt işveren arasında hazırlanacak “alt işverenlik sözleşmesi”ne geri vermenin kime ne şekilde yapılacağına ilişkin hüküm koymak olacaktır<sup>19</sup>. Ancak, alt işverenlik sözleşmesi üst ilişkide işverenler arasında yapıldığından, işçiyi bağlayıp bağlamayacağı sorusu akla gelmektedir<sup>20</sup>. Konuyu müteselsil sorumluluk bakımından değerlendirdiğimizde, işverenin geri verme borcu bakımından alt işverenin geri verme borcundan asıl işverenin de müteselsilen sorumlu olacağı ancak işçinin geri verme borcunun sadece eşyayı kendisine teslim eden işverene karşı olduğunu kabul etmek isabetli olacaktır. Muvazaa durumunun varlığı tespit edildiğinde ise, asıl işveren başlangıçtan itibaren sorumlu olacağından geri vermeden de kendisi sorumlu tutulacaktır. Muvazaa durumunda işçinin geri verme borcunu yerine getireceği işveren ise, kanaatimizce yine eşyayı kendisine teslim eden işveren olmalıdır.

**Geçici iş ilişkisi** bakımından konuyu incelediğimizde, İş Kanunu m.7’deki, “...Geçici iş ilişkisinde işveren özel istihdam bürosudur...” hükmü gereği geri verme borcunun alacaklısı ve borçlusu da kural olarak özel istihdam bürosu olacaktır. Ancak burada da şayet geçici işveren hizmetle ilişkili olarak geçici işçiye bazı şeyler vermişse işçinin bu eşyaları geçici işverene geri verme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Özel istihdam bürosu ile geçici işçi çalıştıran işveren arasında yapılacak geçici işçi sağlama sözleşmesinde bu konuya ilişkin özel hükme yer verilmesi isabetli olacaktır.

**İşçinin ölümü** halinde ise, TBK. m.440’daki, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer.” hükmü gereği sözleşme sona erecektir. İş sözleşmesinin işçinin ölümü ile sona ermesinin hukuki sonucu olarak “ölüm tazminatı” ödenmesi söz konusu olabilir. Ölüm tazminatının, TBK. m.440/c.2’de, işçinin eş, çocuk veya bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödeneceği hususu açıkça düzenlenmiştir.

Ayrıca, 1475 sayılı mülga İş Kanunu m.14’e göre, “...işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir.” kıdem tazminatı ödeneceği açıkça ifade edilmiştir. Kanunda işçinin ölümü halinde kıdem tazminatının sadece kanuni mirasçılara ödeneceği düzenlenmiştir<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hükümler için bkz. Alt işverenlik Yönetmeliği m.10.

<sup>20</sup> **Ekmekçi/Yiğit**, s. 175-176.

<sup>21</sup> **Kocagil**, İpek: “İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları”, Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHFD. 20/1 (2014), 429-457, s. 439.

Açıkça kanunda ifade edilmese de ölüm de sözleşmenin sona ermesi durumlarından biri olduğundan, iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte ortaya çıkan sonuçlar burada da ortaya çıkacaktır<sup>22</sup>. İş sözleşmesi kendiliğinden sona erdiği için işçinin ölümü halinde işveren, mirasçılardan iş görme borcunun yerine getirilmesini isteyemeyeceği gibi, iş görme borcunun mirasçılara geçmesi ya da mirasçıların işçi yerine iş görmeyi talep etme hakları yoktur<sup>23</sup>. Bunun yanında, işçinin iş sözleşmesinden doğan diğer borçları da mirasçılara intikal etmez<sup>24</sup>. Ancak, işçinin ölümünden sonra, işçinin kanundan ve sözleşmeden doğan ücret ve diğer alacakları mirasçılara intikal eder<sup>25</sup>. İnceleme konumuzla ilgili olarak ise, her ne kadar işçinin borçları mirasçılara intikal edemese de, işverenin işçinin elinde bulunan araç ve gereçlerin geri verilmesini mirasçılardan talep etme hakkının olduğunu belirtmek gerekir<sup>26</sup>. Geri verme konusu olan şey, şayet işçinin ölümünden sonra mirasçıların elinde bulunmuyorsa, bu durumda iyiniyetli zilyedin geri verme borcuna ilişkin genel esaslar uygulanmalıdır.

Bu başlık altında bir de **birlikte işverenlik** durumuna değinmek gerekmektedir. Birlikte işverenlik, her ne kadar iş mevzuatımızda açıkça düzenlenmese de, çalışma yaşamında sıklıkla görülen bir uygulamadır. Birlikte işverenlikte, işçinin aynı iş sözleşmesi çerçevesinde aynı zamanda ve aynı mahiyette bir iş taahhüdünde bulunduğu, birden fazla gerçek ya da tüzel kişi işverenin varlığı söz konusudur<sup>27</sup>. Bu durumda iş ilişkisi esnasında işverenlerin biri ya da birden fazlası tarafından işçiye hizmetle ilişkili şeyler verilmiş olabilecektir. Benzer şekilde işçi de işverenlere bazı şeyler teslim edebilecektir. İş sözleşmesi sona erdiğinde geri verme borcunun hangi işverene ya da hangi işverence yapılacağı hususunda iş sözleşmesinde açık bir belirleme yapılması en sorunsuz yöntem olacaktır. Şayet böyle bir belirleme yapılmışsa, işverenin işçiye geri vermesi gereken ve parasal değeri olan şeyler bakımından, kanaatimizce ücret ve diğer işçilik alacaklarının ödenmesindeki

<sup>22</sup> Bkz. Başlık II, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları”nda anılan durumlar.

<sup>23</sup> **Narmanhoğlu**, Ünal: Ferdi İş İlişkileri-I, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 247; **Aktay**, A. Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen-Kaplan**, Emine Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s. 93; **Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s. 183.

<sup>24</sup> **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 217-218; **Bulun Tokkaş**, Sevde :“İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD), C. 29, S. 1, Y. 2021, 179-217, s. 185.

<sup>25</sup> **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 795.

<sup>26</sup> **Eyrenci/Taşken/Ulucan**, s. 115.

<sup>27</sup> **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 191-195.

esaslara göre işlem yapılmalıdır<sup>28</sup>. Burada işverenler arasında kabul edilen sorumluluk tipi müteselsil sorumluluk olduğundan, birlikte işverenlerin geri verme borcu açısından da müteselsil sorumluluk esasları uygulanabilir. Geri verilecek şeyi teslim eden işveren hangisi ise iadenin de o işverene karşı yapılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Borcun tarafları başlığı altında son olarak ele alınacak husus, **işyerinin kapanması** durumunun diğer bir deyişle işveren tarafının ortadan kalkması durumunun geri verme borcunu nasıl etkileyeceğidir. Burada özellik arz eden husus, işyerinin tamamen kapanmasıdır. İşverenin işyerini kesin ve sürekli olarak kapatması, işçi ile işveren arasındaki işletme ve üretim birlikteliğinin sona ermesi olarak tanımlanmıştır<sup>29</sup>. İşyerinin kapanması durumunda da iş sözleşmesini sona erdirdiğinden, geri verme borcu muaccel olacaktır.

### III. GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SÖZLEŞMENİN DEVAMI SIRASINDA MEVCUT OLAN TESLİM BORCUNDAN FARKI

Tarafların ellerinde bulunan şeyleri geri verme yükümlülüğünün ortaya çıkması için mutlaka sözleşmenin sona ermesini beklemek gerekemeyebilir. İş sözleşmesi devam ederken işçinin sadakat borcu çerçevesinde işverenin haklı menfaatini koruyabilmek adına işverene karşı bir teslim borcu olduğunu kabul etmek mümkündür. İş Kanunu m.25/II-e’deki, “*İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.*” düzenlemesinden bu sonuca ulaşılabilir. Ancak teslim borcunun, incelemekte olduğumuz borçtan farklı yanlarından biri, iki taraf için değil sadece işçi için öngörülmüş olmasıdır.

Öte yandan, sadakat borcu, iş sözleşmesinin devamında geçerli olduğu için, işçinin teslim borcu, iş sözleşmesi sona erdikten sonra elde ettiği eşyaları kapsamayacaktır<sup>30</sup>. Bu noktada, geri verme borcunu, TBK m.397’de düzenlenen “**Teslim ve Hesap Verme Borcu**” ile karşılaştırmakta fayda bulunmaktadır. Anılan hükme göre, “*İşçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında*

<sup>28</sup> Birlikte işverenlerin, işçinin türet alacaklarının ödenmesi ile ilgili müteselsil sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yücel Bodur**, Mehtap: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 311 vd.

<sup>29</sup> **Kılıçoğlu**, Mustafa/**Şenocak**, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, Hukuk Kitapları Serisi: 96, İstanbul, 2007, s. 305.

<sup>30</sup> **Abegg**, Andreas/**Bernauer**, Christof: Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), Auflage 10., nachgeführte und erweiterte Auflage, 2021, 993-994, S. 994, (OR 339a).

*üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhâl ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür. İşçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhâl işverene teslim etmekle yükümlüdür.”* Maddedeki teslim etme borcunun iki taraflı olmadığı, sadece işçinin işverene karşı yerine getirmek zorunda kaldığı bir borç olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda da benzer bir düzenlemeye (OR Art 321b) yer verilmiştir. Daha önce iş mevzuatımızda açıkça yer almayan hüküm, 6098 sayılı TBK. ile mevzuatımıza eklenmiştir. Söz konusu borcun, işçinin temel borçlarından olan sadakat borcunun olumlu yanını teşkil ettiği öğretide ifade edilmiştir<sup>31</sup>. Dolayısıyla ilk kez açıkça mevzuatta yer verilmiş olmakla birlikte, tamamen yeni bir borç olmadığı, sadakat borcu içinde zaten mevcut olduğu ifade edilebilir<sup>32</sup>.

Teslim ve hesap verme borcunun kapsamına dahil olanlar, geri verme borcuna benzer şekilde, işle ilgili olarak alınan şeyler ve paralardır. Ancak bu maddeye göre geri verme kapsamındakiler, işverenden alınanlar değil sadece üçüncü kişiden alınan şeylerdir. Dolayısıyla teslim borcu kapsamındakiler, işverenin varlığından net bir şekilde haberdar olmadığı şeyler olabildiği halde, geri verme borcu kapsamında bunların yanı sıra işverenin kendisinin işçiye verdiği veya verildiğinden haberdar olduğu şeylerdir. O halde, teslim borcu, geri verme borcuna kıyasla daha dar bir kapsama sahiptir.

Teslim borcunun ne zaman muaccel olacağı hususunda ilgili maddede, işçinin söz konusu eşyaları elde ettiği tarihten itibaren vakit geçirmeden işverene teslim etmesi gerektiği şeklinde bir kabul söz konusudur. Bu husus teslim borcunu düzenleyen maddede, ““*derhal*” işverene teslim etmekle yükümlüdür”” şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Teslim borcunun geri verme borcundan farklı yanlarından biri de, teslim borcunun hesap verme borcuyla birlikte düzenlenmesidir. Diğer bir ifadeyle işçi teslim ettiği şeye ilişkin olarak ayrıca işverene hesap verme borcunu da yerine getirmelidir. Hesap verme borcunun ise, işverene zamanında, eksiksiz ve doğru bir şekilde, kendisinden istenmeden işvereni bilgilendirme şeklinde yapılması gerekmektedir.

<sup>31</sup> Teslim ve hesap verme borcunun işçinin sadakat borcundan doğan yükümlülükler arasında olduğu yönünde 6098 sayılı kanun öncesi görüş, **Arslan Ertürk**, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 304.

<sup>32</sup> Benzer yönde, **Akyiğit**, Ercan: İş Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 216; **Senyen Kaplan**, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2018, s. 164; **Kayırgan**, Hasan: “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, Ali Rıza Okur'a Armağan, Y.2014, 459-478, s. 473.

İş sözleşmesi devam ederken ortaya çıkan teslim borcunun yerine getirilmemesi durumunda, işçinin sadakat borcunu ihlal ettiği gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshinin gündeme geldiği yargı kararlarına sıklıkla rastlamak mümkün olmakla birlikte, kararlarda bu borca ilişkin detaya yer verilmediği dikkati çekmektedir<sup>33</sup>.

Bunların yanı sıra, TBK. m.397/son’da yer alan, “*İşçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhâl işverene teslim etmekle yükümlüdür.*” hükmü değerlendirildiğinde, işçinin anılan yükümlülüğünün öncelikle iş sözleşmesi devam ederken elde ettiği şeyler için düzenlendiği ifade edilebilir. Ancak şayet işçi henüz bu teslimi gerçekleştirilmeden iş sözleşmesi sona ermişse, iş sözleşmesi sona erdiğinden tarafların borçları muaccel olacağından, işçinin teslim edemediği şeyler geri verme yükümlülüğüne dönüşecektir.

#### IV. GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN (BORCUNUN) KAPSAMI

##### A. Hizmetle İlişkili Olarak Alınan Şeylerin Geri Verilmesi

Geri verme yükümlülüğünün belirgin hale gelmesi için işçinin işverene geri vermesi gereken şeylerin neler olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. İncelemekte olduğumuz maddede, “*tafaflardan her biri, diğerinden veya üçüncü bir kişiden diğerinin hesabına, hizmetle ilişkili olarak almış olduğu şeyleri geri vermekle yükümlüdür.*” ifadelerine yer verilmek suretiyle geri verme borcunun kapsamı genel olarak belirlenmiştir. Mevzuatın Borçlar Kanunu m.339a’da da benzer bir şekilde düzenleme yapılarak, “*İş ilişkisinin sona ermesi sırasında, her bir sözleşme tarafı, iş ilişkisi süresince diğer taraftan veya üçüncü taraflardan onun hesabına aldığı her şeyi diğer tarafa iade etmelidir.*” ifadelerine yer verilmiştir.

“Hizmetle ilişkili” kavramı geniş bir kavram olup, iş sözleşmesine konu olan iş görme ediminin türüne göre işçinin işverenden alabileceği iş ekipmanları, vs. değişiklik gösterebilecektir. Örneğin İsviçre Hukuku’na göre,

<sup>33</sup> Örneğin, bir uyumsuzlukta, işçinin satılan ürünler karşılığında müşterilerden tahsil ettiği nakit paraları alıkoyması, doğruluk ve bağlılığa aykırı bir hareket olarak nitelendirilmiş olup, işverence yapılan feshin haklı olduğuna karar verilmiştir. Yarg. 9. HD. T. 04.07.2019, E.2017/11351, K.2019/15019, kazancı.com, erişim tarihi, 12.07.2024. Benzer yönde, işverene verilmek üzere teslim edilen hediye paketine açığa çıkarılan diğer işçilerle paylaşan işçinin bu davranışı da sadakat borcuna aykırılık olarak kabul edilmiştir, (Yarg. 9. HD, T. 15.5.1996, E.37186, K.10548, lexpera.com, erişim tarihi 09.07.2024)

bir uyumsuzlukta işverenin işçiye verdiği bir saatin hizmetle ilişkili olduğu hususu ispatlanamadığından, saatin geri verme borcu kapsamında olmadığı kabul edilmiştir<sup>34</sup>. Ayrıca sözleşmenin klasik iş sözleşmesi mi ya da uzaktan çalışmaya dayalı iş sözleşmesi mi olduğuna göre de değişiklikler ortaya çıkacaktır.

Hizmetle ilişkili olan şeyler kapsamında ilk olarak değerlendirilecek kavram, iş ekipmanıdır. **İş ekipmanı**, mevzuatımızda, “*İşin yapılmasında kullanılan herhangi bir makine, alet, cihaz, teçhizat, tesis ve tesisat*” olarak tanımlanmıştır (İş Ekipmanlarının Kullanımında Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği, m.4/1-f)<sup>35</sup>. Dolayısıyla işveren tarafından işçiye sağlanmış bu nitelikteki tüm eşya geri verme borcu kapsamındadır. Kavrama özellikle iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli olan kişisel koruyucu donanımları da dahil etmek mümkündür<sup>36</sup>.

Ayrıca hizmetle ilişkili şey kapsamına, para ya da parasal niteliği olan eşyalar kadar paraya çevrilmesi mümkün olmayanlar da dahil edilebilecektir. Örnek olarak anahtarlar, rozet, işyeri giriş kartı, uniformalar ve koruyucu giysiler, dizüstü bilgisayar, cep telefonu gibi eşyaları saymak mümkündür<sup>37</sup>. Bunların geri verilmesinin temel nedeni, kanaatimizce işçinin işyeriyle olan bağının tam olarak kesilmesinin istenmesidir. Örneğin işçiye çalışması sırasında verilen işyeri üniformasının işçi işten ayrıldıktan sonra geri alınmaması, kişinin bu üniformayı kullanarak işyerinde çalışıyormuş gibi davranmasına yol açabilecektir. Yoksa işçiye ait, kullanılmış ve onun vücut ölçüleri için özel dikilmiş bir giysinin geri istenmesinin işverene sağlayacağı başkaca bir katkı yoktur. Öte yandan, geri verme borcu kapsamına işçinin hizmetle ilişkili olarak işverenden almış olduğu, güvenlik kodları, bilgisayar şifreleri ya da elektronik belgeleri de dahil etmek mümkündür<sup>38</sup>.

Hizmetle ilişkili olarak istenip geri verme yükümlülüğüne dahil olacaklar arasında, sadece işçinin değil, işverenin de geri vermesi gereken şey-

<sup>34</sup> **Abegg/Bernauro**, S. 994.

<sup>35</sup> RG., 25.04.2013, 28628. Benzer tanım, Alman İş Ekipmanlarının Kullanımında Güvenlik ve Sağlığın Korunması Yönetmeliği'nde ise (Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Verwendung von Arbeitsmitteln)“*iş için kullanılan aletler, cihazlar, makineler veya sistemlerin yanı sıra izleme gerektiren sistemlerdir.*” şeklinde yapılmıştır.

<sup>36</sup> **Schucht**, Carsten: “Das Recht der Arbeitsmittel”, Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht, InTeR 2015, S. 74, s. 74-81.

<sup>37</sup> **Emmel**, Rn 766.

<sup>38</sup> **Emmel**, Rn. 766.

ler bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, işverenin işçiden işe girişte özlük dosyasına<sup>39</sup> eklemek için istediği nüfus cüzdanı, diploma, sabıka kaydı, çalışma izin belgesi, sağlık raporları gibi belgeleri sayılabilir<sup>40</sup>. İşverenin geri verme yükümlülüğü ise, anılan belgeler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesiyle hemen ortaya çıkmayabilecektir. Zira işverenin mevzuattan kaynaklanan saklama yükümlülüklerini gözetererek geri verme işlemini gerçekleştirmesi gerekmektedir.

TBK. m.413’de, “**iş araç ve malzemeleri**” başlıklı düzenleme bulunmaktadır. Anılan hükümde, işverenin borçları arasında işçiye iş araç ve malzemelerini sağlama yükümlülüğü şu şekilde düzenlenmiştir; “*Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzeme yi sağlamakla yükümlüdür.*”

*İşçi işverenle anlaşarak kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgülerse, aksi anlaşmada kararlaştırılmadıkça veya yerel âdet bulunmadıkça işveren, bunun için işçiye uygun bir karşılık ödemekle yükümlüdür.”*

İş araç ve malzemesi kavramı, kanaatimizce yukarıda incelenen “iş ekipmanı” kavramının yanı sıra üretimde kullanılacak “hammadde”yi de kapsamına dahil eden daha geniş bir kavramdır. Zira TBK m.413’ün gerekçesinde, iş araç ve malzemesinin ne anlama geldiği açıklanmış ve sınırlı sayı esasına dahil olmayacak şekilde örnekler verilmiştir. Buna göre, *iş aracı*, işçinin işini yapması için gerekli olan makine, araba, torna, tezgâh, tamir takımı gibi iş aletleri şeklinde tanımlanmıştır. *Malzeme* ise, aracın kullanılması veya işin görülmesi için gerekli olan hammadde, yakıt, su, kömür, tohum vb. şeklinde tanımlanmıştır<sup>41</sup>. O halde inceleme konumuz bakımından işçinin geri verme borcu kapsamına iş araç ve malzemeleri de dahildir.

<sup>39</sup> İş mevzuatında işverenin özlük dosyası düzenleme yükümlülüğü İş Kanunu mça75’de düzenlenmiş olmakla birlikte, bu dosyada bulunması gereken belgeler açıkça belirlenmediği gibi ne kadar süre saklanması gerektiğine dair açık düzenleme de bulunmamaktadır. İşverenin özlük dosyası düzenleme yükümlülüğü hakkında bkz. **Aydın**, Ufuk: “İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümü”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, Y. 2006, s. 491-505.

<sup>40</sup> Kişisel veriler bağlamında evrakların belgelerin iadesi, diplomaların orijinalleri kadar kopyalarının da özlük dosyası tutma yükümlülüğü ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilkelere aykırı olmayacak şekilde işverence geri verilmesi gerekmektedir (**Rehbinder/Stöckli**, s. 405-410).

<sup>41</sup> İş araç ve malzemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Caniklioğlu**, Nurşen/**Seçkin**, Muhammed Türkalp: “İş Araç ve Malzemelerinin İşçi Tarafından Temin Edilmesi ve İşveren Tarafından Ödenmesi Gereken Uygun Karşılık”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2024, S. 51, 11-35, s. 14-16.



### B. Diğerinin Hesabına Alınmış Şeylerin Geri Verilmesi

Türk Borçlar Kanunu m.443'de, geri verilecekler kapsamına, "*tarafının, ...üçüncü bir kişiden diğerinin hesabına, hizmetle ilişkili olarak almış olduğu şeyler*" de dahil edilmiştir. Üçüncü kişi olarak akla ilk gelenler, iş ilişkisinin tarafı olmayan, aracı, müşteri gibi kişilerdir. Örneğin terzide çalışan bir işçinin müşteriden aldığı kumaş, giysi ya da işçinin müşteriden hizmet karşılığı olarak aldığı paraları buna örnek olarak vermek mümkündür. Benzer şekilde işçi de işveren hesabına üçüncü kişi niteliğinde olan işverenin işiyle ilgili çalıştığı kişilerden hammadde, ürün vb. şeyleri teslim almış olabilir. Bunlardan başka parasal nitelikte olmayan örneğin işçinin işvereni temsilen katıldığı arabuluculuk oturumu tutanaklarının da işverene geri verilmesi bu kapsamdadır.

### C. Yasada Açıkça Sayılan Geri Verilecek Hususlar

Yasal düzenlemede geri verme borcunun kapsamını netleştirmek adına, m.443'de sınırlı sayı esasına göre olmamakla birlikte örnek mahiyetinde bazı geri verilecek hususlar belirlenmiştir. Buna göre, "*İşçi, özellikle motorlu taşıtları ve trafik izin belgelerini, alacaklarından fazla olduğu ölçüde ücret ve masraf avanslarını geri vermekle yükümlüdür.*" Motorlu taşıtlar, trafik izin belgeleri dışında, ücret ve masraf avansları da alacaktan fazla olduğu takdirde geri verilecektir. İsviçre Borçlar Kanunu ise, örnek mukabilinde olacak şekilde, şirket araçlarının yanı sıra biletleri ve ücret ve harcama avanslarını da saymıştır<sup>42</sup>. TBK. m.443'den farklı olarak "bilet"lerin de geri verme kapsamında olduğu görülmektedir. Bu biletlerin kapsamına şehir içi toplu taşıma biletleri kadar önceden işçi adına alınmış olan şehir dışı sezonluk tren, uçak otobüs vs. biletlerinin de girdiği kabul edilmiştir<sup>43</sup>.

Sayılanlardan ilk olarak şirket araçları, yasadaki ifade ediliş şekliyle **motorlu taşıtlar** ele alınmalıdır. Uygulamada iş ilişkisi esnasında ortaya çıkacak ulaşım ihtiyacı işverenlerce değişik yöntemlerle karşılanabilmektedir. İşverenler kendi mülkiyetindeki araçları işçilere tahsis edebildikleri gibi profesyonel kiralama yöntemleri ile işçilerine araç tahsis edebilmektedirler. Tahsis şekli de işverenlerin takdiri doğrultusunda, sadece mesai saatleri içinde kullanılmaya özgü olabileceği gibi iş ilişkisi devam ettiği müddetçe işçinin hem mesai saatleri içinde hem de mesai saatleri dışında kullanabile-

<sup>42</sup> Maddedeki ifade şu şekildedir; "*Özellikle, çalışan araçları ve biletleri iade etmeli ve alacaklarını aşığı ölçüde ücret veya masraf avanslarını geri ödemelidir.*"

<sup>43</sup> İsviçre Hukuku öğretisine göre, biletlerden kasıt, (OR 339a II) ulaşım ve taşımacılık şirketleri tarafından verilen bilet ve seyahat kartlarıdır. **Emmel**, Rn. 766.

ceği biçimde olabilmektedir. Şirket aracının kullanımına ilişkin detaylar ise genellikle iş sözleşmelerinde belirlenmektedir. Örneğin bir uyumsuzlukta, şirket aracının kullanımına ilişkin olmak üzere, iş sözleşmesinde şu yönde bir hüküm olduğu görülmektedir; “..işçiye görevlerinin ifasında kullanılmak üzere masrafları işveren tarafından karşılanacak bir araç tahsis edilecek olup, işçinin bazı kısıtlama ve koşullara tâbi olarak aracı kendi özel amaçlarına yönelik kullanma hakkı da bulunmaktadır<sup>44</sup>.” Şirket aracı tahsis edilmesi durumunda aracın yakıt ve diğer masraflarının da tahsis türüne göre taraflarca belirlenmesi söz konusu olacaktır. Uygulamada işverenlerin çalışanlarına araç tahsis etmeleri durumunda “araç tahsis sözleşmesi” veya “araç zimmet sözleşmesi” adı altında iş sözleşmesinden bağımsız ya da iş sözleşmesinin eki niteliğinde sözleşmeler yapıldığına sıklıkla rastlanılmaktadır. Anılan sözleşmelerde, araçların kullanım koşulları ve sorumluluklar belirlenerek, taraflar arasında karşılıklı hak ve yükümlülükler açıklığa kavuşturulmaktadır<sup>45</sup>. Sözleşme hükümlerine uyulmaması durumunda, taraflar arasındaki sözleşme fesih edilebilir veya sözleşme içerisinde belirlenmiş yaptırımlar uygulanabilir<sup>46</sup>. Araç tahsisine ilişkin sözleşmeye aykırılık teşkil eden hangi durumların iş sözleşmesinin feshine yol açabileceği de taraflar arasında belirlenmek suretiyle iş ilişkisiyle bağlantısı kurulmaktadır<sup>47</sup>.

İnceleme konumuz açısından bakıldığında, söz konusu taşıtların iş sözleşmesi bitiminde işverene geri verilmesi, TBK. m.443 hükmüne istinaden gerçekleşecektir. Şayet araç tahsis sözleşmelerinde TBK. m.443’de yer alan düzenlemelerden farklı bir belirleme yapıldıysa, taraflar için sözleşme

<sup>44</sup> Yarg. 9. HD., T. 19.01.2016, E.2014/28398, K.2016/1285, Ağ, Cem: “Personele Tahsis Edilen Araçların Tazminata Etkisi”, <https://www.ekohaber.com.tr/personele-tahsis-edilen-arabaların-tazminata-etkisi>, erişim tarihi, 05.07.2024.

<sup>45</sup> Bu konuya ilişkin yasal düzenleme, TBK. m.415’deki “Taşıma Araçları” başlıklı maddede şu şekilde açıklığa kavuşturulmuştur; “İşçi, işin görülmesi için işverenle anlaşarak işverenin veya kendisinin sağladığı bir taşıma aracı kullanıyorsa, taşıtın işletilmesi ve bakımı için gerekli olağan giderler, hizmet için kullanıldığı ölçüde işverence karşılanır. İşçi işverenle anlaşarak, işin görülmesinde kendi motorlu aracını kullanıyorsa, işveren ayrıca bu araçla ilgili vergiyi, zorunlu mali sorumluluk sigortası primini ve aracın yıpranması karşılığında uygun bir tazminatı hizmet için kullanıldığı ölçüde işçiye ödemekle yükümlüdür.

İşçi işverenle anlaşarak, hizmetin görülmesinde kendisine ait diğer taşıma araçlarını ve hayvanlarını kullanıyorsa işveren, bunların kullanma ve bakımı için gerekli olan olağan giderleri hizmet için kullanıldığı ölçüde karşılamakla yükümlüdür.”

<sup>46</sup> **Ayboğa**, Çağrı: “Araç Zimmet Sözleşmesi Örneği”, <https://ayboga.av.tr/arac-zimmet-sozlesmesi-ornegi/>, erişim tarihi 12.06.2024.

<sup>47</sup> Örneğin alkollü araç kullanımı, trafik cezalarının sürekliliği, ehliyetsiz araç kullanımı gibi durumlar.

hükmü uygulama alanı bulacaktır. Örneğin araç tahsis sözleşmesinde geri verme tarihi olarak belirlenen süre, sözleşmenin sona ermesinden daha sonraki bir tarih olarak belirlenmiş olabilir.

Nihayet şirket araçlarının geri verilmesi, bu araçlarda kullanılan mekanik takograflar (hız göstergesi diskleri), park kartları gibi teçhizatların da geri verilmesi yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir<sup>48</sup>.

Öte yandan Kanunda sadece motorlu taşıtlar ifadesine yer verilmiş olması kanaatimizce motorlu olmayan taşıtların da bu kapsamda olmasına engel teşkil etmemelidir.

Maddede ifade edilen ikinci husus **trafik izin belgeleridir**. Karayolları Trafik Kanunu'na göre, trafiğe çıkan araçlarla ilgili olarak belirlenen izin belgesi m.33'de, "Taşınması Özel İzne Bağlı Yükler" başlıklı maddede, "Ağırlık ve boyutları bakımından özelliği olan, başka ulaşım sistemleri ile taşınması olmayan ve taşıma sınırını aşmış da taşınması zorunlu olan yüklerin taşınması için, Karayolları Genel Müdürlüğünden izin alınması zorunludur." şeklinde düzenlenmiştir. Buna uygulamada "özel yük taşıma izin belgesi" denilmektedir. Bundan başka bir de "özel izin belgesi" bulunmaktadır. Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 128. maddesinde, "Tescilli veya tescilsiz olup, yüksüz olarak bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen ölçülerden en az birine uymayan araç, yarı römorklu araç, katar, iş makineleri ve benzerlerinin karayolunda trafiğe çıkışı için Karayolları Genel Müdürlüğünden, bu maddenin beşinci fıkrasında belirtilen esaslara göre "Özel İzin Belgesi" alınması mecburidir." hükmü bulunur. Özel İzin veya Özel Yük Taşıma İzin Belgesi almak için; araç işletenleri veya vekilleri, kamu kurum veya kuruluşları ile tüzel kişiliklerce yetkilendirilen kişiler müracaatta bulunabilir<sup>49</sup>. Dolayısıyla bu belgeler işveren tarafından alınan belgeler olup, karayoluna çıkan motorlu taşıtı olan işverenler adına çıkarılan belgelerdir. Geri verme borcu kapsamında işçi motorlu taşıtla birlikte söz konusu belgeleri de işverene teslim etme yükümlülüğü altındadır.

Anılan belgelerden başka, tespit edebildiğimiz kadarıyla bir de 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu<sup>50</sup> m.5 gereği, "Taşımacılık, acentelik ve taşıma işleri komisyonculuğu ile nakliyat ambarı ve kargo işletmeciliği yapılabilmesi için Bakanlıktan yetki belgesi alınması zorunludur.

<sup>48</sup> Emmel, Rn.766.

<sup>49</sup> <https://ozelyuk.kgm.gov.tr/OzelYukWEB/Sayfalar/Genel/GirisEdevlet.aspx>, erişim tarihi, 10.07.2024.

<sup>50</sup> RG. 25173, 19.07.2003.

*Taşımacılık, acentelik ve taşıma işleri komisyonculuğu ile nakliyat ambarı ve kargo işletmeciliği yetki belgesi alınabilmesi için taşıma işleri işletmecilerinin meslekî saygınlık, malî yeterlilik ve meslekî yeterliliğe sahip olması gerekmektedir. (Ek cümle: 23/1/2008 - 5728/516 md.) Ayrıca, karayoluyla yük ve yolcu taşımacılığı faaliyetlerinde kullanılan ticari araçlarda çalışan şoförlerin, sürücü meslekî yeterlilik belgesi almaları zorunludur....”* hükmünde belgeler karşımıza çıkmaktadır. Anılan hükme istinaden alınması gereken belgeler de geri verme borcu kapsamına dahil olacaktır.

İncelemekte olduğumuz maddede açıkça zikredilen geri verme borcu kapsamındakilerden biri de tarafların birbirlerinden olan alacaklarıdır. İlgili hükümde, “*alacaklarından fazla olduğu ölçüde ücret ve masraf avansları*” şeklinde ifade edilmiştir. O halde, geri verilecekler arasında **ücret** ve **masraf avanslarını** da incelemek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ücret ve masraf ödemesi tek taraflı olarak işverenin işçisine karşı yaptığı bir ödeme olduğu için, kullanılmayan avansı geri verme borcu da sadece işçinin işverene karşı ödemesi gereken bir borçtur.

İşin görülmesi esnasında ortaya çıkacak giderlerin karşılanması ile ilgili olarak TBK. m.414-416’da düzenlemelere yer verilmiştir. “Giderler” başlıklı 414. maddede, “*İşveren, işin görülmesinin gerektirdiği her türlü harcama ile işçiyi işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu olan harcamaları da ödemekle yükümlüdür.*” Maddeye göre, işçinin hizmetle ilgili yaptığı masrafları işveren ödeyecektir. Henüz masraf yapılmadan işçiye avans mahiyetinde **masraf avansı** da verilmiş olabilir. Masraflarla ilgili olarak TBK. m.416’da, şu hüküm bulunmaktadır; “*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.”*

Masraf avansının ödenme zamanı ve ödenmesi için gereken düzenli aralıklarla masraf yapılması koşullarının ele alındığı maddeye istinaden işçiye avans verilebilecektir. O halde masraf avansı, işveren tarafından işçisine bir işi yaparken kullanması amacıyla önceden peşin olarak verilen, iş tamamlandığı zaman yapılan harcamalara göre kullanılmayan kısmı işverene iade edilen paradır<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> **Kaba**, Servet: “Avans Niteliğinde Yapılan Ödemelerin Yasal Açından Değerlendirilmesi”, <https://pkf.com.tr/avans-niteliginde-yapilan-odemelerin-yasal-acidan-degerlendirilmesi/>, erişim tarihi, 10.07.2024.

İşte masraf avansı henüz harcanmadan iş sözleşmesi sona erdiyse, söz konusu masraf avansları da işverene geri verilmelidir. Uygulamada “iş avansı” olarak da adlandırılan ve işçiye yapılan bu ödemelerin ücret mahiyetinde olmadığına dikkat çekmek gerekir<sup>52</sup>. Masraf avansı ile ilgili olarak ayrıca, Yargıtay, işçi tarafından yapılan harcamaların belli bir süre sonra belgeye bağlanması ve kapatılması gerektiğine karar vermiştir<sup>53</sup>.

Masraf avansı mahiyetinde uygulamada özellikle araç sürücüsü olarak çalışan işçilere verilen “yol avansı” ise, işçiye yolculukta gerekli olacak yol geçiş ücreti vb. ödemeleri yapabilmesi için önceden peşin olarak yapılan nakdi ödemelerdir. İşçinin yolda yapacağı masraf önceden net bir şekilde belirlenemeyeceği için işçiye önceden bir para verilmekte, dönüşte harcamadığı kısmı işverene iade edilerek bu ödeme kalemi kapatılmaktadır<sup>54</sup>. Anılan ödemeden başka uygulamada işçiye “sefer primi” veya “harcırah” olarak adlandırılan başka ödemeler de yapılmaktadır. Bunları birbirinden ayırt etmek gerekir. Bunlar nitelik itibarıyla ücret mahiyetinde olup, masraf avansı olarak kabul edilmemelidir<sup>55</sup>.

**Ücret avansı** ise, genellikle işçinin ihtiyacı nedeniyle talep etmesi üzerine işçiye ödenen bir paradır<sup>56</sup>. Uygulamada ise yapılan bu ödeme, henüz hak edilmemiş bir ücret olup, işçinin ileride yapacağı çalışmaya karşı işverenden talep ettiği ücrettir<sup>57</sup>.

TBK. m.406’da “ücretin ödenmesi” başlığı altında yapılan düzenlemeye göre, “İşveren, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması hâlinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermeye yükümlü” kılınmıştır. İşverenin TBK. m.406’daki düzenleniş biçimine uygun olarak yapacağı “işçinin hizmetiyle orantılı” ödemede ise, işçinin henüz hak etmediği bir ödeme söz konusu olmamakta, işçi çalıştığı süreye ilişkin ücreti avans olarak almaktadır. Bu nedenle, işçinin hizmetiyle

<sup>52</sup> **Yılmaz**, Halil: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamasında Avans, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 253-254.

<sup>53</sup> Yarg. 22. HD.,T. 15.05.2012, E.2012/3365, K.2012/9896 sayılı karar, (**Yılmaz**, s. 254’den naklen).

<sup>54</sup> **Yılmaz**, s. 253.

<sup>55</sup> Sefer primi ve harcırah ile ilgili olarak bkz. **Kabakcı**, Mahmut: “Tır Şoförlerine Sefer Başına Yapılan Ödemenin Niteliği: Harcırah Ya da Prim?”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2015, C. 89, S. 1, 40-51, s. 44 vd.

<sup>56</sup> **Yılmaz**, s.136; **Ekmekçi/Yiğit**, s. 305. vd.

<sup>57</sup> **Kaba**, <https://pkf.com.tr/avans-niteliginde-yapilan-odemelerin-yasal-acidan-degerlendirilmesi/>, erişim tarihi, 10.07.2024.

orantılı olarak aldığı avans zaten hak ettiği bir ücret ödemesi olduğu için geri verme borcu kapsamında olmayacaktır.

İşçinin ihtiyacının ortaya çıkması durumunda ücretin avans olarak ödenmesinin dışında uygulamada başka avans ödemelerine de rastlanılmaktadır. Bunlar arasında, avans niteliğinde olmak üzere ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi, yıllık izin ücreti avansı verilmesi ve hatta iş kazası tazminatı avanslarını saymak mümkündür<sup>58</sup>. Anılan avansların geri ödeme borcu kapsamında olmadığını belirtmek gerekir.

#### D. Diğerleri

Geri verme yükümlülüğüne nelerin dahil olduğuna ilişkin kanunda açık düzenleme bulunsa da, kuşkusuz maddede sayılmayan hususlar da bulunabilecektir. Bu başlık altında, yukarıda geri verme borcu kapsamında sayılanlar dışında kalan hususlar ele alınacak ve geri verme borcunun kapsamına dahil olup olmadıkları tartışılacaktır.

Geri verme borcu kapsamına dahil olup olmayacağı hususu tartışılması gereken ilk kavram, “hizmetin ifasından dolayı ortaya çıkan şeyler” diğer bir deyişle “ürünler”dir. İş hukuku mevzuatında tanımlanmamış kavram, ilgili düzenleme olan, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu<sup>59</sup> m.3/1-s’de, “Her türlü madde, müstahzar veya eşya” olarak tanımlanmıştır. Geniş bir şekilde tanımlanan kavramın içine hammaddeler dahil olduğu gibi mamul eşyalar da dahildir. İşin yürütümü esnasında işverenin işçiye hammadde vermesi söz konusu olduğundan hammaddeler, “işçinin işverenden aldıkları şeyler” sayılacak ve geri verme borcu kapsamında olacaktır. Ancak mamul eşyalar yani ürünler işveren veya üçüncü kişi tarafından verilenler kapsamına girmemektedir. Bu noktada işçinin ürettiklerini geri verme borcundan ziyade, TBK m.397 kapsamında teslim borcundan bahsetmek gerekir. Zira anılan maddede açıkça işçinin hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri derhal işverene teslim etmesi borcu düzenlenmiştir. İşçi şayet iş ilişkisi devam ederken ürünleri derhal teslim etmemiş ve iş sözleşmesi sona ermişse, TBK m. 442’nin, “Sözleşmenin sona ermesiyle, sözleşmeden doğan bütün borçlar muaccel olur.” hükmü gereği teslim etmesi gerekecektir. Zira, 442. madde sadece ücret alacaklarının muaccel olmasına değil, iş sözleşmesinin sona ermesiyle iş ilişkisinden kaynaklanan tüm borçların sona ermesine yö-

<sup>58</sup> Avans türleri hakkında bkz. **Yılmaz**, s. 143-252. Yıllık izin ücreti avansı hakkında bkz. **Tulukçu**, Binnur: İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 364 vd.

<sup>59</sup> 7223 sayılı Kanun. RG. 12/03/2020, Sayı: 31066.

neliktir<sup>60</sup>. Varılan bu husus, işçinin sadakat borcunun da doğal bir sonucudur.

Geri verme kapsamında olup olmadığı üzerinde durulması gereken bir başka kalem de, işçinin hizmetle ilişkili olarak üçüncü kişilerden aldığı **hediyeler ve hatta rüşvet sayılabilecek paralardır**. Rüşvet almak kavramsal olarak Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bir suç tipidir. TCK. m.252'de, "Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisinin" rüşvet alma suçu işlediği kabul edilmektedir. Anılan düzenlemeye göre rüşvet alma suçunun sadece kamu görevlisi ve maddeye sonradan eklenen kişilerce işlenmesi mümkündür<sup>61</sup>. İnceleme konumuz açısından ise geri verme borcunun kapsamına girecek menfaatin sadece TCK anlamında rüşvet alma suçuna konu olması<sup>62</sup> gerekmemekte, hizmetin ifası esnasında sağlanan ve işverenin onay vermediği ve kabul edilmesi açıkça sadakat borcuna aykırılık teşkil edecek her türlü maddi kazanımların geri verme borcu kapsamına gireceği kabul edilmelidir. Söz konusu davranış, öğretide işçinin sadakat borcu altında yer alan bir yan yükümlülük olarak kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Yükümlülüğün ihlali için mutlak surette işverenin zararının doğması gerekmesede, işçinin bu davranışı ile işverenin çıkarını gözetmediği yönünde bir sonuç söz konusu olmalıdır. Bu doğrultuda, işçinin çalıştığı sektörde verilmesi olağan olan küçük hediyelerin işçi tarafından alınması ise işçinin sadakat borcunu ihlal etmesi sonucuna yol açmayacaktır<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Örneğin iş sözleşmesinin sona ermesiyle yıllık ücretli izin alacağıının muaccel olması yönünde, **Yürekli**, Sabahattin: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 339.

<sup>61</sup> TCK. m.252/8'e yapılan ekleme ile rüşvet alma suçu, bazı tüzel kişilikler adına işlem yapma yetkisini haiz olan kişilerce de işlenebilecektir. Bunlar madde şu şekilde sayılmışlardır; "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, d) Kamu yararına çalışan dernekler, e) Kooperatifler, f) Halka açık anonim şirketler, adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılardan vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır."

<sup>62</sup> Rüşvet alma suçuna konu olan şeyler, TCK. m.54-55 gereği müsadere edilmektedir.

<sup>63</sup> **Civan**, Orhan Ersun: İşçinin Yan Yükümlükleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2021, s. 404.

<sup>64</sup> **Alpagut**, Gülsevil: "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, S. 25, 23-32, s. 30.

İşçinin menfaat sağlaması ya da rüşvet almasının sonuçları olarak hukukumuzda işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı doğduğu kabul edilmektedir. İsviçre Hukuku'nda da, rüşvet almak ve menfaat sağlamak sadakat borcu kapsamında yasak sayılmaktadır<sup>65</sup>. Alman Hukuku'nda ise, rüşvet alma davranışı, işçinin iş sözleşmesi devam ederken işverenle rekabet etmeme borcuna aykırı bir davranış olarak kabul edilmektedir<sup>66</sup>. Varılan sonuçla bağlantılı olarak İsviçre Hukuku öğretisinde işçi tarafından sağlanan bu menfaatlerin ve rüşvetin OR 321b'ye istinaden geri verme borcu kapsamında olduğu açıkça ifade edilmektedir<sup>67</sup>. İşçinin rekabet yasağına aykırı olarak elde ettiği kazançların ve işverene ait varlıkları izinsiz kullanarak elde ettiği kazancın<sup>68</sup> da geri verme borcu kapsamında olduğu ifade edilmiştir<sup>69</sup>.

Geri verme borcu kapsamında değerlendirilmesi gereken bir başka husus ise, işçiye çalışma ilişkisi esnasında sağlanan konutun iş sözleşmesi bitiminde geri verilmesidir. Uygulamada bazı işverenlerin çalışanlarına **lojman** olarak adlandırılan konut sundukları örneklere rastlamak mümkündür. Lojmanda işçi genellikle ailesi ile birlikte ikamet ettiğinden lojmanın sözleşme bitiminde derhal boşaltılması bazı sorunlara yol açabilecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iş mevzuatında işverenin işçisine konut tahsis etmesi yönünde bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak işverenler sosyal yardım amacıyla iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi gibi düzenlemelere hüküm eklemek suretiyle işçilerini bu olanaktan yararlandırmaktadır. Bu durum, mülkiyeti işverene ait konutun tahsisi, işverence kiralanan konutun tahsisi ya da işyerinde ve müstemilatında işçiye yatacak yer verilmesi şeklinde olabilir. Konut tahsis yönteminin iş hukuku açısından olmasa da vergi hukuku açısından önemi bulunmakta ve söz konusu yardımlar işverenin ödeyeceği gelir vergisinden istisna tutulabilmektedir<sup>70</sup>.

İşverenin çalışanına konut olanağı sunması, İsviçre Hukuku'na göre karma<sup>71</sup> bir sözleşmeyle veya bağımsız bir kira sözleşmesiyle gerçekleştiril-

<sup>65</sup> **Alpagut**, s. 30.

<sup>66</sup> **Arslan Ertürk**, s. 334.

<sup>67</sup> **Emmel**, Rn.1. (OR 321b).

<sup>68</sup> Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi tarafından, “işçinin araba satışlarından elde edilen müşteri verilerinin sigorta şirketlerine aktarılmasından alınan komisyonun geri verme borcu kapsamında olduğuna” hükmedilmiştir (OGer ZH, ZR 2018 Nr 58, 238 E 6.3.2).

<sup>69</sup> **Emmel**, Rn.1. (OR 321b).

<sup>70</sup> Gelir Vergisi Kanunu m. 23/9. **Tolga**, Serkan: “İşletme Personeline Konut Tahsisi”, Vergi Raporu Dergisi, S. 217, Ekim 2017, 34-41, s. 34-40.

<sup>71</sup> Bu tür tahsis sözleşmelerinin karma sözleşme olarak belirlendiği durumlarda, sözleşmenin kira veya iş hukuku kapsamında sınıflandırılması da yalnızca tarafların niyetine



mektedir<sup>72</sup>. Bağımsız bir kira sözleşmesinin varlığı dahi taraflar arasındaki iş sözleşmesinin varlığına bağlıdır. Dolayısıyla İsviçre Hukuku'na göre, iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından kiracı konumundaki işçinin kira sözleşmesinin uzatılmasını talep etme hakkı bulunmamaktadır<sup>73</sup>. Özellikle işten çıkarılan işçinin yerine alınan yeni işçinin söz konusu konutta oturabilmesi için bu sonuca varılması isabetli olarak görülmüştür<sup>74</sup>. Taraflar iş sözleşmesi ve kira sözleşmesini ayrı ayrı yapmışlarsa, tarafların mutabakatına göre, sözleşmelerden birinin iptali diğer sözleşmenin iptaliyle sonuçlanabilir. Öte yandan, işçiye sağlanan konaklama hizmeti, iş sözleşmesinin yan faydası olarak sunulmuşsa, her iki sözleşme ilişkisi de kendi kurallarına göre sona erdirilir. Bu nedenle, kiracılık hukuku kapsamındaki ihbar süreleri ve uzatma seçenekleri konutun iadesi için de geçerli olacak ancak OR 339a'daki geri verme hükümleri geçerli olamayacaktır<sup>75</sup>.

Uygulamada geri verme borcunun kapsamını belirlemek ve ileride çıkabilecek sorunların önüne geçmek için işverenlerin işçileriyle iade protokolü hazırladıkları örneklere rastlanılmaktadır.

Geri verme borcunu somutlaştırmak ve çıkacak uyuşmazlıkları peşinen önleyebilmek amacıyla tarafların iş sözleşmesi yapıldığı esnada ya da daha sonraki bir süreçte “geri verme protokolü” hazırlamaları isabetli olacaktır. Ülkemiz uygulamasında fazla yer verilmeyen bu yönteme yabancı hukuk sistemlerinde sıklıkla rastlanıldığı görülmektedir.

## V. HAPİS HAKKI İLE İLİŞKİSİ

TMK. m.950'de hapis hakkına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Buradaki esaslar incelemekte olduğumuz geri verme konusu için de uygulama alanı bulacaktır. Zira TBK. m. 443/son da, “*Tarafların hapis hakları saklıdır.*” ifadelerine yer verilmek suretiyle geri verme borcunun hapis hakkıyla bağlantısı kurulmuş olup, işçi veya işveren sahip olduğu hapis hakkını kullanabilecektir. Hapis hakkının konusu, TMK. m.950'de şu şekilde açık-

bağlıdır, (**Rehbinder**, Manfred/**Stöckli**, Jean-Fritz: Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar, Auflage, 2014, 407).

<sup>71</sup> BGE 115 II 452, 07.11.1989, Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. November 1989 i.S. Dr. X. gegen Klinik Y. AG, Swisslex.

<sup>72</sup> **Rehbinder/Stöckli**, s. 407.

<sup>73</sup> BGE 115 II 452, 07.11.1989, Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. November 1989 i.S. Dr. X. gegen Klinik Y. AG, Swisslex.

<sup>74</sup> **Rehbinder/Stöckli**, s. 408.

<sup>75</sup> **Rehbinder/Stöckli**, s. 408.

lanmıştır; “Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir.

*Zilyetlik ve alacak ticarî ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır.*

*Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınurlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur.”* O halde taraflar ellerinde bulundurdıkları “taşınır” veya “kıymetli evrak” üzerinde hapis hakkını kullanabileceklerdir. Bunlar dışında geri verme konusunun kapsamına işçiye lojman olarak tahsis edilmiş ev de girmekle birlikte, bu taşınmaz üzerinde işçinin hapis hakkı bulunmamaktadır<sup>76</sup>. Benzer şekilde paraya çevrilemeyecek nitelikteki taşınurlar da hapis hakkının kapsamı dışında olduğundan, örneğin işçiye ait diploma, fotoğraf, hesap defteri vb. gibi evraklar üzerinde hapis hakkı kullanılamaz<sup>77</sup>. Bu husus, TMK. m.951’de, “*Nitelikleri itibarıyla paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınurlar üzerinde hapis hakkı kullanılamaz.*” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Bu gibi eşyalar üzerinde ancak eksik hapis hakkı olarak ifade edilen ve alacaklıya eşyayı paraya çevirme yetkisi vermeyen geri vermekten kaçınma hakkı kullanılabilir<sup>78</sup>. Örneğin çalışma raporu, anahtar, şifre gibi şeyler hapis hakkına konu olamayacaktır<sup>79</sup>.

Tarafların hapis hakkını kullanabilmesi için aranan koşullardan ilki, *hapis hakkına konu olacak eşyanın zilyetliğinin borçlunun rızası ile elde edilmiş olmasıdır*. İş ilişkisinin taraflarının hapis hakkını kullanabilmesi için elinde bulundurduğu taşınır mal veya kıymetli evrakı karşı tarafın rızası ile almış olması gerekmektedir. Dolayısıyla işçiye işveren tarafından verilmeyen ancak işyerinde bulunan eşya üzerinde işçi hapis hakkını kullanamayacağı gibi sorumluluğu işçide olsa da işyerindeki şirketin kasasında bulunan kıymetli evrak ve para üzerinde de işçinin hapis hakkını kullanması mümkün değildir<sup>80</sup>. Ücret alacağına ilişkin olarak ise, işverenin hapis hakkını kullanamayacağı kabul edilmektedir. Zira hapis hakkı, yalnızca mülkiyeti borç-

<sup>76</sup> Aynı yönde, **Yürekli**, s. 344.

<sup>77</sup> **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, 13. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2017, s. 5561-563; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 1049-1051.

<sup>78</sup> **Kara**, Tuğçe: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 45.

<sup>79</sup> **Emmel**, (OR 339a), S. 767.

<sup>80</sup> **Çil**, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 701.

luya ait taşınır mal veya kıymetli evrak üzerinde kurulabilir. Oysa ücrette ortada mülkiyeti işverene ait olan bir miktar para söz konusudur.

Hapis hakkının kullanılabilmesi için yasada belirlenen ikinci koşul, *muaccel olmuş bir alacağın varlığının bulunmasıdır*. Ancak TMK. m.952’de bu durumun istisnaları şu şekilde sayılmıştır; “*Alacaklı, borçlunun ödemededen acze düşmesi hâlinde, alacağı muaccel olmasa bile, hapis hakkını kullanabilir.*”

*Borç ödemededen aciz, taşınırın tesliminden sonra meydana gelmiş veya daha önce meydana gelmiş olmakla beraber alacaklı bu durumu teslimden sonra öğrenmiş ise; o şeyin belli bir yönde kullanılacağı konusunda alacaklı tarafından yüklenilmiş bir yükümlülük veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla bağdaşmasa bile, alacaklı hapis hakkını kullanabilir.*” Böylece borçlu aciz halindeyse muacceliyetin beklenmesine gerek kalmamaktadır.

Hapis hakkının doğması için aranan üçüncü koşul, *alacak ile taşınır eşya veya kıymetli evrak arasında bağlantının bulunmasıdır*. Burada söz edilen bağlantı, alacak ile hapis hakkına konu olan eşyaların aynı iş ilişkisinden kaynaklanmış olmasıdır. Bağlantının varlığının tespitiyle ilgili olarak, öğretide şu yönde bir belirleme yapılmıştır; borç yerine getirilmeden, alacaklıdan taşınır mal veya kıymetli evrakı geri vermesini istemenin dürüstlük kuralına aykırı düşeceği hallerde bu ilişkinin var olduğu kabul edilir<sup>81</sup>. Bu nedenle, işçiye, işin yürütümü için verilen araç ile onun ücreti arasında doğal bir bağ olduğu kabul edilmektedir<sup>82</sup>. Benzer şekilde, işçinin işverenle anlaşarak, işin görülmesi için işyerine getirdiği kendisine ait araç ya da malzeme de iş sözleşmesinden kaynaklandığından, işveren tarafından hapis hakkına konu edilebilecektir<sup>83</sup>.

Hapis hakkının kullanılabilmesi için aranan son koşul, *hapis hakkının kullanılmasının bertaraf edilmemiş olmasıdır*. Bu durumlar TMK. m.951/2’de üç farklı şekilde belirlenmiştir; “*Alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hâllerde de hapis hakkı kullanılamaz.*” Ancak iş hukuku dinamikleri açısından bakıldığında, öğretide bir görüşe göre, kamu düzeniyle bağdaşmayan durumlar hariç alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla hapis

<sup>81</sup> Ertaş, s. 598; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1046-1048; Kara, s. 48.

<sup>82</sup> Yürekli, s. 350.

<sup>83</sup> Kara, s. 48.

hakkı kaldırılamamalıdır. Yazarın bu sonuca varmasına neden olan temel gerekçesi ise, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m.339a’daki bu hükmün mutlak emredici nitelikte hükümler arasında sayıldığına yönelik İsviçre Borçlar Kanunu m.361 hükmüdür<sup>84</sup>. Hukukumuzda benzer bir yasal düzenleme bulunmasa da, aksinin kabulü özellikle işverenlerin işçinin hapis hakkını kullanmasını engelleyecek sonuçlar doğurabileceğinden, kanaatimizce de aynı sonuca varmak gerekmektedir.

Hapis hakkının alacaklıya sağladığı iki temel yetki bulunmaktadır. Bunlardan birincisi *alacaklının zilyetliğinde bulunan eşyayı borçluya geri vermekten kaçınma* ikincisi ise söz konusu *eşyayı paraya çevirme* yetkisidir. Paraya çevirme hakkının kullanılabilmesi için ise, TMK. m.953/1’deki, *“Borç yerine getirilmez ve yeterli güvence de gösterilmezse alacaklı, borçluya daha önce bildirimde bulunarak, hapsettiği şeylerin teslimine bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir.”* hükme uygun hareket edilmesi gerekir.

## **VI. YÜKÜMLÜLÜĞÜ YERİNE GETİRMEMENİN SONUÇLARI**

### **A. Geri Verme Şekli**

Geri verme yükümlülüğünü belirleyebilmek için tarafların geri verme borcunun içeriğinde hangi kalemlerin bulunduğunu tespit etmek önem arz etmektedir. Öte yandan, geri vermenin ne şekilde gerçekleşeceği üzerinde de durulmalıdır. Şayet geri verme konusu olan şey teslim anında geri verme borçlusunun elinde tam ve eksiksiz/hasarsız bir şekilde bulunmaktaysa ve bu şekilde geri verildiyse borcun ifası gerçekleşmiş olacaktır. Ancak şayet geri verme anında söz konusu eşya borçlunun elinde değilse veya eksik/kusurlu bir şekilde mevcutsa işte bu durumda geri verme borcunun kapsamının hangi esaslara göre yapılacağına belirlenmesi gerekmektedir.

Geri verme yükümlülüğünün kapsamı Türk Borçlar Kanunu’nun sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tayin edilmelidir. Özellikle sözleşmenin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda işçinin mirasçılarının geri verme borcunun belirlenmesi hususu önem arz etmektedir. Buna göre sözleşmenin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda iade yükümlülüğü doğan taraf, iadenin istendiği sırada elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık, iade konusu şey, iade yükümlüsü olan tarafça iyiniyetli olunmaksızın elden çıkarılmışsa ya da iade yükümlüsü tarafın, şey elden çıkarılırken ileride geri vermek zorunda kala-

<sup>84</sup> **Yüreklî**, s. 351.

cağını hesaba katması gerekiyorsa, geri verme yükümlülüğüne konu şeylerin tamamını vermesi zorunludur<sup>85</sup>.

Ele alınacak bir başka konu ise, geri verme borçlusunun eşyayı **geri vermekten kaçınma yetkisi**dir. Eşya hukuku ilkelerine göre, iyiniyetli zilyedin geri verme zamanında sahip olduğu haklardan biri de elindeki şeyle ilgili yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etme ve tazmin gerçekleşinceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilmesidir. TMK. m. 994/1’de, “*İyiniyetli zilyet, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat ödeneinceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir.*” hükmü yer almaktadır. Özellikle işçinin işveren karşısındaki geri ödeme borcu açısından gündeme gelebilecek bu hak, hapis hakkı değil, geri vermeden kaçınma yetkisi olarak görülmektedir<sup>86</sup>.

### B. Geri Verme Talebi

İncelemiş olduğumuz geri verme borcu taraflarca yerine getirilmediği takdirde karşı tarafın geri vermeyi nasıl talep edeceği hususu uygulamada önem taşımaktadır. Geri verme yükümlülüğünün ortaya çıktığı anda aradaki iş sözleşmesi sona ermiş olsa da, talepler iş ilişkisinden kaynaklandığından, iş yargılaması esasları uygulanacaktır. Tarafların talep ettikleri şey, para veya parasal değeri olan mahiyette ise, (örneğin ücret ve masraf avansı ya da bilgisayar, cep telefonu gibi) söz konusu talep, öncelikle arabuluculuk sürecine tabi olacak, anlaşamama durumunda ise alacak davasına konu edilecektir. Şayet geri verilecek şeyin aynıyla verilmesi mümkün değilse, bu durumda alacak tazminat talebine dönüşecektir. Bu durumda yargılama sürecine arabuluculuktan başlanacak, ardından iş mahkemesinde uyuşmazlık çözüme kavuşturulacaktır. Zira İş Mahkemeleri Kanunu m.5/1-a’da, “*...iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıkları*”nın iş yargısının görev alanına dahil olduğu ifade edilmiştir. Aynı Kanununun 3/1. maddesinde ise, “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*” hükmüne yer verilmesi suretiyle dava açmadan önce arabulucuya gidilmesi gereken hususlar açıklığa kavuşturulmuştur.

Geri verme konusunu oluşturan şey, şifre, diploma aslı gibi paraya çevrilmesi mümkün olmayacak nitelikteyse bu durumda, aynen ifa davası

<sup>85</sup> Kara, s. 44.

<sup>86</sup> Yürekli, s. 342.

şeklinde çözüme gitmek gerekecektir. Söz konusu dava öncesinde ise, arabuluculuğa gidilip gidilmemesi gerektiği hususunda ise kanaatimiz şu yöndedir; Öncelikle iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğa konu olan uyuşmazlıklar temelinde, işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talepli olabilmektedir. Aynen ifa şeklinde bir talep konusu dava şartı arabuluculuk için söz konusu edilmemiştir. Bu yönde bir talebin arabuluculuğa elverişsiz olmayacağı kanaatindeyiz. Zira bu talep tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri boyutta da değildir. O halde, taraflar söz konusu taleplerini iş yargısına başvurmadan ihtiyari arabuluculukla çözüme kavuşturabilmelidir<sup>87</sup>.

Geri verme borcunun zamanaşımı süresinin ne kadar olduğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, kanaatimizce burada da TBK. m.146’daki genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl esas alınabilir.

Geri verme borcunun zamanında yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak gecikme faizi belirlenirken ise, sıklıkla tazminat talebi söz konusu olacağından, kanaatimizce genel hükümlere göre, kanuni faiz uygulama alanı bulacaktır.

## SONUÇ

Uygulamada iş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları, genellikle kıdem/ihbar tazminatı, ücret, fazla çalışma ücreti, kullanılmayan yıllık izin süresine ait ücret gibi parasal talepler ya da işe iade olarak karşımıza çıkmaktadır. Oysa iş ilişkisi sona erdiğinde, tarafların birbirlerinden aldıkları şeyleri de geri vermeleri gerekmektedir. İş ilişkisinin sona ermesinin sonuçlarından olan ve TBK. m. 443’de düzenlenen “Geri Verme Yükümlülüğü” başlıklı maddenin incelendiği çalışmada, öncelikle geri verme borcu kapsamında neler olduğu belirlenmeye çalışılmıştır. Sözleşmenin iki tarafı için de öngörülen geri verme yükümlülüğü, sözleşmenin sona ermesinin sonuçlarından biri olarak düzenlenmiştir. Maddede tarafların birbirlerinden veya hizmetle ilişkili olarak üçüncü kişilerden diğeri adına aldıkları şeyleri geri vermelerine ilişkin esaslar belirlenmiştir.

<sup>87</sup> İş hukukunda ihtiyari arabuluculukla ilgili olarak bkz. **Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural**: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2019, s. 212 vd.; İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk Eğitim Kitabı, Ed. Doç. Dr. Yeliz **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yazarlar, **Civan, O. Ersun/Manav Özdemir, A. Eda/Savaş Kutsal, F. Burcu/Evcimen, Ahmet**, Ankara 2023, s. 279 vd.; **Musal**, Neyir Şeyda: İş Hukukunda İhtiyari Arabuluculuk, Platon Hukuk, İstanbul 2021, s. 90 vd.

Geri verme borcuna ilişkin uyuşmazlıkların sayısı, iş uyuşmazlıkları arasında yüksek bir orana ulaşmamaktadır. Bu durum, çalışmamıza eklemek amacıyla örnek yargı kararı bulmada yaşadığımız zorluk olarak karşımıza çıkmıştır. Ancak bu durum geri verme borcunun ihlal edilmediği şeklinde anlaşılmalıdır. Kanaatimizce iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra taraflar daha ziyade yüksek miktardaki parasal alacaklara odaklandıklarından, özellikle maddi değeri düşük olan ya da hiç olmayan pek çok şeyin davaya konu edilmemesine neden olmuştur. Benzer şekilde arabuluculuk sürecinde de anlaşmaya varan taraflar genellikle tüm alacakları kapsayacak toplam bir rakam üzerinde hemfikir olma eğiliminde olduklarından, arabuluculuk oturumlarında da geri verme yükümlülüğünün gündeme gelme olasılığının düşük olduğu kanaatindeyiz.

Geri verme borcuna ilişkin detaylar belirlenirken, m.443’de her ne kadar talep edilebilecek şeyler sayılmış olsa da, bu sayım sınırlı sayı esasına göre yapılmadığından, başka kalemler de geri verme borcuna konu olabilmektedir. Çalışmamızda, uygulaması sık olan araç ve lojman tahsisi durumlarına değinilmiş olup, anılan hususlarda detaylı mevzuat hükmüne ihtiyaç olduğu kanaatine varılmıştır.

Yapılan değerlendirme sonucunda, geri verme borcunun yerine getirilmesi esnasında uyuşmazlık çıkma nedenlerinden birinin iş sözleşmesinin sona erme zamanı ve özellikle de fesih türü hususunda taraflar arasında anlaşmazlık yaşandığı durumlar olduğu kanaatindeyiz. Ancak ikale gibi tarafların anlaşarak sözleşmeyi bitirdikleri durumlarda geri verme zamanı ya da geri verilecek şeyler hususunda uyuşmazlık söz konusu olmayacaktır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla geri verme yükümlülüğünün uyuşmazlığa konu olmasına yol açan durumlardan biri de, tarafların iadeye ilişkin özel bir belirleme yapmamalarıdır. İş sözleşmelerinde bu yönde bir hükme rastlayamadığımız gibi toplu iş sözleşmelerinde de konuya değinilmediği görülmektedir. Yurt dışındaki uygulamalara bakıldığında, tarafların iş sözleşmesinin eki mahiyetinde ya da sonradan hazırladıkları “iade protokolleri” ile geri vermeye ilişkin belirsizlikleri giderdikleri görülmektedir. Ülkemiz uygulamasında da durumun yaygın hale getirilmesi için öncelikle geri vermeye ilişkin hükmün bilinirliğinin artırılması gerekir. İş Kanunu’nda yer almayıp, 6098 sayılı TBK ile mevzuatımızda yer verilen hüküm, kanaatimizce özellikle işverenlerce gözden kaçırılmaktadır. Özellikle büyük işyerlerinde matbu şekilde hazırlanacak iade protokolleri işverenler bakımından hem kolaylık sağlayacak hem de geri verme hususunda farklı işlem yapılmamasını sağlayabilecektir. Son olarak önemle belirtmekte fayda vardır ki, TBK m.443 genel hüküm niteliğinde olduğundan, incelediğimiz hüküm tüm iş ilişkilerine uygulanacak niteliktedir.

### KAYNAKÇA

- Abegg, Andreas/Bernauer, Christof:** Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), Auflage 10., nachgeführte und erweiterte Auflage, 2021, 993-994, S. 994, (OR 339a).
- Aktay, A. Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, Emine Tuncay:** İş Hukuku, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2013.
- Alpagut, Gülsevil:** “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, S. 25, s. 23-32.
- Arslan Ertürk, Arzu:** Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Astarlı, Muhittin:** İş Hukukunda İ kale (Bozma Sözleşmesi), Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Ayboğa, Çağrı:** “Araç Zimmet Sözleşmesi Örneği”, <https://ayboga.av.tr/ arac-zimmet-sozlesmesi-ornegi/>, erişim tarihi 12.06.2024.
- Aydın, Ufuk:** “İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümü”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, Y. 2006.
- Bedük, Mehmet Nusret:** Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Yayınları, Bursa 2012.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz (Ed.):** İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk Eğitim Kitabı, Yazarlar: **Civan, O. Ersun/Manav Özdemir, A. Eda/Savaş Kutsal, F. Burcu/Evcimen, Ahmet**, Ankara 2023.
- Bulun Tokkaş, Sevde:** “İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD), C. 29, S. 1, Y. 2021, s. 179-217.
- Caniklioğlu, Nurşen/Seçkin, Muhammed Türkalp:** “İş Araç ve Malzemelerinin İşçi Tarafından Temin Edilmesi ve İşveren Tarafından Ödenmesi Gereken Uygun Karşılık”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2024, S. 51, s. 11-35.
- Centel, Tankut:** İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Civan, Orhan Ersun:** İşçinin Yan Yükümlükleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment:** İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2023.



- Çankaya**, Osman Güven/**Günay**, Cevdet İlhan/**Göktaş**, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2005.
- Duman**, Berna: Türk İş Hukukunda İkale, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- Ekmekçi**, Ömer/**Yiğit**, Esra: Bireysel İş Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Ekmekçi**, Ömer/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2019.
- Emmel**, Frank: Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge, OR. Art. 339a.
- Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, 13. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2017.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.
- Joussen**, BeckOK ArbR/Hrsg. Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching: 71. Ed. 1.3.2024, BGB § 611a.
- Kaba**, Servet: “Avans Niteliğinde Yapılan Ödemelerin Yasal Açından Değerlendirilmesi”, <https://pkf.com.tr/avans-niteliginde-yapilan-odemelerin-yasal-acidan-degerlendirilmesi/>, erişim tarihi, 10.07.2024.
- Kabakcı**, Mahmut: “Tır Şoförlerine Sefer Başına Yapılan Ödemelerin Niteliği: Harcırah Ya da Prim?”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2015, C. 89, S. 1, s. 40-51.
- Kar**, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Kara**, Tuğçe: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- Karaç**, Serkan Taylan: Türk İş Hukukunda İkale (Bozma) Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.
- Kılıçoğlu**, Mustafa/**Şenocak**, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, Hukuk Kitapları Serisi: 96, İstanbul, 2007.
- Kocagil**, İpek: “İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları”, Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHFD. 20/1 (2014), s. 429-457.
- Meyer**, Ulrich/**Reichmuth**, Marco: IVG Art. 18a Arbeitsversuch, RBS - Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Auflage 4, 2023.

- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykion, Ankara 2022.
- Musal**, Neyir Şeyda: İş Hukukunda İhtiyari Arabuluculuk, Platon Hukuk, İstanbul 2021.
- Narmanhoğlu**, Ünal: Ferdi İş İlişkileri-I, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Rehbinder**, Manfred/**Stöckli**, Jean-Fritz: Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar, Auflage, 2014.
- Schaub**, Linck: Arbeitsrechtshandbuch 20. Auflage 2023, 150., Herausgabepflichten des Arbeitnehmers nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.
- Schucht**, Carsten: “Das Recht der Arbeitsmittel”, Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht, InTeR 2015, S. 74, s. 74-81.
- Sümer**, Haluk Hadi: Bireysel Basın İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, (Basın).
- Sümer**, Haluk Hadi: İş Hukuku, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 102, (İş Hukuku).
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.
- Tolga**, Serkan: “İşletme Personeline Konut Tahsisi”, Vergi Raporu Dergisi, S. 217, Ekim 2017, s. 34-41.
- Tulukçu**, Binnur: İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Yılmaz**, Halil: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamasında Avans, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Yücel** Bodur, Mehtap: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- Yürekli**, Sabahattin: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.



## TIBBİ KORUNMA HAKKI BAĞLAMINDA HPV AŞISI VE TOPLUMSAL CİNSİYET

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1479880>

**Doç. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT\***

**Av. Uzl. Sureyya Kardelen YARLI\*\***

### Öz

*Human papillomavirus olarak tıp literatürüne giren HPV, sadece belirli bir kesimin karşılaşılabileceği ya da belirli bir insan topluluğunda sağlık sorunlarına yol açan bir virüs değildir. Günümüzde birbirinden farklı hayat tarzında ya da cinsel kimlik ve yönelimdeki bireylerin bu virüsle karşılaşılabileceği göz önüne alındığında, HPV ile ilgili riskler konusunda toplumsal farkındalığın artırılması büyük önem taşımaktadır. Bilimsel araştırmalar, tarama programlarının ve aşıların HPV ile ilişkili enfeksiyonları önlemede etkili olduğunu ortaya koymuştur. HPV aşısı ülkemizde halen ulusal aşılama programına alınmamıştır ve ilgili aşıya erişim yüksek bir maliyetle söz konusu olmaktadır. Bu çalışma ile amaçlanan; öncelikli olarak tıbbi korunma hakkı çerçevesinde HPV aşısına ücretsiz erişimin hukuki dayanaklarını ortaya koymak, sonrasında Türkiye’de mevcut güncel aşı politikası karşısında HPV aşısında yürütülen hukuki süreç hakkında bilgi vermek, HPV aşısına yaklaşımlar, HPV farkındalığı hakkında yayınlanan bilimsel araştırma sonuçlarını paylaşmak ve HPV’nin feminizasyonunun yol açtığı cinsiyet eşitsizliğinin sonuçları bağlamında, konunun toplumsal cinsiyet perspektifinden ele alınmasıdır.*

### Anahtar Kelimeler

*Human Papilloma Virüsü, HPV Aşısı, Cinsiyet Eşitliği, HPV Feminizasyonu, Tıbbi Korunma Hakkı*

\* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (ipek.sogut@ozyegin.edu.tr) ORCID: 0000-0002-3501-6593 (Gönderim Tarihi: 07.05.2024-Kabul Tarihi: 01.07.2024) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

\*\* İstanbul Barosu, İstanbul (kardelenyarli@gmail.com) ORCID: 0009-0009-2341-2765 (Gönderim Tarihi: 07.05.2024-Kabul Tarihi: 01.07.2024) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

**HPV VACCINATION AND SOCIETAL GENDER  
WITHIN THE CONTEXT OF THE RIGHT TO  
MEDICAL PROTECTION**

*(Research Article)*

**Abstract**

*Human papillomavirus, known in the medical literature as HPV, is not a virus that only a specific segment of the population might encounter or one that only causes health problems in certain groups. Given that individuals with diverse lifestyles, sexual identities, and orientations can encounter this virus today, it is crucial for societal awareness of the risks associated with HPV to be raised. Scientific research has demonstrated that screening programs and vaccines are effective in preventing HPV-related infections. The HPV vaccine has not yet been included in the national vaccination program in our country, and access to this vaccine is associated with high costs. The aim of this study is to, firstly, establish the legal basis for free access to the HPV vaccine within the framework of the right to medical protection, then to provide information on the legal processes surrounding the HPV vaccine in the context of the current vaccination policy in Turkey, to share the results of scientific research published on approaches to the HPV vaccine and HPV awareness, and to address the issue from a gender perspective in the context of the consequences of the feminization of HPV and the resulting gender inequality.*

**Keywords**

*Human Papillomavirus, HPV Vaccine, Gender Equality, HPV Feminization, Right to Medical Protection*

## GİRİŞ

*Human papillomavirus* olarak tıp literatürüne giren HPV<sup>1</sup>, toplumda sadece belirli bir kesimin karşılaşılabileceği ya da belirli bir grup insan bakımından sağlık sorunlarına yol açan bir virüs değildir. Dolayısı ile, günümüzde farklı hayat tarzlarını benimseyen, farklı cinsel kimlik ve yönelimdeki bireylerin bu virüsle karşılaşabilmesi söz konusu olabileceğinden, HPV ile ilgili riskler konusunda toplumsal farkındalığın artırılması büyük önem taşımaktadır. HPV, bir dizi anogenital kansere (örneğin, serviks, penis, anal, vajinal, vulvar) ve genital siğillere neden olabilir<sup>2</sup>. HPV, kadınlarda rahim ağzı (serviks) kanserine yol açan ana etmendir ancak ilgili virüs, cinsel kimlik ya da yönelime göre farklılık göstermemekte ve her birey için risk oluşturmaya devam etmektedir. İlgili virüsün sadece rahim ağzı kanseri ile ilişkilendirilmesi; hem HPV'nin feminizasyonuna neden olarak bu konudaki sorumluluğun sadece kadınlarca üstlenilmesine yol açmaktadır hem de esasen toplumdaki tüm bireyler bakımından risk oluşturan ilgili virüse karşı koruyucu önlemlerin bütüncül ve yaygın şekilde ele alınmasına engel olmaktadır.

HPV'yi önlemek ve enfeksiyonlara erken tanı koymak için birden fazla yöntem mevcuttur. Bunun en etkili yöntemi aşıdır. HPV aşısı<sup>3</sup>, tek başına ömür boyu yeterli olmasa dahi, ilgili virüsün en yüksek riskli türlerinin kansere neden olmasını engellemektedir<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Human Papilloma Virus (HPV) İnsan Papilloma Virüsü olarak bilinmektedir. Bu virüsün yaklaşık 40 farklı türü, genital bölgeyi enfekte ederek siğile neden olurken, bazı türleri ise, en fazla rastlanan kanser türü olarak rahim ağzı kanserine neden olabilmektedir. Bu virüs ile enfekte olmuş insanların %40'ının, cinsel yaşamlarının ilk iki yılı içerisinde bu enfeksiyonu geçirdikleri ifade edilmektedir. Kanser öncesi lezyonlar daha çok 20-29 yaş aralığında görülürken, kansere dönüşmüş enfeksiyonlar ise daha çok 40-49 yaş aralığında görülmektedir. Rahim ağzı kanserine neden olan virüsle mücadelede erken teşhis, ilgili hastalığın tedavisini mümkün kılması bakımından çok önemlidir. **İnce, Ufuk/Akar Muhammed/İldız, Nilay:** "Human Papilloma Virüsü (HPV) Güncel Tedavi ve Korunma Yöntemleri", Sağlık Bilimleri Dergisi, Sayı 26, 2017, s. 189.

<sup>2</sup> **Daleya, Ellen M./Vamosa, Cheryl A./Thompsona, Erika L./Zimetb, Gregory D./Rosbergerc, Zeev/Merrelld, Laura/Klinee, Nolan S.:** "The feminization of HPV: How science, politics, economics and gender norms shaped U.S. HPV vaccine implementation", Papillomavirus Research, Vol. 3, 2017, s. 142.

<sup>3</sup> Günümüzde üç farklı HPV aşısı bulunmaktadır: Bunlardan ilki 2006 yılında uygulamaya başlayan Gardasil' dir. Bu aşığı takiben, Cervarix ve Gardasil 9 aşıları ortaya çıkmıştır. Gardasil ve Gardasil 9 aşıları, hem rahim ağzı kanseri hem de genital siğilleri önlemeye yönelik iken, Cervarix sadece rahim ağzı kanserine karşı koruma sağlamaktadır. **İnce/Akar/İldız, s. 189.**

<sup>4</sup> **Çekiç, Ekin Nur:** "Türkiye'de HPV Aşısı Uygulamaları: Toplumsal Cinsiyet Perspektifinden Bakış", Akademi, 19.08.2021, <https://www.tuicakademi.org/turkiyede-hpv-asi-uygulamaları-toplumsal-cinsiyet-perspektifinden-bakis>, (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

*Human papilloma* virüsü (kısaca HPV veya İPV) 200'den fazla türü olan *papillomavirus* ailesine üyedir. Deri ve mukozal yüzeylerin bazal epitel tabakalarını enfekte edebilen bir DNA virüsüdür. Bu virüsün 40 farklı türü, cinsel ilişki yolu ile bulaşır ve dünyada yaygın olan cinsel hastalıklara neden olmaktadır. HPV, daha önce de ifade edildiği üzere, bireylerin cinsel yönelim farklılığına göre değişim göstermemektedir ve cinsel yolla bulaşması bakımından doğrudan penetrasyon gerçekleşmesini de gerektirmez. Aktif lezyon ya da siğil olan genital bölge ile cilt teması da, ilgili virüsün bulaşması için yeterli olabilmektedir<sup>5</sup>.

Yapılan araştırmalar, ilgili enfeksiyonun %65 oranında, cinsel birliktelik sonrasında geliştiğini ancak bunun yanında, çok nadir de olsa umumi tuvalet, duş gibi, hijyeni tam sağlanmamış yerlerden de ilgili virüsün bulaşabileceğini ortaya koymaktadır. İlgili çalışmalar, HPV'nin bulaşma ihtimalinin kişinin yaşamı boyunca %80 civarlarında olduğunu ve ilgili virüsün %90 oranında genellikle iki sene içinde, vücut bağışıklığı tarafından baskılanarak vücuttan uzaklaştırıldığını göstermektedir. HPV'nin yaklaşık %5 ya da 10 ihtimalle de, devam eden bir hastalığa neden olduğu bilinmektedir<sup>6</sup>.

Yüksek riskli HPV türlerinin enfeksiyonu, özellikle az gelişmiş ülkelerde, hem erkeklerde hem de kadınlarda enfeksiyona bağlı kanserlerin başlıca nedenlerindedir. Bunlar arasında rahim ağzı (serviks) kanseri, anüs, vulva, vajina, penis ile baş ve boyun kanserleri bulunmaktadır. Rahim ağzı kanseri, tüm dünyada kadın kanserleri içerisinde meme ve kolorektal kanserlerden sonra üçüncü sıklıkta yer almaktadır. Ölüm oranlarına göre ise, kadın kanserleri içinde dördüncü sırada bulunmaktadır ve HPV ile ilişkili enfeksiyonların önlenmesinde tarama programları ve aşılar etkili olmaktadır<sup>7</sup>. Rahim ağzı kanseri, tarama testi ile erken teşhis edilerek önlenebilen en önemli jinekolojik kanser türüdür. Hastalıktan korunmada birincil olarak önleyici aşı uygulaması yer alırken; günümüzde uygulanan tarama testleri ise, HPV'yi erken dönemde belirleyip, sebep olduğu lezyonları erken tedavi ederek, zarar verici doku gelişmesini önleyen ikincil bir koruma olarak

<sup>5</sup> Artuk, Cumhur/Gül, Hanefi Cem/Coşkun, Ömer: "Human Papilloma Virüs (HPV) Aşılmasına Güncel Bakış", TAF Preventive Medicine Bulletin, Cilt 3, Sayı 12, 2013, s. 327-334.

<sup>6</sup> Aydoğdu, Saadet Gonca Mavi/Özsoy, Ülkü: "Serviks kanseri ve HPV", Androloji Bülteni, Sayı 20, 2018, s. 25-29.

<sup>7</sup> Artuk/Gül/Coşkun, s. 327; Pak Güre, Merve/Karataş, Mustafa/Başçılar, Mehmet: "«HPV Aşısı Haktır»: Halk Sağlığı Sosyal Hizmeti Perspektifinden HPV İle İlgili Tweetlerin Analizi", Toplum ve Sosyal Hizmet, Cilt 33, Sayı 3, 2022, s. 956.

karşımıza çıkmaktadır<sup>8</sup>. Önleyici HPV aşısı yeni bir enfeksiyon gelişimini önler, fakat vücutta var olan enfeksiyonu tedavi etmez<sup>9</sup>. Kişinin cinsel yünden aktif olmadığı 9-13 yaş döneminde ise, aşı uygulamasıyla yüksek düzeyde koruma sağlanır<sup>10</sup>.

HPV enfeksiyonunu önlemek için, en yaygın kansere neden olan HPV alt tipleri olan 6, 11, 16 ve 18'i içeren farklı HPV aşıları bulunmaktadır ve bu aşılar rahim ağzı kanserinin %15'ine karşı koruma sağlar<sup>11</sup>. Bu amaçla geliştirilen bivalan ve kuadrivalan HPV aşıları, hem kadınlarda hem de erkeklerde kullanılmaktadır. Bivalan aşı HPV 16 ve 18'e, kuadrivalan aşı ise, HPV 6, 11, 16 ve 18 virüslerine karşı etkilidir. Gardasil ve Cervarix, U. S. Food and Drug Administration (FDA) tarafından kabul edilen koruyucu aşı-lardandır. Gardasil veya Cervarix'in rahim ağzı kanserinden koruyuculuğu için süre, şimdilik en az 5 yıl olarak bildirilmektedir<sup>12</sup>.

## I. TIBBİ KORUNMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE HPV AŞISI

Pozitif bir statü hakkı olarak nitelendirilebilecek sağlık hakkı, özel olarak tıbbi bakım hakkı (sağlık hizmeti hakkı), en genel anlamı ile sağlıklı yaşam koşullarına sahip olma hakkını ifade eder. Diğer bir ifade ile sağlık hakkı, "toplumda sağlığı koruyucu koşulları" talep etme hakkını içermektedir<sup>13</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) vermiş olduğu bir kararda<sup>14</sup> sağlık hakkına ilişkin yapılan tanımda, devletin pozitif yükümlülüklerine vurgu

<sup>8</sup> Aydoğdu/Özsoy, s. 27.

<sup>9</sup> Jeronimo, Jose/Castle, Philip E./Temin, Sarah/Denny, Lynette/Gupta, Vandana/Kim, Jane J: "Secondary prevention of cervical cancer: ASCO Resource-Stratified Clinical Practice Guideline", Journal of Global Oncology, Sayı 3, 2017, s. 635-657.

<sup>10</sup> Finocchario-Kessler, Sarah/Wexler, Catherine/Maloba, May/Mabachi, Natabhona/Ndikum-Moffor, Florence/Bukusi, Elizabeth: "Cervical cancer prevention and treatment research in Africa: a systematic review from a public health perspective", BMC Womens Health, 2016, s. 16-29.

<sup>11</sup> Practice Bulletin No. 168: Cervical Cancer Screening and Prevention, Obstet Gynecol, Vol. 128, No.3, 2016, e111-e130, doi: 10.1097/AOG.0000000000001708, (Erişim Tarihi: 10.04.2024).

<sup>12</sup> Ozan, Hakan/Çetinkaya Demir, Bilge/Atik, Yeliz/Gümüş, Ertaç/Özerkan, Kemal: "Kadın Hastalıkları ve Doğum Polikliniğine Başvuran Hastaların Human Papilloma Virüs ve HPV Aşısı Hakkındaki Bilgi Düzeylerinin Belirlenmesi", Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Cilt 37, Sayı 3, 2011, s. 145-148.

<sup>13</sup> Özsoy Boyunsuz, Şule: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı", Güncel Hukuk, Cilt 4, Sayı 124, 2014, s. 52.

<sup>14</sup> AYM, T. 3.10.2013, E. 2012/103, K.2013/105, R.G. T.17.12.2014, S. 29208, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2013-105-nrm.pdf>, Erişim Tarihi: 10.04.2024)



yapılmaktadır: “Sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkandan yararlanma hakkıdır”. Bu tanımdan hareketle devletten talep edilebilecek haklar, bireysel ve toplumsal koruyucu sağlık hizmetlerinin sağlanması hakkı ile hastalık ve ihtiyaç halinde sağlık imkanlarından yararlanma hakkı olarak iki ana kategoride toplanabilir<sup>15</sup>.

İnsan haklarının sağlıkla yakın ilişkisi, devletin sağlık alanındaki yükümlülükleri bakımından büyük önem taşımaktadır. Sağlık haklarının gerçekleştirilmesi bakımından devletin sağlık hizmeti verme, var olan özel sağlık hizmetlerini denetleme, düzenleme ve finansmanı konusundaki yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır<sup>16</sup>.

Bu noktada sağlık hakkı ve hukuk ekseninde Avrupa Konseyi düzenlemeleri, Birleşmiş Milletlerin (BM) bazı düzenlemeleri ile uluslararası bir yapı olan Avrupa Birliği'nin (AB) belge ve düzenlemelerini dikkate almak gereklidir. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si çerçevesinde sağlık hakkına bakıldığında, doğrudan sağlık hakkı başlıklı bir madde görülmemekle birlikte, özellikle 25. maddenin 1. fıkrasında sağlık hakkı ile doğrudan bağlantısı olan bir hüküm karşımıza çıkmaktadır<sup>17</sup>:

*“Herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlığı ve iyi yaşaması için yeterli yaşama standartlarına hakkı vardır; bu hak, beslenme, giyim, konut, tıbbi bakım ile gerekli toplumsal hizmetleri ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ya da kendi denetiminin dışındaki koşullardan kaynaklanan başka geçimini sağlayamama durumlarında güvenlik hakkını da kapsar.”*

BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de ise, sağlık ile bağlantılı düzenlemeler 18, 19, 21 ve 22. maddelerin içeriğinde yer almakla birlikte, bu maddelerde belirtilen sağlık kavramı kamu sağlığına ilişkin olup, bireysel sağlık hakkı bağlamında ifadeler taşıdığı söylenemez. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12. maddesinin 1. fıkrasındaki “Bu sözleşmeye taraf devletler, herkesin ulaşabileceği en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını

<sup>15</sup> **Yüzbaşıoğlu**, Cihan: Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 8.

<sup>16</sup> **Sever**, Dilşad Çiğdem: “Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, **Yücel**, Özge/**Sert**, Gürkan (eds), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 80.

<sup>17</sup> **Kanadoğlu**, Korkut/**Bozkurt**, Kutluhan, Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AİHM İçtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2021, s. 10-11.

*kabul ederler*” hükmü ise, sağlık hakkının gelişiminde önemli bir role sahiptir<sup>18</sup>.

Sağlık hakkı bağlamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) bakıldığında, sağlığın korunmasına özgü bir temel hak tanımının olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte, sağlık hakkı, kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü, bu kavramın sağlık hakkı ile olan derin bağlantısı sebebi ile, AİHS’nin 8. maddesi anlamında özel yaşamın korunması kapsamında değerlendirilerek, AİHM tarafından pek çok karara imza atıldığı görülmektedir. Avrupa Sosyal Şartı’nın sağlık hakkı ile ilgili en önemli düzenlemesi ise, 11. maddede hüküm altına alınmıştır. Bu madde hükmü ile “sağlığın korunması” bir hak olarak düzenlenmiştir<sup>19</sup>.

Bu noktada iç hukukumuzun bir parçası olan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ne (Biyotıp Sözleşmesi) değinmek uygun olacaktır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin, biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda, Avrupa Konseyi’nin Biyoetik Yürütme Kurulu (Steering Committee on Bioethics) tarafından hazırlanan ve 4.4.1997 tarihinde İspanya’nın Oviedo kentinde kabul edilmiş bulunan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (kısa adıyla Oviedo veya Biyotıp Sözleşmesi)”; Türkiye tarafından, 3.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanunla kabul edilmiş ve Bakanlar Kurulunun 16.3.2004 tarihli ve 2004/7024 sayılı kararıyla bazı çekinceler koyularak onaylanmıştır<sup>20</sup>.

Biyotıp Sözleşmesi’nin sağlık hakkı ile bağlantılı olan “bedensel zararlar” konusu ile sözleşmenin 1. maddesi bağlamındaki “bedensel bütünlük” noktasında hukuki bir bağ kurmak mümkündür. Sözleşme kapsamında bedensel zararlardan kaynaklı sağlık hakkı ve bu hakkın korunması olgusu da göz önünde bulundurulmalıdır. Sözleşme’nin 3. maddesi ile de doğrudan sağlık hizmetleri ve bu hizmetlere adil bir şekilde erişim hakkı düzenlenmiştir. Aynı sözleşme’nin 25. maddesi ise, “yaptırımlar” hususu düzenlenmektedir. Sözleşme kapsamında sağlık hakkı ile bağlantılı olabilecek ilgili maddelerin ihlali halinde, sözleşmenin ilgili maddelerinin de ihlalinin söz

<sup>18</sup> Kanadoğlu/Bozkurt, s. 14.

<sup>19</sup> Kanadoğlu/Bozkurt, s. 18 vd.

<sup>20</sup> Söğüt, İpek Sevda, “Biyotıp Sözleşmesi Hükümlerinin İç Hukuktaki Düzenlemelere Etkisi”, Tıp Hukuku Dergisi, Sayı 14, 2018, s. 182-183.

konusu olması dolayısıyla, bu sözleşmeye taraf ülkelerin yüklenmiş oldukları sorumlulukları gündeme gelecektir<sup>21</sup>.

Bütün bu uluslararası belgelerden sağlık hakkı ile ilgili ortaya çıkan öncelikli sonuç, devletin, özellikle yaşam hakkı söz konusu olduğunda, en azından asgari bir sağlık hizmetini üstlenmesi yükümlülüğüdür. Ekonomik sistemlerindeki farklılık nedeni ile bütün devletlerin kamu hizmetlerine yaklaşımı aynı olmamakla birlikte, sağlık alanında en azından asgari standartlarının aynı olması hedeflenmiştir ve devletlerin bu konuda ellerindeki olanakları kullanmaları beklenmektedir. Bu bakımdan aslında devletlere sosyal haklar alanında bir yükümlülük veren sağlık hakkı tam anlamı ile sağlığın gerçekleşmesi değil, belli bir makul asgarinin garantilenmesi anlamına gelmektedir<sup>22</sup>.

Sağlık hakkının gerçek bir hak kategorisinde sayılabilmesi için makul asgari kavramının içeriğinin belirlenmesi son derece önemlidir. Özellikle ekonomik anlamda çok farklı ülkeler bakımından sunulması zorunlu sağlık hizmetlerinin listesi çıkarmak mümkün değildir. Zira zamana ve koşullara bağlı olarak bu liste değişkenlik gösterebilecektir. Makul asgari ölçüt doğrudan fırsat eşitliği kavramından hareket edilerek, bireyin diğerleri ile eşit fırsatlara kavuşabilmesi için gerekli ön koşul olarak değerlendirilebilir. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi kendisini asgari yükümlülüklerin gerçekleştirildiğini ya da en azından taraf devlet bakımından yükümlü tutulan her hakkın asgari temel düzeylerinin sağlandığını gözlemekle görevli saymaktadır ve en azından düşük ücret hedefli programlarla incinebilir grupların korunması gereğini vurgulamaktadır. Bu bakımdan hamilelik ve doğumla ilgili kontroller, çocukların aşılınması, eşitlik ve ayırmacılık yasası ve bulaşıcı hastalıklar konusunda devletin hizmet vermemesi, asgari standartlara aykırılık oluşturabilecektir<sup>23</sup>.

Kısaca açıklanmaya çalışılan bu uluslararası normların, belirli standartlar ve yükümlülükler getirmesine karşılık; sağlık hakkı bakımından Avrupa Sosyal Şartında yer alan sınırlı şikayet başvurusu, sağlık hakkı bakımından ülkeler için hazırlanan değerlendirme raporları ve uluslararası sözleşmelerin iç hukukta uygulanması ve uluslararası insan hakları hukuku mekanizması olan AIHM'nin bu konularda karar vermesi dışında bir başvuru yolu bulunmamaktadır<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Kanadoğlu/Bozkurt, s. 25 vd.

<sup>22</sup> Sever, s. 84.

<sup>23</sup> Sever, s. 85-86.

<sup>24</sup> Sever, s. 87.

Sağlık alanındaki temel hakların Anayasa'daki temeli, yaşam hakkı ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi hakkıdır. Bu kapsamıyla sağlık hakkı, Anayasa'da bağımsız bir madde olarak ayrıntılı biçimde düzenlenmiş değildir. Anayasa md. 56/1'de, "*Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*" denilmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında "*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler*" hükmüne yer vermektedir. Doktrinde de ilgili maddenin sağlık hakkının ancak bir parçasını oluşturduğu tespit edilmiştir<sup>25</sup>.

Yine Anayasa'nın sosyal hukuk devleti vurgusunu yapan 2. maddesi; devletin, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama yükümlülüğüne atıf yapan 5. maddesi; kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını düzenleyen 17. maddesi; sosyal güvenlik hakkını düzenleyen 60. maddesi ile tüm sosyal hakların sınırı niteliğindeki, devletin bu haklar bakımından yükümlülüklerini, öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini belirten 65. maddesi, tıbbi korunma hakkı bağlamında HPV aşısına ücretsiz erişime dair talebin hukuki dayanaklarını oluşturmaktadır.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "*Sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile bunlardan yararlanma*" başlıklı 62. maddesi "*Bu Kanun gereğince genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir yükümlülüktür. Sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler yararlandırılır. Bu Kanun kapsamındaki kişilere sağlanacak sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile kişilerden alınan primlerin tutarı arasında ilişki kurulamaz.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Yine aynı Kanun'un "*Finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri ve süresi*" başlıklı 63. maddesi de, 62. madde ile birlikte HPV aşısına ücretsiz erişim hakkının yasa düzeyindeki hukuki dayanaklarından birini teşkil etmektedir.

HPV aşısının bedelinin karşılanmasına dair Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) yapılan başvurular, Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) olarak bilinen ve sağlık yardımları Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılanan ve kapsam maddesinde tanımlanan kişilerin, sağlıklı kalmalarını, hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını, iş kazası ile meslek hasta-

<sup>25</sup> Sever, s. 93.

lığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla Kurumca finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri, yol, gündelik ve refakatçi giderlerinden yararlanma esas ve usulleri ile bu hizmetlere ilişkin Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen Kurumca ödenecek bedellerin bildirilmesi amacını taşıyan tebliğ; HPV aşısı bedelinin SGK tarafından karşılanacak tıbbi uygulamalar arasında sayılmaması itirazı ile karşılaşmaktadır:

*“Sağlık Uygulama Tebliği’nin «Bedeli Ödenecek İlaçlar (EK-4/A)» başlıklı «4.1.9 bölümünde» Kurumca bedeli ödenecek olan ilaçlar Kurumun resmi sitesinde yayımlanan «Bedeli Ödenecek İlaçlar Listesi»nde (EK-4/A) belirtilmiştir. Bu listede “...ticari isimleri ve barkod/karekod numaraları yer almayan ilaçların bedelleri hiçbir koşulda Kurumca ödenmez...” hükmü bulunmaktadır. Bahse konu olan aşı, 2013 yılı SUT EK-4/A Bedeli ödenecek ilaçlar listesinde tanımlı olmadığından, kurumumuz geri ödemesi kapsamında değildir.”<sup>26</sup>*

Normlar hiyerarşisi içindeki yeri düşünüldüğünde, idarenin adsız düzenleyici işlemlerinden biri olan tebliğlerin; ihtiyaçlar karşısında güncellenerek, kanun veya kural koyucu işlemlerin uygulamaya geçirilebilmesi yani birel işlem yapılabilmesi için bu kanun ya da düzenleyici işlemleri gerekli açıklığa kavuşturmak amacıyla yapıldığı bilinmektedir. Diğer bir ifade ile, bir kuralın uygulamaya konulabilmesi için kural konulmasının söz konusu olmakta ve bu nedenle bu tip işlemler de “uygulayıcı kurallar” olarak nitelendirilmektedir<sup>27</sup>. Dolayısı ile, ilgili adsız düzenleyici işlemin, normlar hiyerarşisinde Anayasa’nın ilgili hükümlerine, iç hukukumuzun parçası haline gelmiş uluslararası sözleşmelere ve dayanağı olan Kanuna, aykırı bir hüküm içermesi hukuka uygun olmayacaktır. Ne yazık ki, en son 04/05/2024 tarihli ve 32536 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Sosyal Güvenlik Kurumu

<sup>26</sup> T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü, Süreyyapaşa Sağlık Sosyal Güvenlik Merkezi’nin, 16.12.2021 tarih ve E-79277824-104.03-37022572 sayılı yazısı.

<sup>27</sup> Adsız düzenleyici işlemlerin yönetmeliklerin uygulanmasını göstermek amacıyla hazırlandığını ve bu nedenle de “uygulayıcı kurallar” oluşturdukları ifade edilmektedir. Benzer bir gerekçe ile, bu işlemlerin kanun, tüzük ve yönetmeliklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla getirilen işlemler olması dolayısıyla, bunlara “ikincil kural işlemler” denilmesi önerilmektedir. Bu düzenleyici işlemlerin işlevleri nedeniyle normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin altında yer almaları gerektiği ifade edilmektedir. **Sevgili Gençay**, Fatma Didem: “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 63, Sayı 2, 2014, s. 414.

Sağlık Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ”de de, HPV aşısı SGK tarafından bedeli karşılanan tıbbi uygulamalar arasında sayılmamıştır.

## II. GÜNCEL AŞI POLİTİKASI KARŞISINDA TÜRKİYE’DE HPV AŞISINDA HUKUKİ SÜREÇ

HPV aşısı, henüz Türkiye ulusal aşı takviminde yer almamaktadır; uygulanması tamamen ailenin isteğine bağlıdır ve ücretlidir. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü Kanser Dairesi Başkanlığı, rahim ağzı kanserini “*Dünyada kadınlarda meme kanseri, kalın bağırsak kanserinden sonra dördüncü sıklıkta görülürken, ülkemizde dokuzuncu sıradadır. Rahim ağzı kanseri, nedeni tamamen aydınlatılmış bir kanser olup önlenabilir bir hastalıktır*” diyerek tanımlamış ve halen HPV aşısı ülkemizde ulusal aşılama programına alınmamıştır<sup>28</sup>. HPV aşısının Türkiye’de ulusal aşı programına dahil edilmesi için sivil toplum alanında çalışmalar yürütülse de henüz sonuç alınmamıştır:

*“T.C. Sağlık Bakanı’nın 2022 yılında HPV aşısının Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamında ücretsiz olarak uygulanacağı ve HPV aşısı üretiminin sağlanacağına ilişkin demecinin üzerinden iki yıla yakın zaman geçmiş, ancak herhangi bir gelişme olmamıştır. Bir kişide yeterli bağışıklık yanıtı oluşması için gerekli HPV aşı dozları toplam fiyatı, asgari ücretin yarısından daha fazladır. HPV risk gruplarının özellikleri düşünüldüğünde, bu aşıya daha çok gereksinimi olanların aşıya erişiminin daha zor olması söz konusudur. Aşıların UNICEF, GAVI (dünyanın gelir düzeyi en düşük ülkelerinde yeni aşıların çocuklara ulaşımını artırmak üzere 2000 yılında kurulmuş uluslararası organizasyon), PAHO (Pan American Sağlık Organizasyonu) ile toplu olarak tedarik edilmesi, aşı fiyatlarının çok daha ucuz olmasını sağlamaktadır. HPV aşısının Genişletilmiş Bağışıklama Programına dahil edilmesi, bu konudaki eşitsizliği gidermeye yönelik bir müdahale olarak değerlendirilmelidir. Serviks kanseri dünyada önemli bir*

<sup>28</sup> T.C Sağlık Bakanlığı 2023 bütçe görüşmelerinde, rahim ağzı kanserine neden olan HPV’yi önlemeye yönelik aşının, ulusal aşı takvimine alınacağını ifade edilmiş olmakla birlikte, söz konusu vaat henüz gerçekleşmemiştir. Aşının, rahim ağzı kanserinde ciddi bir koruma sağladığının altını çizen Genel Sağlık-İş Sendikası Genel Başkanı Derya Uğur, “Bakanlık 30 yaşın üstündekiler için 5 yılda bir test yaparak yaygın tarama yaptığını savunmaktadır. Bu 5 yıllık aralıkta kanserin ilerlemesi ve yaşam kaybına neden olması ne yazık ki işten bile değildir” dedi. Cumhuriyet Gazetesi haberi, 03.03.2024: [https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/hpv-asilari-odeme-kapsamina-alinmadi-2181546?utm\\_medium=HaberKaynagi&utm\\_source=HaberKaynagi](https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/hpv-asilari-odeme-kapsamina-alinmadi-2181546?utm_medium=HaberKaynagi&utm_source=HaberKaynagi), (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

*halk sorunu haline geldiği için; DSÖ 2018 yılında ilk elimine edilecek kanser türünün serviks kanseri olabileceğini duyurmuş ve 2020 yılında Servikal Kanser Eliminasyon Programı'nı başlatmıştır. Bu programa göre servikal kanserle tek tek değil global bir mücadelenin gerekliliğine karar veren örgüt, tüm ülkelere uygun tarama programları ve HPV aşılmasını önermiştir. Bu programın gerçekleşmesi halinde, 2030 yılında tüm dünyada 15 yaşına gelmiş kız çocuklarının %90'ı HPV aşısını yaptırmış olması, 35-45 yaş arasındaki kadınların %70'inin ise hassasiyeti yüksek bir test ile taranmış olması ve servikal hastalık tanısı almış kadınların da %90'ının tedaviye ve bakıma ulaşabiliyor olması hedeflenmektedir. 2014 yılından beri süren Türkiye Servikal Kanser Tarama Programı'nın 4 milyon kadından elde edilen verilerine göre, 2020 yılında ülkemizde HPV-DNA pozitifliği %4,39 olarak saptanmıştır. Ülkemizde uygulanan rutin aşı takviminde, henüz HPV aşısı yer almadığı için DSÖ 2030 hedeflerine ulaşmakta oldukça geride olduğumuz görülmektedir.*

*Sonuç olarak HPV'ye bağlı hastalıklar ile mücadele ve korunma için en etkili yol bağışıklamadır. HPV nedenli kanserler aşıyla önlenir. HPV aşısının ulusal sağlık sistemi tarafından ücretsiz sunulması, temel insan haklarından olan sağlık hakkının gereğidir. Dünyada 137 ülkenin ulusal bağışıklama programına aldığı HPV aşısı için, ülkemizde daha fazla zaman kaybedilmemelidir. Önerimiz; en azından başlangıç için 12 ve 13 yaşına gelmiş (12 ve 13 yaş grubu) tüm kız çocuklarına 2 doz 9 valan HPV aşısının ücretsiz olarak uygulanmasına başlanmasıdır. Sonrasında tüm kız çocuklarının 12 yaşına geldiklerinde aşılanmalarıyla bağışıklamanın devam ettirilmesidir.”<sup>29</sup>*

HPV aşısı bedeli, Türkiye'de SGK tarafından karşılanmamaktadır ve uygulandığı yaş aralığına göre 2 ya da 3 doz tavsiye edilen HPV aşısının tek dozunun güncel fiyatı ise 2000-3000-TL arasındadır<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Türk Tabipleri Birliği, Türk Tabipleri Birliği Uzmanlık Dernekleri Eşgüdüm Kurulu, Halk Sağlığı Uzmanları Derneği, Türk Klinik Mikrobiyoloji ve İnfeksiyon Hastalıkları Derneği, Klinik Mikrobiyoloji Uzmanlık Derneği, “HPV Bağışıklaması: Aşıyla Önlenilen Kanser”, TTB Haberler (22.03.2024), <https://www.ttb.org.tr/145ykbq>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

<sup>30</sup> “HPV aşısında yargı süreci işliyor: Bakanlık da aşı takvimine eklenmesi gerektiğinin farkında”, Gazete Duvar, (29.01.2022), <https://www.gazeteduvar.com.tr/hpv-asisinda-yargi-sureci-isliyor-bakanlik-da-asi-takvimine-eklenmesi-gerectiginin-farkinda-haber-1551124>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024). Ankara Büyükşehir Belediyesi Sağlık İşleri Daire Başkanlığı, Haziran 2024 itibari ile, ücretsiz HPV Aşı Uygulaması Projesi'ni hayata geçireceğini duyurmuştur. Projeden Ankara sınırları içinde ikamet eden ve sosyal yardım alan, 9-30 yaş grubu kız çocukları ve kadınlar yararlanabilecektir. “Ankara Büyükşehir Belediyesi ücretsiz HPV aşısı uygulaması başlatıyor”, Gazete Duvar, Aktüel Haber

Ülkemizde pek çok kişinin yüksek fiyat nedeniyle ulaşamadığı HPV aşısı ile ilgili kadın dernekleri tarafından ücretsiz olması için çağrı yapılmakta ve davalar açılmaktadır. Bu davalardan basına yansıyan ve Ankara 13. İş Mahkemesi tarafından SGK aleyhine verilen emsal kararda; davacının rahim ağzı kanserinden korunmak için eczaneden alarak, üç doz olarak yaptırdığı ilgili Gardasil HPV aşısının bedeli olan 644,32 TL'nin, dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalı kurumdan alınarak davacıya verilmesine hükmedilmiştir. Davaya konu olayda davacı vekili; kadınlar bakımından, meme kanserinden sonra en çok ölümlerle sonuçlanan kanser türünün rahim ağzı kanseri olduğunu belirterek, müvekkili lise öğrencisinin yaptırmış olduğu HPV aşısının bedelinin devlet tarafından karşılanmasını talep etmiştir. Davalı taraf SGK ise, Sağlık Bakanlığı'nca tüm sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yürütülmesi gereken bağışıklama programlarının hazırlanıp yürütüldüğü ve 2013 yılı için belirlenen takvimde, dava konusu HPV aşısının yer almadığı savunması ile, ilgili davanın reddine karar verilmesi yönünde istemde bulunmuştur. Ankara 13. İş Mahkemesi, bilirkişi raporunu işaret ederek, rahim ağzı kanserinin kadın ölümleri arasında yüksek bir oranda olduğunun tıbben bilindiğini belirterek şu ifadelerle yer vermiştir:

*“Yine aynı rapora göre, davaya konu aşının uygulanması bu hastalığın neredeyse %100 önlenmesine neden olmaktadır. Bu itibarla kurumun bu aşının bedelini ödemesi sonradan bu hastalığa yakalanarak kanser tedavisi gibi pahalı bir tedavi ve masraflarla karşılaşmaya tercih edilmelidir. Toplum sağlığı ve insan hayatı her türlü olumsuz değerlendirmenin üzerinde tutulmalıdır. Sonradan rahim ağzı kanserine yakalanan hak sahiplerine tedavi için çok yüksek oranlarda sağlık yardımı yapılmasındansa, bu uygulamanın aşı düzeyinde masrafları karşılanarak hastalığın önüne geçilmesi toplum yararına olduğu gibi kurumun da yararınadır. Bu nedenle davacının davası haklı görülmüş ve katkı bedeli dışındaki kısmın, kurumdandan tahsili isteğinin kabulü gerekmektedir.”<sup>31</sup>*

Mahkemenin gerekçeli kararında, Anayasa'da ifadesini bulan sosyal devlet ilkesine atıf yapılmış, vatandaşların sosyal ihtiyaçlarını devletin gidermekle yükümlü olduğu, davaya konu aşı uygulaması ile bu hastalığın neredeyse %100 e yakın oranda önlenebildiği ve bu itibarla kurumun bu aşı

(20.03.2024), <https://www.gazeteduvar.com.tr/ankara-buyuksehir-belediyesi-uccretsiz-hpv-asisi-uygulamasi-baslatiyor-haber-1678035>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

<sup>31</sup> Medimagazin, (07.12.2013), “Rahim ağzı kanser aşısı ücretini devlet ödeyecek”, <https://www.medimagazin.com.tr/medilife/tr-rahim-agzi-kanser-asisi-ucretini-devlet-odeyecek-10-681-55095.html>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024).



bedelini ödemesinin, sonradan bu hastalığa yakalanarak kanser tedavisi gibi pahalı bir tedavi ve masraflarla karşılaşmaya tercih edilmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>32</sup>.

Türkiye’de güncel olarak yargı süreci devam eden bir başka dava ise, Önce Çocuklar ve Kadınlar Derneği’nin HPV aşısının ulusal bağışıklama programına alınması talebine ilişkindir. Mahkeme için hazırlanan ilk bilirkişi raporunda, HPV aşısının tıbben gerekli olduğu konusunda kanaat belirtilirken, şu ifadelere yer verilmektedir: “*Rahim ağzı kanseri (serviks kanseri) ülkemizde de görülen, HPV bulaşmasıyla oluşan, ölümcül, başta aşı ve diğer yöntemlerle önlenemez bir hastalık olduğu güncel tıbbi bilgilerle sabittir. Sağlık Bakanlığımızın yayınlarında da konu dünya tıbbıyla uyumlu şekilde işlenmiştir. Bazı hastalıkların aşısıyla önlenilebileceği ve yok edilebileceği bilimsel bir gerçektir. Bunlar arasında rahim ağzı kanseri aşısı da vardır. Dünyada rahim ağzı kanserlerini önlemeye yönelik olarak HPV aşısı, 87 ülkede ulusal aşılama programına dahil edilmiştir. Rahim ağzı kanserlerine yakalandığında hastalığın ölümcül olduğu gerçeğinden hareketle, aşı hayati önemi haizdir. Aşıların içerdiği HPV suşları, markalar arasında farklıdır. Aşının içerdiği virüs suşları çeşidine karşı, koruyuculuğu yüzde 99,7 olarak kabul edilmektedir. Aşı literatüründe maliyet etkin olarak kabul edilmektedir. Bu veriler ışığında rahim ağzı kanserlerine karşı aşılama yapılmasının tıbben gerekli olduğu kanaati oluşmaktadır*”<sup>33</sup>.

Ankara 62. İş Mahkemesi’nde, HPV aşısı bedelinin kurumdan rücuen tahsiline yönelik açılan bir başka davadaki bilirkişi raporunda, yukarıda bahsedilene benzer şekilde, rahim ağzı kanserinin ülkemizde görülen HPV bulaşması ile oluşan, ölümcül ve başta aşı ve diğer yöntemler ile önlenilebilen bir hastalık olduğu, rahim ağzı kanserine karşı aşılama yapılmasının tıbben gerekli olduğu, Sağlık Uygulama Tebliğinde dava konusu HPV aşısının ödeneceğine dair hükmün bulunmadığı, dava konusu aşının SGK tarafından bedeli karşılanan muadili aşının bulunmadığı belirtilmiştir. Ankara 62. İş Mahkemesi; söz konusu bilirkişi raporunu, dava dilekçesini, cevap dilekçesini, kurum yazı cevaplarını ve tüm dosya kapsamını bir bütün halinde değerlendirmiş ve dava konusu HPV aşısının SUT’ta yer almaması nedeni ile davalı SGK tarafından karşılanmadığı, ancak yukarıda ifade edilen bilirkişi

<sup>32</sup> “Davayı kazandı, artık SGK ödeyecek!” (06.12.2013), <https://www.gazetevatan.com/yasam/davayi-kazandi-artik-sgk-odeyecek-590299>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

<sup>33</sup> “HPV aşısı davası devam ediyor: Aşı hakkı yaşam hakkıdır!”(25.02.2022), <https://haber.sol.org.tr/haber/hpv-asisi-davasi-devam-ediyor-asi-hakki-yasam-hakkidir-327351>, (Erişim Tarihi:11.04.2024).

raporu ile sabit olan hususları da dikkate alarak; Anayasa'da güvence altına alınan sağlık ve yaşam hakkı gereği, dava konusu aşı bedelinin davalı Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması gerektiği kanaatine varılarak, 695,97 TL nin 08.07.2021 tarihinden itibaren, 695,97 TL nin 28.09.2021 ve 695,00 TL nin 26.11.2021 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı kurumdan alınarak davacıya verilmesine şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>34</sup>.

Son olarak İstanbul 22. İş Mahkemesi'nde HPV aşısı bedelinin SGK'dan rücu tahsiline yönelik açılan davada Mahkeme verdiği gerekçeli kararında, Anayasanın 56. maddesinde düzenlenen devletin sağlık hizmetlerini yerine getirmesine dair anayasal yükümlülüğüne atıfta bulunmaktadır. İlgili davada verilen bilirkişi raporunda; yılda yaklaşık 500.000 kişiyi etkileyen, kadınlarda en sık görülen 5 kanser türünden biri olan rahim ağzı kanseri (serviks)'nin oluşumunda önemli bir etken olduğu bilimsel olarak kanıtlanan ve HPV olarak bilinen Human Papilloma Virüsü'nün oluşturduğu riskin aşısı ile en aza indirilebileceği, HPV aşısının virüsün yol açtığı kanserlerden korunmada güvenli ve etkili bir yol olduğu, HPV aşısının uygulandığı kız çocuklarında siğilleri ve kanser türlerini %86 oranında, genç yetişkinlerde ise %71 oranında azalttığı, ayrıca rahim ağzı kanserlerinde de aşılama sonrası %40 oranında düşüş sağladığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla hekim tarafından önerilmek suretiyle, ilgili aşının uygulanmasının tıbben gerekli olduğu; SUT'te dava konusu HPV aşısının geri ödemesi yapılmayan bir aşı olduğu ve aşının muadili olarak, SGK tarafından bedeli karşılanan bir aşının da bulunmadığı belirtilmiştir. İstanbul 22. İş Mahkemesi; dava dilekçesi, cevap dilekçesi, kurum yazı cevapları ve tüm dosya kapsamını bir bütün halinde değerlendirerek, Anayasa'da güvence altına alınan sağlık ve yaşam hakkı gereği, dava konusu ilaç bedelinin davalı SGK tarafından karşılanması gerektiği kanaatine varmış; davacının harici olarak yaptırdığı Gardasil isimli aşının bedeli olan 1.750,00 TL'nin davacının kuruma başvuru tarihinden, 05.01.2022 dava tarihine kadar işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine dair hüküm tesis etmiştir<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Ankara 62. İş Mahkemesi, T. 10.03.2023, E.2021/30, K.2022/35, <https://www.once.org.tr/wp-content/uploads/2022/04/2022.04.08-ONCE-Dernek-HPV-DAVASI-GEREKCELI-KARAR.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

<sup>35</sup> İstanbul 22. İş Mahkemesi, T. 11.11.2022, E.2022/7, K.2022/702, İlgili mahkeme kararı, bu çalışmanın ortak yazarlarından Av. Süreyya Kardelen Yarlı'nın vekil olarak tarafı olduğu bir dava dosyasına ait olup, ilgili gerekçeli karara kendisinin UYAP hesabı üzerinden erişim sağlanmıştır, (Erişim Tarihi: 01.04.2024).

Bu noktada Yüksek Mahkeme olarak Danıştay'ın, sağlık hizmetlerinde tıbbi bir gerekçe olmaksızın tasarruf sağlamak amacıyla yapılan ve hastaların sağlık hizmetine erişimini güçleştirecek nitelikteki SUT hükümleri ile ilaç teminine ilişkin protokollerdeki düzenlemeleri iptal ettiği görülmektedir<sup>36</sup>. Danıştay bu yönde vermiş olduğu kararlarda, özellikle devletin sağlık hakkını sağlamaya yönelik yükümlülüğünü öngören Anayasa'nın 56. Maddesine, aşağıdaki örnekte olduğu gibi atıfta bulunmaktadır:

*“56. madde ile tanınan hak, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakları ile bağlantılı olup; devletin ekonomik ve sosyal haklar alanındaki görevlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde yaşama hakkını ortadan kaldıran, tehlikeye düşüren ya da kısıtlayan kurallar getiremeyeceği tartışmasızdır. Anayasa'da sosyal bir hak olarak düzenlenen sağlık hakkı, toplumun ve bireylerin sağlık yönünden güvenliğinin sağlanmasını ifade eder. Bu niteliğinden ötürü sağlık hakkı, günümüzde sosyal devlet ilkesinin bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Sosyal devlet bütün vatandaşlarını hastalık dahil çeşitli risklere karşı korumak ve bu amaç için gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür. Sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde, bu hizmetin özelliği ve insan yaşamının önemi nedeniyle, hizmetin kalitesi ön planda yer alır. Bu nedenle salt sağlık harcamalarında tasarruf sağlamak, sağlık kurum ve kuruluşlarına yapılan ödemeler noktasında ortaya çıkan denetim noksanlığını gidermek amacıyla yapılan düzenlemelerin, sağlık hizmetinin tıp biliminin öngördüğü biçimde yerine getirilmesini engelleyecek nitelikte olmaması gerekir. Öte yandan hastalıkların geçmişte olduğu gibi, günümüzde de bireyleri ve toplumları tehdit eden risklerin en önemlilerinden bir olduğu dikkate alındığında, sağlık hakkının kullanılmasına engel teşkil edecek düzenlemelerin hukuka uygunluğundan söz etmek mümkün değildir. Bu sebeple sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi ile ilgili olarak yapılacak düzenlemelerin, Anayasa'da belirlenen temel ilkelere uygun olması zorunludur. Dolayısı ile Anayasa'nın 65. maddesinde devletin Anayasa ile belirlenen görevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği yolundaki hükmün, en önemli sosyal haklardan biri olan ve doğrudan insan yaşamını ilgilendiren sağlık hakkına ulaşılmasına ve bu haktan en iyi biçimde yararlanılmasına engel oluşturacak biçimde yorumlanmasının,*

<sup>36</sup> Danıştay 15. Dairesinin sağlık harcamalarında tasarruf sağlamak amacı ile SUT'ta yapılan değişiklikleri benzer gerekçelerle iptal ettiği karar örnekleri için bkz. 15. D. T. 19.02.2016, E.2013/10229, K.2016/1047; 15.D. T. 12.02.2016, E.2013/12, K.2016/846; 15.D. T. 13.10.2015, E.2013/2969, K.2015/5931; 15.D. T. 11.09.2015, E.2013/5166, K.2015/5122.

*sağlık hakkının özünün zedelenmesine yol açabilecek uygulamalara neden olabileceği izahıtan varestedir.”<sup>37</sup>*

Halk sağlığı sosyal hizmeti perspektifinden HPV ile ilgili tweetlerin analizini konu alan bir bilimsel çalışma kapsamında yapılan içerik analizi neticesinde, HPV'ye ilişkin bilgi eksikliğinin bulunduğu, HPV ve aşı hakkında toplumsal farkındalık yaratmak adına açıklamalar yapıldığına, aşının ücretsiz sunulması için çevrimiçi hak savunuculuğuna, aşının yüksek satış bedeli nedeniyle yükselen tepkilere, toplumsal cinsiyet eşitsizliğine ve aşı karışıklığına yönelik tweetlere rastlanmıştır. Araştırma kapsamında, HPV aşısının ücretsiz olması noktasında yüksek maliyetlere karşılık maddi zorlukların vurgulandığı görülmüştür. Bu alandaki paylaşımlar sosyal adalet ile yakından ilişkilidir. Sosyal adalet fırsat ve yükümlülüklerin toplumda adil bir şekilde dağılımını ifade etmektedir. Zira sosyal politikanın amacı da ekonomik, sosyal ve siyasal eşitsizlikleri ortadan kaldırarak, kaynakların adil bir şekilde bölüşümünü sağlamaktır. Eşitlikçi bir yaklaşımda kaynakların dağıtımında adaletin tesis edilmesi gerektiği, özgürlükçü perspektifte bireylerin temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu ve sözleşmecî bakış açısından toplumsal uzlaşmaya güvence kazandırılması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>38</sup>.

İlgili çalışmada, HPV'nin sosyal boyutunda toplumsal cinsiyet eşitliği, aşı karışıklığı ve yasal mücadele konularının yer aldığı ifade edilmektedir. Halk sağlığı hizmetleri, değerlendirme, politika geliştirme ve güvence bileşenlerinden oluşmaktadır. Değerlendirme toplumu ilgilendiren sağlık sorunlarının izlenmesini, sağlık sorunlarının araştırılmasını ve toplumda yol açtığı problemlerin incelenmesini ifade etmektedir. Politika geliştirme, bireyleri sağlık sorunları konusunda bilgilendirmeyi, eğitmeyi, güçlendirmeyi, sağlık sorunlarının çözümünde paydaşlarla iş birlikleri kurmayı ve sağlığın korunması için politikalar geliştirilmesini ifade etmektedir. Güvence ise, sağlığın korunmasını destekleyen mevzuatın oluşturulmasını, gereksinim duyan bireylerin sağlık hizmetlerine erişebilmesini sağlamayı ve sunulan sağlık hizmetlerinin etkinliğinin değerlendirilmesini kapsamaktadır. Bu bağlamda devletin temel görevinin tüm yurttaşların bedensel, ruhsal ve sosyal yönden iyilik hali içerisinde hayatını sürdürmesini sağlamak olduğu belirtilmektedir. Bu açıdan devlet, halk sağlığının korunmasından, geliştirilmesinden, hastalık risklerinin azaltılmasından, hastalıkların önlenmesinden ve sağlık hizmetle-

<sup>37</sup> Danıştay 15. D., T. 08.03.2017, E.2013/3792, K.2017/1093, LegalBank Elektronik Hukuk Bankası, (Erişim Tarihi:11.04.2024).

<sup>38</sup> **Pak Güre/Karataş/Başçılar**, s. 968.

rinde kullanılan ürün ve ilaçların topluma güvenli bir şekilde ulaştırılmasından sorumludur<sup>39</sup>.

### III. GENEL OLARAK HPV AŞISINA YAKLAŞIMLAR VE HPV AŞISI FARKINDALIĞINA DAİR ARAŞTIRMALAR

Güncel olarak HPV aşısının ulusal aşı programına alınması için dijital eylemler yapılmaktadır. Zira verilen bilgilerden anlaşılacağı üzere, sadece aşıya erişmek yetmediği gibi, devlet destekli ve ücretsiz bir aşıya erişim gerekmektedir. Aşıya erişim kimse için bir lüks değil, devletin vatandaşlarına sağlamakla yükümlü olduğu tıbbi korunma hakkı kapsamında bir haktır. HPV aşısı dünyada ABD, İngiltere, Almanya, Avustralya, Kanada, Belçika, Norveç, Finlandiya, Portekiz ve Fransa gibi birçok gelişmiş ülkede ulusal aşı programına dahil edilmiştir ve ücretsiz olarak uygulanmaktadır<sup>40</sup>. Ayrıca HPV aşısının, bireyin cinsel yaşamı başlamadan yapılması çok önemlidir<sup>41</sup>.

HPV aşısını ulusal aşı programlarına dahil etmiş ülkelerden biri olan Norveç'te, Norveç Kamu Sağlığı Enstitüsü'nün çocuklar ve ebeveynleri için hazırlanmış olduğu HPV aşısı bilgilendirme broşüründe<sup>42</sup>;

- 2009 sonbaharından itibaren 7. sınıftaki tüm kız çocuklarının (HPV) ye karşı aşı teklifi alacağı, çocuk aşısı programındaki tüm aşılar gibi, bu aşı teklifini kabul edip etmemekte ebeveynlerin serbest olduğu, kız çocukların aşı konusunda çok iyi bilgilendirilmesi ve ailelerin çocukların görüşlerine ağırlık vermesi gerektiği;
- Rahim ağzı kanseri ve HPV aşısının, genç kızları daha sonraki yaşamlarında hastalığa karşı nasıl koruyabileceğinin belirtildiği, aşının nasıl yapılacağına açıkladığı ve aşının yan etkileri konusunda bilgi

<sup>39</sup> Pak Güre/Karataş/Başçılar, s. 969.

<sup>40</sup> Almanya, Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, Linkenştayn, Lüksemburg, Meksika, Norveç, Portekiz, Romanya, Slovak Cumhuriyeti, Yunanistan, Avustralya, Yeni Zelanda, Karaib Adaları, Meksika, Panama, Kuzey Amerika, ABD, Kanada, Birleşik Arab Emirlikleri olmak üzere 27 ülke Hükümetleri HPV Aşısını ödeme kapsamına almıştır. Köse, M. Faruk: "Dünyada HPV Aşı Politikaları" sunumu, Slayt No:9, [https://www.kanser.org/saglik/upload/Kanser\\_Haftasi/Dunyada\\_HPV\\_Asi\\_Politikalari%23Faruk\\_Kose.pdf](https://www.kanser.org/saglik/upload/Kanser_Haftasi/Dunyada_HPV_Asi_Politikalari%23Faruk_Kose.pdf), (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

<sup>41</sup> Çekiç, <https://www.tuicakademi.org/turkiyede-hpv-asi-uygulamalari-toplumsal-cinsiyet-perspektifinden-bakis>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

<sup>42</sup> Information Letter From The Norwegian Institute of Public Health No. 5 HPV vaccine, October 2009, [www.fhi.no/infoletters](http://www.fhi.no/infoletters), (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

verildiği, HPV ve HPV aşısı konularında daha fazla bilgi için okulda hemşire ile görüşülebileceği;

- Rahim ağzı kanserinin nedeninin HPV denilen bir virüs olduğu ve çok değişik türleri bulunduğu, her türün kendi numarası olduğu, en az 12 tür HPV'nin rahim ağzı kanserine yol açabildiği; en çok görülen iki türü HPV 16 ve HPV 18 türleri olduğu ve Norveç'te görülen rahim ağzı kanserlerinin %70'ine bu iki tür virüs neden olduğu;
- HPV'nin cinsel ilişki ile oldukça kolay bulaştığı ve genellikle belirti göstermediği, pek çok kişi yaşamlarının bir döneminde HPV enfeksiyonu kapıldığı ve bununla en çok gençlik döneminde karşılaştığı;
- HPV aşısının koruyucu etkisi olduğu ve aşının insana virüs bulaşmadan yapılması gerektiği, bu nedenle aşı programında HPV aşısının kızlara, Norveç'te kızların ortalama cinsel başlangıç yaşından önceki bir dönemde yapılmasının önerildiği; aşının HPV 6, 11, 16 ve 18'e karşı %95 koruma sağladığı, aşının yapılmasından 5-6 yıl sonra aşının hala koruyucu etkisinin olduğu ve koruma süresinin tıbbi ilaç makamları tarafından titizlikle gözlendiği, gereksinme duyulması halinde, bir tazeleyici doz alınmasının tavsiye edileceği;
- Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) HPV aşısının ulusal çocuk koruma programına dahil edilmesini tavsiye ettiği ve HPV aşısının, aralarında Danimarka, İngiltere, Fransa, Almanya ve Amerika Birleşik Devletleri'nin de bulunduğu bir dizi ülkedeki çocuk koruma programında yer aldığı,
- Şimdilik erkek çocuklarda/yetişkin erkeklerde kansere veya kanserin ön aşamalarına karşı korunma konusunda araştırmalar yayınlanmadığı (2009), ancak araştırmaların sürdüğü ve yeni bilgilerin ortaya çıkmasıyla erkek çocukların da aşılanması konusunun değerlendirileceği bilgilerine yer verilmektedir<sup>43</sup>.

Güncel HPV aşısı aktivizmi, aşı için şart olan farkındalık ve bilgi sahibi olma faktörlerine de dikkat çekmektedir. Özellikle 9-13 yaş arasındaki çocukların aşılanması için ebeveynlerin, sağlık çalışanlarının ve eğitimcilerin bilinçlendirilmesi önemlidir. Ne yazık ki yapılan çalışmalar, bu konuda Türkiye'de yeteri kadar farkındalığın oluşmadığını göstermektedir. Ebeveynler üzerinde yapılan çalışmada, daha önce HPV aşısını duyup duymadıkları

<sup>43</sup> Information Letter From The Norwegian Institute of Public Health No. 5 HPV vaccine, October 2009, [www.fhi.no/infoletters](http://www.fhi.no/infoletters), (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

kendilerine sorulmuştur. Annelerin %69.1'i, babaların ise %78'i, daha önce HPV aşısını duymadıklarını belirtmişlerdir<sup>44</sup>.

Türkiye'de, birinci basamak sağlık çalışanlarının HPV enfeksiyonu, HPV taraması ve HPV aşılılarıyla ilgili bilgi, tutum ve davranışlarının analiz edildiği bir bilimsel araştırmada; birinci basamak sağlık çalışanlarının küçük bir kesiminin HPV testi ve aşısından haberdar olmadığı belirlenmiştir. Son dönemde bu konuda yapılan çalışmalar, çoğunluğu hekim olan katılımcıların HPV aşısından haberdar olma oranlarının sırasıyla %87,2 ve %94,4 olduğunu göstermektedir. Aynı araştırma, HPV aşılılarıyla ilgili en sık başvuru bilgi kaynağının, kurslar/kongreler, bilimsel literatür, uzman hekim görüşleri, vb. gibi profesyonel kaynaklar olduğunu ortaya koymaktadır. Birinci basamak sağlık çalışanlarının ise, HPV ile ilgili konularda daha fazla eğitime ihtiyaç duydukları belirtilmektedir. Mevcut çalışmada HPV bilgi düzeyinin en düşük olduğu alan, HPV aşısına erişim konusudur. Bahsi geçen araştırmada, HPV enfeksiyonundan korunma bağlamında ise, koruyucu sağlık hizmetlerinde çalışan birinci basamak sağlık çalışanlarının daha yüksek bir bilgi düzeyine sahip olmak istedikleri ve bunun bir gereklilik olduğunu düşündükleri saptanmıştır<sup>45</sup>.

Mevcut çalışmaya dahil edilen birinci basamak sağlık çalışanlarının yarısından fazlası, henüz ergenlik öncesinde bulunan veya risk altındaki kişilere HPV aşısını önermediklerini belirtmişlerdir. Türkiye'de yapılan bir başka çalışmada ise, doktorların %62,5'i ve hemşirelerin %74,2'sinin kendi çocuklarını bile aşılamaı düşünmediklerini ifade ettikleri ortaya koyulmuştur. Diğer yandan, İtalya'da yapılan bir çalışmada, Türkiye'deki araştırma sonuçlarının tersine, birinci basamak sağlık çalışanlarının HPV aşısını önerme oranının %80'inin üzerinde olduğu tespit edilmiştir. Bu noktada, Türkiye nüfusunun çoğunluğunun müslüman olması ve evlilik dışı cinsel ilişkinin İslam inancına göre günah olarak kabul edilmesinin, HPV'nin neden olduğu servikal kanser insidansının dünya genelindeki (her yüz binde 13,3) insidansa göre oldukça düşük olmasının (her yüz binde 4,3), HPV aşısına gereksinim duyulmadığı algısını yaratabileceği ifade edilmektedir. Ancak HPV'nin yaygınlığının farklı tipleri bakımından dünya genelinde %3,9 ila

<sup>44</sup> Açoğlu Altınel, Esmâ/Oğuz, Melahat Melek/Şenel, Saliha: "Ebeveynlerin HPV Aşısı Hakkındaki Bilgi Düzeyleri ve Yaklaşımları", Çocuk Hastalıkları Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, 2019, s. 78-82.

<sup>45</sup> Akova, İrem/Ekici Koşaroğlu, Nagehan/Kılıç, Esmâ: "Knowledge, attitudes, and behaviours of primary health care workers regarding HPV infection and prevention: an example from Türkiye", Journal of Family Medicine and Primarycare, Vol.17, No:3, 2023, s. 413.

%69,4 arasında değiştiği tespit edilmiştir ve Türkiye’de yapılan çalışmalarda bulunan yaygınlığın (3 ila %28) bu bakımdan çok da farklı olmadığı görülmüştür. Bu durum, HPV ile ilişkili hastalıklara dair tehdidin Türkiye’de de önemini koruduğunu göstermektedir<sup>46</sup>.

Birinci basamak sağlık çalışanları üzerinde yapılan bu araştırmada, HPV aşısı olmamaları ve bu aşığı önermemelerine dair sonuçların en yaygın nedenlerinden birinin, aşı hakkındaki bilgi eksiklikleri olduğu tespit edilmiştir. Aşığı gereksiz bulma, pahalı olduğunu düşünme, aşı hakkında yetersiz bilgiye sahip olma, yan etkileri olabileceğini düşünme ve aşığı güvenmeme gibi nedenler, birinci basamak sağlık çalışanları arasındaki aşı tereddütünün nedenleri olarak sayılabilir. Yine Türkiye’de yapılan bir başka çalışmada ise, birinci basamak sağlık çalışanlarının çoğunluğunun, HPV aşılarının ulusal aşılama takvimine dahil edilmesi durumunda, kendi çocuklarını aşılayabileceklerini ifade ettikleri ortaya koyulmuştur. İlgili çalışmada dikkat çekici bir diğer sonuç ise, HPV bilgi puanının erkeklerde daha yüksek olduğu ve bu çalışma bağlamında HPV’ye dair daha düşük bilgiye sahip tüm hemşirelerin/ebeveynlerin kadın olması, HPV’nin genellikle kadınlara özgü bir hastalık olarak algısının aşıldığını bir kez daha göstermektedir. İlgili çalışmanın sonucunda, özellikle ergen nüfusa hizmet veren birinci basamak sağlık çalışanlarının HPV aşuları hakkında bilgi eksikliğini giderilmesi ve HPV aşılarının devlet tarafından karşılanması önerilmektedir<sup>47</sup>.

#### **IV. HPV AŞISINDA GÜNCEL AŞI POLİTİKASININ TOPLUMSAL CİNSİYET PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Toplumsal cinsiyet eşitsizliği kadınların eğitim, istihdam ve siyasi alanda hizmetlere erişimini sınırlamaktadır. Cinsiyete dayalı güç dengesizlikleri kadınların sağlık hizmetlerine daha az erişimini sonuçlayan, sınırlı sağlık arayışı davranışlarına yol açmaktadır. Sağlık hizmetlerinden yeterince yararlanamayan kadınlarda, HPV gibi belirti vermeden ilerleyen enfeksiyonların erken tanınması güç olabilmektedir. HPV’nin yalnızca rahim ağzı kanseriyle ilişkili olduğu düşüncesi ve bu nedenle de kadınlara atfedilmesi; cinsel ilişki sırasında korunmaya özen gösterme, doktora gitme, test yaptırma gibi bu virüs ile ilişkili olarak cinsel sağlığı korumaya yönelik davranışlarda, tüm sorumluluğun kadınların üzerine yüklenmesini sonuçlamaktadır. Bu sorumluluğu yalnızca kadınların üstlenmesi, doğal olarak bu virüsten korunmayı zorlaştırmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, yapılan

<sup>46</sup> Akova/Ekici Koşaroğlu/Kılıç, s. 413.

<sup>47</sup> Akova/Ekici Koşaroğlu/Kılıç, s. 414.



bilimsel araştırmalarda HPV'nin neden olduğu enfeksiyondan korunmanın en etkili yolunun aşılanma olduğu belirtilmektedir ve HPV aşısı Türkiye'de ulusal aşı takviminde yer almamakla birlikte isteğe bağlı ve ücretli yapılmaktadır. Ekonomik nedenler, koruyuculuk düzeyine ilişkin kaygılar ve HPV'nin cinsel aktivite ile ilişkilendirilmesi, bu aşıların ulusal aşı programına alınmasındaki engeller olarak sıralanmaktadır<sup>48</sup>.

Tipik olarak bir kadın hastalığı olarak tanımlansa da, HPV cinsel yolla bulaşan bir hastalıktır (ciltten cilde, genitalden cilde ve oral-genital temas yoluyla), bu da başka bir kişi ile teması ima etmektedir. Araştırmalara göre, en az bir hetoreseksüel partneri olan kadınların yaklaşık %85'i ve erkeklerin %91'i yaşamları boyunca HPV enfeksiyonu ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Üstelik, heteroseksüel ilişkilerle ilgili çalışmalar göstermektedir ki, erkek bireyler yaşamları boyunca daha yüksek oranda HPV'ye yakalanma ve HPV'nin alıcısı olma eğilimindedirler. Bu veriler, HPV'nin cinsiyete özgü bir enfeksiyon olmadığını vurgulamaktadır<sup>49</sup>.

Daha önce de ifade edildiği üzere, HPV'nin feminizasyonu, heteroseksüel ilişkilerde üreme sağlığından kadınların sorumlu olduğuna dair uzun süredir devam eden inancı güçlendirmektedir. Geleneksel olarak, HPV ve ikincil olarak rahim ağzı kanseri için önleyici mücadelenin hedefi sadece kadınlardır ve onların sorumluluğundadır. Zira HPV taraması erkekler bireyler için mevcut değildir ve bu durum, üreme sağlığından kadınların sorumluluğuna dair cinsiyet ayrımcılığına dayanan inancı beslemektedir. Aynı zamanda bu ön kabul toplumda, kadın bireylere HPV'nin hem taşıyıcı hem de bulaştırıcı ajanı olma suçlamasının atfedilmesini sonuçlamaktadır. Dolayısıyla kadın bireyler HPV ile ilişkili hastalıkların tarama ve tedavisinden yükümlü kabul edilirler. Erkek bireyler ise, esasen ilgili virüse karşı gerekli olan birincil önlemi almazlar; enfeksiyon ve hastalık risklerini doğru bir şekilde algılayamazlar<sup>50</sup>.

Sadece Türkiye'de değil, genel olarak dünyada, çocuklara HPV aşısı uygulamasının, çocukları erken yaşta cinselliğe teşvik edip etmeyeceği hususu sorgulanmıştır. Bu sadece HPV ile alakalı bir yaklaşım değildir, zira genel olarak cinsel sağlık ve cinsellik konularında ebeveynler bu yanılığya

<sup>48</sup> Ural, Aslı/Gölbası, Zehra: "Toplumsal Cinsiyet Perspektifinden İnsan Papilloma Virüsü Aşısı", II. Uluslararası III.Ulusal Kadın Sağlığı Hemşireliği Kongresi, 21-23 Aralık 2023, Ankara, Bildiri Özetleri Kitabı, s. 72.

<sup>49</sup> Daleya/Vamosa/Thompsona/Zimetb/Rosbergerc/Merrelld/Klinee, s. 145.

<sup>50</sup> Daleya/Vamosa/Thompsona/Zimetb/Rosbergerc/Merrelld/Klinee, s. 145.

sık sık düşmektedir<sup>51</sup>. Çocuklara ve gençlere cinsel yolla bulaşan bir hastalığa ve onun yaratacağı enfeksiyonlara karşı koruyan bir aşı yapıldığı anlaşıldığında, bu algının savunduğu şey, gençlerin daha rahat ve hızlı cinsellik yaşayacağıdır. Ancak bu yaklaşım doğru olmadığı gibi, esasen üzerinde düşünülmesi gereken hususun kapsamlı üreme ve cinsel sağlık bilgisine erişim olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Yapılan bir başka çalışmada ise, aşı hakkında bilgi sahibi olmak ile yaptırma oranları arasında pozitif bir korelasyon gözlemlenmiştir. Bu yüzden ebeveynlerin bu konu hakkında doğru bilgi sahibi olması ve bu bilgiyi çocuklarına uygun yollarla aktarması, çocuklarının sağlığı açısından hayattır. Sadece ebeveynlerin değil, bireylerin bağımsızlıklarını kazandıka HPV aşısı, üreme ve cinsel sağlık konularına eğilmeleri de önemlidir<sup>52</sup>.

Yapılan bilimsel araştırmalarda, daha önce de ifade edildiği üzere, kadınlar HPV enfeksiyonunun ve ilgili hastalıklarının yükünü taşıyan ve önlemi gerçekleştiren grup olarak tanımlanmıştır. Bu durum, HPV'nin feminizasyonunun sonuçları olarak nitelendirilmektedir ve toplumda erkekler bireylerde HPV ile ilişkili hastalıklardan korunmada azalmaya yol açtığı tespit edilmiştir. Araştırma sonuçlarında, HPV aşılarının toplumdaki her birey için, cinsel kimliklerinden ve yönelimlerinden bağımsız olarak<sup>53</sup>, genel sağlık hakkına erişim bakımından normalleştirilmesine dair çok katmanlı bir yaklaşım önerildiği ve sürecin; sağlık sunucuları, ebeveynler, hastalar, mesleki kuruluşlar, kamu sağlığı kuruluşları, politika yapıcılar, araştırmacılar ve sivil

<sup>51</sup> Ergenlik çağındaki gençler arasında HPV aşısının erken cinsel davranışlarla ilişkilendirildiği yönündeki sezgisel inançlar devam etmektedir. Ancak bilimsel kanıtlar, bu durumun böyle olmadığını tekrar tekrar göstermektedir. Toplumsal ve kültürel olarak, kadın ergen cinselliğiyle rahatsızlık duyulması yeni bir durum değildir. Bu kadın bireylerin cinselliğine karşı uzun süreden beri süregelen bir rahatsızlık olup, erkekler ve kadınlar arasında devam eden cinsel çifte standartlardan kaynaklanmaktadır. Ergen hamileliği gibi benzer üreme sağlığı konuları, toplum için tehdit oluşturan ve korunmaya ihtiyaç duyan genç kadınlar olarak görülünlerle sıkıca ilişkilendirilmektedir. Bu cinsiyetçi yaklaşımın alt tonlardaki etkilerinin, geniş kapsamlı aşılama çabalarını engellediği düşünülmektedir. **Daley/Vamosa/Thompsona/Zimeth/Rosbergerc/Merrelld/Klinee**, s. 145.

<sup>52</sup> **Çekiç**, <https://www.tuicakademi.org/turkiyede-hpv-asi-uygulamaları-toplumsal-cinsiyet-perspektifinden-bakis>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

<sup>53</sup> Araştırmalar, erkek bireylerin sağlık hizmeti sağlayıcısına cinsel yönelimlerini veya davranışlarını açıklama ve benzer şekilde sağlık hizmeti sunucularının da, hastanın cinsel yönelimini sorgulama konularında çekinceleri olduklarını göstermektedir. Bu durumun, HPV aşısı bakımından önleyici sağlık hizmetinin sunumunda fırsatların kaçırılmasına neden olduğu ifade edilmektedir. **Daley/Vamosa/Thompsona/Zimeth/Rosbergerc/Merrelld/Klinee**, s. 145-146.

toplum kuruluşları da dahil olmak üzere çok sayıda paydaşın katılımını gerektirdiği görülmektedir<sup>54</sup>.

Toplum normlarına göre herkesin heteronormatif bir yapıda monogamik ilişkiler yaşadığı varsayılmaktadır. Yine aynı normlar bakirelik kavramı üzerinden “kadınlar evlendiklerinde ilk cinselliklerini yaşarlar” varsayımını hem kurar hem de dayatır. Ancak gerçek ilişkilenecekler bu varsayımdan çok uzaktadır. Bu varsayımlar baz alınarak sağlık politikaları belirlendiği için, HPV’de en riskli grup olan, cinsel olarak aktif ve çok eşli kadımlar ciddi bir ayrımcılığa maruz kaldıkları gibi, en temel haklarından da bir yerde mahrum edilmiş olmaktadır. Uludağ üniversitesinde 18 yaş üstü 336 kadın hasta ile yapılan çalışmada hastaların %66,4’ü HPV’yi, %55,4’ü de HPV aşısını bilmediklerini ifade etmişlerdir<sup>55</sup>.

Türkiye’deki araştırmalar genelde kadınlar üzerinden yapılmaktadır<sup>56</sup>. Ancak çoğu zaman ihmal edilse de, üreme sağlığı ve cinsel sağlık, erkek bireyleri de yakından ilgilendiren konulardır. Erkeklik olgusu, kadınları sıkıştırdığı gibi erkeklerin de alanlarını daraltmaktadır. Bu nedenle verilen eğitim ve araştırmalar, toplum sağlığının korunabilmesi için daha kapsamlı olmalıdır. Çünkü eğer siğil gibi görünür bir lezyon oluşmadıysa, HPV’yi erkeklerde belirlemenin herhangi bir yolu yoktur. Ancak erkekler, kadınlardan daha az riskli bir durumda değildir. HPV, sadece kadınlarda değil aynı zamanda erkeklerde de çeşitli lezyonlara ve kanserlere sebebiyet verebilmektedir. 2010 yılında FDA, kuadrivalan aşısının erkekleri anal lezyon ve kanserden koruması için kullanım onayı vermiştir<sup>57</sup>. Bu nedenle aşığı sadece rahim ağzı

<sup>54</sup> Daleya/Vamosa/Thompsona/Zimeth/Rosbergerc/Merrelld/Klinee, s. 142.

<sup>55</sup> Ozan/Çetinkaya Demir/Atik/Gümüş/Özerkan, s. 145-148.

<sup>56</sup> Bilimsel bakış açısından, HPV aşısının ortaya çıkışı açık bir şekilde ve neredeyse kuresuz bir aşı geliştirme örneği olarak kabul edilebilir. Ancak daha eleştirel bir inceleme ile, ilgili aşının yaygın cinsiyet önyargıları ile birlikte geliştirildiğini ortaya koymaktadır. HPV aşısı araştırmaları, virüsün servikal enfeksiyonun nedeni olarak ortaya koyulmasından mantıklı olarak kadınlarda ilerlemiştir. Erkeklerde, serviks kanserine rakip olan yaygınlaşmış bir kanser belirlenmemiştir ve genital siğiller hem erkekleri hem de kadınları etkilemesine rağmen, ilk aşı denemelerine erkekler dahil edilmemiştir ve aşı geliştirilmesinin ana itici gücü, rahim ağzı kanserinin önlemi olmasıydı. HPV aşısı ilk olarak, Amerika’da mevcut verilere ve aşının bulunduğu toplumsal bağlama dayanarak ergen kızlar için onaylanmıştır. Daleya/Vamosa/Thompsona/Zimeth/Rosbergerc/Merrelld/Klinee, s. 144-145.

<sup>57</sup> HPV’nin rahim ağzı kanserine özgülünen bir neden olarak tanımlanmasının yanında, yapılan diğer bilimsel çalışmalar HPV’nin penis ve anal kanserler de dahil olmak üzere, anogenital kanserlerle bağlantısını ortaya koymuştur. HPV’nin erkek bireylerdeki doğal tarihinin incelenmesi süreci, kadınlar üzerindeki benzer çalışmalardan yaklaşık on yıl

kanseri önleyicisi olarak görmek eksik bir değerlendirme olacağı gibi, erkekleri konudan uzak bir noktaya düşürecektir. Aşı farkındalığı kazandırma çalışmalarında, genital organ ayırt etmeksizin herkesin, bir gün HPV ile karşılaşabileceği ve olumsuz sonuçlarla yüzleşebileceği vurgulanmalıdır<sup>58</sup>.

## SONUÇ

Tıbbi korunma hakkı bağlamında HPV aşısına ücretsiz erişimin hukuki dayanakları olarak; Anayasa'nın sosyal hukuk devleti vurgusunu yapan 2. maddesini; devletin, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama yükümlülüğüne atıf yapan 5. maddesini; kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını düzenleyen 17. maddesini; sosyal güvenlik hakkını düzenleyen 60. maddesi ile, tüm sosyal hakların sınırı niteliğindeki, devletin bu haklar bakımından yükümlülüklerini, öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini belirten 65. maddesini saymak mümkündür.

Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü Kanser Dairesi Başkanlığı'nın, rahim ağzı kanserine dair, dünyada kadınlarda meme kanseri ve kalın bağırsak kanserinden sonra dördüncü sıklıkta görüldüğüne, ülkemizde ise dokuzuncu sırada olduğuna, nedeni tamamen aydınlatılmış bir kanser olarak önlenebilir bir hastalık olduğuna dair yapmış olduğu tanımlamaya rağmen, ne yazık ki halen HPV aşısı ülkemizde ulusal aşılama programına alınmamıştır. HPV aşısının Türkiye'de ulusal aşı programına dahil edilmesi için sivil toplum alanında çalışmalar yürütülse de henüz sonuç alınamamıştır. Ancak diğer yandan, ilgili aşının SUT'ta SGK tarafından bedeli karşı-

---

sonra gerçekleştiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, erkeklerde HPV'nin epidemiyolojik kanıtlarında yaşanan gecikme, erkeklere yönelik aşı önerilerini de engellemiştir. İlk HPV aşısının onaylanmasından üç yıl sonra, The Advisory Committee on Immunization Practices (ACIP) 2009'da erkeklerdeki genital siğilleri önlemek için HPV ile aşılana-  
bileceğini belirten bir açıklama yayınlamıştır. 2011'de HPV'nin anal kanserleri önlediğine dair ön kanıtlarla, ACIP erkekler için ilgili önerisini güncelledi ve 11-12 yaşındaki erkeklerin rutin olarak aşılınması, 13-21 yaş arasındaki erkeklerin yakalama rutin olarak aşılınması gerektiğini ve yüksek risk altındaki popülasyonlar içindeki 22-26 yaş arasındaki, özellikle de cinsel aktivitesi olan homoseksüel erkeklerin aşılınması gerektiğini belirtmiştir. Erkekler için, HPV aşısı önerilerinin gecikmesinin, HPV'nin anal kanser ve genital siğillerdeki rolüne dair sınırlı veriler ve erkeklerin aşılınmasının maliyet etkinliği konusundaki endişelerden kaynaklandığı ifade edilmektedir. **Daleyá/Vamosa/Thompsona/Zimetb/Rosbergerc/Merrelld/Klinee**, s. 143.

<sup>58</sup> **Aldanmaz**, Bahar: "Türkiye'de HPV Aşısı ve Erkeklik(ler) HPV aşısı olma sorumluluğunu da beraber üstlensek mesela? Gerçekten çok mu zor?" (21.06.2021), <https://apos.to/i/turkiyede-hpv-asisi-ve-erkeklikler>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

lanan ilaç kategorisinde halen sayılmamış olması dolayısı ile, HPV aşısını haricen olan kadın bireylerin ilgili aşı bedelinin SGK'dan rücuen tahsiline yönelik yürüttükleri hukuk mücadeleleri olumlu sonuçlar vermektedir. Zira ilgili yargı kararlarına kaynaklık eden bilirkişi raporları göstermektedir ki, davaya konu HPV aşı uygulaması, bu hastalığın neredeyse %100 önlenmesini sağlamaktadır. Bu itibarla SGK'nın bu aşının bedelini ödemesinin, başvuru davacının sonradan bu hastalığa yakalanması sonucu, kurumun kanser tedavisi gibi pahalı bir tedavi ve masraflarla karşılaşmasına tercih edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu noktada toplum sağlığı ve insan hayatı her türlü olumsuz değerlendirmenin üzerinde tutulmalıdır.

HPV ve çalışma konusu olan HPV aşısı toplumsal cinsiyet perspektifinde ele alındığında, görülmektedir ki HPV'nin feminizasyonu, heteroseksüel ilişkilerde üreme sağlığından kadınların sorumlu olduğuna dair uzun süredir devam eden inancı güçlendirmektedir. Geleneksel olarak HPV ve rahim ağzı kanseri için önleyici mücadele kadınların sorumluluğundadır. Zira HPV taraması erkekler bireyler için mevcut değildir ve bu durum, üreme sağlığından kadınların sorumluluğuna dair cinsiyet ayrımcılığına dayanan inancı beslemektedir. Aynı zamanda bu ön kabul, toplumda kadın bireylere HPV'nin hem taşıyıcı hem de bulaştırıcı ajanı olma suçlamasının atfedilmesini sonuçlamaktadır. Diğer yandan, cinsel kimlik ve yönelimden bağımsız olarak ilgili enfeksiyona yakalanma riski olarak kadınlar kadar risk altında olan erkek bireyler ise, ilgili virüse karşı gerekli önlemleri almamaları gibi, enfeksiyon ve hastalık risklerini doğru bir şekilde algılayamamaktadırlar.

İzah edilmeye çalışıldığı üzere, HPV aşısının gerekliliği üzerine yapılan bilimsel araştırma sonuçları ile birlikte, Anayasal tıbbi korunma hakkı bağlamında ilgili aşının ücretsiz olması, kız ve erkek çocuklar ile risk altındaki yaş gruplarına cinsel kimlik ve yönelimlerinden bağımsız olarak, öncelikli uygulanması önerilmektedir. HPV aşısının ulusal aşı programına dahil edilmesi, ücretsiz olması ve ilkokuldan itibaren müfredat içeriğine, toplumsal cinsiyet rolleri ile beraber, entegre edilmesi gerekmektedir. Ancak unutulmaması ve üzerinde önemle durulması gereken bir diğer husus da, ilgili aşıya ücretsiz erişimin, HPV ve HPV aşısının feminizasyonuna ilişkin toplumsal algı ile mücadelede tek çözüm yolu olmadığıdır. Bu noktada, HPV aşısının yaygın uygulanması ve toplumsal kabulünün sağlanmasına yönelik olarak girilen hukuksal ve aktivist mücadelelerin, cinsiyet ayrımcılığını besleyen söylemlerden uzak şekilde yürütülmesinin önemli olduğu düşünülmektedir.

Diğer taraftan, kız çocuklarına yapılacak aşılama uygulamaları, kadınların yaşadığı serviks kanseri yükünü azaltabileceği gibi, sağlık durumunun iyileşmesiyle artan fırsatlar sunacak ve sosyo-ekonomik cinsiyet eşitsizliklerini azaltmaya yardımcı olacaktır. Bununla birlikte cinsiyetle ilgisi olmayan bir aşı yaklaşımının (kız ve erkek çocuk ayırt etmeyen) benimsenmesi, HPV enfeksiyonlarının toplum içinde bulaşmasını azaltacak, yanlış bilgiyle mücadele edecek, aşıyla ilgili damgalamayı en aza indirecek ve cinsiyet eşitliğini teşvik edecektir.

## KAYNAKÇA

- Açoğlu Altınel**, Esmâ/**Oğuz**, Melahat Melek/**Şenel**, Saliha: “Ebeveynlerin HPV Aşısı Hakkındaki Bilgi Düzeyleri ve Yaklaşımları”, Çocuk Hastalıkları Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, 2019, s. 78-82.
- Akova**, İrem/**Ekici Koşaroğlu**, Nagehan/**Kılıç**, Esmâ: “Knowledge, attitudes, and behaviours of primary health care workers regarding HPV infection and prevention: an example from Türkiye”, Journal of Family Medicine and Primarycare, Vol.17, No:3, 2023, s. 407-415.
- Aldanmaz**, Bahar: “Türkiye’de HPV Aşısı ve Erkeklik(ler) HPV aşısı olma sorumluluğunu da beraber üstlensek mesela? Gerçekten çok mu zor?” (21.06.2021), <https://apos.to/i/turkiyede-hpv-asisi-ve-erkeklikler>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024).
- Artuk**, Cumhur/**Gül**, Hanefi Cem/**Coşkun**, Ömer: “Human Papilloma Virüs (HPV) Aşılmasına Güncel Bakış”, TAF Preventive Medicine Bulletin, Cilt 3, Sayı 12, 2013, s. 327-334.
- Aydoğdu**, Saadet Gonca Mavi/**Özsoy**, Ülkü: “Serviks kanseri ve HPV”, Androloji Bülteni, Sayı 20, 2018, s. 25-29.
- Çekiç**, Ekin Nur: “Türkiye’de HPV Aşı Uygulamaları: Toplumsal Cinsiyet Perspektifinden Bakış”, Akademi, 19.08.2021, <https://www.tuicakademi.org/turkiyede-hpv-asi-uygulamalari-toplumsal-cinsiyet-perspektifinden-bakis>, (Erişim Tarihi: 08.04.2024).
- Daleya**, Ellen M./**Vamosa**, Cheryl A./**Thompsona**, Erika L./**Zimetb**, Gregory D./**Rosbergerc**, Zeev/**Merrelld**, Laura/**Klinee**, Nolan S.: “The feminization of HPV: How science, politics, economics and gender norms shaped U.S. HPV vaccine implementation”, Papillomavirus Research, Vol. 3, 2017, s. 142-148.
- Finocchario-Kessler**, Sarah/**Wexler**, Catherine/**Maloba**, May/**Mabachi**, Natabhona/**Ndikum-Moffor**, Florence/**Bukusi**, Elizabeth: “Cervical cancer prevention and treatment research in Africa: a systematic review from a public health perspective”, BMC Womens Health, 2016, s. 16-29.
- İnce**, Ufuk/**Akar Muhammed/İldız**, Nilay: “Human Papilloma Virüs (HPV) Güncel Tedavi ve Korunma Yöntemleri”, Sağlık Bilimleri Dergisi, Sayı 26, 2017, s. 189-192.
- Jeronimo**, Jose/**Castle**, Philip E./**Temin**, Sarah/**Denny**, Lynette/**Gupta**, Vandana/**Kim**, Jane J: “Secondary prevention of cervical cancer:

ASCO Resource-Stratified Clinical Practice Guideline”, Journal of Global Oncology, Sayı 3, 2017, s. 635-657.

**Kanadoğlu, Korkut/Bozkurt, Kutluhan, Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AİHM İtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2021.**

**Köse, M. Faruk:** “Dünyada HPV Aşısı Politikaları” sunumu, Slayt No:9, [https://www.kanser.org/saglik/upload/Kanser\\_Haftasi/Dunyada\\_HPV\\_Asi\\_Politikalari%23Faruk\\_Kose.pdf](https://www.kanser.org/saglik/upload/Kanser_Haftasi/Dunyada_HPV_Asi_Politikalari%23Faruk_Kose.pdf), (Erişim Tarihi: 11.04.2024).

**Ozan, Hakan/Çetinkaya Demir, Bilge/Atik, Yeliz/Gümüş, Ertaç/Özerkan, Kemal:** “Kadın Hastalıkları ve Doğum Polikliniğine Başvuran Hastaların Human Papilloma Virüs ve HPV Aşısı Hakkındaki Bilgi Düzeylerinin Belirlenmesi”, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Cilt 37, Sayı 3, 2011, s. 145-148.

**Özsoy Boyunsuz, Şule:** “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı”, Güncel Hukuk, Cilt 4, Sayı 124, 2014, s. 52.

**Pak Güre, Merve/Karataş, Mustafa/Başçılar, Mehmet:** “«HPV Aşısı Haktır»: Halk Sağlığı Sosyal Hizmeti Perspektifinden HPV İle İlgili Tweetlerin Analizi”, Toplum ve Sosyal Hizmet, Cilt 33, Sayı 3, 2022, s. 955-973.

**Sever, Dilşad Çiğdem:** “Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, **Yücel, Özge/Sert, Gürkan** (eds), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Sevgili Gençay, Fatma Didem:** “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 63, Sayı 2, 2014, s. 397-418.

**Söğüt, İpek Sevda,** “Biyotıp Sözleşmesi Hükümlerinin İç Hukuktaki Düzenlemelere Etkisi”, Tıp Hukuku Dergisi, Sayı 14, 2018, s. 182-208.

**Ural, Aslı/Gölbaşı, Zehra:** “Toplumsal Cinsiyet Perspektifinden İnsan Papilloma Virüsü Aşısı”, II. Uluslararası III. Ulusal Kadın Sağlığı Hemşireliği Kongresi, 21-23 Aralık 2023, Ankara, Bildiri Özetleri Kitabı.

**Yüzbaşıoğlu, Cihan:** Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.



**İnternet Kaynakları**

- “Ankara Büyükşehir Belediyesi ücretsiz HPV aşısı uygulaması başlatıyor”,  
Gazete Duvar, Aktüel Haber (20.03.2024),  
<https://www.gazeteduvar.com.tr/ankara-buyuksehir-belediyesi-uccretsiz-hpv-asisi-uygulamasi-baslatiyor-haber-1678035>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024)
- Cumhuriyet Gazetesi haberi, 03.03.2024: [https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/hpv-asilari-odeme-kapsamina-alinmadi2181546?utm\\_medium=HaberKaynagi&utm\\_source=HaberKaynagi](https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/hpv-asilari-odeme-kapsamina-alinmadi2181546?utm_medium=HaberKaynagi&utm_source=HaberKaynagi), (Erişim Tarihi: 11.04.2024).
- “HPV aşısı davası devam ediyor: Aşı hakkı yaşam hakkıdır!”(25.02.2022),  
<https://haber.sol.org.tr/haber/hpv-asisi-davasi-devam-ediyor-asi-hakki-yasam-hakkidir-327351>, (Erişim Tarihi:11.04.2024).
- “HPV aşısında yargı süreci işliyor: Bakanlık da aşı takvimine eklenmesi gerektiğinin farkında”,  
Gazete Duvar, (29.01.2022),  
<https://www.gazeteduvar.com.tr/hpv-asisinda-yargi-sureci-isliyor-bakanlik-da-asi-takvimine-eklenmesi-gerectiginin-farkinda-haber-1551124>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024).
- “HPV Bağışıklaması: Aşıyla Önlenebilen Kanser”, TTB Haberler  
(22.03.2024), <https://www.ttb.org.tr/145ykbq>, (Erişim Tarihi: 11.04.2024).
- Information Letter From The Norwegian Institute of Public Health No. 5  
HPV vaccine, October 2009, [www.fhi.no/infoletters](http://www.fhi.no/infoletters), (Erişim Tarihi: 11.04.2024).
- Practice Bulletin No. 168: Cervical Cancer Screening and Prevention, Obstet  
Gynecol, Vol. 128, No.3, 2016, e111-e130, doi: 10.1097/AOG.  
0000000000001708, (Erişim Tarihi: 10.04.2024).

## AHLÂK VE HUKUKUN KÖKENLERİ HAKKINDA BİR İNCELEME

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1537325>

**Doç. Dr. Engin TOPUZKANAMIŞ\***

*Frans de Waal'ın hatırasına...*

### Öz

*Hukuk felsefecilerinin, hukuk ve ahlâk arasındaki ilişki hakkında süregelen ve bitmek bilmeyen tartışmaları, bilimsel verileri pek dikkate almadan sürdürülmektedir. Hukuk sosyolojisi, ahlâk ve hukukun toplumsal kaynaklarına vurgu yapsa da son otuz kırk yıl içerisinde gerek nörobilim alanındaki çalışmalar gerekse hayvan davranışlarının daha yakından gözlenmesi ile elde edilen bilgiler henüz gerekli ilgiyi görmemiştir. Ahlâki "tabiatımız" metafizik bir ilke veya evrensel bir aşkın yasadan değil, bir arada yaşama zorunluluğunun ortaya çıkardığı ilişkilerden doğar. Hem hukuk hem de ahlâk insan tekine dışsaldır. Her ikisi de güç ilişkilerinin bir sonucudur. İnsanın bireysel olarak etik varlığını inşa edebilmesi, bu kavramların gerçek mahiyetinin araştırılması ile mümkündür.*

### Anahtar Kelimeler

*Ahlâk, Hukuk, İktidar, Güç İlişkileri, İnsan Doğası*

## A STUDY ON THE ORIGINS OF MORALITY AND LAW

(Research Article)

### Abstract

*Legal philosophers continue their ongoing and endless debates on the relationship between law and morality without paying much attention to scientific data. Although the sociology of law emphasizes the social sources of morality and law, the information obtained in the last thirty or forty years*

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (etopuzkanamis@gmail.com) ORCID: 0000-0002-6172-3670 (Gönderim Tarihi: 22.08.2024-Kabul Tarihi: 21.10.2024) *Yazar, eserin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

*through studies in the field of neuroscience and closer observation of animal behavior has not yet received the necessary attention. Our moral “nature” does not arise from a metaphysical principle or a universal transcendental law, but from the relationships that arise from the necessity of living together. Both law and morality are external to the individual human being. Both are the result of power relations. It is only by investigating the true nature of these concepts that individual human beings can constitute their ethical existence.*

**Keywords**

*Morality, Law, Power, Power Relations, Human Nature*

## GİRİŞ

“Hukuk, iktisat ve siyaset bilimi öğrencileri, kendi toplumlarına objektif bir bakış yöneltmelerini sağlayacak herhangi bir araca sahip değildirler. İlgilendikleri toplumu ne ile karşılayacaklar? Antropoloji, psikoloji, biyoloji ya da nörobilim gibi insan davranışlarının geniş ölçüde derlendiği alanlara ya nadiren başvururlar ya da hiç başvurmazlar.”<sup>1</sup>

Hukukun ve ahlâkın kaynağı ve ne olduğu hakkında yüzlerce yıldır felsefecilerin düşünceleriyle yetinmek durumdaydık. Hobbes (hatta Aristoteles) gibi ayağını yere basmaya çalışanlar da yeterli veriden mahrumdu. İki üç yüzyıl kadardır antropoloji, sosyoloji ve sosyal psikolojinin araştırmaları ve yakın zamanlardan itibaren de biyoloji, etoloji ve nörobilim gibi bilim dallarının ortaya koyduğu veriler sayesinde, daha gerçekçi bir zeminde konuyu ele almak mümkün olmuştur. Hukuk felsefesinin, hukuk ve ahlâk ilişkisi hakkında bitip tükenmek bilmeyen tartışmaları, bu tartışmayı yürütenler çoğunca bir iktidar sahibi olmadıkları ölçüde fikir jimnastikleri veya akıl temrinleri olarak kalmaktadır. Dahası, aslında birer tarihsel ve toplumsal *normal* veya kabul olan bu düşünceler (söz gelimi kapitalist toplumun rasyonel bireyi), bir iktidar sisteminin çıkarı doğrultusunda hakikate dönüşebilmektedir. Hem hukuk hem de ahlâk, hakkında fikir yürütenlerden bağımsız şekilde güç ilişkilerinin yapısına tâbi durumdadırlar.

Bu yazıda hukuk, ahlâk(îlik), etik kavramları, bu kavramlara farklı hukuk felsefecileri tarafından verilen anlamlar ve yine hukuk felsefesinde ve özellikle de tabî hukuk ve hukukî pozitivizm arasında sürdürülen hukuk, ahlâk ve etik ve aralarındaki ilişki tartışmalarına uzak durmaktadır.

Bu yazı, hukuk felsefesi içinde (özellikle de tabî hukuk ve hukukî pozitivizm arasında) çok uzun zamandır sürdürülen hukuk-ahlâk tartışması ile ilgili değildir. Bu tip tartışmalar, yazarın diskuru ve ikna ediciliği ölçüsünde muhatabını etkiler ancak gerçeklik bunlardan bağımsız olarak sürüp gider. Çalışmanın amacı bu kavramlar arasındaki ilişkiyi, benzerliği ya da farklılığı tartışmak değildir; hukuk ve ahlâkın kaynağı hakkında, genellikle felsefe içinde sürdürülen tartışmalara daha somut bir zemin arayışı olarak biyolojik tabiatımız, insan davranışları ve evrimsel sürecin dikkate alınmasının önemli katkılar sağlayacağını ileri sürmektir.

Bu kavramların farklı anlamlara gelecek veya birbirinin yerine geçecek şekilde farklı farklı kullanımları görülür. Bu metinde ise şu şekilde kullanılır:

<sup>1</sup> Waal, Frans de: Empati Çağı, Çev. Kadir Yılmaz, Akılçelen Kitaplar, Ankara 2014, s. 15-16.

mıştır: Ahlâk, pozitif ahlâk ve *moral*<sup>2</sup> hepsi aynı anlama gelecek şekilde içine doğduğumuz toplumda hazır bulduğumuz, doğru ve yanlış, iyi ve kötüye ilişkin anonim toplumsal normları; “ahlâkîlik” (*morality*) insanın, temelde yalın olgular olan ve zorunlu olarak bir değer taşımayan çeşitli davranışları, değer yargıları ile etiketlemesini ve nihayet etik, ahlâk ve ahlâklar hakkında eleştirel düşünme ve bunlar karşısında özgür, bireysel tutumlar ortaya koyabilmeyi ifade etmektedir<sup>3</sup>. Hukuk ise yalnızca devlete özgü sistemli kurallar olarak değil ancak hukuk sosyolojisi ve antropolojide ele alındığı üzere, belli bir iktidar merkezince desteklenen, ihlâli halinde bir yargılama ve yaptırım ortaya çıkaran, az çok önceden bilinir kurallar olarak ele alınmıştır<sup>4</sup>. Ahlâk ve hukuk arasındaki ayrım, anonimlik ve belirlilik kavramları temelinde kullanılmıştır. Buna göre ahlâk kurallarının ihlâli halinde harekete geçen tepki anonim ve belirsiz iken hukuku harekete geçiren iktidar mekanizması ve tepkisi önceden bilinebilir durumdadır.

Felsefe, ahlâkın ve hukukun *ne olduğu* hakkında bize pek az şey söyleyebilir. Felsefe bir şeyin ne olduğunu söylemekten ziyade, o şeyin “kavramını” (veya temsilini), söyleyerek inşa eder. Mesela, “ahlâk nedir?” veya “hukuk nedir?” diye sorulduğunda, cevap verenin meşrebi ve muhayyilesinin ürettiği temsil ve tasavvurlar dünyasında *eyleniriz*. Zihinsel bir kelime-lego oyunu olarak felsefe, belli bir amaca matuf olmayan, araçsallaşmayan ve bizatihi kendi değeri için gerçekleştirilen bir etkinlik olduğunda en yüksek değeri taşır. Ahlâk, felsefeciler tarafından birçok farklı bakımlardan tartışılmış olsa da toplumsal kaynak pek dikkate alınmamış, insanın duygu, tutku

<sup>2</sup> *Moral(s)* Latince *mos, mores* kökünden. *Mores*: uzlaşılar, pratikler, davranış kodları. Kısaca kişinin içine doğduğu kültür ve toplumda halihazırda mevcut bulunan, çoğu kez bilinçli bir seçim ve değerlendirme olmaksızın alışkanlıkla edinilmiş, doğru ve yanlış ilişkili ölçütler. **Özlem**, Doğan: Etik- Ahlâk Felsefesi, İnkılap, İstanbul 2004, s. 22-23.

<sup>3</sup> Bu kavramlar hakkında bkz. **Özlem**, s. 13 vd.; **İyi**, Sevgi/**Tepe**, Harun: Etik, Ed. İoanna Kuçuradi, Demet Taşdelen, Anadolu Üni. Yay., Eskişehir 2019, s. 5 vd.; **Kuçuradi**, İoanna: “Etik İlkeler ve Hukuk”, HFSA 8, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2003, s. 5-11; **Cevizci**, Ahmet: Etiğe Giriş, Paradigma, İstanbul 2002, s. 1 vd.; **İşıқтаç**, Yasemin: “Hukuk, Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler”, İÜHFİM, Y: 2000, Cilt: 58 Sayı: 1-2, s. 3 vd.; **Kılıç**, Muharrem: “Hukuk-Ahlak İlişkisinin Temellendirilmesi ve Ayrım Kriterlerinin Analizi”, [https://www.muhammedkilic.com/m/makale/hukuk-ahlak\\_iliskisinin\\_temellendirilmesi\\_ve%20ayirim\\_kriterlerinin\\_analizi.pdf](https://www.muhammedkilic.com/m/makale/hukuk-ahlak_iliskisinin_temellendirilmesi_ve%20ayirim_kriterlerinin_analizi.pdf).

**Smith**, M. B. E.: “Should Lawyers Listen to Philosophers about Legal Ethics?”, *Law and Philosophy*, Vol. 9, No. 1 (Feb., 1990), pp. 67-93; **Yüksel**, Mehmet: “Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bir Bakış”, AÜSBFD, Yıl 2002, Cilt: 57 Sayı: 1, s. 177-195.

<sup>4</sup> **Özcan**, Mehmet Tevfik: *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 4. Basım, XII Levha Yay., İstanbul 2011, s. 64 vd.

ve güdüleri genellikle ahlâk için kaynak değil tehdit olarak algılanmıştır. Aynı duygu, tutku ve güdülerin bizim toplumsallığımızın da kaynağı olduğu göz ardı edilmiştir<sup>5</sup>.

Ahlâk ve hukuk gibi normatif ve değere dayalı alanlarda, tabiata yani *olana* bakarak *olması gerekene* ulaşamaz. Bilindiği gibi bu durum, meşhur Hume yasası olarak ifade edilmiştir<sup>6</sup>. Hukuk ve ahlâk ile ilgili olarak bilimsel verilerin kullanılması, hukuk felsefesi geleneğini benimsemiş olanlarda hemen bu Humecü tepkiyi uyandırır ve öne sürülen verileri, birer değer yargısı olarak algılayıp ahlâk, adalet ve hukuk için saldırı gibi görürler. Kısacası ahlâk konusunda çeşitli pozitif bilim dallarına, deney ve gözleme yöneldiğimizde akla ilk gelebilecek problem, olandan veya olgudan olması gerekeni çıkarma sorunu olabilir. Basitçe, aslanın antilobu parçalayıp yemesi bir olgudur/olandır; bundan, “aslan antilobu yemelidir” veya “antilop yemek kötüdür” gibi değer yargıları çıkaramayız. Kelsen’i hatırlarsak bir norm ancak ve ancak başka bir normdan çıkarsanabilir<sup>7</sup> ki bunun da bizi getireceği nihai nokta bir dogma olacaktır.

Buna rağmen tarihe baktığımızda, mantıksal olarak hatalı olsa da hem tabii hukuk düşüncesinde hem de ahlâkta olandan olması gerekenin çıkarıldığı pek çok örnek vardır. Mesela Hume’un kendi verdiği örneklerde “kocalar karılarından daha güçlüdür, bu yüzden kadınlar kocalarına itaat etmelidir” ya da “küçük erkek çocukların baca temizleyicisi olarak çalışması bir gelenektir, bu nedenle küçük erkek çocukları baca temizleyicisi olarak çalıştırmalıyız” ya da “deforme insanlardan nefret etmek doğaldır, bu nedenle deforme insanlardan nefret etmek doğrudur.”<sup>8</sup> gibi çıkarsamalar açıkça

<sup>5</sup> “Bugün etik ile ilgili arayışları ve etik araştırmalarını öne çıkaran nedenler, insanın kendine ilişkin bilgisinin yetersizliği, eksikliği yüzündendir büyük ölçüde. Dünyadaki pek çok sorun, insanın kendini bilme konusunda yetersiz kalmasından, böyle bir bilgi arayışını çoğunlukla ihmal etmiş olmasından ileri gelmektedir.” **İyi/Tepe**, s. 4. Yazarlar buradaki “insanın kendine ilişkin bilgisini” Sokratik “kendini bilme” ile ilişkilendirmiş olsa da ben bu alıntıyı tam Waal gibi anlıyorum. Felsefe, kendimiz hakkında bir bilgi değil, tasavvur üretir.

<sup>6</sup> Olandan, olması gerekenin çıkarılamayacağını ifade eden düşünce. “We cannot validly infer a moral (or a normative) conclusion from nonmoral (or non-normative) premises. No *ought* from an *is*.” **Merrill**, Kenneth R.: *Dictionary of Hume’s Philosophy*, Scarecrow Press, Inc., USA 2008, s. 143.

<sup>7</sup> Kelsen’in olan olması gereken tartışması için bkz. **Kelsen**, Hans: “On the Basic Norm”, *California Law Review*, Vol. 47, No. 1. (March, 1959), s. 107-110.

<sup>8</sup> **Churchland**, Patricia S.: *Güvenen Beyin- Nörobilim Ahlâk Hakkında Bize Ne Anlatır?*, Alfa Yay, İstanbul 2013, s. 16-17. (“Deforme insan” için çevirmene bir selam gönderiyoruz!)

yanlıştır. Öte yandan binlerce yıl boyunca olağan ve sıradan bir kurum olarak gayet *iyi* olan kölelik veya kapitalizmin bir dokunulmazı olan mülkiyet, aslında ekonomik çıkar ilişkilerini ortaya çıkaran olguların, ahlâkî ve hukukî birer kurum, değer ve olması gereken olarak önümüze konmasının örneğidir. Bu durumda da aslında olandan olması gereken çıkarılamaz önermesini, olandan *zorunlu* olarak olması gereken çıkarılamaz diye anlamak makul olabilir. Çünkü olana bakarak, bunun olmaması gerektiğini de olması gerektiğini de düşünebiliriz. Çünkü tarih boyunca tam da bu olmuştur. Toplumsal konsensüs veya iktidar ilişkileri; mülkiyet, kölelik, çok eşlilik, öldürme, faiz vb. birçok olgunun ahlâkî veya hukukî olarak geçerli olmasını sağlamıştır.

Ahlâk, hukuk ve hatta politika söz konusu olduğunda, olana bakmak bizi Hobbes ve Machiavelli gibi modernliğin en karamsar düşünürleri veya Milgram ve Zimbardo'nunkiler gibi sosyal psikolojinin en ürkütücü deneyleri ile buluşturabilir. Zaten çoğu kez bu konular hakkında gerçekliğin soğuk bilgisini vermek, olması gerekenin de bu olduğunu savunmak gibi bir algılamaya sebep oluyor. Halbuki bir probleme ilişkin verileri resmetmek başka, bunlar hakkında bir yargıda bulunmak başka bir şey. İlki bilimin alanı iken ikincisi ahlâk ve politika gibi normatif disiplinlerin alanında. Hatta ikincisi, güç ilişkilerinin varlığı nispetinde siyaset ve ideoloji ile hakikât inşa eder ve toplumsal gerçekliği dönüştür.

Toplumsal olanın sonsuz karmaşıklığı ve tesadüfiliği, anlama çabamızın önüne devasa bir set çeker. Varlığın veya dünyanın veya olgunun zatında bir “anlam” olmadığı için anlama çabası (ve anlam arayışı da) her zaman bir anlam “icat” etmeyi (veya icat edilmişlerden birini seçmeyi) zorunlu kılar. Anlamak için bu sonsuz karmaşıklıktaki “şeylerin” plansız ve gayri aklı varlığını forma sokmaya ve zihnimiz için “kavranır” kılmaya çalışırız. Bu süreç, önünde bir yığın halinde yüzlerce lego parçacığı duran bir çocuğun, bu parçalardan bir *şey* yapmasına benzer. Tarihin içindeki bu sayısız/sonsuz parçacıktan erişebildiğimiz kadarıyla *anamlı* bir *hikâye* elde etmeye çalışırız.

Ahlâkın ne olduğu soruşturması, normatif nitelik taşıdığına tehlikeli sulara da girer. Öte yandan da gerek hukuk hakkında gerekse de ahlâk hakkında fikir üreten, olması gereken tartışması yapan insanların, gerçekte olana pek az etkisi vardır. Çoğunlukla ancak bu fikirleri sloganlaştırıp basitleştirerek kendilerine kaldıraç yapan bir gücün ortaya çıkması ile toplumsal gerçekliğin dönüşümü sağlanır. Modernlik, çeşitli ulus devletlerin kuruluşu yahut ihtilaller ve hatta dinler, bir ahlâk söylemi ile birlikte harekete geçer. Anonimlik ortadan kalkıp ahlâkî fikirler muktedir bir vaizin eline düştüğünde, ahlâk sabitlenmeye, araçsallaşmaya ve hukuka dönüşmeye başlar.

“Etik değerlendirmeye ilişkin felsefede sürdürülen çalışmalar, ahlaksal davranışın bireyin bilincindeki konumunun belli boyutlarını açıklığa kavuşturmuştur. Ancak bu yaklaşımlar, toplumsal ahlaka ilişkin soruları (yani ahlak normlarının toplumsal oluşum süreçlerini ve işlevlerini) yanıtız bırakır. Zira, bu çalışmalardan çıkarılabilecek topluma ilişkin biricik sonuç, erdemin etik davranışta olduğudur. Ki bu toplumsal fenomeni açıklamada bizi bir milim dahi ileri götürmez. Bunun için doğa bilimlerinin metodlarına benzeyen metodları kullanan bir descriptive araştırmaya gerek vardır. Burada, felsefenin yararsız veya gereksiz olduğunu ifade etmiyorum. İfade ettiğim şey, felsefeye altından kalkamayacağı işleri yüklemem gerektiğidir.”<sup>9</sup>

## I. ÜZERİMDEKİ YILDIZLI GÖK VE İÇİMDEKİ NÖRONLAR<sup>10</sup>

### A. Ayna Nöronlar ve Ahlâk

Kant, içindeki ahlâk yasasından bahseder ve kategorik emperatifi önümüze koyarken ayna nöronlardan veya hayvan davranışlarından haberdar değildi. Ahlâk evet, içimizde; ancak bu bir dogma olarak metafizik bir *entite* değil de yüz binlerce yıllık sosyal evrimin bir sonucu olarak içimize gömülü durumda<sup>11</sup>. Ahlâk; empati, karşılıklık ve rekabet gibi özelliklerimizin değer olarak ifade edilmiş hâli. Aşağıda Kant’ın yaklaşımını kısaca ele alacağım ancak onun bahsettiği türden zorunlu bir ahlâk yasası içinde taşıyan insanın, sadece felsefi bir tahayyül olduğunu söylemek gerekiyor. Hatta bu tahayyül ancak kapitalizmin ortaya çıktığı tarihsel şartlar sayesinde mümkün olmuştur. Ve 19. yüzyıldan itibaren kitle toplumu kimyasında buharlaşmıştı.

Aşkın bir zorunluluğun veya yasanın öncelediği bir ahlâkîlikten değil de empati ve toplumsallığın ahlâkî terimlere dönüşmesinden bahsetmek daha doğru görünüyor. Çünkü “bir ahlak duygusuna sahip olmak için başka insanların ruh halini anlamamız gerekir.”<sup>12</sup> Çünkü ahlâkın temelinde, karşımdaki için iyi ve kötü olanı bilmek gerekliliği var. Bunu da çoğu kez kendi davranışlarımız hakkındaki tecrübemden biliyorum. Karşımdakinin halini an-

<sup>9</sup> **Özcan**, Mehmet Tefik: “Etik Değerlendirme ve Sosyo-Etik Grup Yargısı”, HFSA, 2. Kitap, Afa Yay., İstanbul 1995, s. 150.

<sup>10</sup> “İki şey var ki, ruhumu hep yeni, hep artan bir hayranlık ve müthiş bir saygıyla dolduruyor. Üzerimdeki yıldızlı gök, içirimdeki ahlak yasası.” Immanuel KANT

<sup>11</sup> **Waal**, Frans B. M. de.: İçimizdeki Maymun- Biz Neden Biziz?, çev. Aslı Biçen, Metis Yay., İstanbul 2008, s. 42.

<sup>12</sup> **Winston**, Robert: İnsan İçgüdüleri- İlkel Dürtülerimiz Modern Yaşamlarımızı Nasıl Biçimlendiriyor?, Çev. Sinan Köseoğlu, Say Yay., İstanbul 2010, s. 359.



lama becerisine empati<sup>13</sup> adı veriliyor. Ama empatiye geçmeden önce iyi ve kötünün nerden çıktığına bakalım.

Fiziksel ve duygusal bir his olarak acı ve hazzın, aksiyolojik olarak iyi ve kötü olarak nitelendirilmesi, olandan olması gerekene geçişin güzel bir örneği. Hatta değer alanına geçtiğimizde, fiziksel olarak haz olanın, değer bakımında kötü veya acı olanın iyi olarak nitelendirilmesi de mümkün. Dolayısıyla iradî veya tesadüfî eylemlerimizin sonucunun haz veya acı olmasına göre bunları istenen veya istenmeyen eylemler olarak (bilinçli veya bilinçsiz) şekilde sınıflandırırız<sup>14</sup>. Bireysel olarak bizim için acı ve haz olanın toplumsal ve aksiyolojik olarak bir değer yargısına dönüşmesi ise diğerleri ile kurduğumuz ilişki ile mümkün oluyor. Memeliler, böcekler veya sürüngenler gibi genetik bir bilgi ile doğmuyor sosyallik ve taklit<sup>15</sup> yoluyla grubun diğer üyelerinden öğrenilen bilgi ile hayatta kalıyorlar. İnsan için bu, kültürü de kapsayan çok daha büyük bir bilgi yığını anlamına gelmektedir. Hayalî bir başlangıç durumunda tek bir bireyin kendi davranışlarıyla ilgili olarak yaptığı haz acı sınıflandırması ve bu tecrübeyi alışkanlık yoluyla sürdürmesi, başarılı olduğu veya iktidar kullanımının varlığı ölçüsünden grubun diğer üyelerince de benimsenir. Aslan yavrusu annesi gibi avlanırken, oklu kirpiye yaklaşmaması gerektiğini öğrenir. Bildiğimiz kadarıyla hayvanlar “oklu kirpi yemek haramdır” gibi ahlâkî yargıya ulaşmaz<sup>16</sup> ancak onlar için kirpiye yaklaşmama bilgisi grup tarafından paylaşılıp aktarılır. Dolayısıyla birçok durumda grubun ortak standartları oluşur. İnsan söz konusu olduğunda bu tip tecrübelerin, grupta hâkim çıkarlar doğrultusunda bir ahlâkî, hukukî veya dinî değer ve norma dönüştüğünü görüyoruz.

<sup>13</sup> “Empati ötekinin neler deneyimlediğini, o kişinin düşünce çerçevesi içinde değerlendirerek duygusal olarak anlama ve ötekinin duygularını özümseyebilme yeteneği olarak tanımlanabilir veya empati için ötekinin ayakkabısını giymek benzetmesi yapılabilir. Empati kavramı ilk olarak psikolojik kuramlar içerisinde tanımlanmakla birlikte; son yıllarda psikolojik kuramların biyolojik yansımalarına ilişkin araştırmalar yoğunluk kazanmaktadır.” **Altınbaş**, Kürşat/**Gülöksüz**, Sinan/**Özçetinkaya**, Serap/**Oral**, Timuçin E.: “Empatinin Biyolojik Yönleri”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, Y. 2010; S. 2(1), s. 15; **Waal**, Bonobo, s. 14.

<sup>14</sup> **Özcan**, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 90; **Özcan**, *Etik Değerlendirme*, s. 151, 152.

<sup>15</sup> İnsan, taklit becerisi çok yüksek bir canlıdır. Ayrıca edindiği bilgileri yorumlayarak daha da geliştirir ve diğerlerine de aktarır. Kültür bu şekilde oluşur. Ancak insan dışında kuşlar, kediler, yunuslar, filler, bonobolar gibi sayamayacağımız kadar çok tür de taklit ile öğrenir ve bilgiyi aktarırlar. **Churchland**, s. 161.

<sup>16</sup> İnsan söz konusu olsaydı kirpinin kutsallığı, dokunulmazlığı veya tersine böyle zor avın yenmesi halinde kabile şefinin kirpinin güçlerine sahip olacağı gibi sayısız mitos ortaya çıkabilirdi.

Tecrübelerimizin sonuçlarının sınıflandırması ve taklit veya öğretme yoluyla aktarıma, yukarıda bahsettiğim empati duygusu da eklendiğinde, artık sadece eylemi değil, fiziksel veya ruhsal hissi de paylaşmış oluyoruz<sup>17</sup>. Bu empati duygusunun kaynağında olduğu düşünülen ayna nöronlar<sup>18</sup>, 90'lı yıllarda yilinda Makak maymunları ile yapılan bir dizi deney sonucunda Parma Üniversitesinde, Giacomo Rizzolatti ve ekibi tarafından tesadüfen keşfedildi<sup>19</sup>. Bu keşif, empati ve sosyal etkileşimi anlama konusunda oldukça heyecan verici düşüncelerin de kapısını açmıştır. Yapılan çalışmalarda “el-ağız hareketlerinin beyinde karşılık geldiği bölgelerin haritalanması sırasında deneklerin bir cismi kavramadıkları halde, kavrayan birisini izledikleri sırada da beyin aynı bölgesinde, bir cismi kavradıkları zamana benzer düzeyde bir elektriksel aktivite artışı olduğunu gözlemlemişlerdir.”<sup>20</sup> Ayrıca bir yiyeceği kavrayan insanı gördüklerinde, niyetin o yiyeceği yemek olduğunu anlarsa bu durumda da ayna nöronlar uyarılmaktadır. Yani sadece hemcinsleri olan maymunlar değil, insanları izlediklerinde de nöronlar devreye girmektedir.

<sup>17</sup> “O’Connell, şempanzelerin duygu ve tutumlarından anlaşıldığı kadarıyla ötekinin durumunu anlayabildiklerini ve tehlikedeki ötekini kurtarmak için de kendi yaşamlarını tehlikeye atabileceklerini belirtmiştir. Ayrıca maymunların empatiyi; kavgalarda arabuluculukta, evlat edinilen üyelerin uyum sağlamasında, hastalığa ve yaralanmaya karşı tepkilerle sınırlı bir alanda ortaya koyduklarını öne sürmüştür.” **Altınbaş/Gülöksüz/Özçetinkaya/Oral**, s. 18.

<sup>18</sup> “Ayna nöronlar, hem belirli bir motor eylem gerçekleştirdiğinde hem de başka biri tarafından gerçekleştirilen aynı veya benzer eylem gözlemlendiğinde etkileşen nöron sınıfıdır. Bu sayede ayna nöronlar, sanki gözlemcinin kendisi hareket ediyormuş gibi diğerinin davranışını bir ayna işlevi görerek yansıtır. Bu tür nöronlar insanlarda, primat türlerinde ve kuşlarda doğrudan gözlemlenmiştir.” **Tanık, Faruk/Aktaş, Büşra/Keskin, Merve/Özer Kaya**, Derya: “Ayna Nöronların Fiziksel, Sosyal ve Bilişsel Fonksiyonlar Üzerindeki Rolü: Geleneksel Derleme”, Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi, 2022, 7(4), s. 1249. Bu nöronlara “empati nöronları” da denmektedir. **Altınbaş/Gülöksüz/Özçetinkaya/Oral**, s. 15.

<sup>19</sup> **Pellegrino, G. Di/Fadiga, L./Fogassi, L./Gallese, V./Rizzolatti, G.**: “Understanding Motor Events: A Neurophysiological Study.” *Experimental Brain Research* 91, no. 1, Y: 1992, s. 176-180. Ayrıca bkz. Churchland, s. 169 vd. “Ayna nöronların insanda eylemlerin tanınması, amacının yorumlanması, motor hareketlerin taklit edilmesi, empati, dil, öğrenme ve hafıza gibi karmaşık işlevlerde rol oynadığını öne süren pek çok çalışma yapılmıştır. Bu durum, aslında ayna nöron sisteminin biliş ve eylem arasında bir çeşit köprü görevi gördüğünü düşündürmektedir.” **Harı, Emre/Cengiz, Canberk/Kılıç, Ferhat/Yurdakoş, Ertan**: “Ayna Nöron Sistemi ve Fonksiyonlarına Klinik Yaklaşım”, İstanbul Tıp Fakültesi Dergisi, 2021; 84(3), s. 433.

<sup>20</sup> **Altınbaş/Gülöksüz/Özçetinkaya/Oral**, s. 19; **Pellegrino/Fadiga/Fogassi/Gallese/Rizzolatti**, s. 176.

“Eğer sonuçtaki nöron etkinliği ben bir yiyeceği ağızıma götürmeye niyetlendiğimde meydana gelen etkinliğe uyarsa, sizin neye niyetlendiğinizi bilirim. Kendi simülasyonumda (yemeye niyetliyim) hareketin ne anlama geldiğini bildiğim için bunun sizin için de aynı anlama geldiği sonucuna varırım: yemeye niyetlisiniz.”<sup>21</sup>

Bu, karşımızdakinin davranışını gözlemleyerek niyetini ve duygusunu anlayabilme becerisinin varlığını göstermektedir. Ayna nöronlar sadece karşımızdaki kişinin (veya canlının) yaptığı davranışın anlam ve amacını bildiğimiz durumlarda devreye girmektedir. Yani tesadüfî veya bilmediğimiz amaçlarla yapılan davranışlarda, ayna nöronların uyarılmadığı gözlenmiştir. Ancak davranışlar arasındaki benzerliklerden kıyasla, daha önce karşılaşmadığım birçok durumda da yine gördüğüm davranıştaki niyeti anlama ihtimalim vardır. “Bu hareketi ben yapıyor olsaydım, ne niyetle yapardım?” gibi dillendirilmeyen bir sorunun içimizde belirdiğini düşünebiliriz. Yani bir davranışı gördüğümüzde, bunu kendimiz yapıyormuş gibi algılayıp davranışın anlamını ve eyleyenin niyetini buna göre belirleriz<sup>22</sup>.

Öyle görünüyor ki ayna nöronlar, sosyallik ve “iyilik” duygumuzun başlangıç noktalarından biri. Ancak konunun daha ileri araştırması bu makalenin yazarını aşan bir bilgi birikimini gerektirmektedir.

## B. İçimdeki Ahlâk Yasası

Aşağıda, Waal’ın araştırmalarından hareketle ele alacağım ahlâk yaklaşımının aksine, Kant için “ahlâk yasalarına ilişkin öğretisi, insanın kendisini ya da hayvanî doğasını gözlemlemesinden ya da dünyanın gidişatına ilişkin olarak ne olduğuna ya da insanların nasıl davrandığına dair algılarından çıkarılmaz.” Hatta “akıl, böyle bir eylemin örneği bulunmasa bile” nasıl davranmamız gerektiğini bize söyler ve bu şekilde hareket etmenin bize sağlayabileceği ve yalnızca deneyimin gösterebileceği avantajı dikkate almaz<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Churchland, s. 172; Pellegrin/Fadiga/Fogassi/Gallese/Rizzolatti, s. 176.

<sup>22</sup> “Özetle, simülasyon teorisi başka birine niyet atfetmedeki beyin sürecinin üç adımdan oluştuğunu söyler: 1) gözlenen hareket gözleyen kendi motor sistemindeki etkinleşmeyle eşleştirilir; 2) bu belli hareketin gözleyendeki niyeti otomatik temsil edilecek ve böylece ona bildirilecektir; 3) gözlemci gözlenen kişiye aynı niyeti atfedecektir.” Churchland, s. 174.

<sup>23</sup> Kant, Immanuel: The Philosophy of Right: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right, Translated by, W. Hastie, Edinburgh, Clark, 1887, s. 17. “Kant’a göre ahlaki yükümlülüğün temeli “insanın doğasında ya da insanın içinde bulunduğu koşullarda değil, a priori olarak sadece saf aklın kavramlarında” aranmalıydı.” Kuehn, Manfred, Immanuel Kant, Çev. Bülent Doğan, İş Bankası, İstanbul 2011, s. 280; Özlem, s. 70 vd.

Bu yaklaşımı daha da ileriye götüren Kant kendi ahlâk anlayışını, antropolojik veya toplumsal olandan büyük bir özenle ayırmaktadır<sup>24</sup>. Ona göre bilimin tabiatı gereği, empirik olanın rasyonel olandan ayrılması ve fiziğin önüne tabiat metafiziği, antropolojinin önüne ise her türlü deneysel bilgiden arındırılmış bir ahlâk metafiziği koymak gerekir. Kant, “Acaba sırf deneysel ve antropolojiye ait olan her şeyden tamamen arındırılmış saf bir ahlâk felsefesi geliştirmenin son derece gerekli olduğu düşünülemez mi?”<sup>25</sup> diye sorar. Ayrıca, ahlâki politika ile dolayısıyla da insanın toplumsallığı ile birlikte düşünen Aristoteles’in aksine<sup>26</sup>, modernliğin gelişim çizgisi ile uyumlu bir sözleşmecî olarak bireyden, özgürlükten hareketle ele alır. Sanki (sosyal sözleşme varsayımlarındaki gibi) rasyonel bireyler bir araya gelmiş ve yüksek bir entelektüel faaliyet ile ahlâk yasasını keşfetmişlerdir: “Yalnız, aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eyle. (Başka bir deyişle, öyle bir maksime göre hareket et ki, aynı zamanda onun genel bir yasa olmasını isteyebilesin)”<sup>27</sup>. Buna göre bireylerin ortaklaşa olarak uyabilecekleri bir yasa da ancak böyle bir maksime göre hareket ederlerse mümkün olur ve meşru bağlayıcı yükümlülük taşır. Dolayısıyla “Kant’a göre bir eylem insanlık için, nerede ve ne zaman olduğuna bakmaksızın evrensel bir eylem kuralı haline getirilebildiği takdirde ahlaki olmaktadır.”<sup>28</sup> Bu da ancak

<sup>24</sup> Aslında Kant uzun dönem antropoloji dersleri vermiştir. **Kuehn**, s. 364. İnsanın doğal tarihinin farkındadır ve fakat bunu akılla bir karşıtlık içinde ele almaktadır. İnsan doğası rekabet ile gelişir ve “İnsan, aklın ona en yüksek saygıya layık şeyler olarak tanıttığı ödev buyruklarına karşı çıkmak için, kuvvetli bir direnç hisseder; bu direnç ihtiyaçlarının ve eğilimlerinin gösterdiği dirençtir.” İnsanın kaderi ahlâki mükemmelliği hedefler ve doğa ile kültür arasındaki mücadelenin içinde yer alır. Doğa halini aştıkça, doğal yönelimlerimiz bozulur ve fakat bu yönelimler akıl ile ahenk içine girdiği ölçüde tekrar doğamız haline gelir. **Wood**, Allen W.: Kant, Dost Yay., Ankara 2009, s. 169, 171. “Ahlaki kavramlar deneyimden türetilmezler, kökenleri a priori olarak saf akılda bulunur.” **Kuehn**, s. 284, ayrıca bkz. 282; **Cevizci**, s. 176.

<sup>25</sup> **Kant**, Immanuel: Groundwork of The Metaphysics of Morals, Tran. and ed. Mary Gregor, Cambridge Univ. Press, New York 1997, s. 2. Ayrıca bkz. **Thorpe**, Lucas: The Kant Dictionary, Bloomsbury Publications, UK, 2015, s. 2. **Kuehn**, s. 415. “(...) ahlâki akıl ve iyi irade dışında hiçbir otoritenin etkisi olamayacağını öne süren ve dolayısıyla geleneğin, sosyal ve kültürel faktörlerin etkisini yok sayan Kant, kendi kendini mutlak ve koşulsuz olarak belirleyen, kendisi ve tüm diğer insanlar için yasa koyan özgür ve bağımsız bir modern özne ya da ahlâki faili öne sürerken (...)” **Cevizci**, s. 176.

<sup>26</sup> **Arslan**, Ahmet: İlkçağ Felsefe Tarihi 3 – Aristoteles, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2007, s. 233 vd.

<sup>27</sup> **Kant**, Immanuel: Seçilmiş Yazılar, Çev. Nejat Bozkurt, Remzi Kitabevi, İstanbul 1984, s. 170. Ayrıca bkz. **Wood**, s. 171 vd. Buna göre ahlâk yasasını insan hem kendi için ister ve kendisi için kendisi koyar ama bu bireysel ilke aynı zamanda başkaları için de geçerli bir genellik taşır. **Özlem**, s. 70.

<sup>28</sup> **Tiryakian**, s. 315-316.

özgürlükle mümkündür. Özgürlük olmadan ahlâkî bir eylemden söz etmek mümkün değildir<sup>29</sup>.

“Tabiat Yasalarından (*The Laws of Nature*) ayırt edildiğinde Özgürlük Yasaları (*The Laws of Freedom*), ahlâkî Yasalardır (*moral Laws*). Ahlâk yasaları, yalnızca dışsal eylemlere ve bunların yasallığına (*lawfulness*) atfedildiğinde, *hukukîdir (juridicial)*. Ancak Yasalar (*Laws*) olarak kendilerinin de eylemlerimizin belirleyici İlkeleri olmalarını gerektiriyorlarsa, bunlar Etikdir (*ethical*)<sup>30</sup>. Bir davranışın hukuka (*Juridicial Laws*) uygun olması onun yasallığı (*Legality*)<sup>31</sup>, Etik Yasalara (*Ethical Laws*) uygun olması ise ahlâkîliğidir (*Morality*). İlk yasaların atıfta bulunduğu Özgürlük<sup>32</sup>, yalnızca dışsal eylemlerdeki Özgürlük olabilir; ancak ikinci yasaların atıfta bulunduğu Özgürlük, Aklın Yasaları tarafından belirlendiği ölçüde, İrade faaliyetinin içsel olduğu kadar dışsal eylemlerindeki Özgürlüktür.”<sup>33</sup>

Tabiat, zorunluluklar alanıdır; seçimler veya özgürlük değil. Tabiat yasaları dediğimizde her durumda zorunlu olarak aynı döngüyü ve sonuçları

<sup>29</sup> “Özgürlük ve her şeye ağır basan ahlâk yasasına uyma yetisi olarak bu özgürlüğün bilinci, eğilimlerden bağımsızlıktır, en azından arzulamamızın (uyarıcı olmasa da) belirleyici olan hareket nedenleri olarak eğilimlerden [Neigungen] bağımsızlıktır ve ahlâk maksimlerime uyarken bu özgürlüğün bilincinde olduğumdan, bu özgürlük zorunlu olarak buna bağlı olan, hiçbir özel duyguya dayanmayan, değişmez bir memnunluğun [Zufriedenheit] biricik kaynağıdır, işte bu memnunluğa düşünsel [intellektuell] denebilir.” **Kant**, Immanuel: Pratik Aklın Eleştirisi, Çev. İoanna Kuçuradı, Ülker Gökberk, Füsün Akatlı, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara 1980, s. 128. Ayrıca bkz. **İyi/Tepe**, s. 76.

<sup>30</sup> Kant, görevleri ahlâkî (*ethical*) ve hukukî (*juridicial*) diye ayırmıştır. Buna göre bir davranışı görev (*duty*) kılan yasa, aynı zamanda bu davranışın görev olmasından kaynaklanıyorsa ahlâkîdir (*ethical*). Ancak bir davranış, görev olmağı (bizatihi görev olması) sebebiyle değil de başka bir sebep ya da etken ile görev kılınıyorsa hukukîdir (*juridicial*). **Kant**, *Philosophy of Right*, pp. 20-21. **Kisner**, s. 140 vd.

<sup>31</sup> “Bugün legalite terimini daha çok hukuksal boyutuyla, yasallık veya yasaya uygunluk anlamında kullanıyoruz. Kant’ta ise terimin daha geniş bir anlamı vardır ve bu geniş anlamıyla legalite, sıradanlık, mevcuda uyma, özel bir ilgi ve çaba göstermeksizin, alışkanlıkla, töre ve geleneklere bağlı olarak eylemde bulunma, ritüele ayak uydurma vd. anlamlarına gelir.” **Özlem**, s. 71. Ayrıca bkz. **Cevizci**, s. 177-178.

<sup>32</sup> Özgürlük, insanın kendi iradesi ile kendine yasa koyabilmesidir. Yoksa tutku ve güdüleriyile veya başka bir toplumsal kuralın zoruyla hareket etmesi değil. **Özlem**, s. 70.

<sup>33</sup> **Kant**, *Philosophy of Right*, s. 14 ve 22. “These laws are either laws of **nature** or laws of **freedom**. The science of the first is called **physics**, that of the other is **ethics**; the former is also called the doctrine of nature, the latter the doctrine of morals”. **Kant**, *Groundwork*, s. 1. Ayrıca bkz. Thorpe, Lucas: *The Kant Dictionary*, Bloomsbury Publications, UK, 2015, s. 129 ve 145; **Kisner**, Manja: “Kant’s Analogy between the Moral Law and the Law of Nature”, *International Journal of Philosophy* N.o 9, Junio 2019, s. 138.

takip eden olgulara gönderme yaparız. Dolayısıyla dışımızdan gelen ister tabii isterse yasal olsun, bir zorunluluk ile (*heteronomous*) hareket ediyorsak, ahlâkın alanında değiliz<sup>34</sup>. Özgürlük ise irade sahibi akıllı varlıklara mahsustur. Akıllı varlıklar, bir yanıyla tabiatın zorunlu yasalarına tâbi olsa da eylemleri bakımından özgürlük yasası içindedirler<sup>35</sup>. Failin eylemlerinde eğer tamamen özgürlük yasası hâkim, fail koşulsuz buyruk ile hareket ediyor ise yani kendisine (*autonomous*) yasa koyuyor ise ahlâkın alanındadır. Oysa yapıp etmelerimiz bir dışsal iradenin buyruğu (bu durumda hukuk) ve koşullu bir önerme (eylemin bir ceza tehdidi veya ödül ile ilişkilendirilmesi) ile hareket ediyorsa bu durumda hukukî veya yasal alana<sup>36</sup> geçmiş oluruz. Böylece bir bakıma başa döneriz ve hukuk bakımından zorunluluk alanına dahil oluruz. Ancak geleneksel toplumdaki yukarıdan aşağıya tek yönlü ve itaat temelli Yasa anlayışı yerine, kendi ahlâkî tercihimizin sonucu olan ve sözleşme temelli bir hukuka özne oluruz<sup>37</sup>. Yani hukuka uyma zorunluluğu, Aydınlanma öncesinin dışsal zorunluluklarından değil, sosyal sözleşmenin yani kendi tercih ve rızamızın neticesindedir.

Kant aynı zamanda toplumsal sözleşme<sup>38</sup> fikrini benimseyen bir filozoftur. Dolayısıyla özgür irade ve koşulsuz buyruğa uygun olarak hukuka kaynaklık eden toplumsal sözleşmeye rıza gösterdiğimizde, hukuk artık dışsal bir zorlama olsa da yasalara uymak en temelinde ahlâkî bir eylem olarak karşımıza çıkar: verdiğimiz bir sözü tutmak. Böylece bir bütün olarak bakarsak bu ortak yasaya uymak, pratik aklın, kendi koyduğu yasaya kendinin uymasındır; başka deyişle pozitif özgürlüktür. Bizi sorumlu kılan da bu özgürlüktür.

<sup>34</sup> **Özlem**, s. 72.

<sup>35</sup> “There is only one innate right, freedom (independence from being constrained by another’s choice), insofar as it can coexist with the freedom of every other in accordance with a universal law” **Kant**, I.: *The Metaphysics of Morals*, tran. Mary Gregor, Cambridge University Press, New York 1991, s. 63.

<sup>36</sup> “Hukuki ödev sisteminin temeli olan hak, bireylerin sadece dışsal Özgürlüklerini korumakla ilgilenir ve bireyleri hukukun emirlerine uymaya götüren saiklere karşı duyarsızdır. Etik ve hak arasındaki önemli fark, hukukî ödevler zorlamayla yerine getirilirken, etik ödevlerin böyle olmamasıdır.” **Wood**, s. 182. “Bir eylemin istek neticesinde gerçekleşmesi durumunda eylem yasallık [Legalität] içerir ama ahlâkîlik [Moralität] içermez.” **Çataloluk**, Gökçe: “Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları”, İnönü Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019, Cilt: 10 Sayı: 1, s. 204. (*Legality* için Özlem’in açıklamasını dikkate alarak.)

<sup>37</sup> **Topuzkanamış**, Engin: *Hukuk ve Disiplin- Modern Toplumda Hukuka Uymanı Dayanakları*, 4. Baskı, Zoe yay., İstanbul 2022, s. 83 vd.

<sup>38</sup> <https://plato.stanford.edu/entries/kant-social-political/#SocCon>

“Kant daha ileri bir açıklama getirmeksizin veya hukuki kodlaştırmanın mahiyetini sorgulamaksızın hukukun formelliğine yoğunlaşarak, yasamanın siyasal doğası ile yasanın hukuksal kodun bütünlüğüne eklenmesi arasındaki farklılığı dikkate almadı ve herkesi her koşulda bütün yasama tasarruflarına itaat etme yükümlülüğü altına soktu.”<sup>39</sup>

Kant hakkındaki bu bölümü yazarken onu, ahlâkın toplumsal bir olgu olduğunu görmezden geldiği, insanın tarihini, tabiatını ve güdülerini dışlayarak ve hatta bunlara karşı bir ahlâk anlayışı kurmakla suçlayan bir fikirden yola çıkmışım<sup>40</sup>. Ancak son noktada aslında onun gayet bilinçli bir tutumla bundan kaçındığını görüyorum. Özlem’in *legality* kavramındaki uyarısı aydınlatıcıdır. Kant’ta *legality*, yasallığın ötesinde çok daha geniş bir anlama sahiptir ve “(...) sıradanlık, mevcuda uyma, özel bir ilgi ve çaba göstermeksizin, alışkanlıkla, töre ve geleneklere bağlı olarak eylemde bulunma, ritüele ayak uydurma vd. anlamlarına gelir”<sup>41</sup>. Yani Kant’ta *legality*, sadece yasallığı değil, girişte belirttiğim haliyle pozitif ahlâk veya moral kavramını da içerir. Demek ki Kant dışımızdaki ahlâk karşısında da *ethical laws*’a tâbi olmayı gerekli görüyordu. Bir Aydınlanmacı olarak Kant, bireyi bu toplumsal etkilerin dışında betimlemeye çalışmıştı<sup>42</sup>. Kant’ın bütün bu anlatısının bir soyutlama ve kurgu olduğunu yani gerçek olmadığını unutmadığımız sürece son derece yararlı bir temrin ile karşı karşıyayız. Artık

<sup>39</sup> **Özcan**, Mehmet Tefrik: “Etik ve Hukuk: Hukuksal Pozitivizm Üstüne Yeniden Değerlendirme”, Prof. Dr. Adnan Güriz’e Armağan, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara 2016, s. 548. Kant ve Hume’un hukuk ve ahlâk düşüncelerinin eleştirisi için yine bu makaleye bakılabilir. Kant, “(...) kendi içinde yanlış olan bir şey emretmediği sürece, layıkıyla kurulmuş siyasî otoriteye karşı çıkmamanın hiçbir gerekçesi olamayacağını savunmuştur.” **Wood**, s. 167.

<sup>40</sup> “Durkheim’in, Kant’ın özünde toplumla bağıntılı olan ahlakın zaman ve mekâna göre değişebileceğini; çünkü farklı toplumların ve aynı toplumdaki farklı tarihsel dönemlerin içerik olarak farklı ahlaklar gerektirdiğinin farkında olmadığı yolundaki eleştirisi” **Tiryakian**, s. 315.

<sup>41</sup> **Özlem**, s. 71.

<sup>42</sup> Ne var ki bu kadar yüksek ilkelere bahsedilen Kant’ın iktidar övgüsü ve berbat ahlâkî fikirleri vardır çünkü o da döneminin ürünü tarihsel bir kişiliktir. “Kant, bazı etik konularda çok uç (hatta itici) konular almakla adı çıkmış birisidir. Katillerin her durumda öldürülmeleri gerektiğini; intiharın, kesin ödevimiz olan bir şeye karşı çıkmak olduğunu; cinsel ilişkinin insanlığı alçalttığını; mastürbasyonun intihardan daha büyük bir suç olduğunu; kendi içinde yanlış olan bir şey emretmediği sürece, layıkıyla kurulmuş siyasî otoriteye karşı çıkmamanın hiçbir gerekçesi olamayacağını savunmuştur. İnsanın refah seviyesini yükseltmek, hatta masum bir insanın hayatını, katil olması muhtemel birinden kurtarmak için bile olsa, yalan söylemenin daima yanlış olacağını da söylemiştir.” **Wood**, s. 166-167.

Kant'tan çok daha fazla bilgiye sahibiz ve sosyolojinin toplumsal olgu tespitinin ötesinde, ahlâkın biyolojik tabiatımızla ilişkisini görebiliyoruz. Ahlâk ve hukuk hakkındaki hiçbir soruşturmanın antropolojik, tarihsel ve giderek biyolojik temelden koparılarak ele alınamayacağını görmek gerekmektedir.

## II. HUKUK(İLİK), AHLÂKI ÖNCELER<sup>43</sup>

### A. Güç, Hukuk, Ahlâk ve İktidar

Bu bölümde, Cemal Bâli Akal'ın "hukukîlik"<sup>44</sup> kavramından hareketle ahlâk ve hukuk arasındaki ilişkiyi ele almaya çalışacağım. Gruplar açısından temel problem, bir arada yaşama problemidir. Aslına bakılırsa bu sahte bir problemdir veya zihinsel bir temrin olarak sorunsallaştırdığımız bir konudur: çünkü zaten bir arada yaşarız. Çok uzak ve geniş bir açıdan bakarsak, bütün varlıklar olarak zaten bir aradayız. Ancak ölçüğü küçültür ve tekil varlıklar olarak çevrelendiğimiz *diğerlerinin* tehdidinden masun kalma ve güvenlik içinde bir arada yaşama problemini düşünürsek, durum bir parça değişir. Yine de modernite (belli ölçüde) hariç, bunun, üstünde düşünülerek değil de bizzat yaşam tecrübesi ile gayrı iradi bir süreçle hallolduğunu unutmamak gerekir.

Tabiat, zorunlulukların alanıdır ve hukuk, ahlâk, eşitlik, özgürlük gibi insan zihninin uydurması olan fikirlere muafır. Bu nitelendirmeler, sosyalite sonrası kategorilerdir. Basitçe bir başlangıç durumu hayal edersek, eşitsiz bir grup içinde, güç ilişkilerinin belirlediği statü ve hiyerarşilerde bir arada yaşamayı sürdürebilmek için iyi, kötü, doğru ya da yanlış olmak yani eylemi niteleyen ahlâkî bir yargı gerekmez ama ilişkiyi istikrarlı biçimde sürdürebilmek gerekir; *-ebilmek*, yani güç. Bu, sadece tâbi olanın tahammülü ile değil, tabiiyet kuranın kendini kontrol becerisi ile de ilgilidir.

Güç ilişkisi, tâbi olan, güç kullananın alanında kaldığı ve uzaklaşamadığı müddetçe devam eder<sup>45</sup>. Bu durum, her iki tarafın da ilişkiyi sürdürmesi

<sup>43</sup> Doğan Özlem'in "Ahlâk Hukuku Önceler" makalesine telmihle. **Özlem**, Doğan: Etik-Ahlâk Felsefesi, İnkılap, İstanbul 2004, s. 201-224.

<sup>44</sup> **Akal**, Cemal Bâli: Hukuk Nedir?, 2. Baskı, Zoe, İstanbul 2019, s. 37-46, 254-265. Ayrıca bkz. **Akal**, Cemal Bâli. "İktidar ve Hukukîlik", *Doğu-Batı*, S. 69, Mayıs-Haziran-Temmuz 2104, İstanbul, s. 108-124.

<sup>45</sup> "Güç ve iktidar arasındaki ayırım, kedi ile fare arasındaki ilişkiyle çok basit bir biçimde örneklendirilebilir

Kedi, gücü, fareyi yakalamak, onu ele geçirmek, pençelerinin arasında tutmak ve nihai olarak da öldürmek için kullanır. Ama fareyle oynamasında bir başta etken daha vardır. Kedi farenin gitmesine izin verir, birazcık kaçmasına, hatta arkasını dönmeye fırsat



halinde bir istikrar kazandığında, taraflar hangi davranışların hangi sonuca yol açacağı konusunda bir öngörü edinirler ve güvenlikleri gereği eylemlerini buna göre tanzim ederler<sup>46</sup>. Demek ki hukukîlik, aslanın antilobu yeme imkânı varken yemeyip de birlikte yaşamayı sürdürmek istemesidir. Yerse zaten bir ilişki ve bir problem olmaz. Bunun için iktidar kuranın vaadi güvenlik, tâbi olanın vaadi teslimiyettir. İlişkinin kurulabilmesi için sadece güçlünün zoru yetmez; güçsüzün de rızası gerekir. İşte bu fiilî durumunun sürdürülmesi, Akal'ın deyişiyle istikrar kazanması aynı anda hem sosyalliğin hem de hukukiliğin başlangıcıdır. Dikkat edilirse tüm bunlar için ahlâk veya ahlâkîlik gerekmez. Ahlâk, tüm bunların güç ve cebir ile değil de tabiatımızdaki iyilik ile olduğu mitosudur. Güçlü, istikrar için kendini kontrol eder; güçsüz can havliyle itaat eder ve sonradan “ne âdil kral, halkına zulmetmiyor”, “ne erdemli tebaa kralına itaat ediyor” deriz.

Güç ilişkisi sürdürülmek istendiğinde iktidara dönüşür ve hukukîlik ortaya çıkar. Güç ilişkisi, tabiat aşamasıdır; değerlerden muaftır. Hukukîliğe dönüşüp yasa ile istikrar kazanmadığı sürece bir yok etme veya kaçma olarak kalır: “Her birlikteliğin ve toplu inancın hukukîlikle başladığı ileri sürülmelidir: Öncel güç ilişkisinin yasalarla istikrar kazanması<sup>47</sup>.” Eğer hukukîlik öncel güç ilişkisinin istikrar kazanmış hâli ise ahlâk, tâbi olanı iktidar alanında tutmanın meşruiyet ve ikna zeminini kurar. Ahlâkî olanın, yaradılışa ait dolayısıyla tabii veya tanrısal (yani keyfi değil ama *objektif*) olması, hukukun kişisel ve keyfi olanı normatif ve genel kılması için minimum enerji ile maksimum iktidar kurmasını temin eder: “hukukî hakikâti üretmek, özel olanı genel hale getirme meselesidir.”<sup>48</sup> Bu aşamadan sonra verili durumun, iyi ve kötü, doğru ve yanlış gibi soyutlamalar ile sınıvanmasına ahlâk denir.

---

tanır; bu süre boyunca fare artık güce maruz değildir. Ancak hala kedinin iktidar[alan]ının içindedir ve her an tekrar yakalanabilir. Derhal uzaklaşırsa, kedinin iktidar alanından kaçır; ama, artık ulaşamayacak olduğu noktaya varana kadar hala kedinin iktidar alanının içindedir. Kedinin egemen olduğu uzam, fareye yaşattığı umut anları, bir yandan da bütün bu zaman zarfında onu yakından izlemeyi sürdürmesi ve onu yok etmeye gösterdiği ilgiyi ve yok etme niyetini asla elden bırakmaması; bunların hepsine, yani uzam, umut, dikkatle izleme ve yok etme niyetine iktidarın fiili bedeni, ya da daha basit bir biçimde, iktidarın ta kendisi denebilir.” **Canetti**, Elias: Kitle ve İktidar, Çev. Gülşat Aygen, 3. Baskı, Ayrıntı Yay., İstanbul 2006, s. 284.

<sup>46</sup> Burada elbette (veya zorunlulukla) yazılı, rasyonel, tutarlı bir kurallar bütününden bahsetmiyorum. Güveni kuran basit rutin yeterlidir.

<sup>47</sup> **Akal**, Hukuk Nedir?, s. 233.

<sup>48</sup> **Pirie**, Fernanda: Hukuk Antropolojisi, Çev. Sedat Erçin, Fol, İstanbul 2022, s. 26.

## B. Ahlâk Nedir?

“Karmaşık toplumlarımız için iyi-niyetle, güzel kurallar formüle etme girişimlerine dudak bükme niyetinde değilim. Daha ziyade, amacım sadece eskiz durumunda kalsa bile insanların daha derin bir yasaya başvurmadan, olağan bir şekilde ve her zaman yaptıkları gibi, bir yasayı kötü ya da iyi yasa ya da âdil diye nasıl değerlendirdiklerini açıklamak. Değerlendirme daha önce belirtildiği gibi, insan doğasında görülen duygu ve tutkular ve de çocukluk boyunca edinilen sosyal alışkanlıklarda köklenmiştir. Değerlendirme süreci hafızayı kullanır ve sorun çözme kapasitesine dayanır. Muhakeme değerler yaratmaz, ama kendisini onların etrafında şekillendirir ve onları yeni doğrultulara götürür.”<sup>49</sup>

Bir kere içimizden veya aşkın bir kaynaktan gelen metafizik bir yasa değildir<sup>50</sup>. Metafizik veya aşkın değil, biyolojik tabiatımızın sonucudur. Tıpkı hukuk gibi dışımızdan ve bir güç ilişkisinin dönüşmesinden gelir. Ahlâk, anonim ve merkezî olmayan yayılmış (*diffused*) bir “gücün” dayattığı toplumsal kurallardır<sup>51</sup>. Kabul etmesi zor olsa da ister sezgisel isterse rasyonel bireysel bir erdemden değil, toplumsal “iyinin”, çoğunlukla hava gibi görülmeyen tehditkâr gücünden ve üstümüze dikilmiş gözünden kaynaklanır. Toplumsal denilen şey ise bireysel, tesadüfi, keyfi, akli, tabii ve başka bir yığın mümkünün eşzamanlı akışıdır. İktidarın gücü, bu akışa bir keramet atfedebilmesidir. Yani onu mitosa veya rasyonel bir forma sokabilmesidir.

<sup>49</sup> Churchland, s. 204

<sup>50</sup> “Durkheim’a göre ahlaki eğilimin a priori olan aşkın kaynağı toplumdur ve onun varlığı bütün bireylerden önce ve sonra gelmektedir.” Tiryakian, Edward A.: “Emile Durkheim”, Sosyolojik Çözümlemenin Tarihi 1 (Haz. T. Bottomore ve R. Nisbet), Kırmızı Yay., İstanbul 2006, s. 315. (Vurgu benim.)

<sup>51</sup> “Kamuoyu, toplumsallığın ilk aşamalarında normlara uyulmasını sağlayan muazzam bir zorlayıcı yaptırım gücüne sahiptir. (...) Aynı durum kolektif anlayışın egemen olduğu totaliter rejimlere sahip modern toplumlarla, teamül hukukunun sosyal hayatın düzenlenmesinde birinci dereceden rol alan Doğu’nun geleneksel toplumları için de geçerlidir.” Boçarov, Viktor V.: Hukuk Antropolojisi- Yazılı Olmayan Kanun, Çev. Eva Gurbanova, Doğu Kütüphanesi Yay., İstanbul 2020, s. 202.

Durkheim, modern topluma (organik dayanışmaya) geçiş ile birlikte, geleneksel toplumun ahlâki çözülürken, bu yeni toplumu karşılayacak bir ahlâkın yokluğundan endişe ediyordu. Mekanik dayanışmadan kaynaklanan ahlâki düzen ortadan kalktığına, “eğer benzerliklerden ileri gelenler dışında dayanışma bağları kurulmazsa, parçalı türün ortadan kalkışı ahlâklılığın da düzenli bir biçimde ortadan kalkması izler.” Durkheim’a göre bu yeni yapı, insana dışarıdan bir baskı uygulayarak ahlâk dayatmaz. Yani insanın bencilliğini sınırlayacak ve onu toplum içinde ahlâklı bir varlık kılacak dışsal mekanizma artık yoktur. Durkheim, Émile: *Toplumsal İşbölümü*, Çev. Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, İstanbul 2006, s. 456.

Bunu yaptığı anda gerçek ile aramıza temsiller perdesi girer. İnsanı ahlâkî bir varlık haline getiren toplumdur. Ahlâk, fizik veya metafizik tabiatımızda olduğu düşünülen ilke ve kuralların keşfi değildir; birlikte yaşama zorunluluğunun her toplumsal birleşimde farklı formlarda ortaya çıkardığı ilke ve kurallardır.

Yukarıda izlediğimiz süreci basitleştirip özetleyerek şematize edelim: Biyolojik tabiatımızda empatiyi mümkün kılan ayna nöronlar var. Yani karşımızdakinin duygu durumunu ve niyetlerini kendimizinkiyle özdeşleştiriyoruz, anlayabiliyoruz ve onun gibi hissedebiliyoruz. Bunun yanında güç farklılıkları nedeniyle eşitsiz bir durumdayız. Ancak bir arada yaşama zorunluluğumuz da var. Bunun için ilişki kurmak zorundayız<sup>52</sup>. İlişki kurmak, etkileşimdir; temas ile birlikte taraflar dönüşmeye ve o ilişki biçiminin gerektirdiği formlara girmeye başlarlar. Bu durumun istikrar kazanması, yani ilişkiyi kuran gücün anlık değil de süreklilik kazanması, sosyallik ve hukukîliğin (belki ikisi de aynı şeydir) görüldüğü andır. Grup içindeki (şahsî veya gayrı şahsî) iktidar merkezinin belirginleşmesi ve çıkar sisteminin rasyonelleşmesi (hatta bürokratikleşmesi) nispetinde hukuka, anonimleşip tekil bireylerin kolektif benliğine yapışması nispetinde de ahlâka yaklaşılr. O yüzden devlet gibi güçlü bir iktidar merkezinin ortaya çıkmadığı ve bir hukukçu sınıfın oluşmadığı durumlarda sosyal düzen kuralları tutarsız bir bulamaç halinde varlıklarını sürdürür.

Kısacası ahlâk, evrimsel tabiatımızın bir sonucu olan toplumsal bir olgudur<sup>53</sup>.

### III. FRANS de WAAL: AŞAĞIDAN YUKARI AHLÂK

Hollandalı etolog ve primatolog Frans de Waal, şempanzeler başta olmak üzere birçok kuyruklu ve kuyuksuz maymun türüyle ve fillerle ilgili tabii yaşam alanlarında ya da kapalı tutuldukları ortamlarda araştırmalarda bulunmuş, sosyal davranışlarını ve sosyal zekâlarını incelemiştir<sup>54</sup>. Waal ça-

<sup>52</sup> Burada tüm bunlar sanki iradi ve bilinçli süreçlermiş gibi anlatıyor olmama tamamen bir basitleştirmedir. Sosyal sözleşme varsayımının akıl sahibi bireyleri gibi rasyonel bir muhakemenin sonucunda bu neticeler olmaz. Evrim, amaçlı ve rasyonel değildir.

<sup>53</sup> “(...) Durkheim esasında ahlakın doğal olduğunu düşünmektedir; aslında ahlak ve toplum birlikte genişler niteliktedir. (...) *Ahlak şeylerin içinde yatan bir davranış değildir, fakat davranış ve toplumsal eylemin bir özelliğidir; ahlak sadece bir davranış veya zihnin bir durumu olmaktan çok ahlaki eylemle ilgilidir.* Toplumsal düzen kavramının özünde olan şey bireyler arası davranışın ahlâkî veya normatif olarak düzenlenişidir.” **Tiryakian**, s. 327. (Vurgu benim)

<sup>54</sup> [https://tr.wikipedia.org/wiki/Frans\\_de\\_Waal](https://tr.wikipedia.org/wiki/Frans_de_Waal)

lışmalarında empati, yardımlaşma, problem çözme, iş birliği, rekabet, şiddet, eşitlik duygusu, adalet, teselli gibi daha önce sadece insanlara özgü olduğu düşünülen duyu ve becerilerin özellikler memeliler dünyasında da son derece yaygın olduğunu gösterdi. Waal'ın araştırmaları, birçok popüler kitabı ve videolarla<sup>55</sup> geniş bir kamuoyuna ulaştı. Araştırma sonuçlarını, insan tabiatını ve ahlâk, hukuk gibi kurumları anlamak üzere yorumladı.

Waal'ın ilk baskısı 1982 yılında yapılan, *Chimpanzee Politics- Power and Sex Among Apes*<sup>56</sup> adlı kitabı büyük bir etki uyandırmıştır. Şempanze davranışları gerek birlikte yaşama gerekse de şiddet eğilimleri itibariyle insana çok benzemektedir. Batılı antropoloji ve siyaset kuramlarının Hobbes'tan beri gelen kötücül ve bencil insan tabiatı anlayışı ve sosyal sözleşme düşüncesini eleştiren Waal<sup>57</sup> rekabet, bencillik ve çatışmanın yanında diğerkâmlık, yardımlaşma ve empati kurmanın hem hayvanlarda hem de insanlarda bulunduğunu birçok çalışmada vurguladı. Bunlar olmaksızın bir toplumsal birlik kurmak mümkün değildi. Waal'ın, bir kısmının bu yazının kaynakçasında bulabileceğiniz çok sayıdaki çalışması ve konuşmalarında konuya ilişkin sayısız örnek görülebilir. Çalışmanın boyutu gereği bunların çok küçük bir kısmına değinip, ahlâkın kökeni ve evrimine odaklanmaya çalışacağım.

Waal, Darwin'i izleyerek insan ahlâkının, hayvan sosyalliğinden doğduğu fikrini benimsemektedir. “Belirgin sosyal içgüdülerle donatılmış herhangi bir hayvan, zihinsel güçleri insanınki kadar veya neredeyse insandaki kadar gelişmiş hale gelir gelmez ahlaki bir duyu veya vicdan kazanır (Darwin)”<sup>58</sup> Şempanze ve bonobo gibi primatları incelediğimizde, antropo-

<sup>55</sup> Çok çarpıcı bir örnek video: “The morality of beasts”, <https://www.youtube.com/watch?v=K4XNyP9RYdw>

<sup>56</sup> **Waal**, Frans de: *Chimpanzee Politics- Power and Sex Among Apes*, The John Hopkins University Press Edition, Baltimore 2000.

<sup>57</sup> **Waal**, Frans de: *Primates and Philosophers: How Morality Evolved*. (Ed. S. Macedo & J. Ober), Princeton University Press, Princeton, 2006, s. 4, Waal, İçimizdeki Maymun, s. 215. “Kabul edelim ki, mevcut insan ilişkilerine, sanki eşit taraflar arasındaki bir sözleşmenin sonucunda ulaşılmış olduğu düşüncesiyle yaklaşmak öğretici olacaktır. Böyle bir düşünce, nasıl davrandığımız ya da davranmamız gerektiği üzerine fikir yürütürken bize yardım eder. Ne var ki, konuya bu şekilde yaklaşmanın Darwin öncesi zamanlarda bütünüyle yanlış bir imgeden beslenen düşünce kalıntılarına dayandığını aklımızın bir köşesinde tutmalıyız.” **Waal**, Empati, s. 39.

<sup>58</sup> **Waal**, Franz de: *The Age of Empathy- Nature's Lessons for a Kinder Society* Harmony Books, New York 2009, s. 15 (Türkçe çeviri kötü olduğu için yeniden çevirdim); **Waal**, Frans B. M. de.: *İçimizdeki Maymun- Biz Neden Biziz?*, çev. Aslı Biçen, Metis Yay., İstanbul 2008, s. 165.

logların sadece 19. ve 20. yüzyılda kalan sınırlı kabile gruplarında aradıkları (Akal'ın deyimiyle) başlangıç toplumu, aslında pür yalın haliyle karşımızdadır<sup>59</sup>: Şempanze ve bonobo grupları, ahlâkın ve siyasetin, yardımlaşma ve rekabetin, güç ilişkilerinin, iktidar kurmanın, grup normlarının ortaya çıkışının insan kültürü ile sıvanmamış hallerini gözümüzün önüne sermektedir. Hatta, antropologlarca bir türlü bulunamayan anaerkil toplum olarak bonobolar karşımızdadır.

“Bazı primatların duygudaşlık yetisine sahip olduğuna ilişkin kanıtlar var mıdır? 1964’te, Chicago’lu ünlü psikiyatrist Jules Masserman ve çalışma arkadaşları rhesus maymunlarının önlerine konan yiyeceği almalarının başka maymunların elektrik şokuna maruz kalmasına yol açacağını bilmeleri halinde yiyeceği almaktan vazgeçip geçmeyeceklerini araştırdılar. Maymunları ayrı ayrı kafeslere koydular. Her kafeste iki kol bulunuyordu. Kollarından biri çekildiğinde kafese yiyecek geliyordu. Fakat bu kolu çekmenin bir etkisi daha vardı: Yandaki kafeste duran maymuna elektrik şoku veriyordu. İkinci kol çekildiğindeyse yandaki kafeste bulunan maymuna elektrik şoku verilmiyor, fakat öteki kol çekilince gelen yiyeceğin yarısı kadar yiyecek geliyordu. Çoğu maymun, yeterli yiyecek alamasa da komşularına elektrik vermeyen kolu çekmeyi tercih ediyordu. Eğer test edilen maymun elektrik şokuna maruz kalan maymunla daha önceden kafes arkadaşlığı etmişse ya da daha önce kendisi elektrik şokuna maruz kalmışsa, bu özgeci davranışın gerçekleşme olasılığı artıyordu. Bir maymun bu şartlar altında yiyecekleri yemekten on iki gün boyunca kaçınmıştı. Genellikle, bir maymun başka bir maymuna acı çektirmektense aç kalmayı yeğliyordu.”<sup>60</sup>

Waal, hayvanların zihninde de aslında bir ideal veya olması gereken olduğunu ileri sürer. Ağı bozulan bir örümcek onu onarır çünkü ağ olması gereken formunu kaybetmiştir. Bir anne domuz, yavrularının etrafında bir yabancı gördüğünde bunun derhal giderilmesi gereken bir durum olduğunu bilir. Hayvanlar, zihinlerindeki olması gereken bozulduğunda hızla bunu düzeltmeye, onarmaya çalışırlar. Yuvanın düzeni, sürü içindeki hiyerarşiler, yiyeceğin paylaşılması, bölgelerin işaretlenmesi, bir düzen ve kural fikrini gösterir<sup>61</sup>. Waal’ın gözlemlerine göre birçok tür, özellikle sürü içindeki bağların gücüne ve süresine de bağlı olarak kavga sonrası barışmak için çeşitli davranışlar sergilemektedir. Barışmak için birbirlerine yaklaşır ve bunun için

<sup>59</sup> Bu konu ile ilgili ilginç bir video için bkz. Evrim Ağacı “Maymunlar Taş Devrine Girdi mi?!”: <https://www.youtube.com/watch?v=XAl0h9l6oW0>

<sup>60</sup> **Winston**, s. 357. Ayrıca bkz. **Altınbaş/Gülöksüz/Özçetinkaya/Oral**, s. 18.

<sup>61</sup> **Waal**, Bonobo, s. 224.

de saldırganlık güdülerini kontrol etmeleri gerekir. Yaralanan veya yaşlı olanlara yardım ederler. Kavgada kaybedenleri teselli ederler. Erişkin erkek şempanzelerin, yetimleri evlat edindiği gözlenmiştir. Hayvanlar, çoğu kez çatışmaktan kaçınır çünkü tabiatta yara almak ölüm gibi çok ağır bir bedelle sonuçlanabilir. Bölge sınırlarına dikkat eder ve genellikle tehdit edip kaçmakla yetinirler. Zihnimizdeki sürekli rekabet ve çatışma halindeki vahşi tabiat imgesinin aksine mümkün olduğunca barış içinde kalmayı yeğlerler. Bu yaklaşım, davranışçı modeldeki haz acı ikilemini ve bunların sonuçlarının sınıflandırılması suretiyle normların ortaya çıkışını hatırlatmaktadır<sup>62</sup>.

Waal, dil ile ahlâk arasında bir benzerlik kurar. Bir çocuk, belli bir dil ile doğmaz ama öğrenme yeteneği vardır. Bunun gibi biz ahlâkî normları öğrenmek ve tartmak yeteneği ile doğarız ve içine doğduğumuz grubun değerlerini tıpkı dil gibi ediniz<sup>63</sup>. Her bir verili grupta ortaya çıkan ilişki biçimleri (yukarıda hukukîlik bahsinde söylendiği gibi) farklıdır. Mesela şempanzeler erkek egemen, şiddete yatkın ve zenofobiktir. Şempanze grupları arasında çok şiddetli çatışmalar yaşanır ve kazanan taraf, rakiplerini parçalayıp yiyebilir<sup>64</sup>. Buna karşılık daha 70'li yıllarda varlığı fark edilen bonobolar, dişi egemen, daha barışçıl gruplar oluşturur. Şempanzelerde öldürmeye yönelik şiddet yoğun iken bonobolarda bu eğilim pek görülmez. Çatışma ve gerilimlerini cinsellikle çözmeyi tercih ederler. Üstelik bu konuda ahlâkî sınırları da pek yoktur<sup>65</sup>. Ama tıpkı yine yukarıda hukukîlik bahsinde anlatıldığı gibi güç ilişkilerinin belirleyici olduğunu görmekteyiz. Yani

<sup>62</sup> Özcan'a göre davranışçı açıklama şemasında norm oluşumu, toplumsal birleşmenin, dolayısıyla normun bulunmadığı varsayımsal bir durumdan hareketle açıklanabilir. Buna göre normun bulunmadığı bir durumdan toplumsal düzene geçiş, "insanların bilinçdışı alışkanlıklarından geçen öğrenme sürecinin sonucudur." Bu süreç, tekil olarak öğrenilmiş ve belli bir neticeye götürdüğü için alışkanlık haline dönüşmüş davranışların, grubun diğer üyelerince benimsenerek genelleşmesi ve sabitleşmesini içerir. Hiçbir toplumsal normun bulunmadığı bir durumda, insan temel psikolojik güdü ve dürtülerinin etkisi altında hareket eder. Bu arada hem hayatta kalabilmek hem de türünü devam ettirebilmek için, grubun diğer üyeleri ile iletişimi sürdürür. Güdü ve dürtülerini tatmin etmek için yaptığı davranışlar sonucunda, insan haz ve acı ikilemine göre davranışlarının sonuçlarını sınıflandırmaya başlar. Haz olarak sonuçlanan davranışlar, hem belli bir sonuca ulaşmanın bilinen yolu olur hem de toplumsal iletişim yoluyla da grupça benimsendiği takdirde norm oluşumuna sebebiyet verir. **Özcan**, Hukuk Sosyolojisi, s. 88, 90; **Özcan**, Etik Değerlendirme, s. 151, 152.

<sup>63</sup> **Waal**, Primates and Philosophers, s. 166-167; **Churchland**, s. 161-162.

<sup>64</sup> **Waal**, İçimizdeki Maymun, s. 129 vd. "Şempanzelerin de silahları ve bıçakları olsa ve onları nasıl kullanacaklarını bilseler, aynen insanlar gibi kullanırlardı." (Jane Goodall) **Waal**, İçimizdeki Maymun, s. 127.

<sup>65</sup> **Waal**, Bonobo, s. 67 vd.

romantik bir bonobo barışı yanlıcıdır. Öte yandan mesela babun gruplarında güç ilişkilerinin baskın biçimde zora dayalıdır. Dişi ve erkek babunlar cüsse bakımından birbirlerinden çok farklıdır. Erkek babun dişinin neredeyse iki katıdır ve çok keskin uzun köpek dişleri vardır. Babun sürülerinde tolerans ve empati çok düşüktür ve iktidar ilişkisi daha ziyade bu fiziksel güç farkı üzerinden kurulur. Waal'ın anlattığı bir anekdotta, Amerikalı primatolog Benjamin Beck, Pat adlı bir dişi ve Peewee adlı erkek babuna ilişkin gözleminde, birinin diğerine yiyeceğe uzanabileceği çubuğu tutmayı, diğerinin ise yiyeceğe uzanmayı öğrettiğini fark etmiş. Bu iş birliğinde başlangıçta Peewee (erkek babun) yiyeceği yarı yarıya paylaşırken, giderek daha azını vermeye başlamış ve nihayetinde Pat yiyeceğin yüzde on beşine razı olmuş (dikkat edilirse yine de tümüne el koymuyor). Bu hikâye, tam da iktidar ilişkisinde toplumsal hasılaya el koymaya denk düşüyor. Waal, “eğer” diyor, “Pat bir kapuçin maymunu ya da bir şempanze olsaydı, zararının karşılanması için sinir krizleri geçirene kadar çılgın atardı.”<sup>66</sup> Özetle, babunlar daha cebre dayalı el koymacı bir krallık gibi iken, şempanzeler otoriter bir cemaat, bonobolar ise daha eşitlikçi bir grup olarak karşımıza çıkıyor. Kısacası yukarıda bahsettiğimiz gibi primatlarda farklı gruplar güç ilişkilerinin oluşum biçimlerine göre farklı birliktelik tipleri görülmektedir.

“Ahlaki karar alma mekanizması, büyümüş neokorteksimizde yüzeysel bir olgu olmak şöyle dursun, görünüşe göre milyonlarca yıllık sosyal evrime dayanıyor.”<sup>67</sup> Waal, bu sosyal evrimde ahlâkın özelliklerini ve hangi özellikleri ne ölçüde diğer primatlarla paylaştığımızı üç aşamada ele almıştır<sup>68</sup>.

1. Ahlâkî duyarlılıklar (*moral sentiments*): Hem insanlarda hem de diğer primatlarda mevcut olan bu seviyede insanlar, ahlâkın temelleri olarak empati, karşılıklılık, adalet duygusu ve ilişkileri uyumlu hale getirme yeteneğine sahiptirler.
2. Sosyal baskı (*social pressure*): Her birey üstünde, iş birliğine dayalı bir grup yaşamını destekleyecek şekilde davranması konusunda baskı kurmak. Bu amaçla kullanılan araçlar ödül, ceza ve itibardır. Topluluk kaygısı ve sosyal kurallar diğer primatlarda da mevcuttur ancak sosyal baskı daha az sistematiktir ve bir bütün olarak toplumun hedefleriyle daha az ilgilidir.

<sup>66</sup> Waal, Empati, s. 306, 307.

<sup>67</sup> Waal, İçimizdeki Maymun, s. 42.

<sup>68</sup> Waal, Primates and Philosophers, s. 168.

3. Yargılama ve akıl yürütme (*judgement and reasoning*): Başkalarının ihtiyaç ve hedeflerinin, (doğrudan bizi ilgilendirmeyen başka davranışlar da olmak üzere) davranışa ilişkin yargılarımızda yer aldığı ölçüde içselleştirilmesi. Ahlâkî yargılama, kendi davranışlarımızı da yönlendirir şekilde zatîdir (*self-reflective*) ve sıklıkla mantıkî bir sebebe dayanır. İnsan dışı primatlar ise diğerlerinin ihtiyaç ve hedeflerini bir dereceye kadar içselleştirilebilir ancak benzerlikler burada sona erer.

“Bu da beni aşağıdan yukarı ahlak görüşüme geri getiriyor. Ahlâk kanunu yukarıdan dayatılmaz ya da akıl yürütme sonucu varılmış ilkelerden çıkmaz; ezelden beri var olan, içe işlemiş değerlerden kaynaklanır.”<sup>69</sup> Waal, hayvanlarda gözlemediği bunca davranışa rağmen “yine de şempanzeye ‘ahlaki bir varlık’ demek istemem.” der<sup>70</sup>. Çünkü ahlâkîlik için genel normlar ararız. Neyin iyi, neyin doğru, neyin kötü, neyin yanlış olduğu hakkında tartışmalar yaparız. “Diğer hayvanların doğrudan kendilerini ilgilendirmeyen olayların doğruluğunu yargıladığına dair elimizde pek kanıt yok.” İnsan ahlâkının farkı buradadır: “karmaşık bir gerekçelendirme, gözetim ve ceza sistemiyle birlikte evrensel standartlara doğru bir yönelim.”<sup>71</sup>

### SONUÇ

“Çamurdan dışarı sürünen hayvanlar bize mütevazı başlangıcımızı hatırlatır. Her şey çok basit başlamıştır. Bu sadece -ön yüzgeçlerden oluşan ellerimiz ve yüzme kesesinden oluşan ciğerlerimizle -bedenimiz için değil, zihnimiz ve davranışlarımız için de geçerlidir. Ahlakın bir şekilde bu mütevazı kökenin dışında kaldığı düşüncesi, din tarafından zihinlerimize işlenmiş, felsefe tarafından da kabul görmüştür. Ancak bu düşünce, modern bilimin bize içgüdülerin ve duyguların önceliği konusunda söylediklerine aykırıdır. Başka hayvanlara dair bildiğimiz şeylere de aykırıdır. Bazıları hayvanların neticede hayvan olduğunu, bizim türümüzünse ideallerine göre hareket ettiğini söyler ama bunun aksini ispatlamak kolaydır. Bizim türümüzün idealleri olmadığını değil, başka türlerin de idealleri olduğunu göstererek yapabiliriz bunu.”<sup>72</sup>

Bu makalenin amacı ahlâk konusundaki felsefî tartışmaların yararsız veya gereksiz olduğunu ileri sürmek değil, bu tartışmaların gerçekçi bir ze-

<sup>69</sup> **Waal**, Bonobo, s. 225. “Moral rules are not etched in the genome.” **Waal**, Empathy, s. 166.

<sup>70</sup> **Waal**, Bonobo, s. 25.

<sup>71</sup> **Waal**, Bonobo, s. 25.

<sup>72</sup> **Waal**, Bonobo, s. 223-224.



minde oturtup uçuşmaktan kurtarılması gerektiğini söylemekti. Bilim bize anlam vermez. Değerler sorununa da iyi, doğru, güzelin ne olduğuna da bilimde cevap yoktur. Bu yüzen din ve insana bir hikâye verebilen her tür ideoloji daha büyük kitlelere yayılır ve ortaklık zemini kurar.

Ahlâk ve hukuk kerameti kendinde ve “iyilik” için olan kurallar değildir. Bir akıldan ve/ya iradeden veya sadece bunlardan doğmazlar. Zamana ve topluma göre değişen, dönüşen, asla tutarlı olamayacak, karmaşık toplumsal süreçlerin ürünü ve hepsinden önce güç ilişkilerinin sonucu ve bu ilişkilerin sürdürülmesini (*status quo*) sağlayan kurallardır. Toplumsal sistemler iyilik ve kötülük gibi yakıtları kullanmaz; bunlar iktidarın perdeleri, halkın ahlâkî etiketleri, bireylerin etik değerleridir. Tam da bu sebeple ahlâk, adalet, hukuk laflarını sürekli döndüren vaazlar karşısında, lafa değil lafın ardından parmak sallayan güce bakmak gerekir. Ahlâk dışımızda ama biz toplumun içindeyiz ve her durumda o toplumun bir ürünüyüz. Etik bir tutum için birinci ödev, içine doğduğumuz topluma dışardan bakabilmektir. Toplumun veya muktedirlerin, üzerinde ittifak ettikleri doğruları ahlâk, hukuk, adalet diye etiketlemesi onları öyle kılmaz. Kant’ın yaklaşımı bu bakımdan iyi bir çıkış noktası verir. Ama yukarıda da yazdığım gibi her durumda bir toplumun ve bir kültürün ürünü olduğumuzu ve buna itiraz ederken bile ona ait olmaktan kurtulamayacağımızı bilmek gerekir.

Problem, hakikât iddiası; daha büyük problem ise tek hakikât iddiasıdır. İnsanların kendi küçük dünyalarını biricik zannetmeleridir; kendilerine ahlâkî üstünlük atfetmeleridir. İçinizde bir ahlâk yasası olduğuna inanabilirsiniz; buna kimse itiraz edemez. Ancak kendi ahlâkî tutumunuzu biricik sanıp üstüne de başkalarını bu “doğruya” mecbur görürseniz, daha da fenası hukuku ve siyasî cebri buna eklerseniz facia olur. Hukuk ve ahlâk ayrımının temelinde bu berbat tehlike vardır. Evrensel bir ahlâk ve iyi var ve hukuku bundan koparıyor değiliz. Evrensel ve herkes için bir ahlâk iddiası, ifade özgürlüğünün sonudur. Ne hukuk ne de ahlâk güç ilişkilerinden muafır. Kısacası bu kavramlar hakkında konuşurken, temelde yatan tarihsel, toplumsal ve biyolojik unsurları ve toplumsal güç ilişkilerini her zaman göz önünde tutmak gereklidir.

### KAYNAKÇA

- Akal**, Cemal Bâli: “İktidar ve Hukukîlik”, *Doğu-Batı*, S. 69, Mayıs-Haziran-Temmuz 2104, İstanbul, s. 108-124. (İktidar)
- Akal**, Cemal Bâli: *Hukuk Nedir?*, 2. Baskı, Zoe, İstanbul 2019. (Hukuk)
- Altınbaş**, Kürşat/**Gülöksüz**, Sinan/**Özçetinkaya**, Serap/**Oral**, Timuçin E.: “Empatinin Biyolojik Yönleri”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, Y. 2010; S. 2(1), s. 15-25.
- Arslan**, Ahmet: *İlkçağ Felsefe Tarihi 3 – Aristoteles*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2007.
- Boçarov**, Viktor V.: *Hukuk Antropolojisi - Yazılı Olmayan Kanun*, Çev. Eva Gurbanova, Doğu Kütüphanesi Yay., İstanbul 2020.
- Cevizci**, Ahmet: *Etîge Giriş, Paradigma*, İstanbul 2002.
- Churchland**, Patricia S.: *Güvenen Beyin- Nörobilim Ahlâk Hakkında Bize Ne Anlatır?*, Alfa Yay, İstanbul 2013.
- Çataloluk**, Gökçe: “Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları”, *İnönü Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2019, Cilt: 10 Sayı: 1, s. 202-209.
- Durkheim**, Émile: *Toplumsal İşbölümü*, Çev. Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, İstanbul 2006.
- Harı**, Emre/**Cengiz**, Canberk/**Kılıç**, Ferhat/**Yurdakoş**, Ertan: “Ayna Nöron Sistemi ve Fonksiyonlarına Klinik Yaklaşım”, *İstanbul Tıp Fakültesi Dergisi*, 2021; 84(3), s. 430-438.
- Işıқтаç**, Yasemin: “Hukuk, Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler”, *İÜHFİM*, Y: 2000, Cilt: 58 Sayı: 1-2, s. 3-14.
- İyi**, Sevgi/**Tepe**, Harun: *Etik*, Ed. İoanna Kuçuradi, Demet Taşdelen, Anadolu Üni. Yay., Eskişehir 2019.
- Kant**, Immanuel: *Groundwork of The Metaphysics of Morals*, Tran. and Ed. Mary Gregor, Cambridge Univ. Press, New York 1997. (Groundwork)
- Kant**, Immanuel: *The Metaphysics of Morals*, tran. Mary Gregor, Cambridge University Press, New York 1991. (Metaphysics)
- Kant**, Immanuel: *Seçilmiş Yazılar*, Çev. Nejat Bozkurt, Remzi Kitabevi, İstanbul 1984.
- Kant**, Immanuel: *The Philosophy of Right: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, Translated by, W. Hastie, Edinburgh, Clark, 1887. (Philosophy of Right)

- Kant**, Immanuel: Pratik Aklın Eleştirisi, Çev. İoanna Kuçuradi, Ülker Gökberk, Füsün Akatlı, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara 1980. (Pratik)
- Kılıç**, Muharrem: “Hukuk-Ahlak İlişkisinin Temellendirilmesi ve Ayırım Kriterlerinin Analizi”, [https://www.muhamremkilic.com/m/makale/hukuk-ahlak\\_iliskisinin\\_temellendirilmesi\\_ve%20\\_ayirim\\_kriterlerinin\\_analizi.pdf](https://www.muhamremkilic.com/m/makale/hukuk-ahlak_iliskisinin_temellendirilmesi_ve%20_ayirim_kriterlerinin_analizi.pdf)
- Kelsen**, Hans: “On the Basic Norm”, *California Law Review*, Vol. 47, No. 1. (Mar., 1959), s. 107-110.
- Kisner**, Manja: “Kant’s Analogy between the Moral Law and the Law of Nature”, *International Journal of Philosophy* No 9, Junio 2019, s. 137-153.
- Kuçuradi**, İoanna: “Etik İlkeler ve Hukuk, HFSA 8, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s. 5-11.
- Kuehn**, Manfred, Immanuel Kant, Çev. Bülent Doğan, İş Bankası, İstanbul 2011.
- Merrill**, Kenneth R.: *Dictionary of Hume’s Philosophy*, Scarecrow Press, Inc., USA 2008.
- Özcan**, Mehmet Tefvik: “Etik Değerlendirme ve Sosyo-Etik Grup Yargısı”, *HFSA*, 2. Kitap, Afa Yay., İstanbul 1995, s. 148-158. (Etik Değerlendirme)
- Özcan**, Mehmet Tefvik: “Etik ve Hukuk: Hukuksal Pozitivizm Üstüne Yeniden Değerlendirme”, Prof. Dr. Adnan Güriz’e Armağan, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara 2016, s. 541-581. (Etik ve Hukuk)
- Özcan**, Mehmet Tefvik: *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 4. Basım, XII Levha Yay., İstanbul 2011. (Hukuk Sosyolojisi)
- Özlem**, Doğan: *Etik- Ahlâk Felsefesi*, İnkılap, İstanbul 2004.
- Pellegrino**, G. Di/**Fadiga**, L./**Fogassi**, L./**Gallese**, V./**Rizzolatti**, G.: “Understanding Motor Events: A Neurophysiological Study.” *Experimental Brain Research* 91, no. 1, Y: 1992, s. 176-180.
- Pirie**, Fernanda: *Hukuk Antropolojisi*, Çev. Sedat Erçin, Fol, İstanbul, 2022.
- Smith**, M. B. E.: “Should Lawyers Listen to Philosophers about Legal Ethics?”, *Law and Philosophy*, Vol. 9, No. 1 (Feb., 1990), pp. 67-93
- Tanık**, Faruk/**Aktaş**, Büşra/**Keskin**, Merve/**Özer Kaya**, Derya: “Ayna Nöronların Fiziksel, Sosyal ve Bilişsel Fonksiyonlar Üzerindeki Rolü:

Geleneksel Derleme”, Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi, 2022, 7(4), s. 1248-1259.

**Tiryakian**, Edward A.: “Emile Durkheim”, Sosyolojik Çözümlemenin Tarihi 1 (Haz. T. Bottomore ve R. Nisbet), Kırmızı Yay., İstanbul 2006, s. 275-344.

**Thorpe**, Lucas: The Kant Dictionary, Bloomsbury Publications, UK, 2015.

**Topuzkanamış**, Engin: Hukuk ve Disiplin- Modern Toplumda Hukuka Uymanı Dayanakları, 4. Baskı, Zoe yay., İstanbul 2022.

**Waal**, Frans B. M. de.: Bonobo ve Ateist- Primatlar Arasında İnsanı Aramak, çev. Aslı Biçen, Metis Yay., İstanbul 2014. (Bonobo)

**Waal**, Frans B. M. de.: İçimizdeki Maymun- Biz Neden Biziz?, çev. Aslı Biçen, Metis Yay., İstanbul 2008. (İçimizdeki Maymun)

**Waal**, Frans de.: Empati Çağı, Çev. Kadir Yılmaz, Akılçelen Kitaplar, Ankara 2014. (Empati)

**Waal**, Frans de.: Chimpanzee Politics- Power and Sex Among Apes, The John Hopkins University Press Edition, Baltimore, 2000. (Chimpanzee)

**Waal**, Frans de.: Primates and Philosophers: How Morality Evolved. (Ed. S. Macedo & J. Ober), Princeton University Press, Princeton, 2006. (Primates and Philosophers)

**Winston**, Robert: İnsan İçgüdüsü- İlkel Dürtülerimiz Modern Yaşamlarımızı Nasıl Biçimlendiriyor?, Çev. Sinan Köseoğlu, Say Yay., İstanbul 2010.

**Wood**, Allen W.: Kant, Çev. Aliye Kovanlıkaya, Dost Yay., Ankara 2009.

**Yüksel**, Mehmet: “Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişisine Sosyolojik Bir Bakış”, AÜSBFD, Yıl 2002, Cilt: 57 Sayı: 1, s. 177-195.



## RESMİ VASİYETNAMEDE DÜZENLEMeye KATILMA VE KAZANDIRMA YAPMA YASAĞI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1516957>

**Doç. Dr. Nalan TUNCER\***

### Öz

4721 sayılı TMK.m.502 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan ölüme bağlı tasarruflar sıkı şekil koşullarına tabidir. Bu şekil koşullarından biri de TMK.m.536'da yer alan "Düzenlemeye Katılma Yasağı"dır.

TMK.m.536/I'de yer alan kişilerin resmi vasiyetname düzenlenmesine katılmaları, vasiyetnamenin tamamının geçersizliğine yol açmaktadır. Uygulamada özellikle mirasbırakanın yakın hısımlarının düzenlemeye tanık olarak katılması sebebiyle vasiyetnamelerin iptal edildiği görülmektedir. Mirasbırakanın yakın hısımları için düzenlemeye katılma yasağı getirilmesinin amacı, bu kişilerin mirasbırakanı etkileme riskinin önlenmesidir.

TMK.m.536/II'de ise yalnızca anılan kişilere yapılan kazandırmaların geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün amacı ise düzenlemeye katılan resmi memur ve tanıkların, mirasbırakanı zorlayarak kendi lehlerine bir durum oluşturmalarının engellenmesidir.

Çalışmamızda bu iki düzenlemenin kapsamı ve bu düzenlemelere aykırılık durumunda uygulanan yaptırım, doktrin ve Yargıtay kararları çerçevesinde inceleme konusu yapılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Resmi Vasiyetname, Düzenlemeye Katılma Yasağı, Kazandırma Yasağı, İptal Edilebilirlik, Resmi Memur ve Tanık

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (nalan.kahveci@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-0831-7518 (Gönderim Tarihi: 16.07.2024-Kabul Tarihi: 02.09.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

## PROHIBITION OF PARTICIPATING IN THE CREATION AND ACQUISITION IN THE OFFICIAL WILL

*(Research Article)*

### **Abstract**

*Article 502 et seq. of the TCC No. 4721 stipulates that the testamentary dispositions are subject to strict formal conditions.*

*One of these formal conditions is the “Prohibition of Participation to the creation of the testamentary disposition” under Article 536 of the TCC.*

*The participation of the persons listed in Article 536/I of the TCC in the preparation of the official will leads to the invalidity of the entire will. In practice, it is observed that the wills are rescinded due to the participation of the close relatives of the testator as witnesses. The purpose of the prohibition for the close relatives of the testator to participate in the arrangement is to prevent the risk of these persons to influence the testator.*

*Article 536/II of the TCC stipulates that only the acquisitions made to the aforementioned persons shall be invalid. The purpose of this provision is to prevent the officials and witnesses participating in the arrangement from creating a situation in their favour by forcing the testator.*

*In our study, the scope of these two regulations and the sanctions imposed in case of violation of these regulations are examined within the framework of the doctrine and the decisions of the Turkish Court of Cassation.*

### **Keywords**

*Official Will, Prohibition of Participation to the Creation, Prohibition of Acquisition, Rescindability, Official and Witness*

## I. GENEL OLARAK ÖLÜME BAĞLI TASARRUF KAVRAMI

Ölüme bağlı tasarruf<sup>1</sup> mirasbırakanın, ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracak emirlerini içeren bir hukuki işlemdir<sup>2</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nda ölüme bağlı tasarruf kavramı, maddi anlamda ve şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar olmak üzere iki ayrı anlamda kullanılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun "*Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekilleri*" başlığını taşıyan "*Dördüncü Ayırım*"ında yer alan TMK.m.531 vd. hükümlerinde ölüme bağlı tasarrufların hangi şekilde yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Ölüme bağlı tasarrufların bu türü "*Şekli Anlamda Ölüme Bağlı Tasarruflar*" olarak ifade edilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun "*Ölüme Bağlı Tasarrufların Çeşitleri*" başlığını taşıyan "*Üçüncü Ayırım*"ında yer alan TMK.m.514 vd. hükümlerinde ise ölüme bağlı tasarrufun ne tür bir içeriğe sahip olabileceği düzenlenmiştir. Bu tasarruflar ise maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar olarak anılmaktadır<sup>3</sup>.

Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar vasiyetname ve miras sözleşmesidir. Kanunkoyucu vasiyetname için üç şekil öngörmüştür. Bunlar, el yazılı vasiyetname, resmi vasiyetname ve istisnai hallerde sözlü vasiyetnamedir (TMK.m.531). Miras sözleşmesi ise yalnızca resmi vasiyetname şeklinde düzenlenebilir (TMK.m.545). Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflarda, sınırlı sayı ilkesi geçerlidir<sup>4</sup>. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun içeriğini

<sup>1</sup> Ölüme bağlı tasarruf teriminde yer alan "tasarruf" kelimesinin, teknik anlamdaki tasarruf kelimesinden farklı bir anlam içerdiği, bu sebeple yanıltıcı olduğu yönünde bk. **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2022, No. 236; **Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek: Türk Miras Hukuku, Ankara 2019, s. 49, dp. 2; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2022, § 4, No. 5.

<sup>2</sup> **Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, C. III, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2021; No. 400; **Dural/Öz**, No. 235; **Eren**, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966, (İptal), s. 3 vd.; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 49; **İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 12. Bası, Ankara 2024, No. 365; **Öztan**, Bilge: Miras Hukuku, 13. Bası, Ankara 2023, s. 165; **Serozan/Engin**, §4, No. 1.

<sup>3</sup> **Antalya/Sağlam**, No. 403; **Dural/Öz**, No. 251; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 50 vd.; **İnan/Ertas/Albaş**, No. 378; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 127; **Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1995, s. 94.

<sup>4</sup> Bu ilke gereğince mirasbırakan kanunda öngörülen ölüme bağlı tasarruf şekillerinden birini seçmek ve seçtiği ölüme bağlı tasarruf türü için öngörülmüş olan şekil şartlarına uymak zorundadır. Aksi halde yapılan ölüme bağlı tasarruf iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olacaktır, bk **Antalya/Sağlam**, No. 404; **Dural/Öz**, No. 257; **Öztan**, Miras, s. 175;



oluşturan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar da şekli anlamdakiler gibi sınırlı sayı ilkesine tabidir<sup>5</sup>.

## II. RESMİ VASIYETNAMENİN ŞEKLİ

### A. Genel Olarak

Resmi vasiyetnamenin tabi olduğu şekil, Türk Medeni Kanunu'nun 532-536 maddeleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. TMK.m.532'de resmi vasiyetnamenin, iki tanığın katılmasıyla resmi memur tarafından düzenleneceği, TMK.m.536'da ise düzenlemeye katılacak olan memur ve tanıklara ilişkin “*Düzenlemeye katılma yasağı*” hükme bağlanmıştır.

Ölüme bağlı tasarrufların, kişinin ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuran işlemler olduğu dikkate alındığında, neden bu derece sıkı şekil koşullarına bağlanmış oldukları da anlaşılmaktadır. Zira ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın artık müdahale edemeyeceği ve iradesi hakkında açıklama yapamayacağı bir zamanda hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği için, mirasbırakanın yaptığı tasarrufun sonuçları hakkında iyi düşünmesi önemli ve gereklidir. Sıkı şekil koşulları, mirasbırakanı uyarma işlevine sahiptir çünkü sıkı şekil koşullarına tabi bir işlem, mirasbırakanı, yaptığı işlem üzerinde etraflıca düşünmeye sevkeder ve acele kararlar almasını önler. Bunun yanı sıra şekil tasarrufta açıklık sağlar. Zira şekle uyularak yapılan bir irade açıklaması, çoğu kez kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıkça belirlenebilecek niteliktedir. Bu da yapılan işlemin güvenilirliğini artırır. Ayrıca sıkı şekil koşullarına tabi işlemlerin dışarıdan gelecek müdahalelere karşı korunması daha kolaydır. Bu çerçevede ölüme bağlı tasarrufların bu kadar sıkı şekil koşullarına tabi tutulmasının sebebi uyarma, açıklık ve ölüme bağlı tasarrufun tahrifini önleme şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>6</sup>.

**Badertscher**, Pia: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK, 4. Auflage, 2021, Art. 498, No. 2.

<sup>5</sup> **Atlı**, Banu: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Ankara 2017, s. 34; **Dural/Öz**, No. 272; **Serozan/Engin**, §4, No. 6, 7; **Öztaş**, Miras, s. 275.

<sup>6</sup> **Antalya/Sağlam**, No. 447; **Dorjee-Good**, Andrea/**Dardel**, Daniela: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 4. Auflage, 2023, Art. 498, No. 6; **Dural/Öz**, No.303 vd.; **İnan/Ertas/Albaş**, No. 416 vd.; **Jeitziner**, Roland: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 7. Auflage, 2023, BSK, Art. 499, No. 8; **Oğuzman**, s. 108; **Öztaş**, Bilge/**Öztaş**, Fırat: “Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları”, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (4) 2016, s. 3597; **Turan**, Gamze: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ankara 2009, s. 5-6.

### B. TMK.m.536 Hükmüne Aykırılığın Şekle Aykırılık Teşkil Etmesi

TMK.m.536/I kapsamında yer alan kişilerin, resmi vasiyetnameye katılmaları durumunda vasiyetname tanıksız yapılmış gibi bir durum ortaya çıkar ve bu da resmi vasiyetnameler için öngörülmüş olan şekil şartının ihlali anlamına gelir<sup>7</sup>. TMK.m.536/II hükmü çerçevesinde vasiyetname düzenlenmesine katılan kişilere veya yakınlarına yapılan kazandırmalar da şekle aykırılık teşkil eder. Esasen bu sonuç kaynak kanun olan ZGB Art. 520'de açıkça ifade edilmiştir<sup>8</sup>.

### C. Noterlik Kanunundaki Düzenlemelerin Türk Medeni Kanunu Karşısındaki Durumu

Resmi vasiyetname düzenlemesine katılma ve kazandırma yapma yasağına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 536. maddesindeki bu düzenlemenin yanı sıra Noterlik Kanunu'nun 76. maddesinde noter, tanık, tercüman ve bilirkişilerin yasaklılık halleri ve 78. maddesinde tanıklar için diğer yasaklılık sebepleri düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerin kapsamı, TMK.m.536'dakinden farklıdır<sup>9</sup>. Bu noktada hangi hükümlerin uygulanması gerektiği sorusu ortaya çıkar. Ancak Noterlik Kanunu'ndaki hükümler düzenleme hükmü niteliğindedir. Türk Medeni Kanunu'ndaki hükümler maddi hukuka ilişkin hükümlerdir. Bu sebeple iptal edilebilirlik yaptırımı açısından belirleyici olan TMK.m.536 hükmüdür. Dolayısıyla TMK.m.536 hükmüne uygun olarak yapılmış bir vasiyetname Noterlik Kanunu'ndaki hükümlere aykırı olsa bile geçerli olacaktır<sup>10</sup>. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Antalya/Sağlam, No. 471; Dural/Öz, No. 312; Turan, s. 86.

<sup>8</sup> ZGB Art. 520 Abs.2: "Liegt die Formwidrigkeit in der Mitwirkung von Personen, die selber oder deren Angehörige in der Verfügung bedacht sind, so werden nur diese Zuwendungen für ungültig erklärt." şeklindedir: ZGB Art.503 Abs.2 ile ZGB Art.520 Abs.2'nin düzenledikleri yaptırım açısından birbiri ile uyumlu olmadığı yönündeki eleştiriler için bkz Weimar, Peter: BK - Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, 2009, Art. 503, No. 7 vd.

<sup>9</sup> Türk Medeni Kanunu ile Noterlik Kanunu arasında resmi vasiyetname düzenlenmesinde uyulması gereken şekil kuralları açısından da farklar mevcuttur. Resmi vasiyetname düzenlenmesinde uyulması gereken şekil kuralları TMK.m.532 vd. hükümlerinde düzenlenmişken, noterlerin re'sen düzenlenecek senetlerde uyması gereken kurallar NK.m. 84. vd.nda düzenlenmiştir, bk. Dural/Öz, No. 309.

<sup>10</sup> Atlı, s. 143; Badertscher, Art. 503, No. 3; Dural/Öz, No. 309, No. 322; Öztan/Öztan, s. 3598, s. 3602; Jeitziner, Art. 503, No. 1.

<sup>11</sup> 3. HD, T. 14.04.2016, E. 2016/2244, K. 2016/5868: "Noterlik Kanunu, tüm işlemlerde uygulanmak üzere tanıklarla ilgili hükümler öngörmüştür. Oysa, TMK.'nun 536.mad-

### III. TMK.m.536 HÜKMÜNÜN UYGULAMA ALANI

TMK.m.545/I'e göre miras sözleşmesinin geçerliliği resmi vasiyetname şeklinde yapılmasına bağlıdır. Bu hüküm gereğince TMK.m.536 hükmünün olumlu ve olumsuz miras (mirastan feragat) sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacağı açıktır. Dolayısıyla miras sözleşmesine katılan resmi memur ve tanıkların da TMK.m.536 hükmüne uygun niteliklere sahip olması gerekir. Bu sebeple örneğin mirastan feragat sözleşmesine katılan tanıkların TMK.m.536'daki yasak kapsamında olması durumunda, sözleşme iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olacaktır<sup>12</sup>.

TMK.m.539/III hükmü gereğince, “Resmi vasiyetname düzenlenmesinde okur yazar olma koşulu dışında, tanıklara ilişkin yasaklar, sözlü vasiyetteki tanıklar için de geçerlidir.” Buna göre TMK.m.536, okur yazar olma koşulu dışında sözlü vasiyetteki tanıklar için de uygulama alanı bulacaktır<sup>13</sup>.

TMK.m.536'da yalnızca resmi memur<sup>14</sup> ve tanıklardan söz edilmiştir ve Kanun'daki koşullar yalnızca memur ve tanıklar için öngörülmüştür. Ancak resmi vasiyetname düzenlenmesine resmi memur ve tanıkların yanı sıra tercüman, bilirkişi gibi başka kişilerin katılması da mümkündür. Doktrinde bu

*desi, sadece vasiyetnamelerde tanık olacakları içeren şartları saymıştır. Maddede, vasiyetname düzenlenirken tanık olamayacaklar tahdidi olarak sayılmıştır. Hal böyle olunca, Türk Medeni Kanunu genel nitelikte olmakla beraber, 536.maddesi, Noterlik Kanununa göre, “özel hüküm” niteliği taşır. Özel hükmün genel hükme üstün tutulacağı genel hukuk ilkesidir. Bu bakımdan, gerek resmi, gerek sözlü vasiyet tanıklarında TMK'nun 536.maddesinde sayılan nicelik ve niteliklerinin aranması yeterlidir.” (www.kazancı.com, E.T. 26.06.2024); Aynı yönde YHGK, T. 9.6.1976, E. 1975/2-805, K. 1976/2205 (www.kazancı.com, E.T. 08.07.2024).*

<sup>12</sup> 14. HD, 06.10.2020, E. 2019/3626, K. 2020/5850: “...*Mirastan feragat sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla bir miras sözleşmesi olduğu için, yukarıda açıklanan kurallar mirastan feragat sözleşmesinin kurulmasında da geçerli olacaktır. Somut olayda, mirasbırakanın damadı ... .. I. Noterliğinin 06.03.2009 tarihli düzenleme şeklinde mirastan feragat sözleşmesinde tanık olarak yer almıştır. Türk Medeni Kanununun 536. maddesinde belirtilen emredici ve yasaklayıcı kural nedeniyle geçerli bir mirastan feragat sözleşmesinden söz edilemez. Bu sebeple davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken; yanlışlıklarla değerlendirilmeyle yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olmuş; bozmayı gerektirmiştir.*”

<sup>13</sup> **Dural/Öz**, No. 326; İsviçre hukukunda ise okur yazar olma koşulu da dahil olmak üzere ZGB Art. 503 (TMK.m.536)'teki tüm koşullar, sözlü vasiyet için de aranmaktadır (ZGB Art. 506/III); Okur yazar olma koşulunun aranmamasının yerinde olduğu yönünde bk. **Özbilen**, Arif Barış: “İstisnai ve İkincil Bir Vasiyet Türü: Sözlü Vasiyetname”, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 71 (4) 2022: 1559-1587, s. 1583.

<sup>14</sup> TMK.m.532/II hükmüne göre “Resmî memur, sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabilir.” Kimlerin resmi vasiyetname düzenleyebileceğine ilişkin olarak bk. **Antalya/Sağlam**, No. 465; **Öztañ/Öztañ**, s. 3597-3598.

konuda TMK.m.536 hükmünde açık kanun boşluğu olduğu ve hükmün vasiyetnameye katılan diğer kişiler için de uygulanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Bu sonuç TMK.m.536'nın amacına da uygundur<sup>16</sup>.

#### IV. TMK.M.536/I. VE TMK.M.536/II. FIKRALARINDAKİ YASAĞIN NİTELENDİRİLMESİ

Resmi vasiyetname düzenlemeye katılma yasağı, TMK.m.536'da hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre *“Fiil ehliyeti bulunmayanlar, bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar, okur yazar olmayanlar, mirasbırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri, resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine memur veya tanık olarak katılamazlar. - Resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan memura ve tanıklara, bunların üstsoy ve altsoy kan hısımlarına, kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine o vasiyetname ile kazandırmada bulunulamaz”*<sup>17</sup>.

Söz konusu maddede iki ayrı durum düzenlenmiştir. TMK.m.536/I'e aykırı bir durumun mevcudiyeti, vasiyetnamenin tamamının iptali sonucunu doğurur. TMK.m.536/II çerçevesinde ise yalnızca vasiyetnameye tanık veya memur olarak katılanlara ve onların yakınlarına yapılan kazandırmaların iptali söz konusu olur. Bu sebeple doktrinde TMK.m.536/I'deki düzenlemeyi mutlak katılma yasağı, TMK.m.536/II'deki düzenlemeyi nisbi katılma yasağı olarak ifade eden yazarlar mevcuttur<sup>18</sup>. Zira TMK.m.536/I'deki sebepler mutlak etki meydana getirmekteyken, TMK.m.536/II'deki sebepler nisbi etki meydana getirmektedir. Daha açık bir ifadeyle TMK.m.536/I'de öngörülen koşulların mevcut olmaması durumunda vasiyetnamenin tamamen iptali söz konusu olmaktadır, TMK.m.536/II'de öngörülen bir durumun mevcudiyeti halinde, vasiyetname tümüyle iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olmamakta, yalnızca ilgili kazandırma iptal edilmektedir. Buradaki ayırım, her iki düzen-

<sup>15</sup> **Dorjee-Good/Bollinger**, Art. 503, No. 2; **Jeitziner**, BSK, Art. 503, No. 2; **Öztan/Öztan**, s. 3599.

<sup>16</sup> Aşağıda açıklandığı üzere (bk.VI.a) hükmün getiriliş amacı, vasiyetname düzenlemeye katılması yasaklanan kişilerin mirasbırakanı yönlendirmesi (manipüle etmesi) riskinin ortadan kaldırılmasıdır. Tercüman da düzenleme sürecine etkin bir biçimde katıldığından bu risk tercüman için de mevcuttur, bk. **Weimar**, Art. 503, No. 2; Burada yönlendirme (manipülasyon) ile kastedilen, aldatma ve korkutma boyutuna varmayan ancak kişinin kendi çıkarlarına uygun sonuç vermeye elverişli her türlü davranıştır.

<sup>17</sup> Hüküm emredici niteliktedir, bk. **Öztan/Öztan**, s. 3599.

<sup>18</sup> **Badertscher**, Art. 503 No. 6; **Dorjee-Good/Dardel**, Art. 503, No. 3, 4; **Escher/Escher**, Art. 503, No. 1, No. 10; **Tuor**, Art. 503, No. 1; **Zeitiner**, BSK, Art. 503, No. 6; **Öztan/Öztan** ise söz konusu düzenlemeleri “mutlak yasak” ve “nisbi iptal sebebi” olarak ifade etmektedir, s. 3601-3602.

lemeye aykırılığa uygulanacak yaptırımın farklılığı dikkate alınarak yapılmaktadır.

Bununla birlikte doktrinde TMK.m.536/I'deki düzenlemenin mutlak katılma yasağı ve nisbi katılma yasağı olarak ikiye ayrılarak incelendiği de görülmektedir<sup>19</sup>: Esasen TMK.m. 536/I çerçevesinde resmi vasiyetname düzenlemesine katılması yasak olan kişilerin nitelikleri dikkate alındığında, bu kişileri iki grupta toplamak mümkündür. İlk grup, fiil ehliyeti olmayanlar, kamu hizmetlerinden yasaklılar ve okuma yazma bilmeyen kişilerdir. Bu kişiler hiçbir resmi vasiyetnamenin yapılmasına tanık olarak katılamazlar. Katılmaları durumunda ise vasiyetnamenin tamamı iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir. Dolayısıyla bu kişiler için “Mutlak düzenlemeye katılma yasağı” vardır.

Ancak mirasbırakanın eşi ve kanunda sayılan yakın hısımları yalnızca belirli bir kişi tarafından yapılan resmi vasiyetnamenin yapılmasına katılamazlar, bu çerçevede bu kişiler için mevcut olan yasak “Nisbi katılma yasağı”dır.

TMK.m.536/II'de ise vasiyetnameye katılmasında sakınca bulunmayan kişilere ve kanunda sayılan yakınlarına kazandırma yapılmasına ilişkin bir yasak mevcuttur<sup>20</sup>. Bu hüküm kapsamına giren hallerde, vasiyetnameye katılmasına herhangi bir engel bulunmayan kişilere veya yakınlarına, mirasbırakan tarafından o vasiyetnamede bir kazandırmada bulunulmaktadır. Bu hüküm de doktrinde “kazandırma yasağı” olarak ifade edilmektedir<sup>21</sup>.

Esasen her iki terminoloji de kendi içinde yerinde ve tutarlıdır. Zira ilk sınıflandırmada, uygulanacak yaptırımın türünden hareket edilmekte, ikinci sınıflandırmada ise, öncelikle katılma yasağı ve kazandırma yasağı olarak bir ayırım yapılmakta; katılma yasağı da kendi içinde kişilerin yalnızca kendi yakınlarının vasiyetnamesine mi katılamayacakları yoksa hiçbir vasiyetna-

<sup>19</sup> **Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi, TMK.m.495-574, C. I, İstanbul 2018, No. 919; **Dural/Öz**, No. 313; **İnan/Ertay/Albaş** ise mutlak yasaktan, kanunda belirlenmiş genel özelliklere sahip kişilerin katılımının yasak olmasının, nisbi yasaktan ise Medeni Kanunda belirtilmemekle birlikte, bazı özel kanunlarda örneğin Noterlik Kanunu gereği tanıklığında sakınca bulunan kişiler ile mutlak yasaklı olmamakla birlikte kendilerine veya kanunda belirtilen yakınlarına kazandırma yapılması nedeniyle yasaklı hale gelen kişilerin anlaşılması gerektiğini ifade etmekte ve mirasbırakanın eşi ve hısımlarını mutlak yasak kapsamında değerlendirmektedir bk. No. 487.

<sup>20</sup> Bu sebeple TMK.m.536/II bir nisbi hükümsüzlük sebebi olarak nitelendirilmektedir, bk. **Dural/Öz**, No. 323.

<sup>21</sup> **Çabri**, No. 927; **Antalya/Sağlam** da bu ayrıma benzer bir şekilde TMK.m.536/I'deki düzenlemeyi “Katılma Yasağı, TMK.m.536/II'deki düzenlemeyi “Yararlandırma Yasağı” olarak ifade etmektedir, bk. No. 469 ve 470.

meye mi katılamayacakları dikkate alınarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Bu çalışmada, TMK.m.536/I'deki iki ayrı durum “mutlak katılma yasağı” ve “nisbi katılma yasağı” olarak ifade edilecek; TMK.m.536/II'deki durum ise “kazandırma yasağı” olarak tanımlanacaktır<sup>22</sup>.

## V. TMK.M.536/I'DEKİ DÜZENLEMeye KATILMA YASAĞI

### A. Mutlak Katılma Yasağı

#### 1. Mutlak Katılma Yasağının Amacı

Vasiyetname düzenleme sürecinin sorunsuz bir şekilde ilerleyebilmesi için düzenlemeye katılan kişilerin fiil ehliyetine sahip olmaları, kamu hizmetinden yasaklı olmamaları ve okuma yazma bilmeleri gerekir<sup>23</sup>.

Mirasbırakanın artık müdahale edemeyeceği bir zamanda sonuçlarını doğuracak olan vasiyetnamenin doğru bir şekilde yapılması, mirasbırakanın son arzularının gerçeğe uygun şekilde yerine getirilebilmesi açısından önem taşır. Kanunkoyucu da bu durumu dikkate alarak resmi memurun ve tanıkların belirli özelliklere sahip olmasını aramıştır. Resmi memurun bu özelliklere sahip olmaması zaten düşünülemez. Tanıklar açısından ise görevlerinin kapsamı çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekir. Tanıkların vasiyetname düzenlenmesindeki görevlerinin, mirasbırakanı tasarrufa ehil gördükleri ve vasiyetnamenin onun son arzularına uygun olduğu yönünde tanıklık yapmak olduğu dikkate alındığında, bu özelliklere sahip olmayan kişilerin görevlerini sağlıklı bir şekilde yerine getiremeyecekleri açıktır.

#### 2. Mutlak Katılma Yasakları

##### a. Fiil Ehliyeti Olmayan Kişiler

TMK.m.536/I gereğince fiil ehliyeti olmayan kişiler, mutlak katılma yasağı kapsamındadır. Fiil ehliyeti TMK.m.10'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.*”<sup>24</sup> Bu madde dikkate alındığında fiil ehliyetinin unsurları, ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmamadır<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Çabri, No. 919 vd., No. 927.

<sup>23</sup> Weimar, Art. 503, No. 2.

<sup>24</sup> TMK.m.14'te de fiil ehliyetsizliği tanımlanmıştır: “*Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur.*”

<sup>25</sup> İsviçre Medeni Kanunu'nunda fiil ehliyetinin unsurlarına ilişkin değişiklikler yapan 19.12.2008 tarihli Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukuna İlişkin

Ayır etme gücüne sahip olma, TMK.m.13'te olumsuz bir şekilde ifade edilmiştir<sup>26</sup>. Doktrinde ayır etme gücü, kişinin akla uygun surette hareket edebilme, fiillerinin sebep ve sonuçlarını idrak edebilme yeteneği olarak tanımlanmaktadır<sup>27</sup>. Ayır etme gücü nisbi bir kavramdır ve mevcut olup olmadığı her olay için ayrı ayrı belirlenmelidir<sup>28</sup>.

Fiil ehliyetinin bir diğer unsuru olan erginlik, kanunun öngördüğü erginlik yaşına gelme veya kanunun öngördüğü başka bir yolla ergin duruma getirilme olarak tanımlanabilir<sup>29</sup>. Yaş erginliği TMK.m.11/I'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre "Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar." Türk hukukunda erginlik, yaş erginliğinin yanı sıra evlenme ile (TMK.m.11/II) ve hakim kararıyla da (TMK.m.12) kazanılabilir<sup>30</sup>. TMK.m.124 gereğince kural olarak onyedinci yaşını dolduran kişi, istisnaen de onaltı yaşını dolduran kişiler evlenme yoluyla erginlik kazanabilir. Hakim kararıyla erginlik kazanmanın koşulları ise onbeş yaşın doldurulması, küçüğün kendi isteği ve velisinin rızasıdır. Bu çerçevede evlenme veya hakim kararıyla erginlik kazanmış olan kişiler de, fiil ehliyetinin diğer unsurlarını da sağlamış olmaları kaydıyla, tam fiil ehliyetine sahiptirler.

Fiil ehliyeti için gerekli olan son unsur kısıtlı olmamadır. Kısıtlılık sebepleri TMK.m.405 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Resmi vasiyetname düzenlenmesine katılabilmek için tam fiil ehliyetine sahip olmak gerekir. Dolayısıyla tam fiil ehliyetine sahip olmayan sınırlı ehliyetliler resmi vasiyetname düzenlenmesine katılamazlar<sup>31</sup>.

Kanun 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir, bk. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2011/114/de> (ET.14.07.2024)

<sup>26</sup> TMK.m.13: "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayır etme gücüne sahiptir."

<sup>27</sup> Dural/Öğüz, No. 287; Öztan, Kişiler, s. 141.

<sup>28</sup> Dural/Öğüz, No. 305; Oğuzman/Seliçi/Oktay/Özdemir, No. 177; Öztan, Kişiler, s. 149.

<sup>29</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay/Özdemir, No. 189; Dural/Öğüz, 2017, No. 259.

<sup>30</sup> Dural/Öğüz, No. 264 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay/Özdemir, No. 194 vd.; Öztan, Kişiler, s. 134 vd.

<sup>31</sup> Öztan/Öztan, 3599; Doktrinde bazı yazarlar tarafından kabul edilen (Oğuzman/Seliçi/Oktay/Özdemir, No. 344; Öztan, Kişiler, s. 221 vd.) sınırlı ehliyetliler grubu ise esasen fiil ehliyetine sahiptir. Sınırlı ehliyetliler kendilerine yasal danışman atanan kişiler olarak tanımlanmaktadır. TMK.m.429'a göre kendisine yasal danışman atanan kişiler, kısıtlanmasında yeterli sebep bulunmamasıyla birlikte korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen ergin kişilerdir ve bu kişilere yalnızca bu hükümde sayılan işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır. TMK.m.429'da vasiyetnamenin düzenlenmesine tanık veya memur olarak katılamayacakları belirtilmediğinden,

### **b. Bir Ceza Mahkemesi Kararıyla Kamu Hizmetinden Yasaklılar**

TMK.m.536/I gereğince bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar resmi vasiyetname düzenlenmesine tanık olarak katılamazlar. Söz konusu düzenlemede de açıkça ifade edildiği gibi yasaklılığın ceza mahkemesi kararına dayanması gerekir. İİK'na göre haklarında takip yapılanlar veya bu kanun gereği hakları sınırlanmış olanlar, yasak kapsamında değildir<sup>32</sup>. Ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılık, TCK.m.53/I'de düzenlenmiştir<sup>33</sup>. Bu hükme göre, “(1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten, b) Seçme ve seçilme ehliyetinden (...), c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır.”

### **c. Okur Yazar Olmayanlar**

TMK.m.536/I okur yazar olmayanların resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine katılamayacaklarını hükme bağlamıştır<sup>34</sup>. Okuma yazma bilmeyen birinin memur olarak atanması zaten imkansızdır. Bu çerçevede okuma yazma bilmeme ancak düzenlemeye tanıklar için söz konusu olabilir.

Okur yazar olmayan kişiler, vasiyetnamenin mirasbırakanın son arzularına uygun olup olmadığını denetleyemeyecekleri için bu kişilerin de katılma yasağı içinde olması yerindedir<sup>35</sup>.

---

kendilerine yasal danışman atanan sınırlı ehliyetliler vasiyetnamenin düzenlenmesine tanık veya memur sıfatıyla katılabilirler, bk. **Öztan/Öztan**, 3599-3600.

<sup>32</sup> **Escher**, Art. 503, No. 4; **Öztan/Öztan**, s. 3560.

<sup>33</sup> TCK.m.53 hükmüne ilişkin olarak bk. **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Meraklı**, Serkan/**Bacaksız**, Pınar/**Başbüyük**, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2023, s. 646 vd.; İsviçre'de ise “bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklanma” şeklindeki ceza kaldırılmış olduğundan ZGB Art. 503'te hala mevcut olan bu ifadenin uygulanabilirliği kalmamıştır, bk. **Weimar**, Art. 503, No. 4.

<sup>34</sup> **Badertscher**, Art. 503, No. 5.

<sup>35</sup> Kişinin okur yazar olduğunun kabulü için mutlaka bir okuldan mezun olması zorunlu değildir, bk. YHGK, 24.2.1993, E.1992/2-757 K. 1993/71 “...Böyle bir durumda şahsi-



Ancak hükmün düzenleme amacına göre, fiziksel engeli, hastalığı veya bir kaza sebebiyle okuyamayan veya yazamayan kişilerin de resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine katılmayacaklarının kabulü gerekir. Zira memur belgeyi düzenleyebilecek veya yardımcısının yazdığı belgeyi okuyabilecek durumda olmalıdır. Ayrıca düzenlemeye katılan memur ve tanıkların belgeyi imzalayabilmeleri zorunlu olup el işareti imza yerine geçmez. Bu çerçevede görme engeli olan memur veya tanıklar vasiyetname düzenlenmesine katılmaz<sup>36</sup>. TMK.m.536'da sağır ve dilsizlerden açıkça söz edilmemiştir. Ancak her ne kadar hükümde açıkça ifade edilmemiş olsa da doktrinde sağır ve dilsizlerin de yasak kapsamında olması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>37</sup>.

## B. Nisbi Katılma Yasağı: Mirasbırakanın Eşi ve Yakın Hısımlarının Vasiyetnamenin Düzenlenmesine Katılması

### 1. Nisbi Katılma Yasağının Amacı

TMK.m.536/I'de yasaklanan ikinci grup mirasbırakanın eşi ve kanunda düzenlenmiş olan yakın hısımlarıdır. Söz konusu yasak getirilirken vasiyetname düzenlenmesine katılan kişilerin mirasçı sıfatına sahip olup olmadıkları bir kriter olarak değerlendirilmemiştir. Zira örneğin mirasbırakanın altsoyunun mirasçı olması durumunda anne babasının mirasçı olamayacağı sabittir. Bunun gibi mirasbırakanın kayın hısımlarının mirasçılık sıfatına sahip olmadıkları da ortadadır. Buradan hareketle nisbi katılma yasağının mirasbırakanın eşi dışındaki kişiler için hısımlık ilişkisine bağlı olarak getirildiği sonucuna varılmaktadır.

TMK.m.536/II'de sayılan kişilerin, vasiyetname düzenlenmesine katılması durumunda tarafsız davranmama ve mirasbırakanı etkileme riski yüksektir. Mirasbırakanın eşi, kan hısımları ve evlatlığı belirli koşullar altında mirasçı olma hakkına sahiptir ve mirasbırakan tarafından yapılan bir vasiyetname, bu kişileri kendi miras haklarıyla ilgili beklentileri konusunda

---

*din okuma yazma bilmediğinin açık seçik, duraksamaya yer vermeyecek biçimde kanıtlanması gerekir. Davacının bir kısım tanıklarına karşı davalı şahitleri Sadık Demir'in okur yazar olduğunu da haber vermişlerdir. Okur yazar kabul edilmek için okul bitirip diplomalı olmaya da gerek yoktur; O halde kanıtlanmayan davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulması Yasaya aykırıdır...direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı (BOZULMASINA)"* (www.kazanci.com, ET.30.06.2024).

<sup>36</sup> Jeitziner, Art. 503, No. 15; Weimar, Art. 503, No. 5.

<sup>37</sup> Dural/Öz, No. 320; Jeitziner, Art. 503, No. 15; Aksi yönde Tuor, Art. 503, No. 8.

hayal kırıklığına uğratabilir. Ayrıca yaşam deneyimleri göstermektedir ki mirasa ilişkin beklentiler sıklıkla mirasbırakanın yakın hısımlarını da ilgilendirmektedir. Dolayısıyla kimlerin mirasçı olacağı, vasiyetname düzenlenmesi halinde ise kimlerin miras hakkını alamayacağı veya daha az alacağı konusu, mirasbırakanın yakın hısımları ve onların eşlerinin menfaatlerini önemli ölçüde etkiler. Bu durum, söz konusu kişilerin tarafsız davranmama riskini beraberinde getirir. Vasiyetnameye katılan kişilerin tarafsız olmaması ise mirasbırakanın son arzularını özgürce açıklayabilmesine engel teşkil eder. Hatta bu kişilerde mirasbırakanı etkileme niyeti olmasa bile, mirasbırakanın bu kişilerin önünde irade açıklamasında bulunurken kendisini özgür hissetmemesi de mümkündür. Bu çerçevede vasiyetnamenin düzenlenme sürecinin mirasa ilişkin beklentileri etkilenebilecek kişilerin etkisi ve yönlendirmesi olmaksızın gerçekleştirilebilmesi için mirasbırakanın yakınlarının vasiyetname yapma sürecine katılımlarının engellenmesi gerekli görülmüştür. Buradaki yönlendirme (manipülasyon), aldatma ve korkutma gibi irade sakatlığı boyutuna ulaşmayan ancak kişinin kendi çıkarlarına uygun olacak şekilde mirasbırakanın vereceği kararı etkilemeye yönelik her türlü davranış olarak ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak TMK.m.536'daki mirasbırakanın yakınlarına ilişkin yasak, vasiyetnameye katılan kişilerin tarafsızlığının sağlanması amacıyla getirilmiştir<sup>38</sup>.

Söz konusu düzenlemedeki yasakların kanunun amacına aykırı olarak genişletilemeyeceği açıktır. Zira Miras hukuku sisteminde ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü öncelikli olup yasal sınırlar içinde yapılmış bir ölüme bağlı tasarrufun varlığı halinde yasal intikal kuralları uygulama alanı bulmayacaktır<sup>39</sup>. Dolayısıyla mirasbırakanın artık değiştiremeyeceği bir zamanda kanunda kastedilmemiş bir yasaklama getirilerek tasarrufun geçersizliğinin ileri sürülmesi ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünün önceliği ile bağdaşmaz. Bu sebeple mirasbırakanla veya resmi memur ile hizmet ilişkisi içinde olan kişiler, mirasbırakanın nişanlısı, mirasbırakanın vasisi vasiyetname düzenlemesine katılabilirler<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Weimar, Art. 503, No. 2, No. 6; Çabri, No. 917; TMK.m.536/I'in tamamı için bu yönde Öztan/Öztan, s. 3599; 14. HD, 06.10.2020, E. 2019/3626, K. 2020/5850: "Kanun koyucu, Türk Medeni Kanununun 536/I. maddesine tanıkların ve resmi memurun tarafsızlığının sağlanmasını istediği için böyle bir hükmü düzenlemiştir." (www.kazanci.com, E.T: 26.06.2024)

<sup>39</sup> Serozan/Engin, §1, No. 59.

<sup>40</sup> Dural/Öz, No. 319; Escher, Art. 503, No. 9; Tuor, Art. 503, No. 9.

## 2. Nisbi Katılma Yasaklısı Kişiler

### a. Mirasbırakanın Üstsoy ve Altsoy Kan Hısımları

Vasiyetçinin üstsoy ve altsoy kan hısımları düzenlemeye katılma yasağı içindedirler. Üstsoy ve altsoy kan hısımlarının yasak kapsamında değerlendirilebilmesi için mirasbırakan ile düzenlemeye katılan kişi arasında soybağının kurulmuş olması gerekir<sup>41</sup>.

Altsoy ve üstsoy için hiçbir derece sınırlaması yoktur. Ayrıca bu kişilerin yasak kapsamında olmaları için mirasçı olmaları da gerekli değildir<sup>42</sup>. Örneğin, mirasçuları üç oğlu olan mirasbırakan, bir resmi vasiyetname düzenlemiş ve bu vasiyetnameye torunu tanık olarak katılmışsa, bu vasiyet de TMK.m.536/I gereği yasak kapsamına girer. Bu çerçevede vasiyetçinin babası, dedesi, çocuğu, torunu vasiyetname düzenlenmesine tanık olarak katılamaz<sup>43</sup>.

### b. Mirasbırakanın Kardeşleri

TMK.m.536/II gereğince mirasbırakanın kardeşleri yasak kapsamındadır. Mirasbırakanın yarım kan kardeşleri de vasiyetname düzenlemesine katılamazlar<sup>44</sup>. Zira mirasbırakan tarafından yapılacak bir vasiyetname yarım kan kardeşlerin menfaatlerini de etkileyebileceği için, tarafsız davranmama riski, yarım kan kardeşler için de mevcuttur. Buna karşılık üvey kardeşler, mirasbırakanla aralarında herhangi bir hısımlık ilişkisi olmadığı için yasak kapsamında değildir<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> **Escher**, Art. 503, No.4; **Çabri**, No. 920, Bununla birlikte **Çabri**, vasiyetçi ile arasında soybağı olmayan kişinin vasiyetin düzenlenmesine memur veya tanık olarak katılması durumunda, vasiyetin iptaline ilişkin dava açılırsa, hakim MK.m.1/II'den hareketle soybağı ilişkisi kurulmadan da vasiyetnamenin iptaline karar verebilmesi gerektiğini ancak bu durumda öncelikle mirasbırakan ile katılan kişi arasındaki kan bağının belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir, bk. No. 920; Kanaatimiz soybağı ilişkisi kurulmadığı sürece hısımlıktan söz edilemeyeceği için vasiyetçi ile aralarında soybağı kurulmuş olan kişilerin yasak kapsamında olmayacağı yönündedir.

<sup>42</sup> **Çabri**, No. 920; **Dural/Öz**, No. 314.

<sup>43</sup> **Dorjee-Good/Dardel**, Art. 503, No. 3.

<sup>44</sup> **Dorjee-Good/Dardel**, Art. 503, No. 3; **Weimar**, Art. 503, No. 6; **Yarg. 3. HD**, T.20.10.2015, E. 2015/4606, K. 2015/16223: "...Somut olayda; iptali talep edilen vasiyetnamenin düzenlenmesi sırasında, muris Mehmet... 'nin baba bir anne ayrı kız kardeşi Kadriye'nin eşi Osman .... 'nin tanık olarak yer aldığı, buna göre vasiyetnamenin TMK'nin 536. maddesine aykırı düzenlendiği, TMK'nin 557 maddesi gereğince vasiyetnamenin iptali gerektiği açıktır..." (**Tekdoğan**, s. 485)

<sup>45</sup> **Weimar**, bunun gerekçesi olarak üvey kardeşlerin miras beklentisi olmamasını göstermektedir, bk. Art. 503, No. 6; Üvey kardeşlerin de yasak kapsamında olduğu yönünde bk. **Dorjee-Good/Dardel**, Art. 503, No. 3; **Escher**, Art. 503, No. 6.

### **c. Evlatlık ve Evlat Edinenin Durumu**

TMK.m.536'da altsoy kan hısımlarının düzenlemeye katılmayacağı hükme bağlanmış ancak evlatlık ve evlat edinene ilişkin bir hüküm getirilmemiştir. Doktrinde bu konuda farklı görüşler vardır: ESCHER'e göre sadece evlatlık evlat edinenin yapacağı resmi vasiyetnameye katılmayacaktır çünkü evlatlık evlat edinenin yasal mirasçısıdır<sup>46</sup>. Bu görüşe karşılık bir diğer görüş, katılma yasağının evlatlığın yanı sıra evlat edinen kişi bakımından da geçerli olması gerektiği yönündedir<sup>47</sup>. Buna göre, katılma yasağı mirasçılık sıfatına değil hısımlık ilişkisine bağlıdır, bu sebeple evlat edinenin de yasak kapsamında olduğunun kabulü gerekir<sup>48</sup>. Bunun yanı sıra mirasbırakanın kanunda sayılan hısımlarının yasaklanmasının sebepleri, evlatlık ve evlat edinen için de geçerlidir<sup>49</sup>.

Bizim kanaatimiz de hem evlatlığın hem de evlat edinenin yasak kapsamında olduğu yönündedir. Çünkü evlat edinme ilişkisi, evlatlıkla evlat edinen arasında soybağının ve hısımlık ilişkisinin kurulmasını sağlar. Yasağın temelinde hısımlık ilişkisi olduğundan evlatlığın da evlat edinen tarafından düzenlenen vasiyetnameye katılmasının yasak kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca evlatlığın altsoyu da evlat edinen açısından katılma yasağı kapsamındadır<sup>50</sup>. Zira TMK.m.500/I, c.1 hükmü gereğince "Evlâtlık ve altsoyu, evlât edinene kan hısımları gibi mirasçı olurlar."

Bu görüş çerçevesinde evlatlık ve evlat edinen birbirinin yaptığı vasiyetnameye katılmayacağı gibi evlat edinenin eşi, evlatlığın yaptığı vasiyetnameye; evlatlığın eşi de evlat edinenin düzenlediği vasiyetnameye katılmayacak kişiler arasındadır<sup>51</sup>.

### **d. Mirasbırakanın Eşi ve Katılma Yasağı Olan Hısımlarının Eşleri**

Mirasbırakanın eşi ve katılma yasağı olan kişilerin eşleri, düzenlemeye katılma yasağı kapsamındadır. Buna göre mirasbırakanın üstsoy ve altsoy kan hısımlarının ve kardeşlerinin eşleri vasiyetname düzenlemesine katıla-

<sup>46</sup> Escher, Art. 503, No. 6; Aynı yönde Antalya/Sağlam, No. 469; İnan/Ertaş/Albaş, No. 491.

<sup>47</sup> Çabri, No. 921; Dural/Öz, No. 315, dp. 131; Evlat edinme ilişkisi diyerek bu yönde Dorjee-Good/Darde, Art. 503, No. 3; Jeitziner, BSK, Art. 503, No. 12.

<sup>48</sup> Dural/Öz, No. 315, dp. 131.

<sup>49</sup> Çabri, No. 921.

<sup>50</sup> Çabri, No. 921, dn. 1658.

<sup>51</sup> Evlatlığın eşinin evlat edinenin vasiyetnamesine tanık olarak katılmayacağına ilişkin olarak bk. Yarg. 2. HD, T. 30.01.1973, E. 1972/7895, K. 1973/419 (www.kazanci.com, ET.09.07.2024).

mazlar. Örneğin mirasbırakanın üvey anne ve babası, gelini ve damadı, kardeşinin eşi yasak kapsamındadır<sup>52</sup>. Üstsoy ve altsoy açısından sınırlama olmadığını daha önce ifade etmiştik. Dolayısıyla mirasbırakanın büyükanne ve büyükbabasının eşleri ile torununun eşi<sup>53</sup> de vasiyetname düzenlemesine katılması yasak olan kişiler arasındadır<sup>54</sup>.

Mirasbırakanın eşi ve yakın hısımların eşlerinin evlilik devam ettiği sürece yasak kapsamında olduğu hususu sabittir. Ancak, evlilik sona erdik-

<sup>52</sup> Ancak mirasbırakanın eşinin kardeşi yasak kapsamında değildir, bk. **Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, İstanbul 2018, §7, No. 27.

<sup>53</sup> **Yarg. 7. HD, 09.01.2024, E. 2022/6938, K. 2024/76**: “Somut olayda vasiyetname tanıklarından ...'nin murisin torunu olan ...'nin eşi olduğu, resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine vasiyetçinin altsoy kan hısımlarının eşlerinin tanık olarak katılmayacağına anlaşılmış olmasına göre 05.04.2018 tarihli vasiyetnamenin iptali yönünde kurulan hükümde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” (www.kazanci.com, E.T: 26.06.2024); **Yarg. 7. HD, 23.10.2023, E. 2023/1764, K. 2023/4965**: “İlk Derece Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile; “...nüfus kayıtlarının incelenmesinden vasiyetnamede tanık olarak yer alan ...'ün, davalı ...'ün kızı, aynı zamanda murisin torunu olan ... ile evli olduğu, ...vasiyetnamenin düzenlenmesi sırasında tanık olarak yer almaması gereken ...'ün tanık olarak yer aldığı, davacının ... ıslah dilekçesi vererek iddiasını genişlettiği, şekle aykırılık nedeniyle davaya konu vasiyetnamenin davacılar yönünden iptali gerektiği...” şeklindeki gerekçe ile “davanın kabulüne” karar verilmiştir...” (www.kazanci.com, E.T: 26.06.2024).

<sup>54</sup> Ancak Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2019 tarihli bir kararında, mirasbırakanın torununun eşinin tanık olarak katıldığı bir vasiyetnameyi TMK.m.536/II kapsamında değerlendirmiş ve yalnızca tanığın kayınpederine yapılan kazandırmanın iptali gerektiği kanaatine varmıştır. Olayda TMK.m.536/I gereğince katılma yasağı mevcut olduğundan (mirasbırakanın altsoyunun eşi) vasiyetnamenin tamamının iptali gerekmektedir. Bunun yanı sıra tanığın kayınpederi ve kayınvalidesi TMK.m.536/II çerçevesinde kazandırma yasağı kapsamında değildir, bk. **3. HD, 27.6.2019, E. 2019/3204 K. 2019/5938**: “Mahkemece; vasiyetname tanığı olan H... 'in, vasiyetname düzenlendiği tarihte miras bırakanın alt soyu olan torununun eşi olduğu, aslen vasiyetname tanığı olamayacağı, buna rağmen tanıklık yaptığı, tanıklığı sonucu kayınpederi ve kayınvalidesi olan M... ve H... 'a ölüme bağlı tasarruflarda bulunduğu, şekli anlamda bozukluk söz konusu olduğundan hısıma yapılan vasiyet kısmının iptali gerektiği; diğer davalılar anlamında vasiyetnamenin iptalini gerektirir durum bulunmadığı gerekçesiyle, hısıma yapılan tasarruf kısmı yönünden vasiyetnamenin iptaline karar verilmiştir. - Dosya kapsamında bulunan nüfus kayıtlarının incelenmesinde; davalı M... 'in vasiyetname tanığı olan H... 'in kayınpederi olduğu ancak, davalı H... 'in vasiyetname tanığı olan H... 'in kayınvalidesi olmadığı, dolayısıyla vasiyetname tanığının vasiyetname düzenlenmesine katılması sebebiyle davalı H... yönünden hısıma yapılan kazandırma bulunmadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece; vasiyetname tanığının vasiyetname düzenlenmesine katılması sebebiyle davalı H... yönünden hısıma yapılan kazandırma bulunmadığı gerekçesiyle, davalı H... yönünden de davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (Tekdoğan, s. 491)

ten sonra mirasbırakanın eski eşinin ve mirasbırakanın yakın hısımlarının eski eşlerinin vasiyetname düzenlemesine memur veya tanık olarak katılıp katılamayacağına ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>55</sup>:

Bu konudaki bir görüş, hem mirasbırakanın eşi hem de yakın hısımlarının eşleri yönünden yasağın, yalnızca evlilik devam ettiği sürece mevcut olduğu yönündedir. Dolayısıyla evlilik sona ermişse artık bu kişiler ve mirasbırakanın eşi vasiyetname düzenlemesine katılabilir<sup>56</sup>. ESCHER/ESCHER mirasbırakanın yakın hısımlarının eski eşlerinin vasiyetname düzenlemesine katılabileceği yönündeki görüşü şu gerekçelerle açıklamaktadır: Yakın hısımların eski eşlerinin evliliğin sona ermesiyle birlikte artık mirasta önemli bir menfaatleri kalmamıştır. Ayrıca TMK.m.536'da kayın hısımlığı kavramına yer verilmediği için, TMK.m.18/II hükmü de bu sonuca varılmasına engel teşkil etmez, çünkü TMK.m.18/II'de verilen tanım TMK.m.536 için geçerli değildir<sup>57</sup>.

Bu görüş çerçevesinde varılan sonuç şu şekilde olmaktadır: Örneğin Mehmet ve Beyza evlidir ve Mehmet'in Ahmet adında bir kardeşi vardır. Ahmet de Ceyda ile evlidir. Böyle bir durumda Mehmet ve Beyza evli iken Mehmet'in düzenlediği vasiyetnameye, Beyza, Ahmet ve Ceyda tanık veya memur olarak katılamayacaktır. Zira Beyza mirasbırakanın eşidir. Ahmet mirasbırakanın kardeşidir ve Ceyda da mirasbırakanın kardeşinin eşidir. Ancak Mehmet ve Beyza boşanmışlarsa, Mehmet'in düzenlediği vasiyetnameye Beyza tanık olarak katılabilir. Zira artık aralarındaki evlilik birliği sona ermiştir. Ahmet ve Ceyda'nın da boşanması durumunda Ceyda da Ahmet'in düzenlediği resmi vasiyetnameye katılabilecektir.

Bu konudaki bir başka görüş hem mirasbırakanın eşi hem de mirasbırakanın yakın hısımlarının eşleri yönünden, evliliğin sona ermesinden sonra da yasağın devam ettiği yönündedir<sup>58</sup>. Yukarıdaki örnek bu görüş çerçeve-

<sup>55</sup> Noterlik Kanunu'nun 76. maddesinin 2. bendindeki "*Aralarında evlilik birliği kalmamış olsa bile ilgililerden birinin karı veya kocası*"nın, noter, tanık, tercüman veya bilirkişi olarak noterlik işlemine katılamayacağına ilişkin hüküm, bir düzen hükmü olduğundan bu tartışma açısından belirleyici değildir. Çünkü TMK.m.536'ya uygun şekilde yapılmış bir vasiyetname Noterlik Kanunu'ndaki hükümlere aykırı olsa bile geçerli olacaktır.

<sup>56</sup> **Badertscher**, Art. 503 No. 5; **Dorjee-Good/Dardel**, Art. 503, No. 3; **Jeitziner**, BSK, Art. 503, No. 12; **Öztan/Öztan**, bu görüşün gerekçesini, madde metninde "eşleri" ibaresine yer verilmesi olarak açıklamaktadır, bk. s. 3601; Mirasbırakanın eşi açısından bu yönde bk. **Antalya/Sağlam**, No. 469.

<sup>57</sup> **Escher/Esher**, Art. 503, No. 8.

<sup>58</sup> **Şener**, Esat: Vasiyet Hukuku, Ankara 1995, s. 36; Görüşün eleştirisi için bk. **Dural/Öz**, No. 317.

sinde değerlendirildiğinde Mehmet ve Beyza boşandıktan sonra Beyza Mehmet'in vasiyetnamesine tanık olarak katılamayacağı gibi Ahmet ve Ceyda'nın boşanması durumunda da Ceyda Mehmet'in düzenlediği vasiyetnameye katılamayacaktır.

Bir diğer görüş ise konuyu mirasbırakanın eşi ve katılma yasağı olan kişilerin eşleri yönünden ayrı ayrı değerlendirmektedir<sup>59</sup>. DURAL/ÖZ'e göre<sup>60</sup> eşlerden birinin diğer eşin yaptığı vasiyetnameye katılma yasağı evlilik birliği devam ettiği sürece mevcut olup evliliğin sona ermesiyle birlikte bu yasak ortadan kalkar. Ancak mirasbırakanın resmi vasiyetnameye katılması yasak olan kan hısımlarının eşlerinin yasakları devam eder. Bu görüşün dayanağı TMK.m.18/II'dir. Bu hükme göre, "*Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz.*" WEIMAR da eşlerin vasiyetname yapılıp yapılmamasındaki menfaatlerinin, evliliğin sona ermesinden sonra da devam edeceğini ifade etmekte ve bu menfaatlere örnek olarak söz konusu kişilerin nafaka yükümlülüğünü göstermektedir<sup>61</sup>.

Bu görüş çerçevesinde örnek olayda Mehmet ve Beyza boşandıktan sonra Beyza Mehmet'in vasiyetnamesine tanık olarak katılabilecektir çünkü evlilik birliği sona ermiştir. Ahmet ve Ceyda'nın boşanması durumunda ise Ceyda Mehmet'in düzenlediği vasiyetnameye katılamayacaktır. Hatta Beyza, eski eşi Mehmet'in düzenlediği vasiyetnameye katılabilirken, eski eşinin kardeşi Ahmet'in düzenlediği vasiyetnameye katılamayacaktır.

Yargıtay'ın tespit edebildiğimiz bir kararında evlilik birliği sona erse bile mirasbırakanın yakın hısımlarının eşleri açısından yasağın devam ettiğinin kabul edildiği görülmektedir<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> **Dural/Öz**, No. 316; Mirasbırakanın eşi veya yakın hısımlarının eşleri ayrımını açıkça yapmaksızın metin içindeki yeri ve ZGB Art. 21/II'ye yaptığı atıf sebebiyle bu görüşte **Weimar**, Art. 503, No. 6; **Escher**, 2. baskıda bu görüşü savunmuş ve kanundaki düzenleme çerçevesinde varılan bu sonucu eleştirmiştir; Escher'e göre mirasbırakanın eşi ile mirasbırakanın kan hısımlarının eşleri arasındaki bu farklılık bir çelişki oluşturmaktadır. Bu sebeple Kanun katılma yasağını boşanmış eş için de düzenlemiş olsaydı ve bu çelişkiye sebep olmasaydı daha doğru olacaktır, bk. Art.503, No.8; Ancak daha sonra görüşünü değiştirmiş ve mirasbırakanın kan hısımlarının eşlerinin, evliliğin sona ermesi halinde mirasbırakanın yaptığı vasiyetnameye katılabileceğinin kabulü gerektiğini ifade etmiştir, bk. **Escher/Escher**, Art. 503, No. 8.

<sup>60</sup> **Dural/Öz**, No. 318.

<sup>61</sup> **Weimar**, No. 6.

<sup>62</sup> **Yarg. 2. HD, T.08.03.1977, E. 1977/1882, K. 1977/1969**: "...Tanıklardan (A.A.T.) nin vasiyet edenin eniştesi olduğunda uyumsuzluk yoktur. Her ne kadar vasiyet gününde vasiyetçinin kardeşi ve tanıdığı eşi olan (M.M.) ölmüş ve evlilik ilişkisi ortadan kalkmış ise de, evlenmenin herhangi bir sebeple sona ermesi, sıhri hısımlığı ortadan kaldırmaz.

Bu konuda bizim kanaatimiz evlilik birliği sona ermiş olsa bile mirasbırakanın yakın hısımlarının eski eşlerinin düzenlemeye katılma yasağının devam etmesi gerektiği yönündedir. Bu görüşün dayanağı kendisini meydana getiren evlilik sona erse bile kayın hısımlığının ortadan kalkmayacağına ilişkin TMK.m.18/II hükmüdür. Mirasbırakanın yakın hısımları için düzenlemeye katılma yasağı getirilmesinin amacının, bu kişilerin tarafsız davranmama ve mirasbırakanı etkileme riski olduğu yukarıda belirtilmişti. Esasen bu risk evlilik birliği sona erdikten sonra da devam etmektedir. Zira evlilik birliğinin sona ermesi, mirasbırakan tarafından yapılacak bir vasiyetnameyi bu kişilerin ilgi alanından çıkarmamaktadır. Örneğin, mirasbırakanın damadı ile kızının evliliği sona ermiş olsa bile, mirasbırakanın damadı, düzenlenecek vasiyetname hangi şartlar altında en lehine olacak idiyse, vasiyetnamenin o şekilde düzenlenmesini isteyecektir. Damadın, iyi ilişkiler kurduğu bir çocuğu var ise, o çocuk lehine kazandırmalarda bulunması için mirasbırakanı yönlendirmek isteyeceği açıktır. Böyle bir durum mirasbırakanın son arzularını etki altında kalmadan özgürce açıklamasına engel teşkil edecektir. Bu sebeple kanaatimiz yakın hısımların eşlerine ilişkin yasakların, evlilik birliği sona ermiş olsa bile devam etmesi gerektiği yönündedir.

Mirasbırakanın eşi yönünden ise, mevcut düzenlemede evlilik birliği sona erdikten sonra düzenlemeye katılma yasağının devam edeceğine ilişkin bir yasal dayanak yoktur. Zira kanun metninde açıkça “mirasbırakanın eşi” ifadesi geçmektedir. Bu sebeple mevcut yasal düzenleme gereğince mirasbırakanın eski eşinin vasiyetname düzenlemesine katılabileceği sonucuna varılmaktadır. Ancak yasağın amacı çerçevesinde mirasbırakanın eski eşinin yasak kapsamında olması gerekir. Zira mirasbırakanın eski eşinin de vasiyetname yapılmasında veya yapılmamasında menfaati olma ihtimali mevcuttur. Örneğin mirasbırakanın eski eşinin, mirasbırakan ile olan ortak çocukları lehine bir vasiyetname düzenlenmesi konusunda mirasbırakanı yönlendirme riski mevcuttur. Bunun yanı sıra yakın hısımların eski eşlerine ilişkin yasak devam etmekteyken, mirasbırakanın eski eşinin düzenlemeye katılmasının yasak kapsamında olmaması çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Bu sebeple olması gereken hukuk açısından mirasbırakanın eski eşinin de TMK.m.536 kapsamına alınması uygun olacaktır<sup>63</sup>.

---

*Medeni Kanun'un 18. maddesi, Mahkemenin sandığı gibi sağ kalan karı kocayı ayrık tutmuş değildir. O halde bu şekil eksikliği de iptali gerektirir (M.K.500)."*  
(www.kazanci.com, ET.09.07.2024)

<sup>63</sup> Escher, Art. 503, No. 8; bk. yuk. dp. 59.



## VI. KAZANDIRMA YASAĞI

### A. Kazandırma Yasağının Kişi Bakımından Kapsamı

TMK.m.536/II hükmü ile vasiyetname düzenlemesine katılan kişilere ve bu kişilerin eşleri ile kanunda düzenlenmiş olan yakın hısımlarına kazandırma yapılması yasaklanmıştır<sup>64</sup>.

Hükmün amacı, vasiyetname düzenlemesine katılan resmi memur ve tanıkların, mirasbırakanı zorlayarak kendi lehlerine bir durum oluşturmalarının engellenmesidir<sup>65</sup>. Burada zorlama ile kastedilen korkutma boyutuna varmayan ancak mirasbırakanı gerçekte istemediği bir irade beyanında bulunmaya mecbur hissettiren söz veya davranışlardır. Kanunkoyucu bu durumu engellemek için memur ve tanıklar ile bu kişilerin kazandırma yapmak isteyebileceği belirli yakınlıktaki kişileri yasak kapsamına almış ve TMK.m.536/I'de mirasbırakanın yakınları için yaptığı düzenlemeyi, TMK.m.536/II'de de aynen tekrar etmiştir<sup>66</sup>. Dolayısıyla TMK.m.536/I kapsamında mirasbırakanın yakınları için yapmış olduğumuz değerlendirmeler, TMK.m.536/II için de geçerlidir. Bu hüküm gereğince yasak kapsamında olan kişiler, düzenlemeye katılan memur ve tanıklar, memur ve tanıkların üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri, memur ve tanıkların eşleri ile memur ve tanıkların hükümde adı geçen yakın hısımlarının eşleridir<sup>67</sup>. Buna göre memur ve tanıkların kardeşlerinin eşleri yasak kapsamındayken, eşlerinin kar-

<sup>64</sup> 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 483. maddesinde bir unutmaya sonu olarak bu düzenlemeye yer verilmemişti. Ancak bu boşluk uygulamada EMK.m.500/II hükmü dikkate alınarak ve kaynak İsviçre Medeni Kanunu dikkate alınarak doldurulmuştu, bk. **Yarg. 2. HD, T. 24.2.1992, E. 1992/1918, K. 1992/2097** (www.kazanci.com, ET.09.07.2024).

<sup>65</sup> **Akbiyık**, s. 77; **Çabri**, No. 927, bk. ve karşı. **Weimar**, Art. 503, No. 10.

<sup>66</sup> **Jeitziner**, BSK, Art. 503, No. 17.

<sup>67</sup> **Yarg. 2. HD, T.07.06.1979, E. 1979/4526, K. 1979/4718**: "*Vasiyetnamede tanık olarak dinlenen Ayla'nın, yararına vasiyet yapılanlardan Özen'in kocasının kız kardeşi olduğu ileri sürülmüştür. Öyle ise az önce açıklanan yasaklama karşısında, Ayla ile Özen'in gelin görünce olup olmadığının araştırılması, iddia gerçekleşirse vasiyetin Özen'le ilgili bölümünün geçersiz sayılması bu kısmın iptâl olunması gerekir.*" (www.kazanci.com, ET.09.07.2024); Yargıtay uygulamasına bakıldığında kazandırma yasağının kanun kapsamından daha geniş bir şekilde uygulandığı kararlara rastlanmaktadır. Örneğin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında vasiyetnamede lehine kazandırma yapılan kişinin teyzesi olduğu ve tüm kazandırmaların bu kişiye yapılmış olduğu gerekçesiyle vasiyetnamenin tamamını iptal etmiştir, bk. **Yarg. 2. HD, T. 24.05.2007, E. 2006/15414, K. 2007/8764**: *Vasiyetname lehdarı; tanık ...'ün teyzesi olduğundan ve tüm temlikler bu lehdara yapıldığından vasiyetnamenin tümünün iptali gerekir.*" (www.kazanci.com).

deşleri yasak kapsamında değildir<sup>68</sup>. Bunun yanı sıra görüşümüze göre resmi memur ve tanıkların evlatlıklarına ve evlat edinenlerine yapılan kazandırmalar yasak kapsamında olduğu gibi resmi memur ve tanıkların eski eşlerine ve hısımlarının eski eşlerine yapılan kazandırmalar da yasak kapsamına dahildir.

Kazandırma yasağı kapsamına girmeyen bir diğer durum düzenlemeye memur veya tanık olarak katılan kişilerin, vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanmasıdır. Zira ilgili kişinin vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanması durumunda alacağı ücret, kendisine yapılan bir kazandırma olmayıp yaptığı işin karşılığıdır<sup>69</sup>. Ancak vasiyeti yerine getirme görevlisi için belirlenen ücret yaptığı işin karşılığını aşmaktaysa mirasbırakanın iradesinin yorumlanması yoluyla bir sonuca varılması gerekir. Mirasbırakanın iradesi gerçekte vasiyeti yerine getirme görevlisi atamak değil de yalnızca kazandırma yapmaksızın bütün kazandırmanın iptali yoluna gidilmelidir. Ancak mirasbırakan bu kişiyi gerçekten vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atamak isterken, bu kişinin görevi sebebiyle alacağın ücretin çok üstünde bir miktar belirlemişse yalnızca aşan kısmın iptali söz konusu olabilir.

Vasiyetname ile tüzel kişi lehine bir kazandırma yapılması durumunda, tüzel kişinin yetkili organının vasiyetnamenin düzenlenmesine noter veya tanık sıfatıyla katılmasının ise, TMK.m.536/II'ye aykırılık teşkil ettiği kabul edilmektedir. Zira tüzel kişiler fiil ehliyetlerini organları aracılığıyla kullanırlar ve organları aracılığıyla hak sahibi olup borç altına girerler (TMK. m.50). Dolayısıyla organın açıkladığı irade tüzel kişinin iradesidir. Bu sebeple işleme katılan da bizzat tüzel kişinin kendisi olmaktadır<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> TMK.m.536/I için bu yönde **Hatemi**, 7, No. 27; bk. **Yarg. 3. HD, T.08.06.2010, E. 2010/4491, K. 2010/10163**: "...Somut olayda tanık, vasiyetçinin kardeşi veya eşi olmadığı gibi (TMK.'nun 536/1. Maddesi), vasiyetname ile kazandırmada bulunulan kişinin (Melahat Ö...'ün) kardeşinin kocası olduğundan TMK.'nun 536/2. Maddesindeki yasaklanan kişilerden de değildir..." (**Tekdoğan**, s. 487).

<sup>69</sup> **Badertscher**, Art. 503, No. 7; **Dorjee-Good/Dardel**, Art. 503, No. 4; **Escher/Escher**, Art. 503, No. 10; **Jeitziner**, BSK, Art. 503, No. 18; **Öztan/Öztan**, s. 3602; **Weimar**, Art. 503, No. 9; vasiyetname ile atanan vasiyeti yerine getirme görevlisinin, düzenlemeye katılan kişilerden olmaması durumunda, vasiyeti yerine getirme görevlisine bir kazandırma yapılması da mümkündür, böyle bir durumda söz konusu görev kazandırmayı geçersiz kılmaz, ancak vasiyeti yerine getirme görevlisi aynı zamanda vasiyetnamayı düzenleyen resmi memur ise bu durumda kazandırma geçersiz olacaktır, bk. **Escher/Escher**, Art. 503, No. 11; **Tuor**, Art. 503, No. 11.

<sup>70</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Akbiyık**, Cem: "Tüzel Kişi Organının Ölümüne Bağlı Tasarrufun Düzenlenmesine Katılması", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2017, C. 5, S. 1, s. 73-79, s. 77; **Jeitziner**, BSK, Art. 503, No. 14;

### B. Kazandırma Yasağının Konu Bakımından Kapsamı

TMK.m.536/II'de düzenlenen "kazandırma" kavramı mirasçı ataması da dahil her türlü malvarlıksal menfaati içerir<sup>71</sup>. Bununla birlikte genellikle bu kişilere yapılan kazandırmaların belirli mal bırakma tasarrufu şeklinde olduğu görülecektir. Zira mirasçı atama tasarrufları hakkında mirasbırakan genellikle vasiyetnamenin düzenlenmesi aşamasından çok önce kararını vermiş olacak ve o aşamada bir değişikliğe gitmek istemeyecektir.

Düzenlemeye katılan memur veya tanıklara ya da bu kişilerin yakınlarına yapılan kazandırmanın TMK.m.536/II kapsamında değerlendirilebilmesi için, kazandırmanın karşılıksız olması zorunlu değildir. Bir diğer ifadeyle lehine kazandırma yapılan kişinin, mirasbırakana başka bir menfaat sağlamış veya sağlamayı vaad etmiş olması, TMK.m.536/II'deki iptal sebebinin uygulanmasını engellemez. Örneğin söz konusu kazandırma ivazlı miras sözleşmesi ile veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi ile yapılmış olabilir. Bu durumda da kendisine kazandırma yapılan kişi TMK.m.536/II kapsamında bir kişi ise yapılan kazandırma iptal edilebilirlik yaptırma tabi olacaktır<sup>72</sup>.

Tüzel kişilerde organ kavramının belirlenmesi hakkında bk. **Dural/Ögüz**, No. 1162 vd.; **Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir**, s. 269 vd.; Tüzel kişi ortaklıklarında organ sıfatına sahip olmamakla birlikte pay çoğunluğunu elinde bulunduran hakim konumdaki ortakların fiili organ kapsamında değerlendirilmesinin doğru olacağı yönünde bk. **Akbıyık**, s. 76; **Yarg. 3. HD, T.28.09.2009, E. 2009/9367, K. 2009/14112**: "...Anılan maddenin 2. fıkrası ise vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan memur ve tanıklar ile bunların alt-soyu ile üstsoylarına mal vasiyet edilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Lehine mal vasiyet edilen kişinin tüzel kişi olması durumunda tüzel kişiyi temsile yetkili kişilerin tanıklığı halinde tüzel kişinin tanığın mamelekine dahil olup olmadığı önem ifade eder. **Gerçekten tüzel kişinin örneğin ticari bir şirkette pay sahibi olan kişinin tanıklığı ile tüzel kişiye kazandırmada bulunulamayacağı kabul edilebilir.** Bu bakımdan yasada bir boşluğun bulunduğu söz edilemez. Ancak somut olayda lehine mal vasiyet edilen tüzel kişi bir vakıf olup MK'nun madde 101 hükmü gereği vakıf mal topluluğudur ve tanığın mameleki de olduğundan söz edilemeyeceğinden vasiyetin tanık lehine yapıldığından söz edilemez..." (**Tekdoğan**, s. 492-493)

<sup>71</sup> **Öztan/Öztan**, s. 3602; **Badertscher**, Art. 503, No. 7; **Dorjee-Good/Dardel**, Art. 503, No. 3; **Jeitziner**, BSK, Art. 503, No. 18; **Weimar**, Art. 503, No. 9; Ancak İsviçre hukukunda **Escher/Escher** resmi memur ve tanıklar ile onların yakınları lehine yalnızca belirli mal bırakmanın yasak olduğunu ifade etmektedir, bk. Art. 503, No. 10; Bu görüşün sebebi, maddede kullanılmış olan "bedenken" fiilinin "belirli mal bırakma" tasarrufunu ifade etmek için kullanılan teknik bir terim olarak görülmesidir, bu konudaki açıklamalar için bk. **Weimar**, Art. 503, No. 9.

<sup>72</sup> **Jeitziner**, BSK, Art. 503, No. 18; **Öztan/Öztan**, s. 3602.

## VII. DÜZENLEMESİNE KATILMA VE KAZANDIRMA YASAĞINA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

Miras hukukunda, Borçlar hukukundan farklı olarak geçersizliğin türü iptal edilebilirliktir. Ölüme bağlı tasarrufların şekle aykırı olması da TMK.m.557/b.4'e göre iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir.<sup>73</sup>

Düzenlemeye katılma yasağına (TMK.m.536/I) aykırılığın mevcudiyeti halinde, vasiyetnamenin tamamı iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir. Zira bu durumda vasiyetname tanıksız yapılmış gibi bir durum ortaya çıkmakta, bu da vasiyetnamenin şekle aykırı olmasına sebep olmaktadır. TMK.m.536/II'de düzenlenmiş olan kazandırma yasağına aykırılığın mevcut olduğu hallerde ise yalnızca vasiyetnameye tanık veya memur olarak katılan kişilere veya onların yakınlarına yapılan maddi anlamda ölüme bağlı kazandırmaların iptali söz konusu olur.<sup>74</sup> Bu sonuç TMK.m.558/III'de açıkça ifade edilmiştir. Örneğin mirasbırakan vasiyetnamesinde evini oğluna, arabasını kızına, bankadaki parasını ise vasiyetnameye tanık olarak katılan kişiye bırakmışsa, yalnızca tanığa yapılan kazandırma geçersiz olacak, oğluna ve kızına yaptığı kazandırmalar geçerliliğini koruyacaktır.<sup>75</sup> Ancak söz konusu vasiyetnameye tanık olarak katılan kişi, mirasbırakanın kardeşinin eşi ise bu durum vasiyetnamenin tamamının geçersizliğine yol açacaktır.

Ölüme bağlı tasarruflarda yaptırım türünün iptal edilebilirlik olması inceleme konumuz açısından şu noktada önem taşımaktadır: Bir ölüme bağlı tasarrufun aynı anda hem TMK.m.536/I'e hem de TMK.m.536/II'ye aykırı olması mümkündür. Böyle bir durumda davacı TMK.m.536/I'e dayanarak vasiyetnamenin tamamının iptalini talep etmişse sorun yoktur. Ancak davacının yalnızca TMK.m.536/II'ye dayanarak ilgili kişiye yapılan kazandırmanın iptalini dava etmesi halinde, hakimin TMK.m.536/I gereğince vasiyetnamenin tümünü iptal etmesi mümkün müdür? Bir diğer ifadeyle ölüme bağlı tasarrufun iptali davasında hakim ileri sürülen iptal sebepleriyle bağlı mıdır?

Konu doktrinde tartışmalıdır. Tartışmanın temelinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1964 tarihli bir kararı vardır. Bu karara konu olayda, davacı taraf ikrah ve ehliyetsizlik sebebine dayanarak iptal davası açmış, ancak Hukuk Genel Kurulu davacının talebine rağmen "...mahkemece, hemen tes-

<sup>73</sup> İptal edilebilirlik ve kesin hükümsüzlük yaptırımlarının karşılaştırılması için bk. **Eren**, İptal, s. 125 vd.; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 231-232.

<sup>74</sup> **Çabri**, No. 928; **Dorjee-Good/Dardel**, Art. 503, No. 1; **Badertscher**, Art. 503, No. 4; **Dural/Öz**, No. 323; **Öztan/Öztan**, s. 3601-3602.

<sup>75</sup> **Çabri**, No. 929.

*pit olunabilecek*” bir şekil eksikliği sebebiyle iptale karar verilmesi gerektiği kanaatine varmıştır<sup>76</sup>. Bunun üzerine doktrinde, ölüme bağlı tasarrufun iptali davasının şekil eksikliği dışında bir sebebe dayanarak açılmış olması durumunda, hakimin şekil eksikliğini re’sen dikkate alıp alamayacağı konusunda iki farklı görüş ortaya çıkmıştır<sup>77</sup>.

Hukuk Genel Kurulu kararının yerinde olduğunu ileri süren görüşe göre, hakim yalnızca tarafların ileri sürdüğü maddi vakıalar ve talep sonucu ile bağlı olup tarafların dayandığı kanun hükümleri ve bu hükümlerin nitelendirilmesiyle bağlı değildir. Dolayısıyla hakim HMK.m.33 (HUMK.m.76) gereğince davacının talebini haklı gösteren ve dava dosyasından anlaşılan bütün hukuki sebepleri re’sen dikkate almakla yükümlüdür<sup>78</sup>.

Diğer görüş ise Hukuk Genel Kurulu kararının yerinde olmadığı yönündedir. Bu görüşe göre, hakim davacı tarafından ileri sürülen iptal sebepleriyle bağlıdır ve davacı tarafından ileri sürülmeyen iptal sebeplerini re’sen dikkate alamaz. Zira aksinin kabulü Medeni Kanun’un iptal davası sistemi ile bağdaşmaz<sup>79</sup>.

Bizim kanaatimiz de hakiminin ileri sürülen iptal sebepleriyle bağlı olduğu yönündedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere ölüme bağlı tasarrufların şekle aykırı olması iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir. Dolayısıyla şekle aykırı bir vasiyetname, mirasbırakanın ölümü ile birlikte geçerli bir tasarruf olarak sonuçlarını meydana getirir. Bu tasarrufa karşı hak düşürücü süre içinde iptal davası açılır ve iptal kararı verilirse, ölüme bağlı tasarruf, mirasın açıldığı andan itibaren geçersiz hale gelir<sup>80</sup>. Ancak tasarrufun iptalinde menfaati olan kişilerin hak düşürücü süre içinde dava açmaması halinde tasarruf geçerliliğini korur<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> **YHGK, T.14.10.1964, E. 1963/2/1227, K. 1964/629:** “*ÖZET : 1- İkra ve ehliyetsizlik gibi bir sebebe dayanılarak iptali istenen bir vasiyetnamenin, mahkemece, hemen tespit olunabilecek bir şekli bozukluğu yüzünden iptaline karar verilmek gerekir. (HUMK.74-75) - 2- El yazısı vasiyetin yapıldığı (düzenlendiği) yerin hiç bir tereddüde yer kalmayacak şekilde belgenin metninden anlaşılması gereklidir. - 3- El yazısı vasiyetlerde, düzenleme tarihinin, vasiyetçinin el yazısı ile atılmış olması, geçerliğe ilişkin şekil şartlarındanır. (MK. 485) - 4- Medeni hukuk alanında itiraz niteliğinde bulunan durumlar, dosyaya usulünce girmiş olan kağıtlardan anlaşılmalı ise, bunların, mahkemece re’sen gözönünde tutulması gerekir.*” (www.kazanci.com, ET.14.07.2024)

<sup>77</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 338-339; **Oğuzman**, s. 194.

<sup>78</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 339.

<sup>79</sup> **Oğuzman**, s. 194; **Çabri**, No. 931.

<sup>80</sup> **Antalya/Sağlam**, No. 1230 vd.; **Dural/Öz**, No. 1017; **Eren**, İptal, s. 138; **Serozan/Engin**, §4, No. 254; **Turan**, s. 108.

<sup>81</sup> **TMK.m.559/II** gereğince iptalin def’i yoluyla ileri sürülebildiği haller saklıdır.

Bozucu yenilik doğuran dava niteliğinde olan iptal davasının bir diğer özelliği, dava sonucunda verilen iptal kararının, yalnızca davanın tarafları açısından hüküm ve sonuç doğurmasıdır. Dava açmamış olan ve kendisine karşı dava açılmamış olan kişiler için vasiyetname geçerli kalmaya devam eder<sup>82</sup>. Örneğin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olan vasiyetnameye karşı yalnızca yasal mirasçılarının bir kısmı iptal davası açmışsa, vasiyetname yalnızca davacılar yönünden iptal edilecek ve diğer mirasçılar açısından geçerliliğini koruyacaktır. Bunun gibi iptal davası vasiyetnameden yararlanan herkese karşı değil de yalnızca bazı kişilere karşı açılmışsa, kendisine dava açılmamış olan kişiler açısından vasiyetname geçerliliğini korumaya devam edecektir.

Bunun yanı sıra iptal edilebilirlik yaptırımını, Kanunkoyucu tarafından belirli kişilerin korunması amacıyla getirilmiştir. İptal hakkına sahip kişilerin bu korumadan yararlanıp yararlanmamaları kendi iradelerine bırakılmış olup kişiler iptal haklarını kullanıp kullanmamakta serbesttirler. Dolayısıyla görülmekte olan bir davada hakim iptal edilebilirliği re'sen dikkate alamaz<sup>83</sup>. Bu sebeple iptali ileri sürme itiraz değil def'i niteliğindedir<sup>84</sup>. Oysa tartışmanın temelindeki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakıldığında, kararda ölüme bağlı tasarrufun şekle aykırılığının "itiraz" niteliğinde olduğu kabul edilerek sonuca varıldığı görülmektedir.

Sonuç itibarıyla iptal edilebilirlik yaptırımının niteliği dikkate alındığında kanaatimiz, hakimin davacı tarafından ileri sürülen iptal sebepleri ile bağlı olduğu ve ileri sürülmeyen iptal sebeplerini re'sen dikkate alamayacağı yönündedir.

## SONUÇ

TMK.m.536/I'de mutlak ve nisbi katılma yasağı, TMK.m.536/II'de kazandırma yasağı düzenlenmiştir. Mutlak katılma yasağına tabi kişilerin bir vasiyetname düzenlemesine katılmaları durumunda görevlerini sağlıklı bir

<sup>82</sup> Antalya/Sağlam, No. 1254; Dural/Öz, No. 1017.

<sup>83</sup> Atlı, s. 56; Dural/Sarı, No. 1173; Eren, BG, No. 1070. Oğuzman/Barlas, No. 762.

<sup>84</sup> Atlı, s. 56; Eren, BG, No. 1070; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise 1959 tarihli bir kararında vasiyetnamenin şekle aykırılığının hakim tarafından re'sen dikkate alınamayacağı yönünde hüküm kurmuştur: **Yarg. 2. HD, T.10.12.1959, E. 6695, K. 6209**: "Davacının istinat ettiği vasiyetnameye karşı davalı müdafaaten vasiyetnamenin şarta muallak ve gayri ahlaki bulunduğu yolunda bir müdafaa dermeyan etmekle iktifa eylemiştir. Vasiyetnamenin şekline dair bir itiraz davalı tarafından serd olunmamıştır. Böyle bir iddianın dermeyan olunmaması halinde mahkeme re'sen nazara alamaz." (Kocayusufpaşaoğlu, s. 339, dp. 45)

şekilde yerine getiremeyecekleri açıktır. Dolayısıyla yasağın amacı, memur ve tanıkların görevlerini gereği gibi yerine getirmelerinin sağlanmasıdır. Kanunkoyucunun nisbi katılma yasağını düzenlemesinin amacı, mirasbırakanın son arzularını başkalarının etkisi altında kalmadan açıklayabilmesidir. Zira yasak kapsamında olan kişilerin, doğrudan veya eşleri sebebiyle dolaylı olarak mirasla ilgili beklentileri olduğu ve söz konusu kişilerin tarafsız davranmama riskinin yüksek olduğu açıktır. Bu da mirasbırakanın son arzularını etki altında kalmadan özgürce ifade etmesine engel teşkil eder. Bu sebeple düzenlemenin amacı, vasiyetname düzenlemesine tarafsız kişilerin katılmasını sağlamak ve böylelikle mirasbırakanın son arzularını açıklarken başkalarının etkisi altında kalması riskini bertaraf etmektir.

TMK.m.536'da altsoy kan hısımlarının düzenlemeye katılamayacağı hükme bağlanmış ancak evlatlık ve evlat edinene ilişkin bir hüküm getirilmemiştir. Bu konuda bizim katıldığımız görüş, hem evlatlığın hem de evlat edinenin yasak kapsamında olduğu yönündedir. Zira katılma yasağı mirasçılık sıfatına değil hısımlık ilişkisine bağlıdır. Ayrıca evlatlığın altsoyunun da evlat edinen açısından katılma yasağı kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Bu görüş çerçevesinde evlatlık ve evlat edinen birbirinin yaptığı vasiyetnameye katılamayacağı gibi evlat edinenin eşi, evlatlığın yaptığı vasiyetnameye; evlatlığın eşi de evlat edinenin düzenlediği vasiyetnameye katılamayacak kişiler arasındadır.

Mirasbırakanın eşi ve yakın hısımların eşlerinin evlilik devam ettiği sürece yasak kapsamında olduğu hususu sabittir. Ancak, evlilik sona erdikten sonra mirasbırakanın eski eşinin ve mirasbırakanın yakın hısımlarının eski eşlerinin vasiyetname düzenlemesine memur veya tanık olarak katılıp katılamayacağına ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda bizim kanaatimiz evlilik birliği sona ermiş olsa bile mirasbırakanın yakın hısımlarının eski eşlerinin düzenlemeye katılma yasağının devam etmesi gerektiği yönündedir. Bu görüşün dayanağı TMK.m.18/II hükmüdür.

Mirasbırakanın eski eşi yönünden ise, mevcut düzenlemede evlilik birliği sona erdikten sonra düzenlemeye katılma yasağının devam edeceğine ilişkin bir yasal dayanak yoktur. Zira kanun metninde açıkça "mirasbırakanın eşi" ifadesi geçmektedir. Bu sebeple mevcut yasal düzenleme çerçevesinde mirasbırakanın eski eşinin vasiyetname düzenlemesine katılabileceği sonucuna varılmaktadır. Ancak yasağın amacı çerçevesinde mirasbırakanın eski eşinin yasak kapsamında olması gerekir. Bunun yanı sıra yakın hısımların eski eşlerine ilişkin yasak devam etmekteyken, mirasbırakanın eski eşinin düzenlemeye katılmasının yasak kapsamında olmaması çelişkili bir

durum oluşturmaktadır. Bu sebeple olması gereken hukuk açısından mirasbırakanın eski eşinin de TMK.m.536 kapsamına alınması uygun olacaktır.

TMK.m.536/II, TMK.m.536/I'de mirasbırakanın yakınları için yapılmış olan düzenlemeyi, memur ve tanıklar için aynen tekrar etmiştir. Dolayısıyla TMK.m.536/I kapsamında mirasbırakanın yakınları için yapmış olduğumuz değerlendirmeler, TMK.m.536/II için de geçerlidir.

Bir ölüme bağlı tasarrufun aynı anda hem TMK.m.536/I'e hem de TMK.m.536/II'ye aykırı olması mümkündür. Böyle bir durumda davacının TMK.m.536/II'ye dayanarak yalnızca ilgili kişiye yapılan kazandırmanın iptalini dava etmesi halinde, hakimin TMK.m.536/I gereğince vasiyetname-nin tümünün iptaline karar vermesi mümkün müdür? Bu konudaki kanaati-miz iptal edilebilirlik yaptırımının niteliği dikkate alındığında, hakimin da-vacı tarafından ileri sürülen iptal sebepleri ile bağlı olduğu ve ileri sürülme-yen iptal sebeplerini re'sen dikkate alamayacağı yönündedir.



**KAYNAKÇA**

- Akbıyık**, Cem: “Tüzel Kişi Organının Ölümüne Bağlı Tasarrufun Düzenlenmesine Katılması”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2017, C. 5, S. 1, s. 73-79.
- Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, C. III, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2021.
- Atlı**, Banu: Ölümüne Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Ankara 2017.
- Badertscher**, Pia: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK, 4. Auflage, Zürich 2021.
- Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi, TMK.m.495-574, C. I, 1. Baskı, İstanbul 2018
- Dorjee-Good**, Andrea/**Dardel**, Daniela: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 4. Auflage, Zürich 2023.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 23. Baskı, İstanbul 2022.
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2022.
- Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 16. Baskı, İstanbul 2021.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020. (BG)
- Eren**, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966, (İptal)
- Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek: Türk Miras Hukuku, Ankara 2019.
- Escher**, Arnold/**Escher**, Arnold: Zürcher Kommentar, Bant III, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), 3. Aufl., Zürich 1959.
- Escher**, Arnold: Medeni Kanun Şerhi, Miras Hukuku, 3. Kısım, Miras Hukuku, Madde 457-640, Çev. Sabri Şakir Ansay, Ankara 1949.
- Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, İstanbul 2018.
- İnan**, Ali Naim/**Ertay**, Şeref/**Albaş**, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 12. Bası, Ankara 2024.

- Jeitziner**, Roland: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 7. Auflage, Basel 2023.
- Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1995.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Bası, İstanbul 2021.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 24. Bası, İstanbul 2018.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Meraklı**, Serkan/**Bacaksız**, Pınar/**Başbüyük**, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2023.
- Özbilen**, Arif Barış: “İstisnai ve İkincil Bir Vasiyet Türü: Sözlü Vasiyet-name”, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 71 (4) 2022: 1559-1587.
- Öztan**, Bilge: Miras Hukuku, 13. Bası, Ankara 2023.
- Öztan**, Bilge/**Öztan**, Fırat: “Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun’daki ve Noterlik Kanunu’ndaki Şekil Şartları”, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (4) 2016: 3585-3615.
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2022.
- Şener**, Esat: Vasiyet Hukuku, Ankara 1995.
- Tekdoğan**, Aydın: Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2023.
- Tuor**, Peter: Berner Kommentar – Band III, Das Erbrecht, 1. Abteilung, Art.457-536 ZGB, Bern 1964.
- Turan**, Gamze: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ankara 2009.
- Weimar**, Peter: BK-Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, 2009.



## ALMAN HUKUKUYLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK KÜÇÜKLERİN EVLAT EDİNİLMESİNDE BİYOLOJİK BABANIN RIZASI VE SAHİP OLDUĞU HAKLAR

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1519980>

**Doç. Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU\***

### Öz

*Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre bir küçüğün evlat edinilmesine ana baba rıza göstermelidir. Burada tartışmaya değer konu; evlilik dışı dünyaya gelmiş çocuklar yönünden biyolojik babanın rıza göstermeye yetkili sayılıp sayılmayacağıdır. Bu mesele, TMK'nın ilgili hükmünde açıkça çözüme bağlanmış değildir. Alman Hukukunda, aile hayatına saygı şeklindeki temel insan hakkı ve çocuğun bakımı ve eğitimi şeklindeki anayasal ana baba hakkı çerçevesinde, biyolojik babanın da rızasının alınması gerektiği yönünde eğilim sergilenmekle, Alman Medeni Kanunu'nda onun da izninin alınması yönünde bir değişikliğe gidilmiştir. Ancak bu düzenlemenin, hali hazırda küçüğün hukuken soybağına sahip babası bulunup da; biyolojik babanın başka bir erkek olduğu durumlarda geçerli olmaması karşısında, öğretilerde bu konuda bir yasal değişikliğe ihtiyaç bulunduğu değerlendirilmeleri de yapılmaktadır. Bundan başka biyolojik babanın evlat edinme yargılaması sırasında ve sonrasında sahip olduğu haklar da ayrıntılarıyla ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Bu çalışma, Alman Hukukunda yürürlükteki düzenlemeleri ve getirilen önerileri de dikkate alarak, evlat edinmede biyolojik babanın rızasıyla ilgili Türk Hukukundaki mevcut kuralları irdelemek, bu kuralları yorumlamak ve ihtiyaç halinde çözüm önerileri sunmak amacını taşımaktadır. Bu amaç doğrultusunda çalışmada, hukukumuzda da biyolojik babanın rızasının aranması gerektiği sonucuna ulaşılmış olup, ayrıca rıza alınmazsa sonuçlarının neler olacağı yönündeki değerlendirmelere de yer verilmiştir.*

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (ali.yagcioglu@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-1518-9796 (Gönderim Tarihi: 21.07.2024-Kabul Tarihi: 02.09.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**Anahtar Kelimeler**

*Küçüğün Evlat Edinilmesi, Ana Baba Rızası, Biyolojik Baba, Çocuğun Üstün Yararı, Soybağı*

**THE CONSENT AND RIGHTS OF THE BIOLOGICAL FATHER  
IN THE ADOPTION OF MINORS  
IN COMPARISON WITH GERMAN LAW**

*(Research Article)*

**Abstract**

*According to the Turkish Civil Code (TCC.), the parents must consent to the adoption of a minor. The controversial issue here is whether the biological father is authorised to give consent for children born out of wedlock. This issue is not clearly resolved in the relevant provision of the TCC. In German law, within the framework of the fundamental human right to respect for family life and the constitutional parental right to the care and education of the child, there is a tendency that the consent of the biological father should also be obtained, and the German Civil Code has been amended to require his consent. However, since this regulation is not valid in cases where the legal father of the minor is already present, but the biological father is another man, it is also considered in the doctrine that a legal amendment is needed in this regard. Furthermore, the rights of the biological father during and after the adoption proceedings are also discussed in detail. This study aims to examine the existing rules in Turkish Law regarding the consent of the biological father in adoption, to interpret these rules and to propose solutions if necessary, taking into account the regulations in force in German Law and the suggestions made. In line with this purpose, the study concludes that the consent of the biological father should be sought in our law, and also includes the evaluations on the consequences of not obtaining consent.*

**Keywords**

*Adoption of a Minor, Parental Consent, Biological Father, Best Interests of the Child, Paternity*

## **GİRİŞ**

Evlat edinmeyle ilgili Türk Medeni Kanunu'nun 305 ve devamı hükümleri incelendiğinde, evlat edinilen süje açısından konunun küçüklerin evlat edinilmesi ile ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesi şeklinde iki temel ayrım da ele alındığı görülür. Evlat edinmenin bir koşulu olarak öngörülen rıza da başta bu ayrıma göre; sonrasında ise evlatlığın ehliyetine, onun veya evlat edinenlerin hısımlık durumuna göre şekillenmektedir. Bu çalışmanın sınırları açısından rıza meselesi, sadece evlatlığın hısımları içinde onun babası yönünden önem taşımaktadır. Bu baba, çocukla arasında kanunun öngördüğü yollarla hukuki soybağı kurulmuş olan baba olabileceği gibi, sadece biyolojik yönden bir bağa; başka bir deyişle doğal soybağı ilişkisine sahip bir baba da olabilir. Evlat edinmenin bir koşulu olan ana babanın rızasında, hukuki soybağı ilişkisine sahip baba yönünden bu koşulun sağlanması gerektiği tartışmasız kabul edilmektedir. Asıl sorun, sadece doğal soybağına sahip biyolojik baba yönünden rızanın aranıp aranmayacağı meselesinde yatmaktadır.

Bu meselenin günümüzde gittikçe artan bir öneme sahip olduğu belirtilmelidir. Hem yabancı ülke hukuklarında hem de Türk Hukukunda genel eğilim, biyolojik babaya da babalık haklarının gelişmesi yönünde ona daha fazla haklar sağlamaktır. Aynı zamanda ailenin ve özel yaşamın korunması şeklinde anayasal temel hak bağlamında incelenen babalık veya ebeveynlik hakkı, çocukla yakınlık kurma düşüncesiyle girişimlerde bulunan biyolojik baba yönünden incelenmeye değer görülmektedir. Bu noktada Alman Hukukunda, öncelikle çocukla olan ilişkilerini oldukça etkileyecek evlat edinme işleminde biyolojik babanın rızasının alınması somut bir düzenlemeye kavuşmuş durumdadır. Bundan sonra ise, çocuğun üstün yararına da hizmet ettiği düşünülen çocukla biyolojik baba arasında, kişisel ilişki kurma ve çocuk hakkında bilgi edinme hakları düzenlenmiştir. Günümüzde artık biyolojik babanın evlat edinmedeki rızasına ilişkin koşulların yerindeliği tartışılmakta ve getirilen sınırlandırmaların kaldırılması yönünde öneriler ortaya atılmaktadır. Bunun yanında evlat edinme yargılamasında, biyolojik babanın rızasının pratikte nasıl alınacağı meseleleri de, onun bu evlat edinme yargılamasından haberi olup olmaması, kendisinin kimliğinin bilinmesi veya bilinmemesi ihtimallerine göre tartışmaya açılmakta, ayrıca evlat edinme yargılaması tamamlandıktan sonra biyolojik babanın hangi haklara sahip olduğu irdelenmektedir.

Çalışmada, bu tartışma ve değerlendirmeler doğrultusunda ilk olarak, Türk Hukukunda da bu gerekliliğin mevcut olup olmadığı hukuki dayanak-

larıyla ortaya konulacaktır. Daha sonra yine Alman Hukukunda olduğu gibi, kimliği bilinmeyen biyolojik baba açısından, evlat edinme yargılamasını sürdüren aile mahkemesinin araştırma ve yargılamaya katılanların işbirliği yükümlülükleri üzerinde durulacaktır. Devamında çalışma, biyolojik babanın, yargılamaya aktif bir şekilde katılmasıyla sahip olduğu haklar ve yargılama tamamlandıktan sonra sahip olduğu haklar ayrımı altında değerlendirilmelerde bulunarak, tamamlanmış olacaktır.

## I. KÜÇÜKLERİN EVLAT EDİNİLMESİNE ANA BABANIN RIZA GÖSTERMESİ

### A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 309/I. maddesine göre evlat edinme işleminde ana ve babanın rızası aranmaktadır. Alman Medeni Kanunu (BGB) 1747. paragrafının birinci fıkrasının birinci cümlesinde de benzer şekilde anne ve babanın izninin alınmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Rıza alınmazsa TMK m. 317'ye göre hâkimden evlat edinme ilişkisinin kaldırılmasının istenebilmesi karşısında, rızanın, evlat edinme işleminin bir koşulu olarak öngörüldüğü açıkça anlaşılmaktadır.

Rıza vermeye yetkili olan ana ve babanın, çocukla arasında hukuken soybağı ilişkisi bulunan ana baba olması gerektiği öğretide çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Bu görüş kabul edilirse rızası aranacak olan ana baba bakı-

<sup>1</sup> **Baygın**, Cem: "Evlat Edinmenin Koşulları", AÜEHFD 2003, C. VII, S. 3-4, s. 616; **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2022, s. 330, kn. 1550; **Öztaş**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 966; **Şıpka**, Şükran: "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Evlat Edinme"ye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi", İÜHFMD 1999, C. LVII, S. 1-2, s. 312; **Kaya**, Cengiz: Türk Hukukunda Evlat Edinme, İstanbul 2009, s. 28, 85; **Belen**, Herdem: Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle), İstanbul 2005, s. 38, 40; **Aydoğdu**, Murat: Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 197, 206; **Yalman**, Süleyman: "Evlat Edinmede Rıza", AHBVÜHFD, C. 8, S. 2, 2004, s. 12 (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48132/608802>, e.t. 12.07.2024). **Özcan**, Didem: "Evlat Edinmede Rıza", İÜHFMD 2017, C. LXXV, S. 2, s. 712; **Erdem**, Mehmet/**Makaracı Başak**, Aslı: Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2024, s. 387; **Er**, Ali: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Küçüklerin Evlat Edinilmesi, İstanbul 2020, s. 57, 59, 71-72; **Çağlayan Aygün**, Gözde: Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 56; **Pinedo Caro**, Pınar: Evlat Edinmede Rıza, Ankara 2024, s. 183; "...Dahili davalı İ. İle çocuk arasında soybağı tesis edilmemiştir. Baba mevcut ve belli ise rıza aranır veya koşulları varsa aranmaz. Çocukla arasında soybağı kurulmadığına göre İ. 'in rıza beyanı da söz konusu olmaz.." 2. HD. 18.10.2010 T., 2010/15674 E., 2010/17024 K. (**Er**, s. 72, dn. 226); "...küçükle müdahil O. U. arasında soybağı ilişkisi kurulmamış olduğundan; yasal olarak bu kişinin

mından, Türk Medeni Kanunu'nun soybağının kurulmasına ilişkin 282. madde ve devamı düzenlemelerine göre hareket edilmelidir<sup>2</sup>. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, belli koşullar altında, hukuken soybağına sahip olmayıp da sadece biyolojik bağı olan (doğal) babanın da rızası aranmalıdır.

Rızanın aranmayacağı hallerden birisi söz konusu değilse (TMK m. 311-312), ana ve babanın her ikisi de rıza vermelidir. Rıza, bizzat küçüğün veya ana ve babanın oturdukları yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirilmelidir (TMK m. 309/II). Rıza en erken küçüğün doğumunu izleyen altı hafta geçtikten sonra verilebilir ve tutanağa geçirdikten sonra altı hafta içinde hiçbir gerekçe göstermeksizin aynı usulle geri alınabilir (TMK m. 310).

### B. Rızanın Aranması Gerekliliği Altında Yatan Düşünceler

Evlat edinme işlemiyle birlikte Türk Hukukunda evlatlığın kendi ailesiyle olan soybağı ilişkisi devam eder, bunun yanında evlatlık ve evlat edinenler arasında yeni bir soybağı da kurulmuş olur. Evlat edinenler artık evlat edinilen küçük karşısında ana ve babaya ait hak ve yükümlülükleri edinmiş olur (TMK m. 314/I, V). Alman Hukukunda ise, evlatlığın kendi ailesiyle olan soybağı tamamen sona ererek; küçüğün evlat edinilmesi, onunla hukuken soybağına sahip anne ve baba yerine, aynı statüde bir başkasının konulması anlamına gelmektedir (BGB § 1755)<sup>3</sup>. Görüldüğü üzere Alman Huku-

---

*"baba" sıfatı bulunmama rızası da gerekmemektedir.."* 2. HD. 26.05.2010 T., 2009/7595 E., 2010/10184 K.; *"..Küçük T., 27.12.2009 doğumlu olup, annesinin evlilik dışı ilişkisinden doğmuştur. Babasının kim olduğu hukuken belli değildir. Bu halde, evlat edinmede babanın rızasının aranmamasına ilişkin karar, çocuk evlat edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmiş ise evlat edinmede aracılık yapan kurumun veya evlat edinenin başvurusu üzerine verilir.."*2. HD. 03.10.2011 T., 2011/10286 E., 2011/14804 K.; *"..Davada ananın rızasının olduğu sabit ise de, çocuğun evlilik dışı ilişkiden doğduğu, babası ile hukuki anlamda soybağı ilişkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece yasal koşullar değerlendirilerek babanın rızasının aranıp aranmayacağı hakkında karar verilmemesi..doğru görülmüştür.."* 18. HD. 08.04.2014 T., 2013/19794 E., 2014/6513 K. (www.kazanci.com, e.t. 15.07.2024).

<sup>2</sup> Bu görüşe göre baba soybağının reddi davası açmış olsa bile, dava sonuçlanıncaya kadar baba olarak rıza vermelidir, evlat edinme işlemi tamamlandıktan sonra soybağı ortadan kaldırılmış olsa bile, bu durum evlatlık ilişkisini etkilememelidir. Bkz. **Özcan**, s. 712-713.

<sup>3</sup> Alman Hukuku açısından evlat edinenler evli bir çift ise (BGB § 1741/II c. 2), biyolojik anne ve babayla olan hukuki soybağı yerini, evlat edinen anne ve babayla hukuki soybağına bırakır (BGB § 1754, 1755/I). Eşlerden birisi, diğer eşin çocuğunu (üvey evladını) evlat edinmek isterse (BGB § 1741/II c. 3), evlat edinen, sadece evlatlığın ilgili ebeveynle (anneyle veya babayla) olan hısımlık ilişkisini o kimsenin yerini alarak sona erdirir ve evlat edinen, diğer hukuken soybağına sahip anne veya baba yanında ikinci bir



kunda evlat edinme sonucunda, ikame edilen ana ve/veya baba açısından çocukla olan hukuki soybağı geleceğe etkili olacak şekilde sona ermektedir. Evlatlığın ailesi açısından ortaya çıkan bu ağır sonuç göz önünde tutularak, evlat edinmenin gerçekleşebilmesinde, hukuken soybağına sahip ana ve/veya babanın izinlerinin alınması (BGB § 1747/I cümle (c.) 1) özel bir önem taşımaktadır<sup>4</sup>. Türk Hukukunda her ne kadar evlatlığın kendi ailesiyle olan soybağı ilişkisi devam etse de, ana ve babaya ait hak ve yükümlülüklerin sona ermesi (TMK m. 309/I) aynı önemin Türk Hukuku için de geçerli olduğu izlenimini doğurmaktadır. Buradaki hak ve yükümlülüklerin velayet hakkıyla bağlantılı hak ve yükümlülükler olduğu, böylece bir küçüğün evlat edinilmesinin aynı zamanda ana ve babanın kişilik haklarıyla yakından ilgili olduğu kabul edilmektedir. Buna göre rıza gerekliliğini velayetin sonucu sayan görüşler bulunsa da<sup>5</sup>, bunu velayetin değil, kişilik hakkının bir sonucu saymak yerinde olur<sup>6</sup>. Nitekim ileride açıklanacağı üzere, rıza gerekliliği biyolojik babayı da kapsama alacak şekilde değerlendirildiğinde, konuyu velayet hakkı açısından gereçlendirme imkânı bulunmamaktadır.

### C. Rızanın Aranmayacağı Haller

Rızanın aranmayacağı haller, çocukla ana baba arasında çocuğun yararına olacak bir ilişkinin bulunmaması, böylece rıza konusunda ısrar edilmesinin çocuk yararına olmayacağı düşüncesi temelinde düzenlenmiştir<sup>7</sup>. Bu hallerden birisi, ana babanın kim olduğunun bilinmemesidir (TMK m. 311/bent (b) 1 birinci kısım). Ana veya babanın kim olduğunun bilinmemesi, ço-

ebeveyn olur (BGB § 1754/I İkinci kısım, 1755/II). Bkz. **Löhnig**, Martin/**Rottmann**, Daniel: “Der leibliche, nicht rechtliche Vater im Adoptionsverfahren”, NZFam 2023, s. 1009.

<sup>4</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1009; **Keuter**, Wolfgang: “Zustimmung des leiblichen Vaters zur Adoption”, NZFam 2017, S. 19, s. 873.

<sup>5</sup> **Ataay**, Aytakin: “Medeni Hukukda Evlat Edinme”, İÜHFM 1957, C. 21, S. 1-4, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97681> e.t. 12.07.2024), s. 306; **Baygın**, s. 616. Rıza gerekliliğinin sadece velayet hakkının bir sonucu olduğunu savunan görüşün bir gerekçesi, çocuğa vasi tayin edilmekle artık ana ve babanın rızasının aranmamasıdır, rıza kişilik hakkıyla bağlantılı olsaydı, vesayet altındaki çocuk evlat edinilirken de ana ve babasının rızası alınması gerekirdi. Yine erginlerin evlat edinilmesinde rızanın aranmaması da, velayet hakkının erginlikle sona ermesi gerçeği karşısında aynı gerekçeye dayanmaktadır. Bkz. **Yalman**, s. 6.

<sup>6</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 329-330, kn. 1547; **Özcan**, s. 966; **Belen**, s. 39; **Aydoğdu**, s. 194; **Serozan**, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkıbası, İstanbul 2017, s. 228, kn. 78; **Kaya**, s. 28; **Şıpka**, s. 312; **Özcan**, s. 711; **Erdem/Makaracı Başak**, s. 387; **Er**, s. 57; **Çağlayan Aygün**, s. 56.

<sup>7</sup> **Aydoğdu**, s. 236; **Kaya**, s. 31; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 333, kn. 1564; **Er**, s. 69; **Çağlayan Aygün**, s. 60; **Pinedo Caro**, s. 182.

cuk ile o ebeveynin arasındaki soybağının ortaya konulamaması, başka bir ifadeyle soybağının kayda geçirilememesi olarak anlaşılmaktadır. Biyolojik ana ile çocuk arasında doğumla, biyolojik babayla çocuk arasında ise kanunda öngörülen yollarla kurulmuş olan soybağı, her nasılsa nüfus siciline yansımış değilse, mesela bunun sebebi çocuğun terk edilmiş olması ve böylece ana babasının kim olduğunun bilinmemesi ise durum böyledir<sup>8</sup>. Bu ihtimalde vesayet makamının biyolojik ebeveyni bulmayı başaramamış olması gerektiği de belirtilmektedir<sup>9</sup>.

Rıza aranmayan diğer ihtimal, ana babanın uzun süreden beri nerede oturduğunun bilinmemesidir (TMK m. 311/b. 1 ikinci kısım). Bu kez ana ve/veya babanın kim olduğu bilinmekle birlikte, uzun süredir nerede oturduğu bilinmediği için kendisine ulaşma imkânı yoktur. Mahkemece gerekli araştırma yapıldığı halde ana ve/veya babanın oturduğu yer tespit edilememektedir. Uzun süre ile neyin kastedildiği konusunda somut bir süre getirilmemişse de, kısa süreli bilinmezliğin bu ihtimal için yeterli olmadığı kabul edilmektedir<sup>10</sup>.

İlgili hükümde rıza aranmamasına yönelik başka ihtimaller olarak, ana babanın ayırt etme gücünden sürekli yoksun olması (TMK m. 311/b. 1 üçüncü kısım), ana babanın küçüğe karşı özen yükümünü yeterince yerine getirmemesi (TMK m. 311/b. 2) halleri de sayılmakta, ayrıca küçüğün evlat edinmeye aracılık eden bir kuruma yerleştirilmesinde, ana babasının rızasından birisi eksikse, mahkeme tarafından rıza aranıp aranmayacağına karar verilebileceği (TMK m. 312/I) de belirtilmektedir. Bunlar arasında küçüğe karşı özen yükümünün yerine getirilmemesi ihtimali özel bir öneme sahip olup, bu durum, biyolojik baba yönünden rızanın aranmayacağı bir istisna olarak aşağıda ayrıca incelenmiştir.

## **II. RIZA GÖSTERMESİ GEREKEN BABA BAKIMINDAN BİYOLOJİK BABA**

### **A. Biyolojik Babanın Konumu**

Biyolojik baba, çocukla arasında biyolojik veya başka bir ifadeyle genetik bağ olan babadır. Bu bağa doğal soybağı da denilmektedir. Kanun tarafından öngörülen yollarla (evlilik, tanıma, mahkeme kararı, evlat edinme)

<sup>8</sup> Aydoğdu, s. 246-247; Kaya, s. 32; Özcan, s. 715; Er, s. 71; Çağlayan Aygün, s. 60; Pinedo Caro, s. 183.

<sup>9</sup> Yalman, s. 15; Özcan, s. 715; Pinedo Caro, s. 186, 218 vd.

<sup>10</sup> Aydoğdu, s. 250-251; Yalman, s. 13; Özcan, s. 715; Çağlayan Aygün, s. 60; Pinedo Caro, s. 187.

bir çocuğun hukuki olarak bir babaya bağlanmasıyla oluşan soybağı ise hukuki soybağıdır<sup>11</sup>. Doğal soybağındaki biyolojik baba kavramıyla, hukuki soybağındaki hukukî soybağına sahip baba kavramı çoğu kez birbiriyle örtüşür. Ancak annenin evlilik birliği devam ederken başka bir erkekle veya hiçbir evlilik olmadan bir erkekle ilişkiye girmiş olmasıyla, koca dışındaki bir erkeğin spermelerinin kullanılarak yapay döllemenin gerçekleşmesiyle, erkeğin de bilerek veya bilmeyerek biyolojik olmayan çocuğu tanımasıyla, biyolojik babayla hukukî soybağına sahip baba aynı kişi olmayabilir<sup>12</sup>.

Çocukla arasında doğal bir olay olarak doğumla hukuki soybağı ilişkisi kurulduğu için ana açısından rastlanılmasa da, babayla olan hukuki soybağı ilişkinin kurulması için kanunda öngörülen yolların tesis edilmesinde karşılaşılan kimi zorluklar, biyolojik baba kavramını ön plana taşımaktadır. Bu kavrama günümüzde gittikçe artan şekilde değer atfedilmesiyle, buna paralel olarak ona ne ölçüde haklar tanınacağı meselesi de önem kazanmaktadır. Çocuğun hayatında önemli bir adım sayılabilecek evlat edinmede de, biyolojik babanın rıza hakkı, bu kapsamda incelenmeye değer meseleler arasında yer almaktadır.

## B. Biyolojik Babanın Rızasının Alınması

### 1. Genel Olarak

Küçüklerin evlat edinilmesinde rıza vermeye yetkili olan ana ve babanın, çocukla arasında hukuki soybağı ilişkisi bulunan ana baba olması gerektiği konusunda Türk Hukukunda görüş birliği olduğundan bahsetmiştik. Öğretide çocukla arasında doğal soybağı ilişkisi bulunan biyolojik babanın rızasının aranmayacağı belirtildikten sonra, bazı yazarlar tarafından sadece, biyolojik babanın evlat edinme yargılamasında dinlenmesi ve ona biyolojik çocuğunu evlat edinmesi imkânı sunulması gerektiği belirtilmiştir<sup>13</sup>. Konu,

<sup>11</sup> **Acabey**, Mehmet Beşir: Soybağı (Kuruluşu Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı), İzmir 2002, s. 6-8; **Serozan**, s. 165, kn. 29; **Zevkililer**, Aydın/**Cumaloğlu**, Emre/**Acabey**, Beşir: Medeni Hukuk III Aile Hukuku, Ankara 2024, s. 316 vd, kn. 943 vd.; **Aydıncık Midyat**, Şirin: “Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri”, İÜHFİM, 2022, S. 80 (2) (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/71349/1147197>), s. 458.

<sup>12</sup> **İnce**, Nurten: İki Baba Bir Çocuk (Alman Medeni Kanunu 1686a Maddesi Uyarınca Biyolojik Babanın Haklarında Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi), Tam Metin Bildiri, 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018, s. 355-356 ([http://kayit.asoscongress.com/files/asos2018alanya/2018\\_Hukuk\\_Tam\\_Metin\\_Kitab%C4%B1.pdf](http://kayit.asoscongress.com/files/asos2018alanya/2018_Hukuk_Tam_Metin_Kitab%C4%B1.pdf), e.t. 12.07.2024).

<sup>13</sup> **Ataay**, s. 314; **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2000, s. 446; **Aydoğdu**, s. 197, 207-208, 239; **Koçoğlu**, Safa: “Evlat Edinmede Ana Babanın Rızasının Aranıp Aranmaması

rızanın aranması yönünde hiç irdelenmemiştir. Oysaki Alman Hukukunda, evlat edinme davası sırasında rızasının aranması gerektiği BGB § 1747/I c. 2'de açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca bununla yetinilmeyip, biyolojik babanın sahip olduğu haklar daha da genişletilerek, BGB § 1686a'da çocukla kişisel ilişki kurmak ve çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi almak şeklinde düzenlemelere de<sup>14</sup> yer verilmiştir. Ancak ileride açıklanacağı üzere evlat edinmede rızaya ilişkin bu düzenlemenin hukuki boşluklar da içerdiği belirtilerek bunun için öneriler geliştirilmeye çalışılmakta ve evlat edinme kararı veren aile mahkemesinin biyolojik babanın kimliğini soruşturma yükümlülüğüürdelenerek, ortaya çıkabilecek meselelere göre çözüm önerileri sunulmaktadır<sup>15</sup>. Biz de bu değerlendirmeleri Türk Hukukuyla karşılaştırmalı olarak incelemek ve Türk Hukukuna göre de biyolojik babadan rıza alınması görüşümüzün altında yatan hukuki temelleri ortaya koymak düşüncesindeyiz.

## 2. Alman Hukukunda

### a. İzin (Rıza) Alınması Gerekliği

Evlat edinilecek küçüğün hukuken soybağıyla bağlı olduğu ikinci bir ebeveyni bulunmuyorsa, BGB § 1600d/II c. 1'e göre anneyle gebe kalma zamanında birlikte olduğunu ispat eden erkeğin izni, artık hukuki soybağı bulunan ikinci ebeveynin izni gibi değerlendirilir. Bu kural, BGB § 1747/I c. 2'de aynen “BGB § 1592 uyarınca başka bir erkek baba olarak kabul edilemeyecekse, BGB § 1600d/II c. 1'de sayılan koşulları yerine getirdiğini ispat eden kimse, birinci cümle ve BGB § 1748/IV anlamında baba olarak kabul

---

Sorununun Özellikle Yetkili Kurum Aracılığıyla Evlat Edinme Açısından İncelenmesi”, TAAD Nisan 2019, Yıl:11, S. 38, s. 246. Evlilik dışı babanın menfaatinin tabii bir bağla bağlı olduğu babası tarafından evlat edinilmesi olduğu, bu sebeple evlat edinme yargılamasında böyle bir babaya evlat edinme imkânı tanınması gerektiği, onun çocuğa karşı göstereceği şefkatin başka kimselerden daha fazla olacağı yönünde bkz. **Ataay**, s. 314.

<sup>14</sup> BGB § 1686a aynen şöyledir: “Hukuki Soybağı Olmayıp Biyolojik Yönden Baba Olan Kimse (1) Başka bir erkekle babalık ilişkisi mevcut olduğu sürece, biyolojik baba, çocukla arasındaki ciddi bir ilgisi olduğunu ortaya koyması durumunda, 1. çocuğun üstün yararına hizmet ediyorsa, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir ve 2. Haklı bir menfaati olduğu ve çocuğun yararıyla çelişmediği sürece, her bir ebeveynen çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi alma hakkına sahiptir. (2) Birinci fıkranın birinci bendine göre çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tesis edilirken, BGB § 1684'nin ikinci fıkrasından dördüncü fıkrasına kadar olan düzenlemeler göz önünde tutulur. Aile mahkemesi, BGB § 1666/I'in koşulları yerine getirildiği sürece, BGB § 1684/III'ün üçüncü cümlesi ile beşinci cümlesi hükümleri çerçevesinde kişisel ilişkinin denetim makamı (Umgangspflegschaft) gözetiminde kurulmasına karar verebilir.”.

<sup>15</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1009 vd.

*edilir.*” şeklinde belirtilmiştir. BGB § 1592 uyarınca baba kabul edilen erkek, doğum esnasında çocuğu doğuran kadınla evli olan veya çocuğu tanıyan yahut hakkında babalık kararı verilen erkektir. Hukuken soybağına sahip baba olarak bu konumda olmayan, yani sadece biyolojik baba sıfatına sahip olan erkek, BGB § 1600d/II c. 1’deki koşul olan; anneyle gebe kalma zamanında birlikte olduğunu ispat etmişse, artık BGB § 1747/I c. 1’deki ana babanın izninin alınması zorunluluğu kapsamında değerlendirilecektir. Bunun için dikkat edilirse, BGB § 1592 uyarınca hukuken soybağına sahip baba kabul edilebilecek başka bir erkeğin bulunmaması da gereklidir.

Biyolojik babanın izninin alınması düşüncesinin altında yatan amaç, Alman Federal Anayasası m. 6/II c. 1’deki “*Çocukların bakımı ve eğitimi, ana babanın doğal hakkı ve onlara yüklenen birincil yükümlülüktür.*” şeklindeki anayasal ana baba, yani ebeveynlik hakkının ve AİHS m. 8<sup>16</sup>’deki aile hayatına saygı gösterilmesi şeklindeki temel insan hakkının gereğinin sağlanmasıdır. İşte bu gereğin sağlanması biyolojik babanın evlat edinme sürecine dahil edilmesiyle gerçekleşmektedir<sup>17</sup>.

Bu düzenlemenin hukuki boşluk içerdiği, bu ebeveynlik hakkının BGB § 1747/I c. 2 hükmü tarafından tam anlamıyla korunmadığı, zira hukuken soybağına sahip babanın hukuki durumuyla, hukuki soybağı olmayıp sadece biyolojik baba sıfatını taşıyan kimsenin hukuki durumu arasında uyumlu bir birlikteliğin bulunmadığı, başka bir deyişle somut olayda bu iki kimse de bulunmaktaysa, hukuken soybağına sahip babanın biyolojik babayı dışladığı eleştirileri yöneltilmektedir. Gerçekten düzenlemeye göre, sadece biyolojik baba sıfatı olan kimsenin evlat edinmeye olan izni, çocuk hukuken soybağına sahip bir babaya tabi değilse, aranmaktadır. Çözüm olarak sunulan öneri, biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi alma hakkını düzenleyen BGB § 1686a’nın temelinde yatan; hakların bir arada var olup kullanılabilmesi ilkesinin, evlat edinmede biyolojik babanın iznini düzenleyen BGB § 1747/I c. 2 hükmüne de genişletilmesidir. Bu doğrultuda bir kanun değişikliğine gidilmekle, hukuken soybağına sahip baba yanında biyolojik babanın da rızası birlikte alınabilecektir.

<sup>16</sup> AİHS m. 8 şöyledir: “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı (1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörölmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığı veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.” ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_tur](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur), e.t. 02.07.2024).

<sup>17</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1009 vd.; **Keuter**, s. 873.

Nasıl ki BGB § 1686a biyolojik babanın ebeveynlik hakkını, çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi alma yönünden gözetiyorsa, çocuğun evlatlık verilmesinde de aynı tutum sergilenmelidir. Kaldı ki evlat edinilecek olan çocuğun üstün yararını ve onun evlat edinilen aile içindeki alışma sürecini tehlikeye atmama konusunda dikkat edilmesi gereken bir mesele de, biyolojik babanın BGB § 1686a uyarınca sahip olduğu kişisel ilişki kurma hakkından feragat etmesidir. Böyle bir feragat de ancak biyolojik babanın evlat edinme sürecine dahil edilmesiyle sağlanabilir<sup>18</sup>.

Biyolojik baba izin vermektan kaçınıp da bundan sonra çocukla kurduğu yakın ilişkiler çerçevesinde hukuken soybağına sahip baba olmak üzere girişimde bulunursa çocuğun üstün yararına da hizmet eden bir sonuç sağlanmış olacaktır. Ancak, izin vermektan kaçınan baba aynı zamanda çocuğun sorumluluğunu üstlenmek istemezse, bu kez mahkeme tarafından BGB § 1748'deki "ebeveynin iznini ikame" düzenlemesi çerçevesinde onun iznini ikame etmelidir, hatta tavsiye olarak bu konu Kanunda açıkça düzenlenmelidir. Çocuğa karşı ilgisiz olan biyolojik baba, daha sonra koruyucu bir ailenin yanına veya bir kuruma yerleştirilen çocukla kişisel ilişki kurma hakkını kullanarak ara sıra görüşebilsin diye, çocuğun evlat edinme yoluyla yasal desteğe sahip yeni bir sosyal ailede büyüme fırsatını reddetmek, çocuğun üstün yararına uygun olmayacaktır<sup>19</sup>.

Yürürlükteki düzenlemelere göre hukuken soybağına sahip babanın bulunmadığı hallerde biyolojik babanın izni alınabileceğine göre, bu iznin pratikte nasıl sağlanacağı da önemli bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Biyolojik baba biliniyor ve küçüğün evlat edinilmek istendiğini biliyor ise, ancak evlat edinme işlemine katılmak isterse onun izni aranacaktır. Böyle bir girişimde bulunmazsa veya baştan böyle bir izni verme hakkından feragat etmişse, artık evlat edinmede onun iznine ihtiyaç olmayacaktır<sup>20</sup>. Biyolojik

<sup>18</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1009; **Löhnig/Riege**, s. 9 vd.; Kanun değişikliği önerisine dair bir başka haklı gerekçeye, biyolojik babanın çocuk hakkında bilgi alma hakkını kullanmak istemesinde rastlanmaktadır. Bu konuda bkz. aşağıda III, A, 2. başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>19</sup> **Löhnig/Riege**, s. 11.

<sup>20</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1009-1010; "Babalığı inandırıcı kılma noktasında düzenleme babalık davası açan kimsenin aktif bir şekilde davrandığı varsayılır. Buna göre olası biyolojik babanın yargılamaya AileYargK. § 188/I b. 1 b hükmüne göre doğrudan katılması gerekmez, bunun yerine o davaya olası babalığına dayanarak katılmalıdır. Babalığı inandırıcı kılmaktan kaçınırsa, artık onun evlat edinmeye izni aranmaz. Bu sonuç zaten BGB § 1747/c. 2'nin lafzından ve Kanunun amacından çıkmaktadır, aynı zamanda anayasal ilkelerle de uyumludur. Biyolojik baba, davaya aktif olarak katılmadığı

babanın evlat edinmeden ve hatta kendi çocuğundan bile haberi yoksa aile mahkemesi tarafından nasıl hareket edilmesi gerektiği aşağıda ayrı bir başlık altında irdelenecektir.

***b. Biyolojik Babanın Evlat Edinmede İzninin Alınmasında Etkili Olan Gelişmeler***

Alman Hukukunda biyolojik babanın izin hakkı ilk defa 1998 yılında çocuk hukuku reformu kapsamında gerçekleştirilen değişiklikler kapsamında; evlat edinme ile ilgili kurallar arasında düzenlenmişti<sup>21</sup>. Bu kuralarda onun konumu, annenin izin hakkıyla eşit düzeye taşınmışsa da, hukuken soybağına sahip baba ile dışlayıcılık ilişkisi üzerinden ele alınmıştı. Bu düzenlemenin arka planında Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1995 yılında vermiş olduğu bir karar (07.03.1995 T. ve 1 BvR 790/95 S.) etkili olmuştu. Bu kararı veren Anayasa Mahkemesi, biyolojik babanın anayasa aykırılık itirazı sonucunda, biyolojik babanın anayasal aile hayatının korunması gerekçesiyle, o zaman yürürlükte olan BGB § 1747/I hükmünün anayasaya aykırılığını kabul etmişti. Mahkemenin gerekçesinde, bir çocuğun annesi tarafından evlat edinilmesinde çocuk yine annesinin yanında büyüyeceğinden fiili durumunda bir değişiklik olmadığı, bu sebeple biyolojik babanın ebeveynlik haklarına müdahalenin söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte çocuğun annenin kocası tarafından evlat edinilmesinde biyolojik babaya hiçbir hak tanınmamasının çocuğun yararına hizmet etmediği, çocuk zaten fiilen birlikte yaşadığı ailedeki erkekle hukuken soybağına

*sürece, çocuğun yasal babası statüsünü üstlenmek için anayasal olarak korunan menfaatinin kullanamaz ve bu nedenle korunmaya muhtaç değildir.*" BGH 18.2.2015 T., – XII ZB 473/13 S., FamRZ 2015, S. 10, s. 829-830; kn. 16; "BGH'nin 18.2.2015 tarihli kararındaki nihai açıklamalara bakılırsa, biyolojik babanın babalığını ispat ederken aktif bir şekilde hareket etmesi ve onun AileYargK. § 188/I b. 1 b hükmüne davaya katılımı gereklidir. Bunu yapmaktan kaçınırsa, artık ne davaya katılımına ne de § 1747/I c. 1 hükmüne göre muvafakatine ihtiyaç vardır." OLG Bamberg, 26.4.2017 T. – 2 UF 70/17 S. NZFam 2017, s. 519 kn. 15.

<sup>21</sup> Alman Hukukunda çocuk hukuku reformuyla evlilik dışı-evlilik içi çocuk ayrımı kaldırılıncaya kadar, biyolojik babanın hakları sınırlı düzeydeydi. Şöyle ki 1969 tarihli Evlilik Dışı Birliktelikler Hakkında Federal Kanun'un (Nichehelichengesetz) kabulüyle biyolojik baba, evlat edinme yargılamasına katılarak sadece dinlenme hakkına sahipti. 1976 tarihli Evlat Edinme Hakkında Federal Kanun (Adoptiongesetz) sayesinde onun konumu güçlendirilmişti: Evlilik dışı bir çocuğun evlat edinilebilmesi için, biyolojik babanın anneye evlilik kurma veya çocuğu evlat edinme başvurusunda bulunmaması gereklidi. Böyle bir başvuru var ise, üçüncü kişilerin evlat edinme girişimleri engellenmiş ve biyolojik babaya evlat edinme konusunda öncelik tanınmış oluyordu. Bkz. **Frank, Rainer:** "Die Adoption eines nichtehelichen Kindes mit unbekanntem Vater", FamRZ 2017, S. 7, s. 497.

sahip babalık ilişkisi içine girmiş olsa da, çocuğun biyolojik babayla da ilişkisini sürdürebilmesinde yararının olabileceği ifade edilmiştir. Bunun öncesinde biyolojik babanın evlat edinmeye engel olmak için ya anneyle evlilik ya da o çocuğu evlat edinme yollarına sahip olduğu, ancak pratikte annenin evliliğe yanaşmayacağı veya evlat edinmeye izin vermeyeceği belirtilmiştir<sup>22</sup>. Alman Hukukunda bu gelişmeler ışığında, evlat edinmede ebeveynlerin izninin alınmasıyla ilgili hükme, biyolojik babanın da izninin alınması gerektiğine yönelik bir cümle (BGB § 1747/I c. 2) eklenmiştir.

Alman Hukukunda 2013 yılında biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi alma haklarını somut bir şekilde düzenleyen BGB § 1686a maddesinin kabul edilmesinde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 21.12.2010 Tarih ve 20578/07 İtiraz Numaralı Anayo ve 15.9.2011 Tarih ve 17080/07 İtiraz Numaralı Schneider kararları etkili olmuştur<sup>23</sup>. Bu kararlarda geçen düşünceler, biyolojik babanın hukuki konumunun sosyal yaşamda önem kazanmasının sebeplerini açıklaması ve bununla bağlantılı olarak biyolojik babanın da rızasının alınmasının haklı temellerini ortaya koyması bakımından bu başlık altında değinmeye değerdir.

AİHM Anayo davası kararında özetle, biyolojik babanın çocuğuyla henüz sosyal ve ailevi bir ilişki kuramamış olsa bile, özel yaşam alanı içinde onunla kişisel görüşme hakkına sahip olduğunu, bu hakkın gereğinin, çocukla hukuken soybağına sahip ebeveynleri arasındaki soybağı ilişkisi sebebiyle genel olarak reddedilemeyeceğini, bunun yerine çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Mahkeme detaylı değerlendirmelerinde, AİHS m. 8 kapsamında aile hayatı kavramının sadece evlilik ilişkisiyle sınırlı olmadığını, tarafların evli olmadan birlikte yaşadıkları diğer “fiili aile” ilişkilerini de kapsayabileceğini, böyle bir ilişkiden doğan çocuğun da, doğduğu andan itibaren bu “aile” biriminin bir parçası olduğunu benimsemektedir. Bununla birlikte AİHS m. 8 koruması için, salt biyolojik bağın yeterli olmadığını, biyolojik babanın çocuğa karşı fark edilir bir ilgiyle yaklaşması ve hem doğumdan önce hem doğumdan sonra çocuğun sorum-

<sup>22</sup> 07.03.1995 T. ve 1 BvR 790/95 S. Karar, s. 793, C. I. 3. b. (FamRZ 1995, S. 13); **Löhnig/Riege**, s. 10.

<sup>23</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1009, **Löhnig**, Martin/**Riege**, Iris: “Die Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Adoptionsrecht”, FamRZ 2015, S. 1, s. 10; kararlara konu olan olayların ayrıntısı için bkz. **İnce**, s. 360-361. Anayo kararı için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/%E2%80%99/app/conversion/pdf/?i=001-102443> e.t. 05.07.2024 veya FamRZ 2011, S. 4, s. 269, Schneider kararı için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-106171> e.t. 05.07.2024 veya FamRZ 2011, S. 21, s. 1715.



luluğunu üstlenmekte istekli olması gerektiği belirtilmektedir. Biyolojik baba ilgisine ve isteğine ve bunu dile getirmesine rağmen çocuğuyla yakın ve sürekli bir ilişki kuramamışsa, bunun sebebi mesela anne veya hukuken soybağına sahip babanın buna izin vermemesiyle, bu durum biyolojik babaya atfedilemeyeceğinden, bu babanın amaçladığı aile yaşamı da istisnai olarak AİHS m. 8 kapsamında korunmalıdır. Biyolojik baba henüz aile yaşamına sahip olamasa da, çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkı, onun özel yaşam alanının önemli bir parçasıdır, bunu reddeden yargı makamları, özel hayatın korunması şeklindeki temel hakkı ihlal etmiş olur. Ulusal mahkeme, kişisel ilişki kurulmasının çocuğun üstün yararına uygun olup olmadığını da incelemelidir<sup>24</sup>.

AİHM Schneider davası kararında ise, Anayo kararındaki benzer değerlendirmelere ek olarak, 21. yüzyılın aile gerçekleri karşısında, hukuken soybağına sahip babayla yaşayan ancak biyolojik babaya sahip olan çocukların yararının, genel bir yasal karineyle adil bir şekilde belirlenemeyeceğini, taraf haklarının dengelenmesi ve davanın özel koşulları incelenerek çocuğun üstün yararı çerçevesinde sonuca varılması gerektiğini, kişisel ilişki kurma ve bilgi alma hakkını ileri süren biyolojik babanın babalığın tespiti davası açmaya zorlanamayacağını kabul etmiştir<sup>25</sup>.

Bu kararlar göz önünde tutulduğunda, biyolojik babanın aile hayatının ve özel yaşamının korunması şeklindeki temel insan hakkının korunması, onun biyolojik çocuğuyla kişisel ilişki kurması ve onun hakkında bilgi almak istemesi durumlarında da geçerlidir. Bu konuda en başta çocuğun üstün yararı belirleyicidir ve hukuken soybağına sahip ebeveynlerle olan halihazırındaki hayat ilişkilerinde istikrarın korunması düşüncesi göz önünde tutulmalıdır. Bununla birlikte, çocuğun biyolojik babayı tanımakta, onunla yakınlık kurmakta daha ağır basan üstün yararı da söz konusu olabilir. Baba da bu konuda ilgili, istekli ve bunu göstermek adına adımlar atmış ise, biyolojik babanın bu girişimi de dikkate alınmalıdır. İşte bu girişimiyle biyolojik babanın babalık hakkına erişimi, evlat edinme yargılamasında ve sonrasında da önem kazanan bir sorun haline gelebilir. Bu sebeple evlat edinme yargılamasında biyolojik babaya da rıza gösterme hakkı tanınmalıdır.

Özellikle batılı toplumlarda evlilik dışı birlikteliklerin artması ve bu birlikteliklerin ahlaki değerlere uygunluğu değerlendirmesinin eskiye göre

<sup>24</sup> Bkz. Anayo Davası Kararındaki özet kısmı ve özel hukuka ilişkin değerlendirmeler kn. 55, 57, 60-62, 67-68, 71; **Löhnig/Riege**, s. 10.

<sup>25</sup> Bkz. Schneider Davası Kararındaki özet kısmı ve özel hukuka ilişkin değerlendirmeler kn. 100, 102; **Löhnig/Riege**, s. 10.

daha farklı şekilde ele alınması, evliliklerin daha kolay çözümler hale gelmesi, ayrıca tıbbi üreme tekniklerinin gelişmesi<sup>26</sup>, biyolojik babanın velayet sorumluluğunu üstlenmekte eskiye göre daha fazla istekli olması<sup>27</sup> olgularının biyolojik baba ve hakları üzerinde daha fazla durulmasındaki etkisi yadsınmaz. Türk toplumunun ahlaki değerleri ve toplum yapısının farklılıkları çerçevesinde; biyolojik baba ve hukuken soybağına sahip baba kavramlarının başka kimseler olması arzu edilen bir durum olmasa da, böyle bir gerçeğin var olabilme ihtimali her zaman vardır. Bu doğrultuda biyolojik babanın hangi haklara sahip olması gerektiği tartışmasının Türk Hukuku yönüyle de ele alınması önem taşımaktadır.

Alman Hukukunda biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurma ve bilgi alma haklarının somut olarak düzenlenmesine ve bu hakları genişletme eğilimine karşı birtakım eleştirilerin de yöneltildiği görülmektedir. Hukuken soybağına sahip babanın Alman Federal Anayasası'nın altıncı maddesiyle korunan temel haklarına çok fazla müdahale edildiği, biyolojik babaya sorumluluklar yüklenmeden sadece haklar sağlandığı, çocukla hukuken soybağına sahip baba arasındaki sosyal ailevi ilişkilerin dikkate alınmadığı, annenin birlikte olduğu biyolojik babanın ortaya çıkmasıyla çocuk ve anne açısından olumsuz sonuçların doğabileceği, annenin mevcut evliliğinin boşanmayla sonuçlanabileceği, hatta anne ve çocuğun yaşama haklarını tehlikeye sürükleyen daha olumsuz olayların yaşanabileceği; kısaca aile barışının bozulabileceği, biyolojik babanın bu hakları kötüye kullanabileceği, çocuk açısından iki babaya sahip olmanın onun güven duygusunu zedeleyebileceği, kişisel gelişimini olumsuz etkileyebileceği, ayrıca biyolojik babaya bu haklar tanınırken, yumurtasını bağışlayan biyolojik anne açısından onun bu durumunun dikkate alınmadığı, düzenlemenin bu haliyle eşitlik ilkesine aykırı olduğu, bu eleştirilerden bazılarıdır<sup>28</sup>. Çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuk hakkında bilgi alma hakları açısından yöneltilen bu eleştirilerin haklılığı tartışılabilirse de, evlat edinme durumunda kanaatimizce, çocuğun halihazır aile yaşamındaki olumsuz koşulların varlığı, mevcut ebeveynlerin zaten çocuğu evlatlık vererek haklarından vazgeçmeleri, bunlarla bağlantılı olarak çocuğun üstün yararının daha farklı ilişkiler zemininde şekilleniyor olması

<sup>26</sup> Serozan, s. 18, kn. 4; *Aydıncık Midyat*, s. 461.

<sup>27</sup> Serozan'a göre sanayileşme ve kentleşmeyle birlikte anne ve babanın toplumdaki sosyal rollerinde değişim yaşanmakta, kadın ev hanımı rolünden sıyrılıp da çalışma yaşamına katıldıkça, baba da ister istemez çocuğa yakınlaşmakta ve bu arada taraflar evli değilse evlilik dışı dünyaya gelen çocuğunun velayet sorumluluğunu üstlenmeye daha fazla hazır ve istekli olmaktadır. Bkz. Serozan, s. 19, kn. 5.

<sup>28</sup> Bu eleştiriler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. İnce, s. 365-367.

gibi somut olayın özellikleri çerçevesinde, biyolojik babaya rıza gösterme hakkı tanınmasıyla çocuk açısından oluşacak yararlar da göz önünde tutularak, bu eleştirilerin gözden geçirilmesi isabetli olacaktır.

### 3. Türk Hukukunda

Türk Medeni Kanunu'nda, Alman Hukukunda olduğu gibi evlat edinmede biyolojik babanın rızasının aranmasına yönelik açık bir hüküm olmadığı gibi onun çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi alma hakkına yönelik özel düzenlemeler de mevcut değildir. Önceden belirtildiği gibi; altında yatan düşüncelerin benzerliği sebebiyle öncelikle kişisel ilişki kurma ve bilgi alma hakkı açısından Türk Hukukundaki durumu kısaca inceledikten sonra asıl konumuz olan evlat edinmede rızaya değinmek istiyoruz.

#### a. Çocukla Kişisel İlişki Kurma ve Çocuk Hakkında Bilgi Alma Hakları Açısından Hukuki Durum

Kişisel ilişki kurma konusunda Türk Medeni Kanunu'nun 323. maddesinde, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile ana veya babanın kişisel ilişki kurabileceği, 325. maddede ise olağanüstü hallerde çocuğun da menfaatine de uygun düştüğü ölçüde diğer kişilere de kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkının tanınabileceği belirtilmektedir. 323. maddedeki ana ve baba ifadesindeki babayı biyolojik babayı da kapsar şekilde yorumlamak mümkündür. Nitekim öğretide de bu hakkın evlilik içi, evlilik dışı veya evlat edinilen çocukların tümü açısından söz konusu olabileceği belirtilmektedir<sup>29</sup>. Ancak Maddenin Türk Medeni Kanunu'nun beşinci ayrımı olan "Soybağının Hükümleri" arasında yer alması dolayısıyla bu yoruma karşı çıkılabilirse de, bu kez biyolojik babayı 325. maddede sözü geçen "diğer kimseler" kapsamında değerlendirmek mümkün olmalıdır. Nitekim

<sup>29</sup> Öztan, s. 1025-1026, 1028; Serozan, s. 241, kn. 90; Zevkliler/Cumahoğlu/Acabey, s. 390, kn. 1173; Serdar, İlknur: "Kişisel İlişki Kurma Hakkı", DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s. 752; Erlüle, Fulya: "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması", MÜHF-HAD 2010, C. 16, S. 3-4, s. 221; Yılmaz, Canan: "Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2015, S. 35 (1), s. 105; Erdem/Makaracı Başak, s. 419. Biyolojik babayla kişisel ilişki kurulmasında ihtiyatlı davranılması gerektiği hakkında bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 361, dn. 334. "...davalı biyolojik babanın ... yasal hakkı olmasına rağmen kişisel ilişki kurulması talebinde bulunmadığı.." 2. HD. 25.12.2023 T., 2023/8404 E., 2023/6462 K. (www.kazanci.com, e.t. 15.07.2024). Mevcut düzenleme çerçevesinde hukuki soybağı kurulmadan biyolojik babayla kişisel ilişki kurulamayacağı yönünde aksi görüş için bkz. Aydınçık Midyat, s. 502.

evlilik dışı çocukla da kişisel ilişki kurma hakkını kabul eden öğreti, çocukla sadece doğal soybağına sahip olan biyolojik baba yönünden bu hakkı, TMK m. 325 kapsamında mümkün görmektedir<sup>30</sup>.

Çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi alma hakkı konusunda da; Alman Hukukunda olduğu gibi Kanunda ayrı bir düzenleme yer almamaktadır. Türk Hukukunda bu hak kişisel ilişki kurma hakkının kapsamı içinde değerlendirilmekte, buna göre çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olan veya çocuk kendisine bırakılmış olan kimsenin hak sahibine bilgi vermesi şeklinde bir kişisel ilişki kurma hakkının mahkemece tesis edilebileceği kabul edilmektedir<sup>31</sup>. Bununla birlikte bilgi edinme talebine ilişkin bu açıklamalar içeriğinde, bu hakka sahip olan kimse aleyhine olacak şekilde sınırlandırmalar da taşımaktadır: Esasen haberleşme veya ziyaret şeklinde düzenlenecek olan kişisel ilişki kurulması, çocuğun okuma yazma bilmemesi veya iletişim araçlarını kullanacak yaşta olmaması gibi sebeplerle iletişim kurulmuyorsa veya hak sahibinin uzaklık, hastalık gibi bir nedenle çocuğu ziyaret etmesi zor ise, bilgi verme şeklinde düzenlenmelidir. Ziyaret hakkı sahibi, hakkını doğal biçimde kullanabiliyorsa, velayet hakkına sahip olan veya çocuk kendisine bırakılmış olan kişiye ayrıca çocuk hakkında bilgi verme görevi yüklenmemelidir<sup>32</sup>. Bu açıklamalar çerçevesinde, biyolojik babanın kişisel ilişki kurma hakkı için yapılan açıklamalar, çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi alma hakkı için de geçerli olmakla birlikte, kanaatimizce, bilgi alma hakkı, haklı bir menfaatin bulunması durumunda, çocuğun üstün yararı dışında herhangi bir sınırlamaya tabi olmamalıdır.

#### ***b. Evlat Edinmede Biyolojik Babanın Rızası***

Asıl konumuz olan evlat edinmede biyolojik babanın rızası açısından, Türk Medeni Kanunu m. 309/I'de küçüğün evlat edinilmesinde, anne ve babanın rızasının gerekli olduğu belirtilmekle, öğretideki hâkim görüşe göre buradaki ana ve babanın hukuken soybağı kurulmuş ana baba olması gerektiğinden söz etmiştik. Ancak bu hükmü, hukuken soybağı bulunmayan biyo-

<sup>30</sup> **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004, s. 147; **Öztan**, s. 1028; **Serdar**, s. 752; **Erlüle**, s. 243; **Yılmaz**, s. 110, 133.

<sup>31</sup> **Serozan**, s. 241, kn. 90; **Serdar**, s. 740, 760-761; **Erlüle**, s. 228. "Velayet Hakkına Sahip Olmayan Tarafa Bilgi verme Yükümlülüğü" başlığıyla ve velayet hakkına sahip olmayan ana babaya çocukla ilgili önemli olayların bildirilmesi ve onun da fikri alınması gerektiği açıklamalarıyla, bilgi alma hakkının kişisel ilişki kurma hakkından bağımsız olduğu izlenimi uyandıran görüş için bkz. **Öztan**, s. 1044.

<sup>32</sup> **Serdar**, s. 761; **Erlüle**, s. 228.

lojik babayı da kapsama alacak şekilde yorumlamak mümkündür<sup>33</sup>. Bu görüşü, TMK m. 311/b.1'deki "*kim olduğu ... bilinmeyen ana ve babadan birinin*" rızasının aranmayacağı hükmü de desteklemektedir. Buna göre kim olduğu bilinmeyen baba zaten en başta kanunda soybağının kurulması için öngörülen evlilik, tanıma veya hâkim kararı (TMK m. 282) yönünden soybağı süjesi eksik olan babadır, başka bir deyişle bu baba aslında biyolojik babadır. Kanunkoyucu biyolojik baba için zaten objektif imkânsızlık halini düzenlemekle, biyolojik babanın varlığını inkâr etmeyerek, eğer kimliği biliniyorsa bu babanın da rızasının alınması gerektiğini emretmektedir. Hükmün zıt anlamından bu sonuç desteklenmektedir. Gerçekten hukuken soybağının kurulmasıyla baba sıfatını kazanmış olan birinin kim olduğunun bilinmemesi söz konusu olamaz. O halde TMK m. 311/b.1 ile ifade edilmek istenen, hukuken soybağı kurulmamış olan biyolojik babanın kim olduğunun bilinmemesi ihtimalidir. Dolayısıyla TMK m.309'daki babanın hem hukuken soybağı kurulmuş baba hem de biyolojik baba olarak anlaşılması yerinde olacaktır. Elbette rıza gerekliliğinin, Kanunda, biyolojik baba yönünden şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi tavsiye edilecek bir yoldur.

Biyolojik babanın izninin alınması düşüncesinin altında yatan amaç açısından, anayasal ana baba yani ebeveynlik hakkının ve aile hayatına saygı gösterilmesi şeklindeki temel insan hakkının gereğinin sağlanması düşüncesinin Türk Hukuku için de geçerli olduğu belirtilmelidir. Bu düşüncenin hukuki dayanakları, Türk Anayasası'nın herkesin özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu belirten 20/I. maddesi, her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma açısından ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğunu belirten 41/III. maddesi ve AİHS m. 8'deki aile hayatına saygı gösterilmesi şeklindeki temel insan hakkı düzenlemesidir.

<sup>33</sup> Pinedo Caro'ya göre de kanunun mevcut lafzı, biyolojik anne yanında biyolojik babanın da rızasının aranmasını gerektirmektedir, ancak çocuk yararına olmayan biyolojik bağlara üstünlük tanıyan bu anlayışın benimsenmesi mümkün değildir, zira çocukla duygusal bağ kuramamış biyolojik babanın rızası aranır, kişisel saiklerle evlat edinme süreci sekteye uğratılmış olur ve bu durum çocuğun zararına olur. Bkz. **Pinedo Caro**, s. 185. Çocukla duygusal bağ kurulamamasının sebebi, aşağıda da açıklanacağı üzere, biyolojik babanın çocuğa karşı ilgisizliği ise, biyolojik babanın rızasının alınmaması zaten TMK m. 311/b.2'nin gereğidir. Ancak duygusal bağın henüz kurulmamış olması, çocuğun varlığını yeni öğrenen biyolojik baba için de söz konusu olabilir, bu baba geleceğe dönük olarak böyle bir bağı tesis etmek için girişimlerde bulunmuş olabilir. Bu sebeple somut olayın özellikleri, rıza sorunu açısından önem taşır. Bu gerekçeyle, peşinen biyolojik babanın rızasının hiç aranmaması izlenimi uyandıran bu yaklaşımı benimsemek mümkün değildir.

Biyolojik babanın anayasal ve temel insan hakkı temellerine dayanan babalık haklarının genişletilmesi düşüncesi<sup>34</sup>, aslında Anayasa Mahkemesi'nin 23/1/2024 Tarihli ve E: 2023/135, K: 2024/18 Sayılı Kararı çerçevesinde de benimsenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararda açıkladığı düşünceler, evlat edinmede biyolojik babanın rızasının önemini ortaya koymak açısından incelenmeye değerdir.

Anayasa Mahkemesi anılan kararıyla, TMK m. 291'deki "*Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde... doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir.*" bölümü, maddedeki "*baba olduğunu iddia eden kişi*" ibaresi yönünden iptal etmiştir. Başvuran ilgili hükmün, baba olduğunu iddia eden kişi yönünden getirdiği şartların ve süre sınırının eşitlik ilkesi ve adil yargılanma hakkına aykırılık taşıdığı itirazında bulunmuştur. Buna karşılık Mahkeme, biyolojik duruma aykırı şekilde kurulan soybağı ilişkisini ortadan kaldırmayı amaçlayan soybağının reddi davasının, soybağı taraflarının özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkıyla doğrudan ilişkili olduğu, baba olduğunu iddia eden kişinin de özel hayatına saygı gösterilmesi yönünde menfaati bulunduğunu belirtmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 40. maddesine göre kişilerin yargı makamları ile idari makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanmasının anayasal bir zorunluluk olduğu, baba olduğunu iddia eden kişinin babalık karinesinin çürütülebilmesi için yargı mercilerine başvurabilmesinin etkili başvuru hakkının bir gereği olduğu da ifade edilmiştir. Babalığını iddia eden kişiye de soybağının reddi davası açabilmesinin; biyolojik kökenini bilme ve onunla soybağı ilişkisi kurabilme çerçevesinde aynı zamanda çocuğun üstün yararına da hizmet ettiği, mevcut haliyle hükmün, babalığını iddia eden kimsenin bu davayı açabilmesinde, onun iradesi dışında gerçekleşebilecek şartlara bağlandığı belirtilmiş ve Mahkeme sayılan bu gerekçeler çerçevesinde itirazı sonuca bağlamıştır<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Biyolojik babanın haklarının Türk Hukuku'nda da güçlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. İnce, s. 369.

<sup>35</sup> Bu gerekçeler için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2024-18-nrm.pdf>, e.t. 13.07.2024. Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararından sonra (en azından yürürlüğe girdiği 6.12.2024 tarihinden sonra), konu yeniden yasal bir düzenlemeye kavuşuncaya kadar, baba olduğunu iddia eden kişi, yani biyolojik baba herhangi bir koşula ve süreye bağlı kalmaksızın soybağının reddi davası açabilecektir. Tavsiye edilecek yol, bu hakkın biyolojik baba yönünden "Soybağını İptal

Biyolojik baba rıza göstermeden önce, Alman Hukukunda olduğu gibi, öncelikle biyolojik baba olduğunu ortaya koymalıdır. Bunun için de anneyle gebe kalma zamanında birlikte olduğunu ispat etmelidir. Biyolojik babanın bu ispat yükü için Türk Medeni Kanunu'nda doğrudan bir düzenleme olmasa da, soybağının kurulmasına veya ortadan kaldırılmasına ilişkin şu hükümlerden aynı sonuca ulaşmak mümkündür: Babalık karinesinde; kocanın babalığı çerçevesinde evlilik sırasında gebe kalındığının ispatında (m. 285/II) ya da evlenmeden önce veya ayrı yaşamada gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu dair inandırıcı kanıtların bulunmasında (m. 288/II); tanınmanın iptalinde; davada tanıyanın, gebe kalma döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğu ilişkin inandırıcı kanıtları göstermesinde (m. 299/II); babalık hükmünde; fiilî gebe kalma döneminde davalının ana ile cinsel ilişkide bulunduğu tespit edilmesinde (m. 302/II).

Görüşümüzün hukuki temeli olarak saydığımız ve zıt yorumuyla biyolojik babanın da rızası aranması gerektiğini belirttiğimiz TMK m. 311'de, rızanın aranmayacağı diğer bir hal olarak; ana babanın uzun süreden beri nerede oturduğunun bilinmemesi de sayılmaktadır. Bu bilinmezlik içinde yer alan baba hukuken soybağına sahip baba olabileceği gibi biyolojik baba da olabilir. Bu yönüyle ortada yine bir imkânsızlık hali bulunduğu için, kim olduğu bilinen, ancak nerede oturduğu bilinmeyen hukuken soybağına sahip veya biyolojik baba için rızanın aranmamasında bir farklılık olmaz. Rızanın aranmayacağı bir başka hal ise, küçüğe karşı özen yükümünün yeterince yerine getirilmemiş olmasıdır. Bu istisna, ancak kimliği bilinen, çocuğun varlığından ve evlat edinme yargılamasından haberi olan biyolojik baba açısından söz konusu olup, biyolojik babanın rızasının alınması görüşümüz çerçevesinde ayrı bir başlık altında incelenmeye değer niteliktedir.

---

Etme Hakkı" şeklinde yeniden düzenlenmesidir (bu yönde bkz. **İnce**, s. 368). Alman Hukukunda da konu zaten babalık kastedilerek "İptale Yetkili Olan Kimseler" başlığıyla BGB § 1600'de, gebe kalma zamanında anne ile birlikte olduğunu ispat eden erkeğin, çocuk ile hukuken soybağına sahip babası arasında hiçbir sosyal ailevi ilişkinin bulunmadığını veya hukuken soybağına sahip babanın öldüğü ana kadar böyle bir ilişkinin oluşmadığını ortaya koyması şartlarıyla düzenlenmiştir. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **İnce**, s. 356-359; **Aydıncık Midyat**, s. 479 vd. Kanaatimizce de biyolojik baba için soybağının iptal etme hakkı yeniden düzenlenirse, uzun yıllar kendisini evlat edinenle/edinenlerle aile ilişkisi içinde yaşayan ve onu/onları ebeveyni/ebeveynleri olarak benimseyen çocuğun üstün yararını göz önünde tutarak, böyle bir sosyal ailevi ilişkinin kurulamamış olması koşuluna mutlaka yer verilmelidir. Böyle bir koşul, çocuğun üstün yararının bir gereği olsa da, evlat edinenin/edinenlerin sürekli bir iptal davası riski altında bulunması sakıncası evlat edinmenin teşvik edilmesi düşüncesini sekteye uğratabileceğinden, düzenlemede açıkça yer almalıdır.

## 5. Kimliği Bilinen Biyolojik Babanın Rızasına Gerek Olmayan Durumlar

Daha önce de belirtildiği üzere, kim olduğu bilinen, evlat edinme yargılamasından haberi olan ve bu yargılamaya katılmak isteyen biyolojik babanın rızası kural olarak alınmalıdır. Ancak bu baba, somut olaya göre çocuğun varlığından haberi olup da çocuğa ilgisiz kalmışsa, hatta öncesinde ananın yardım isteklerini yanıtsız bırakmışsa, onun bu özensizliği aile mahkemesi hâkimi tarafından dikkate alınarak rıza aranmayabilir. Bu konuda evlat edinme yargılamasında kendisinin ve olayla ilgili tanıkların dinlenmesiyle sonuca varmak yerinde olur. Biyolojik baba, bir yandan evlat edinme yargılamasına katılarak rıza göstermekten kaçınıyor, ancak diğer yandan çocuğa karşı ilgisizliğiyle sorumluluğunu üzerine almak istemiyorsa, onun rızası yine TMK m. 311/b.2 kapsamında alınması gerekli olmayan bir rıza olarak değerlendirilmelidir<sup>36</sup>. Özen yükümünü yeterince yerine getirmemeyi düzenleyen bu madde çerçevesindeki özensizliğine rağmen evlat edinmeye rıza göstermeyen biyolojik babanın bu tutumu, aynı zamanda dürüstlük kuralına da uymaz<sup>37</sup>.

Küçüğe karşı özen yükümlülüğünün yeterince yerine getirilmemesinin, rızanın aranmayacağı bir hal olarak düzenlendiği bu maddenin benzerine Alman Hukukunda da rastlanmaktadır. BGB § 1748/I'e<sup>38</sup> göre, çocuğa karşı

<sup>36</sup> Evlilik birliği dışında gerçekleşen veya reşit olmayan annenin söz konusu olduğu doğumlarda, çocuğu biyolojik babanın bilgisi dışında kurum bakımına vermek isteyen ve biyolojik baba hakkında bilgisi olmadığı iddiasında bulunan bu ebeveynin çocuğa karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinin varsayılması, bilgi sahibi olmamak şeklindeki mazeretin kabul edilmemesi, çocuğun üstün yararına aykırı olacak şekilde cinsel sömürü, maddi menfaat gibi amaçlarla rıza göstermeme şeklindeki davranışlar ile çocuğa zarar verilmesine engel olunması düşünceleri için bkz. **Pinedo Caro**, s. 213. Gerçekten somut olaydaki rolü, sadece evlat edinme yargılamasına katılıp da rıza göstermemek olan biyolojik baba açısından onun rızasını aramaya gerek olmamalıdır.

<sup>37</sup> “..Annenin ve babanın küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği, babanın karşı koymasının dürüstlük kuralı ile bağdaşıp bağdaşmayacağı boşanma dosyası da incelenip bu deliller değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir..”2. HD. 28.04.2005 T., 2005/3096 E., 2005/6899 K. (www.kazanci.com, e.t. 15.07.2024); **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 330, kn. 1552; **Öztan**, s. 967; **Serozan**, s. 229, kn. 78; **Aydoğdu**, s. 253; **Yalman**, s. 14; **Kaya**, s. 31; **Koçoğlu**, s. 247; **Pinedo Caro**, s. 191.

<sup>38</sup> BGB § 1748/I şöyleedir: “Bir Ebeveynin İzninin İkame Edildiği Durumlar (1) Aile mahkemesi, çocuğun talebi üzerine, ebeveynin çocuğa karşı yükümlülüklerini ısrarla ve ağır bir şekilde ihlal etmesi veya davranışlarıyla çocuğa karşı kayıtsız olduğunu göstermesi ve ikameye karar verilmezse, çocuk için makul olmayacak bir şekilde elverişsizliğin ortaya çıkması halinde, ebeveynin iznini ikame edebilir. Yükümlülük ihlali sürekli olmakla birlikte özellikle ciddiye ve çocuk muhtemelen artık sürekli olarak ebeveynin



yükümlülüklerin ihlal edilmesi veya çocuğa kayıtsız kalınması, iznin ikame edildiği yani artık o ebeveynin izninin aranmadığı istisnalardan birisidir.

Öncesinde ebeveynlik konumunu elde etmek için hiçbir girişimde bulunmayan biyolojik baba için artık aile mahkemesi de rıza arama yoluna gitmemelidir. Çocuğun doğumundan itibaren varlığı hakkında bilgi sahibi olup da harekete geçmeyen; mesela anneye temasını sürdürmeyen, doğum hazırlıklarında ona eşlik etmeyen, doğum masraflarına katkıda bulunmayan biyolojik baba kayıtsız kalan bir babadır. Sonrasında yani çocuk doğduktan sonra çocukla kişisel ilişki kurma<sup>39</sup>, çocuğu tanıma veya babalığın tespiti davası açma girişimlerinde bulunmayan biyolojik baba da aynı tutumu sürdüren babadır<sup>40</sup>. Böylece bu biyolojik baba, aslında rıza gösterme hakkından örtülü

*bakımına emanet edilemeyecekse de izin ikame edilebilir*". Ebeveynin izninin aranması ve bu hususun mahkemece tespitine "ikame rıza kararı" denildiği hakkında bkz. **Aydoğdu**, s. 239; **Çağlayan Aygün**, s. 271, dn. 1124; **Pinedo Caro**, s. 203.

<sup>39</sup> Çocukla kişisel ilişki kurulmasında da biyolojik babanın ciddi bir ilgi göstermesi gerekir. Bunun için mesela çocukla bir süre birlikte yaşaması, çocuğa ilişkin sosyal veya mali birtakım sorumluluklar alması, çocuğa yakın bir yere taşınması, çocukla görüşme isteğini aileye bildirmesi, çocuğun sağlık sorunlarında onun yanında olması aranmaktadır. Bkz. **İnce**, s. 362.

<sup>40</sup> *..Küçüğe karşı özen yükümlülüğünün yeterince yerine getirilmemesi için ana ve/veya babanın kusurlu olması zorunlu değildir. Her ne kadar davalı baba yargılama aşamasında küçük ..'nin babası olduğunu öğrenmiş ve tanıma yoluyla çocukla soybağı kurulmuş ise de, davalının yargılama aşamasındaki beyanı ve hakkında düzenlenen sosyal inceleme raporu içeriğinden; çocukla kişisel ilişki kurma talebinin bulunmadığı, baba olarak çocuğun bakımını üstlenmeyi istemediği, kendisini baba olarak hissetmediği ve babalık görevini yerine getiremeyeceği açık olup davalı baba ... tarafından küçük ...'ye karşı özen yükümlülüğünün yeterince yerine getirildiğinden bahsetme olanağı bulunmamaktadır..*" HGK 05.10.2021 T., 2017/18-2045 E., 2021/1154 K.; *"..Davalı K. küçüğün babası olup rızasının bulunmadığını bildirmiş ve mahkemece babanın rızasının bulunmaması nedeni ile davanın reddine karar verilmiş ise de, davalı K.'in halen hükümlü olarak ceza evinde bulunduğu, davalının cezaevinde olması nedeni ile de velâyet görevini yerine getiremeyeceği gibi, TMK m. 311/2 gereğince "Küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa" hükmünün somut olayda gerçekleştiği dikkate alınarak, evlat edinmede baba rızası aranmamasına karar verilerek davanın kabulü gerekirken.."* 2. HD. 1.3.2022 T., 2021/8467 E., 2022/1932 K.; *"..davalı biyolojik babanın evlat edinilmek istenilen küçüğü görmeye dahi gelmediği, yasal hakkı olmasına rağmen kişisel ilişki kurulması talebinde bulunmadığı, dosya içerisinde bulunan sosyal inceleme raporundan da anlaşıldığı üzere, çocuğun babasını tanımadığını beyan ettiği anlaşılmaktadır. O halde, küçüğün yüksek yararı gereğince, davacının dava dilekçesinde de belirttiği üzere, 4721 Sayılı Kanun'un 311. maddesinin ikinci fıkrası gereğince davalı babanın rızasının aranmamasına.."* 2. HD. 25.12.2023 T., 2023/8404 E., 2023/6462 K. (www.kazanci.com, e.t. 15.07.2024). Buna karşılık biyolojik babanın çocuğun varlığını evlat edinme yargılaması sırasında öğrenmesi ve onu tanıması durumunda, babanın özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinden söz edilemeyeceğine dair bkz. 18.

olarak vazgeçmiş sayılmalıdır. Bu sebeple onun korunmaya değer temel babalık hakkı bulunmadığından rızasını aramaya ihtiyaç olmadığı düşünülmelidir<sup>41</sup>. Bu görüş Alman Hukukunda Kanun'un gerekçesiyle de desteklenebilir. Şöyle ki BGB § 1747/I c. 2 hükmünün amacı, potansiyel biyolojik babanın babalık iddiasını evlat edinmenin gerçekleşmesinden önce ileri sürebilmesine olanak sağlamaktır<sup>42</sup>.

Bu kabule karşı çıkan bazı yazarlar, potansiyel biyolojik babanın, potansiyel biyolojik çocuğun doğumundan haberi olsa bile, herhangi bir girişimde bulunmamasının, doğrudan onun ilgisizliği ve dolayısıyla evlat edinme yargılamasındaki haklarından vazgeçtiği şeklinde yorumlanmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Bu yazarlara göre, somut olayda potansiyel biyolojik babanın, daha sonraki bir tarihte babalığın tespiti yoluyla soybağı kurmayı ve hukuken soybağına sahip baba konumunu elde etmeyi düşünmüş olması ihtimali göz ardı edilmemelidir. Buna göre rızanın aranmayacağı şeklindeki kabul, olası biyolojik babanın anayasal açıdan korunan menfaatlerini tam olarak benimsememektedir. Bunun yerine biyolojik babayı korumasız bırakmamak adına, aile mahkemesinin biyolojik babanın kimliği ve bulunduğu yer konusunda uygun bir araştırmada bulunması ve sonunda onu AileYargK. § 7/IV uyarınca bilgilendirmesi uygun olacaktır<sup>43</sup>. Kanaatimizce doğumdan evlat edinme yargılamasına değin harekete geçmemiş biyolojik babanın soybağı kurma konusundaki olası tasavvurunu dikkate alarak menfaatinin korumayı amaçlayan bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bu aşamada artık, evlat edinenler ile çocuk arasında istikrar kazanan kişisel ilişkiler ve bununla ilişkili çocuğun üstün yararı göz önünde tutularak, biyolojik babanın korunmaya değer menfaatinin bulunmadığı kabul edilmelidir.

Biyolojik babanın kimliğinin bilindiği, ancak açıklanmadığı sperm bağı durumu da rızanın aranıp aranmayacağı özellikle Alman Hukuku için tartışılmaktadır. Alman Hukukunda Sperm Donörünün Kayıt Altına Alınması Hakkında Kanun § 2/I c. 1 uyarınca bir donör tarafından kuruluşa sperm bağışlanmış ve bu sperm, Doku Nakli Hakkında Kanun § 1a/b. 9

---

HD. 08.04.2014 T., 2013/19800 E., 2014/6501 K.; 18. HD. 04.12.2014 T., 2014/9934 E., 2014/17641 K. (www.kazanci.com, e.t. 15.07.2024).

<sup>41</sup> **Keuter**, s. 873-874, 876-877.

<sup>42</sup> Bkz. BGB § 1747/I c. 2'nin gerekçesi "*..Bununla birlikte, evlilik içinde doğmamış ve yasal olarak tanınmamış bir çocuğun babasının bu yeni izin hakkı, ancak çocuğun üçüncü kişilerce evlat edinilmesinden önce -annenin iradesine karşı olsa bile- babalığını iddia etme olanağı verilirse etkili olacaktır..*". BT-Drs.13/4899, s. 113 (<https://dserver.bundestag.de/btd/13/048/1304899.pdf>, e.t. 05.07.2024).

<sup>43</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1010.

uyarınca, ilgili tıbbi kuruluştaki yapay dölllenme için kullanılmışsa, sperm-leriyle dünyaya getirilen çocuk hakkında donörün hukuken soybağına sahip ebeveyn olma hakkından vazgeçtiğinin kabul edilebileceği<sup>44</sup>, zaten BGB § 1600d/IV<sup>45</sup> hükmünün de donörün, mahkemece sonradan baba olarak tespit edilmesini engellediği belirtilmektedir. Sadece bu hükmün bile, biyolojik babanın, ebeveyn statüsünü elde etmek için, evlat edinmeye itiraz etmekte hukuki bir menfaatinin bulunmadığını gösterdiği, diğer yandan sperm-lerin bağışlanmasıyla erkeğin, zaten gizli kalma isteğiyle bunu yaparak babalık rolünü üstlenmeyi istemediği ve böylece temel babalık hakkı statüsünden vazgeçmiş olduğu, böyle bir durumda artık aile mahkemesi tarafından o kimsenin kim ve nerede olduğunun araştırılmasına gerek olmadığı, böylece izninin aranmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>46</sup>. Bundan başka sperm donörü gebe kalma zamanında anneye birlikte olmadığı için, BGB § 1747/I c. 2'nin aradığı bu koşulu sağlayamadığı, bunun da izninin aranmamasında bir başka gerekçe olduğu belirtilmektedir<sup>47</sup>. Bununla birlikte “Güvenilir (Özel) Sperm Donörü” (*vertrauten Samenspende*) olarak ifade edilen kimse açısından hukuki durumun farklı olduğu, Alman Federal Mahkemesi'ne göre güvenilir sperm donörünün, özel bir sperm bağışçısı olarak; kadınla cinsel ilişkide bulunan erkek gibi kabul edilmesi ve BGB § 1747/I c. 2 anlamında temel babalık hakkını korumaya yönelik getirilen izin hakkının ona da tanınması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>48</sup>. Güvenilir (özel) sperm bağışının söz

<sup>44</sup> BGH 18.2.2015 T., – XII ZB 473/13 S., FamRZ 2015, S. 10, s. 830, kn. 18.

<sup>45</sup> BGB § 1600d/IV: “Babalığın Mahkeme Tarafından Tespiti (4) Bir çocuk, tıbbi bir tesiste yapay dölllenme yoluyla Doku Nakli Hakkında Kanun § 1a/b. 9 uyarınca, Donörünün Kayıt Altına Alınması Hakkında Kanun § 2/I c. 1 uyarınca Donör tarafından kuruluşa bağışlanan sperm-lerin heterolog kullanılması sonucunda dünyaya gelmişse, Donör, o çocuğun babası olarak tespit edilemez.”

<sup>46</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1010; BGH 18.2.2015 T., – XII ZB 473/13 S., FamRZ 2015, S. 10, s. 830, kn. 18; **Maurer**, Hans-Ulrich: Münchener Kommentar zum BGB (MüKoBGB), § 1741-1772, 9. Auflage 2024, BGB § 1747, kn. 145.

<sup>47</sup> **Keuter**, s. 873; **Coester-Waltjen**, Dagmar: “Statusrechtliche Folgen der Stärkung der Rechte der nichtehelichen Väter”, FamRZ 2013, s. 1696, 1697.

<sup>48</sup> BGH 18.2.2015 T., – XII ZB 473/13 S., FamRZ 2015, S. 10, s. 829, kn. 13; “Özel sperm bağış durumu hukuken soybağına sahip babalığı elde etme olasılığı da korunduğundan, üvey çocuğun evlat edinilmesi için biyolojik baba olarak özel sperm bağışçısının izninin alınması makul bir gerekliliktir (Senat NJW 2015, 1820 = FamRZ 2015, 828)” BGH 16.6.2021 T., – XII ZB 58/20 S., NJW 2021, S. 38, s. 2803, kn. 23; **Keuter**, s. 874. Genel sperm donöründe ebeveynlik statüsünden feragat kabul edilip de, güvenilir (özel) sperm donöründe bunun kabul edilmemesi arasında sağlam bir dayanağın bulunmadığı, her iki donörün de kendisini sperm-lerini bağışlamakla sınırlandırdığı, her ikisinin de sperm-lerinin yardımıyla çocuk sahibi olunabileceğini bildiği, güvenilir sperm donörünün de daha sonra anneye temasının kalmadığı eleştirileri için bkz. **Keuter**, s.

konusu olduğu durumlarda, BGB § 1747/I c. 2 anlamında kendisinin baba olduğunu ispat etme olgusunun aslında, sperm bağışının potansiyel biyolojik babalık konusundaki hak sahipliğini elde etme ve bu spermlerin gelecekte bir çocuğu dünyaya getirmek için kullanma amacıyla yakından ilgili olduğu belirtilmektedir<sup>49</sup>.

Türk Hukukunda Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik<sup>50</sup> hükümleri çerçevesinde, sadece evli olup da çocuk sahibi olamayan çiftlerden üreme hücresi veya gonad doku alınabilmekte, bu da 18. maddede sayılan tıbbi zorunluluk hallerine münhasır kılınmaktadır. Yönetmelik'te ayrıca saklanmanın devamına ve süresine, ayrıca bunların imha edilmesine ilişkin düzenlemelere de yer verilmektedir. Özetle; Türk Hukuku yönünden, Alman Hukukunda olduğu gibi, genel veya özel bağışçı sıfatıyla spermin bağışlanarak, aralarında evlilik bağı olmayan bir kadınla heterolog yapay dölleme yoluyla çocuk dünyaya getirebilmek hukuken mümkün değildir. Bu sebeple biyolojik baba yönünden bu tartışmaların Türk Hukuku açısından önemi, her nasılsa heterolog yapay döllemenin gerçekleşmiş olduğu fiili durumlar açısından söz konusu olabilir.

### **C. Kimliği Bilinmeyen Biyolojik Babanın Rızasının Alınmasında Aile Mahkemesinin ve Yargılamaya Katılanların Yükümlülükleri**

Daha önce de ifade edildiği gibi, TMK m. 311/b. 1 gereğince biyolojik babanın kim olduğu bilinmiyorsa, evlat edinme yargılamasında kimliği bilinmeyen bu biyolojik baba yönünden rıza aranmayacaksa da, öncelikle bu bilinmezliğin kesin bir şekilde tespit edilmesi, bunun için de aile mahkemesinin araştırma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir. Özellikle biyolojik babanın girişilen bir evlat edinmeden veya kendi çocuğunun varlığından bile haberi yoksa, onun bu yargılamaya aktif bir şekilde katılma olanağı yoktur. İşte bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, biyolojik babanın ebeveynlik haklarını sağlamak açısından önem taşımaktadır<sup>51</sup>. Bu amaç, biyolojik babanın izninin alınmasını açıkça düzenleyen BGB § 1747/I c. 2 hükmünün gerek-

---

876. Benzer şekilde tüp bebek veya yapay dölleme yoluyla dünyaya gelen çocuklardaki biyolojik babanın, ebeveynliğe erişmesine izin verilen biyolojik babanın hukuki pozisyonunu elde edememesine katılmadığını, kanunkoyucunun bu görüşü benimserken genel sperm bağışçısını düşünmüş olabileceğini ancak bu düşüncenin dar bir bakış açısını yansıttığını belirten görüş için bkz. **Coaster-Waltjen**, s. 1698.

<sup>49</sup> BGH 16.6.2021 T., – XII ZB 58/20 S., NJW 2021, S. 38, s. 2803, kn. 24.

<sup>50</sup> RG. S. 27513, 06.03.2010 T.

<sup>51</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1010.

çesinde şöyle açıklanmaktadır: “..Bununla birlikte, evlilik içinde doğmamış ve yasal olarak tanınmamış bir çocuğun babasının bu yeni izin hakkı, ancak çocuğun üçüncü kişilerce evlat edinilmesinden önce -annenin iradesine karşı olsa bile- babalığını iddia etme olanağı verilirse etkili olacaktır..”<sup>52</sup>.

### 1. Aile Mahkemesinin Araştırma Yükümlülüğünün Gerekliliği

Aile mahkemesi hâkimi biyolojik babanın kimliği konusunda gerekli araştırma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Bu yükümlülüğün temeli, Alman Hukukunda Aileye Dair Uyuşmazlıklarda ve Çekişmesiz Yargı İşleminde Yargılama Usulü Hakkında Kanun (kısaca AileYargK.) § 26’daki “Mahkeme, kararına etki edecek esaslî olguların tespiti için gerekli araştırmanın yapılması konusunda kendiliğinden harekete geçmeye yetkilidir” şeklindeki, Türk Hukukunda ise TMK m. 316’daki “Evlât edinmeye, ancak esaslî sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlât edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir” şeklindeki düzenlemedir.

Kanaatimizce hükümdeki durum ve koşullar ifadesinin kapsamına, kimliği bilinmeyen biyolojik baba da dahildir. Bu araştırma yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği konusunda Türk Hukukunda bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bu konuda 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda da (kısaca AileMahK.) bir kural yer almamaktadır. Alman Hukukunda ise aile mahkemesinin görev ve yetkilerinin daha ayrıntılı düzenlendiği AileYargK. § 7/IV’te, yargılamaya taraf olarak katılacak kimselerin “(4) Kendi talepleriyle yargılamaya taraf olarak katılacak veya katılma ihtimali olan kimseler, mahkeme tarafından bilindikleri ölçüde, yargılamanın başlatıldığı konusunda bilgilendirilmelidirler. Bu bilgilendirmede, o kimselerin başvuru hakları konusunda açıklama yer almalıdır.” hükmüyle bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aslında bilinmeyen bir olgunun araştırılması konusunda var olan güçlük, böyle bir araştırmanın nasıl gerçekleşmesi gerektiği konusundaki yöntemin ortaya konulmasını da zorlaştırmaktadır. Kim olduğu ve belki de nerede oturduğu bilinmeyen bir biyolojik babayı araştırmak ve bu kapsamda onu, evlat edinme yargılamasında rıza göstermeye hakkı olduğu konusunda bilgilendirmek, çoğu zaman güçlük taşır. Biyolojik babanın kimliği hakkında bilgisi sahibi olmayan mahkemenin araştırma yükümlülüğünü yerine getirmek adına so-

<sup>52</sup> BT-Drs.13/4899, s. 113 (<https://dserver.bundestag.de/btd/13/048/1304899.pdf>, e.t. 05.07.2024).

ruşturma yürütüp yürütmeyeceği, yürütecekse ne kapsamda soruşturma yürüteceği önemli bir mesele teşkil etmektedir<sup>53</sup>.

Yargılamada annenin ve evlat edinilenlerin, potansiyel biyolojik babanın evlat edinmenin gerçekleşmesi konusunda olumlu yaklaşım sergilediği yönündeki birbiriyle uyumlu beyanları söz konusu olsa da, aile mahkemesi bu beyanlarla yetinmemeli, biyolojik babanın kim olduğu ve nerede bulunduğu hakkında araştırma yükümlülüğünü yerine getirmelidir<sup>54</sup>. Aksi düşünceyle bu beyanlarla yetinilmesi, biyolojik babanın rıza gösterme hakkından vazgeçtiği yönündeki gerçeğe aykırı iddiaların yolunun açılması, böylece biyolojik babanın menfaatlerinin kolaylıkla göz ardı edilebilmesi anlamına gelir<sup>55</sup>.

## **2. Kendiliğinden Araştırma İlkeleri Işığında Araştırma Yükümlülüğü**

Biyolojik baba ebeveynlik hakkından vazgeçmemişse, aile mahkemesinin onun kim olduğu ve nerede bulunduğu konusunda araştırma yapması, sonrasında onu rıza göstermesi için duruşmaya davet etmesi gerekir. Alman Hukukunda AileYargK. § 7/IV uyarınca mahkeme, biyolojik babayı yargılamanın başlatıldığı konusunda bilgilendirmelidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde mahkemenin hangi araştırma tedbirlerine başvuracağı sorunu ortaya çıkar. TMK m. 316'nın lafzından da anlaşılacağı üzere, aile mahkemesi kendiliğinden araştırma ilkesi doğrultusunda hareket etmelidir. Bu husus Alman Hukukunda da AileYargK. § 26'ya göre aile mahkemesinin, kararına etki edecek olguları tespit ederken kendiliğinden araştırmada bulunmaya yetkili olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu yetki kapsamında araştırma yükümlülüğünün sınırları belirsizlik taşımakta; pratikte bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre aile mahkemesi sadece davaya doğrudan katılan kimseleri, potansiyel biyolojik babanın kimliği konusunda sorgulamalı, kendiliğinden araştırma yükümlülüğünün kapsamını aşmamak adına daha fazla araştırma yapmamalıdır<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1010.

<sup>54</sup> **Reuß**, Philipp M.: BGH 18.2.2015 T., – XII ZB 473/13 S. Anmerkung, FamRZ 2015, S. 10, s. 832-833.

<sup>55</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1010.

<sup>56</sup> Helms JAmt 2001, s. 60; Lipp/Wagenitz, Das neue Kindschaftsrecht, 1999, § 1747, kn. 6; Bamberger/Roth/Enders, BGB, 3. Aufl. 2012, § 1747 kn. 6. 1. (naklen **Löhnig**/

Başka bir görüşe göre, önceki görüş, biyolojik babanın anayasal ebeveynlik hakkının ve temel insan hakkı olarak aile hayatına saygı hakkının korunması amacına, başka bir ifadesiyle babanın ebeveynliğe erişim hakkına hizmet etmediğinden isabetli görünmemektedir. Bu sebeple araştırma yükümlülüğü konusundaki özen derecesi daha yüksek gereklilikler üzerinden belirlenmelidir. Böylece yargılamaya katılan kimselerin sorgulanması her zaman yapılmakla birlikte bununla yetinilmemeli, biyolojik babanın kim olduğu konusunda açıklık sağlayacak her türlü bilgi kaynağı üzerinde durulmalıdır<sup>57</sup>.

Somut olay bakımından her türlü bilgi kaynağı üzerinde durmak denince, öncelikle evlat edinilecek çocuğun annesine, hakkında araştırma yapılan biyolojik babanın kimliği ve nerede olduğunun sorulması akla gelebilir. Alman Hukuku açısından imkân dahilinde bulunan, güvenilir (özel) bir sperm bağışi söz konusuysa, annenin donörün e-posta adresi, telefon numarası veya adresi gibi iletişim bilgilerine sahip olması pek olası değildir. Bu nedenle iletişim bilgilerine yazılı veya noter senedine dayalı bir sözleşmeden ulaşmak mümkün olabilir, bu sebeple anneye bunun özellikle sorulması gerekebilir. Anne hiçbir bilgi veremiyorsa ya da bilgi vermeye yanaşmıyorsa, mahkeme bununla yetinmeyip, annenin akrabaları<sup>58</sup>, iş arkadaşları, birlikte yaşadığı kimseler, komşuları, arkadaşları ve ayrıca anneye iletişime geçen kamu görevlileri gibi kimseleri de sorgulamalıdır<sup>59</sup>.

---

**Rottmann**, s. 1011; **Frank**, s. 498). Keuter'e göre de aile mahkemesi, soruşturma görevinin gereklilikleri açısından aşırıya kaçmamalıdır. Babanın hakları zaten babalığın tespit edilmesi veya soybağının reddi davalarıyla koruma altına alınmıştır. Bkz. **Keuter**, s. 876.

<sup>57</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1011; **Frank**, s. 498; **Pöcker**, Markus: BeckOK BGB, 70. Edition, München 2024, § 1712-1772, BGB § 1747, kn. 8; **Maurer**, MüKoBGB § 1747, kn. 147.

<sup>58</sup> Akriba olarak mesela annenin akrabaları tanık olarak dinlenebilir: “*Davayı aydınlatmaya yetecek başkaca deliller yoksa, mahkeme biyolojik babayı soruşturma kapsamında davayı aydınlatmak için, genellikle annenin en yakın akrabaları olan ebeveynlerine babanın bilgilerini ve güncel oturduğu adresi bilip bilmediklerini sormakla yetinebilir*” LG Freiburg 28.05.2002 T., 4 T 238/01 S. Karar (FamRZ 2002, s. 1647); **Maurer**, MüKoBGB § 1747, kn. 147.

<sup>59</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1011; **Keuter**, s. 876; **Frank**, s. 498. Bununla birlikte annenin ebeveynlerinin, akrabalarının, iş arkadaşlarının, birlikte yaşadığı kimselerin, komşularının, arkadaşlarının ve resmi makamların (nüfus dairesinin, sosyal güvenlik kurumunun vb.) sorgulanmasının mümkün olmaması gerektiği, çünkü bu sorgulamanın evlat edinme niyetini kamuoyuna ifşa edeceği, sorgulanan kimselerin de (mesela resmi makamların) babalık hakkında hiçbir şey söyleyemeyeceği veya sahip oldukları bilgilerin de sınırlı olacağı, bundan başka anne ve/veya babanın menfaatlerinin, kişilik haklarının ve hareket

Anne dışındaki üçüncü kişilerin sorgulanmasında birtakım sakıncaların ortaya çıkması da mümkündür. Öncelikle bu sorgulamayla, annenin, potansiyel biyolojik babanın ve çoklu ilişki durumunda diğer erkeklerin kişilik hakları ihlal edilebilir. Hem annenin hem de potansiyel babanın kişilik hakkı, özel hayat alanlarının ve kendi cinsel yaşamlarının kime, nasıl ve ne şekilde ifşa edileceğine kendilerinin karar verebilmesini gerektirir<sup>60</sup>. Ayrıca anayasal açıdan korunan ebeveynlik hakkı ve temel insan hakkı olarak aile hayatına saygı, o erkeğin başka bir çocuk sahibi olduğunun ortaya konulması sebebiyle olumsuz etkilenebilme ihtimali doğurabilir<sup>61</sup>. Bundan başka annenin ensest ilişki veya tecavüze maruz kalma yoluyla gebe kaldığı durumlarda, onun bu durumu sır olarak saklamaktaki menfaati oldukça önem arz ettiğinden, bu durumun daha fazla duyulmaması gerekir. Bunun için de mahkemenin araştırmayı bir noktada sonlandırması uygun olabilir. Ayrıca üçüncü kişilerin sorgulanması çocuğun üstün yararını da tehlikeye atabilir, zira bu yolla evlat edinme niyeti kamuya açık hale getirilmektedir. Bununla birlikte, evlat edinme gerçekleşmezse, çocuk zaten kamuya açık hale getirilen evlat edinme niyetinin yükünü omuzlarında taşımak zorunda kalır<sup>62</sup>.

Bu sakıncalar sebebiyle aile mahkemesi, somut olayın verileri ışığında, annenin, potansiyel biyolojik babanın haklarını ve aynı zamanda çocuğun üstün yararını tartarak, somut olarak yürüteceği araştırma hakkında karar vermelidir<sup>63</sup>. Aile mahkemesi her halükârda sadece anneye potansiyel biyolojik babanın kimliğini ve nerede bulunduğunu sormakla yetinmemelidir, aksine alınacak tutum, biyolojik babaya babalığa erişim hakkının sağlanması amacıyla uyumlu olmayacaktır. Babanın ebeveynlik hakkının korunması için babalığa erişim hakkı, annenin isteksizliğine feda edilmemelidir. Bu doğrultuda Alman Federal Mahkemesi de isabetli olarak “*elde var olan her türlü açıklığa kavuşturma olanaklarının tüketilmesi*” gerektiğinden bahsetmektedir<sup>64</sup>. Araştırma yükümlülüğünün sınırı; çocuğun yararının aksine ve onu

---

özgürlüklerinin bu sorgulamadan zarar görmesinin muhtemel olduğu, çocuğun üstün yararı için de faydadan çok zarar doğurabileceği görüşünde bkz. **Maurer**, MüKoBGB §1747, kn. 153.

<sup>60</sup> “.biyolojik babalığı iradesi hilafına tespit edilmek istenen erkek, özel ve giz alanına dokunulmaması hakkı tarafından özel olarak korunan; cinsel ilişkilerini açıklamak zorunda olmama, giz alanına ve kendi cinsel yaşamına ilişkin bilgilerin verilir verilmeyeceğine, ne şekilde ve kime verileceğine kendisi karar verme hakkına da sahiptir..”. BVerfG 19.4.2016 T. – 1 BvR 3309/13 S. NJW 2016, S. 27, s. 1943, kn. 58.

<sup>61</sup> **Keuter**, s. 877 vd.

<sup>62</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1011; **Maurer**, MüKoBGB §1747, kn. 153.

<sup>63</sup> **Maurer**, MüKoBGB §1747, kn. 149.

<sup>64</sup> BGH 18.2.2015 T., – XII ZB 473/13 S., FamRZ 2015, S. 10, s. 831, kn. 31.



tehlikeye atan şekilde uzun süren araştırma yapılmamasıdır, zira artık bir noktadan sonra çocuğun sosyal ilişkilerinin iyi düzeyde tutulması bu araştırmanın önüne geçer<sup>65</sup>.

### 3. Yargılamaya Katılanların, Özellikle de Annenin İşbirliği Yükümlülüğü Altında Olması

Aile mahkemesinin araştırmasında yargılamaya katılan kimseler, işbirliği yükümlülüğü altında hareket etmek zorundadırlar. Bu zorunluluk Alman Hukukunda AileYargK. § 27'de "(1) Yargılamaya katılanlar dava konusunun araştırılmasında işbirliği yapmak zorundadırlar. (2) Yargılamaya katılanlar, fiili durum hakkında tam ve gerçeğe uygun açıklamalarda bulunmadırlar." şeklinde açıkça belirtilmiştir. Türk Hukukunda ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 29'da "(1) Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. (2) Taraflar, davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler." şeklinde benzer bir hüküm yer almaktadır<sup>66</sup>. Buna göre yargılamaya katılan kimseler, dava konusunun araştırılmasında işbirliği yapmak ve fiili durumlar hakkında tam ve gerçeğe uygun açıklamalarda bulunmak zorundadırlar. Bu yükümlülük, annenin potansiyel babayı bildiği, ancak onu açıklamak istemediği hallerde özel anlam taşımaktadır. Anne, potansiyel baba hakkındaki bildiklerini açıklamaktan kaçınıyorsa, bu durum işbirliği yükümlülüğünün ihlali olarak görülebilir. Bu doğrultuda bazı yazarlara göre mahkemenin bilgi talebi, AileYargK. § 95/I b. 3 ve bununla bağlantılı olarak Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Hakkında Kanun § 888 uyarınca<sup>67</sup> icra kabiliyetine

<sup>65</sup> Löhnig/Rottmann, s. 1011; Maurer, MüKoBGB §1747, kn. 153; Keuter, s. 878.

<sup>66</sup> Bu hükmün, AileMahK. M. 7/II'deki "Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medeni Kanununun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır." düzenlemesiyle aile mahkemesinde görülen evlat edinme yargılamasında da geçerli olduğu konusunda duraksama olmamalıdır.

<sup>67</sup> AileYargK. § 95/I b. 3 şöyledir: "Hukuk Usulü Muhakemesine İlişkin Kuralların Uygulanması (1) Yukarıdaki bölümlerde yer alan düzenlemelerde aksine hüküm bulunmadıkça, ..3. şahsa bağlı olan ya da olmayan bir davranışın yerine getirilmesinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun cebri icraya ilişkin hükümleri uygulanacaktır". Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Hakkında Kanun § 888 şöyledir: "Şahsa Bağlı Olan Davranışlar (1) Bir davranış üçüncü kişi tarafından yerine getirilemiyorsa ve sadece borçlunun iradesine bağlı nitelikteyse, başvuru üzerine, davaya bakan ilk derece mahkemesi, borçlunun bu davranışı zorlayıcı para cezası yoluyla, bu para tahsil edilemezse hapsen tazyik yoluyla yerine getirmesine karar verebilir. Zorlayıcı hapis cezası 25.000 Avro tutarını aşamaz. İkinci bölümün hapis cezasına ilişkin hükümleri hapsen tazyik hakkında da geçerlidir. (2) Davranışı yerine getirmeyen hakkında zorlayıcı tedbirlerin uygulanması"

sahiptir. Anne açısından ağır bir sonuç sayılsa da bu görüşün altında yatan gerekçeler, öncelikle, çocuğun kökenini öğrenme konusundaki menfaatinin, annenin Anayasadan (Türk Anayasası m. 20/I, Federal Alman Anayasa m. 2/I) kaynaklanan özel kişilik alanlarının ve kendi cinsel yaşamlarının kime, nasıl ve ne şekilde ifşa edileceğine kendisinin karar verebilmesi hakkından önce gelmesidir. Bundan başka annenin, biyolojik babanın evlat edinme yargılamasında rıza gösterme hakkını engelleyerek onu saf dışı bırakmasına izin verilmemelidir. Bu bağlamda da babanın ebeveynlik hakları korunmalı ve bu haklar annenin kişilik haklarından daha önce gelmelidir<sup>68</sup>.

Türk Hukukunda AileMahK.'da usuli olarak mahkemenin böyle bir yetkiye sahip olduğu konusunda açık bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Alman Hukukunda savunulan bu görüşe paralel olarak Türk Hukukunda da benzer bir sonuca varılabilir. Şöyle ki, ortada bir boşluğun bulunduğu ileri sürülerek, bunun, AileMahK. m. 6'da belirtilen; hâkimin koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler alma konusundaki yetkisi çerçevesinde doldurulabileceği düşünülebilir. Sözü edilen hükümde, özellikle çocuğun korunması bakımından alınabilecek tedbirlerin çerçevesi geniş yorumlanarak, çocuğun yararına hizmet eder şekilde, anne hakkında; babanın kimliğini açıklaması şeklinde tedbir kararı verilebilir. Mahkeme, AileMahK. m. 6/II'ye göre bu kararın tabiki ve yerine getirilmesinde beşinci maddeye göre görevlendirilen uzmandan yararlanabilir<sup>69</sup> ve bu karara uyulmazsa, HMK m. 398 hükmüne göre hareket ederek, anılan hüküm gereğince şikâyet aranmaksızın anne hakkında disiplin hapsine hükmedebilir.

Buna karşılık Alman Hukuku uygulamasında ve öğretisinde ağırlıklı görüş, bilgi talebi konusunda aile mahkemesinin baskı uygulama yetkisine sahip olmadığıdır. Bu görüşe göre annenin cinsel yaşamına dair bilgilerin ifşa edilmesi konusundaki kendi kaderini belirleme hakkı, biyolojik babanın hukuken soybağına sahip babalığa erişme konusundaki menfaatlerinden önce gelmektedir<sup>70</sup>. Kanaatimizce de anne üzerinde baskı uygulanmaması ve onun

---

*cağı tehdidinde bulunulamaz. (3) Bu hükümler, bir hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir edimin yerine getirilmesiyle ilgili bir yargılama söz konusu olduğunda uygulama bulmaz.”.*

<sup>68</sup> Dahm, Nomos Kommentar Familienrecht BGB § 1747, kn. 31 (naklen **Löhnig/Rottmann**, s. 1011).

<sup>69</sup> Bu uzman kimse AileMahK. m. 5'te belirtildiği üzere, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmekle görevli olan psikolog veya sosyal çalışmacı sıfatına sahip olanlardır.

<sup>70</sup> BGH 18.2.2015 T., – XII ZB 473/13 S., FamRZ 2015, S. 10, s. 831, kn. 34; LG Stuttgart 3.3.1992 T., - 2 T 146/92 S. NJW 1992, S. 45, s. 2897; “Anne LG Stuttgart Mahkeme-

kişilik hakkının gözetilmesi ilk planda benimsenmesi gereken düşünce olmalıdır. Özellikle annenin başka bir erkekle evli olduğu hallerde, onun kişilik hakkına ve aile hayatına saygı gösterilmesi gerekir<sup>71</sup>. Ancak konuya kesin bir bakış açısıyla yaklaşmak yerine somut olayın özellikleri çerçevesinde farklı değerlendirmelerde bulunmak gerekebilir<sup>72</sup>. Mesela çocuğun, kimliği bilinmeyen ancak varlıklı olduğu düşünülen bir biyolojik babaya sahip olduğu öğrenilmiş olabilir ya da çocuğun hastalığı sebebiyle doku nakli yapılması ihtimali açısından biyolojik babanın öğrenilmesi önem taşıyabilir. Bu ihtimallerde çocuğun üstün yararı, biyolojik babası tarafından bakımını ve eğitilmesini yahut babadan doku alınabilmesini, böylece annenin sözü edilen kişilik hakkının arka plana itilmesini gerektirebilir. Bu çerçevede çocuğun üstün yararının biyolojik babanın ebeveynliğe erişimiyle güvence altına alınması düşüncesi, anne üzerinde baskı uygulanmasını haklı kılabılır.

Aile mahkemesinin anne üzerinde baskı uygulayamaması konusunda gerekçesini, buna izin verecek usuli hiçbir kural bulunmadığına dayandıran yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre çocuğun biyolojik kökeninin

*sinin 3. 3. 1992 (FamRZ 1992, 1469 = NJW 1992, 2897 ff.) tarihli kararında belirttiği gibi, FGG § 33 uyarınca para cezası ödemeye zorlanarak, baba hakkında ayrıntılı bilgi vermek zorunda bırakılamaz; özellikle annenin cinsel ilişkilerini gizleme konusundaki kişilik hakkıyla (Art. 2 I GG), babanın ebeveynlik hakkı (Art. 6 II S. 1 GG) karşılaştırıldığında, annenin kişilik hakkı önce gelmektedir.” LG Freiburg 28.05.2002 T., 4 T 238/01 S. Karar (FamRZ 2002, s. 1647); “Bu davada, annenin, tanıdığı babanın adını vermeyeceğini açıkça beyan etmesiyle soruşturma olanakları tükenmiştir. Davada anneyi, babanın kimliğini açıklamaya ikna etmenin hala mümkün olabileceğine dair hiçbir haklı sebep yoktur. Anneyi zorlayıcı hukuki araçlar söz konusu değildir” AmtsG Tempelhof-Kreuzberg 31.03.2004 T., 52 XVI 3/02 S. Karar (FamRZ 2005, S. 4, s. 302); **Keuter**, s. 876, 878; babanın kimliğini ortaya koymak adına uygulanacak dolaylı zorlamaların evlat edinmenin amacıyla ilgisi olmadığından kabul edilemeyeceği yönünde bkz. **Maurer**, MüKoBGB § 1747, kn. 154-155; Alman Hukukunda 1998 yılında gerçekleştirilen çocuk hukuku reformu çerçevesinde, babalığın tespiti için anneye doğrudan veya dolaylı olarak bir yükümlülük getirilip getirilemeyeceği veya bunun bir resmi makam (pratikte vesayet makami) tarafından yapılmasına olanak sağlanıp sağlanmayacağı konusunda yoğun tartışmalar yaşanmış ve sonuçta zorlayıcı tedbirlerin makul olmayacağı ve bu tedbirlerin uygulanmasının elverişsizliği düşünceleriyle bundan vazgeçilmişti. Bkz. **Coester-Waltjen**, s. 1694. “Anne biyolojik babanın ismini vermek istemezse ve biyolojik baba da çocuğun doğumundan haberdar değilse, yasal babalık bağının kurulması mümkün değildir. Çocuğun ve babalığının erkek tarafından “keşfedilmesi” tesadüfe bırakılmıştır” **Coester-Waltjen**, s. 1694.*

<sup>71</sup> “Anne biyolojik babanın ismini vermek istemezse ve biyolojik baba da çocuğun doğumundan haberdar değilse, yasal babalık bağının kurulması mümkün değildir. Çocuğun ve babalığının erkek tarafından “keşfedilmesi” tesadüfe bırakılmıştır” **Coester-Waltjen**, s. 1694.

<sup>72</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1011.

belirlenmesi için genetik araştırma izni alınmasına yönelik BGB § 1598a<sup>73</sup> paragrafı da böyle bir baskı konusunda aile mahkemesine yetki tanımamaktadır. İlgili hüküm sadece aile bireylerinin birbirlerine karşı; konumuz çerçevesinde çocuğun anneye karşı izin talebinde bulunabilmesine imkân vermektedir<sup>74</sup>.

Alman Hukukunda mahkemenin anne üzerinde baskı yetkisine sahip olmadığı yönündeki ağırlıklı görüş çerçevesinde, anne üzerinde baskı kurulmasında başka bir hukuki çare olarak Gençlik Dairesi'nin (Jugendamt) harekete geçmesi önerilmektedir. Şöyle ki, anne evlat edinmeye izin vermişse, BGB § 1751/I c. 1 ve 2 uyarınca<sup>75</sup> velayetinin askıya alınmış olacağı ve Gençlik Dairesi'nin çocuğun vasisi konumuna geleceği, bundan sonra Gençlik Dairesi'nin çocuk adına bilgi talebinde bulunabileceği belirtilmektedir. Bu durumda Gençlik Dairesi, çocuğun anneye karşı sahip olduğu; potansiyel ebeveyn olarak babanın kim olduğu hakkında bilgilendirmesi talebini ileri sürebilir ve gerekirse bunu daha önce sözü edilen hükümler uyarınca zorlayıcı para cezası veya hapsen tazyik yoluyla uygulayabilir. Bu yolla elde edilmiş bilgiler daha sonra aile mahkemesi tarafından kullanılarak arzu edilen amaca dolaylı da olsa ulaşılmış olur. Ancak bu yaklaşım önemli bir eksikliği bünyesinde taşımaktadır: Aile mahkemesi bu durumda Gençlik

<sup>73</sup> BGB § 1598a şöyledir: “Biyolojik Kökenin Belirlenmesi İçin Genetik Araştırma Yapılması Hakkında İzin Talebi (1) Çocuğun biyolojik kökeninin belirlenmesine yönelik olarak 1. Baba, anne ve çocuktan, 2. Anne, baba ve çocuktan ve, 3. Çocuk her iki ebeveyninden, genetik kökenin araştırılması için izin vermesini ve araştırma için elverişli bir genetik örnek alınmasına katlanmalarını isteyebilir. Genetik örnek, bilimin kabul edilmiş ilkelerine uygun şekilde alınmalıdır. (2) Kökeninin belirlenmesi hakkına sahip olanın başvurusu üzerine aile mahkemesi, verilmemiş olan izin yerine geçen ve örnek alınması için buna katlanmayı içeren kararı verir. (3) Mahkeme biyolojik kökenin belirlenmesinin küçük çocuğun üstün yararını önemli ölçüde ihlal ettiği ve bu durumun ayrıca kökeni belirlenmesi hakkına sahip olan kimsenin menfaatleri dikkate alındığında bile çocuk için makul olmayacağı kanaatinde ise yargılamaya son verebilir. (4) Genetik kökenin araştırılmasına izin veren ve bir genetik örneği veren kimse, kökenin belirlenmesi konusunda araştırma yaptırmış olan ve talepte bulunan kimseden, onun test sonuçlarına dair raporu incelemek ve veya bir nüshasını talep etmek hakkına sahiptir. Bu talebe ilişkin doğabilecek uyuşmazlıklarda aile mahkemesi karar vermeye yetkilidir.”

<sup>74</sup> Staudinger/Helms BGB § 1747, kn. 41 (naklen **Löhnig/Rottmann**, s. 1011); Friederici, in: Weinreich/Klein, BGB, 4. Aufl. 2011, § 1747 kn. 5 (naklen **Frank**, s. 498).

<sup>75</sup> BGB § 1751/I c. 1 ve 2 şöyledir: “Ana Babanın İzninin Hüküm ve Sonuçları, Bakım Konusundaki Yükümlülük (1) Ana babadan birinin evlat edinmeye izin vermesiyle, o kimsenin velayeti askıya alınır; çocukla kişisel ilişki kurma yetkisi kullanılamaz. Bu durumda Gençlik Dairesi vasi olur; diğer ebeveynin velayeti tek başına yürütmesi veya zaten bir vasi atanmış olması halinde bu hüküm uygulanmaz..”

Dairesi'nin çocuğun yararına hareket etmesine ve sözü geçen talebi fiilen ileri sürmesine bağlıdır. Gençlik Dairesi, çocuğun kökenini belirleme konusunda yarar sahibi olduğu ve kendisinin de bir devlet kurumu olarak çocuğun yararı konusundaki anayasal bir görevi yerine getirdiği bilinciyle hareket etmelidir. Zaten evlatlık verilmek üzere başkasına emanet edilecek çocuğun, diğer taraftan biyolojik babaya erişmesi açısından dezavantajlı bir konuma itilmesi doğru olmaz. Tekraren vurgulamak gerekir ki; biyolojik babanın o çocuğun sorumluluğunu üstlenmek ve bu yolla hukuken soybağına sahip ebeveyn olmak isteği göz ardı edilmemelidir. Kaldı ki biyolojik babalık imkanından mahrum kalmak, çocuğun bakış açısıyla bir dezavantaj teşkil eder ve çocuğun üstün yararına aykırıdır<sup>76</sup>. Türk Hukukunda görüşümüz çerçevesinde; aile mahkemesi somut olayın özelliklerine göre gerektiğinde doğrudan anne üzerinde biyolojik baba hakkında bilgi vermesi yönünde tedbir kararı alabileceğinden, Alman Hukukundaki Gençlik Dairesi'nin vasiliği gibi; çocuğa kayyım atanmasına ilişkin hükümlere başvurmaya gerek olmayacaktır.

Alman Hukukunda biyolojik babanın, çocuğun varlığını ve evlat edinmeyi evlat edinme gerçekleştikten sonra öğrendiği hallerde, artık çocuğun üstün yararı göz önünde tutularak, biyolojik babanın izninin eksikliği sebebine dayanarak evlatlık ilişkisinin ancak istisnai durumlarda ortadan kaldırılabilmesi gerektiği belirtilmektedir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması, çocuğun üstün yararına hizmet ediyorsa, buna ilişkin yargılamada çocuğun anneye karşı babanın kim olduğu hakkında bilgilendirme talebini yöneltmesi, bunu yapmazsa, devletin elinden gelen her şeyi yapması çerçevesinde Gençlik Dairesi'nin harekete geçmesi, çocuğun yararına en uygun düşecek çözüm tarzı olarak değerlendirilmektedir<sup>77</sup>. Ancak bu çözüm tarzında Gençlik Dairesi harekete geçmezse, aile mahkemesinin bu makamı harekete geçirme yetkisi bulunmadığından, bu çözümün de güvenli ve öngörülebilir bir çözüm olmadığı eleştirileri yöneltilmektedir<sup>78</sup>.

#### 4. Araştırmanın Tamamlanmasından Sonraki Usul

Aile mahkemesi kendiliğinden araştırma yükümlülüğünü tamamladıktan ve bunun için mevcut olan her türlü aydınlatma olanaklarını tükettikten sonra, potansiyel biyolojik baba hakkında bilgi edinilmişse, bu kimseyi

<sup>76</sup> Pöcker, BeckOK BGB § 1747, kn. 8; Löhnig/Rottmann, s. 1012; Frank, s. 498. Gençlik Daireleri nezdinde yapılan bir araştırmada, şimdiye kadar (en azından makalenin kaleme alındığı 2017 yılına kadar) bu makamın, anneyi biyolojik babanın kimliğini açıklamaya zorladığı bir vakanın henüz görülmediği hakkında bkz. Frank, s. 499.

<sup>77</sup> Löhnig/Rottmann, s. 1012.

<sup>78</sup> Staudinger/Helms BGB § 1747, kn. 41 (Löhnig/Rottmann, s. 1012).

davadan haberdar etmeli ve davaya dahil olmasını sağlamalıdır<sup>79</sup>. Bundan sonra potansiyel biyolojik baba, kendi babalığını ispat etme külfeti altına girer. Alman Hukukuna göre biyolojik baba, anneye gebe kalma zamanında birlikte olduğunu ispatlamak zorundadır (BGB §1747/I c. 2 ile bağlantılı olarak BGB § 1600d/II c. 1). Türk Hukukunda biyolojik baba için böyle bir ispat külfeti açıkça öngörülmemiş olsa da, hem soybağı ile ilgili TMK'nın ilgili hükümleri (m. 285/II, 288/II, 299/II, 302/II), hem de ispatla ilgili genel kurallar (TMK m. 6, HMK m. 190) çerçevesinde, sonuç yine aynı olmalıdır. Biyolojik baba, babalığa bağlı şekilde kendi lehine ebeveynlik hakkına erişmek istediğinden, sözü edilen vakıyı ispat etmelidir.

Biyolojik baba, babalığını ispatlar ve evlat edinmeye izin vermezse, artık evlat edinme işlemi sadece TMK m. 311'deki rızanın aranmadığı haller çerçevesinde gerçekleştirilebilir. Alman Hukukunda da benzer şekilde BGB § 1748'de belirtilen "bir ebeveynin izninin ikame edildiği durumlar" söz konusuysa evlat edinme gerçekleştirilebilir. Bu düzenlemenin özellikle dördüncü fıkrasındaki "*§ 1626a/III hükmünün uygulandığı durumlarda, evlat edinmenin gerçekleşmemesi, çocuğu makul olmayacak şekilde elverişsiz bir duruma sokacaksa, aile mahkemesi babanın iznini ikame etme yönünde karar vermelidir*" şeklindeki hükme dikkat edilmelidir. Bu madde, § 1747/I c. 2'de biyolojik baba olduğu varsayılan kişiye tanınan izin hakkını kısmen geri alarak, bu iznin yerini mahkeme kararının alacağını belirtmektedir. İzin yerine mahkeme kararının kolayca ikame edilmesi yönündeki bu düzenleme öğretide bazı yazarlarca eleştirilmiş ve bu düzenlemenin anayasaya uygun düşecek şekilde yorumlanmasıyla sadece, babanın ebeveynlik hakkının kapsamlı şekilde tartışılarak değerlendirilmesi ve korunması temelinde uygulanabileceği isabetli bir şekilde ileri sürülmüştür<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> "Biyolojik babanın temel haklarla korunan menfaatleri, davaya katılabilmesi için Aile-YargK. § 7/IV uyarınca aile mahkemesi tarafından davadan haberdar edilmesi gerektiği gerçeğiyle usul hukuku kapsamında korunmalıdır. Bu nedenle mahkeme, AileYargK. § 26 uyarınca resmi soruşturmanın bir parçası olarak söz konusu doğal babanın adını ve adresini belirlemeli, ilgili taraflar AileYargK. § 27 uyarınca soruşturmada işbirliği yapmalı ve olgusal koşullar hakkında eksiksiz ve doğru ifadeler vermelidir" . BGH 18.2.2015 T., – XII ZB 473/13 S., FamRZ 2015, S. 10, s. 830, kn. 21; **Maurer**, MüKoBGB § 1747, kn. 156. Mahkemenin biyolojik babayı AileYargK. § 7/II b. 1'deki "(2) Davaya katılımcı olarak katılması gereken kişiler şunlardır: 1. Hakları yargılamadan doğrudan etkilenenler" hükmüne göre davaya dahil etmesi ve aynı hüküm uyarınca evlat edinme yargılaması hakkında bilgilendirmesi gerektiği de belirtilmektedir. Bkz. **Löhnig/Rottmann**, s. 1012.

<sup>80</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1012.

Davaya katılan baba rıza gösterme hakkında vazgeçerse, artık evlat edinme onun rızası (izni) aranmadan gerçekleşecektir<sup>81</sup>. Buna karşılık yapılan araştırmalar sonuca ulaşmazsa, yani olası biyolojik babanın kimliği öğrenilememişse, yine evlat edinme onun izni aranmaksızın gerçekleşecektir. Zaten bu durumda kim olduğu ve nerede olduğu bilinmeyen baba söz konusu olduğundan, rızanın aranmaması şeklindeki istisnai hallerden birisi gerçekleşmiş olmaktadır (TMK m. 311, BGB § 1747/IV c.1)<sup>82</sup>.

Potansiyel biyolojik babanın kim olduğu konusunda annenin veya yargılamaya katılan diğer bir kimsenin bilgi sahibi olduğu, kendilerine karşı bilgi talebi yöneltildiği, hatta tedbir kararı çerçevesinde disiplin hapsi cezası (Alman Hukukuna göre para cezası veya hapsen tazyik) uygulandığı halde, bu bilgiyi mahkemeye açıklamadıkları durumda nasıl hareket edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve öğretide bazı yazarlar böyle durumlarda, yargılamaya katılan kimselerin, babanın kim ve nerede olduğu konusunda bilgi sahibi olduklarından; rızanın aranmamasına ilişkin BGB § 1747/IV'ün koşullarının sağlanmamış olmasından hareketle evlat edinmenin gerçekleşmeyeceği görüşünü savunmaktadırlar<sup>83</sup>. Bu tür durumlar için istisna kabul edilebilir ihtimal, davaya katılanların, özellikle de annenin, olası baba hakkında bilgi vermesinin ondan beklenemiyor olmasıdır. Bu beklenemezlik özellikle, olası baba hakkındaki bilgiyi paylaşmasının, annenin beden bütünlüğü ve hayatı için tehlike arz ettiği durumlarda söz konusu olabilir<sup>84</sup>. Bu görüşe karşı çıkan ve biyolojik babanın kim-

<sup>81</sup> BGH 18.2.2015 T., – XII ZB 473/13 S., FamRZ 2015, S. 10, s. 829-830, kn. 16.

<sup>82</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1012. BGB § 1747/IV c.1: “Çocuğun Anne ve Babasının İzni Ebeveynlerden biri sürekli olarak izin açıklamasında bulunamayacak durumdaysa ya da nerede oturduğu sürekli olarak bilinmiyorsa, ebeveynin iznini almaya gerek yoktur.”. Alman uygulamasında evlat edinme yargılamasında gerçekleşen altı aylık olağan soruşturma başarıya ulaşamazsa, artık nerede oturduğunu bilmeme olgusunun süreklilik kazanacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Frank**, s. 498.

<sup>83</sup> BGH 18.2.2015 T., – XII ZB 473/13 S., FamRZ 2015, S. 10, s. 831, kn. 34; **Pöcker**, BeckOK BGB § 1747, kn. 8. Bununla birlikte şimdiye kadar (en azından makalenin kaleme alındığı 2017 yılına kadar), annenin biyolojik babanın kimliğini açıklamaktan kaçınması sebebiyle, evlat edinme başvurusunun reddedildiğine dair herhangi bir karar verilmediği hakkında bkz. **Frank**, s. 499.

<sup>84</sup> **Pöcker**, BeckOK BGB § 1747, kn. 8; “Bilgi edinme talebi, aynı zamanda bilginin verilmesinin beklenebilirliği halinde karşılanmalıdır. Muhtemel babanın isminin verilmesi ile ilgili olarak, bilgi verme yükümlülüğü annenin özel hayatının dokunulmaz alanına müdahale etmemeli ve Anayasa'nın 1/I. maddesi ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 2/I. maddesi uyarınca annenin genel kişilik hakkını ihlal etmemelidir.” BGH 2.7.2014 T., XII ZB 201/13, FamRZ 2014, s. 1440 kn. 15; NZFam 2014, S. 18, s. 840, kn. 15; “Çocuğun annesinin ısrarlı sessizliğinin sebebi, çocuğun babasının ona yakın olan bir kişi mesela şimdi birlikte olduğu erkeğin erkek kardeşi veya en iyi arkadaşı olması ya da

liği bilinip açıklanmasa da bunun evlat edinmenin gerçekleşmemesi şeklinde bir sonuca götürmeyeceğini savunan yazarlara göre, aksi kabul edilip de evlat edinme gerçekleşmezse, annenin davranışı yaptırıma bağlanmış gözükse de; aslında bu yaptırımın olumsuz sonuçlarını aleyhe bir şekilde çocuk yaşamaktadır. Şöyle ki, çocuğun, annenin bilgiyi paylaşıp paylaşmama konusundaki kararı üzerinde hiçbir etkisi yokken, o, bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalmaktadır. Özellikle çocuk kendisini evlat edinmek isteyen yeni ebeveynin aile düzeni içindeki bakımından ve ileride kendisine düşecek mirastan yoksun bırakılmaktadır<sup>85</sup>. Evlat edinmenin gerçekleşmemesi şeklindeki görüşe, bu sonucun annenin kişilik hakları üzerinde de olumsuz etki doğuracağı eleştirileri de yöneltilmektedir. Şöyle ki Alman Hukukunda annenin biyolojik baba hakkındaki bilgiyi paylaşmaması halinde, onu bu konuda zorlayıcı usuli bir yetkinin söz konusu olmadığını, anne üzerinde baskı uygulanamayacağı görüşünün hâkim görüş olduğunu belirtmiştik. Bu görüş çerçevesinde, koşulları gerçekleşmediğinden bahisle evlat edinme gerçekleşmeyip de, bu kez başka evlat edinecek kimseler tarafından evlat edinme girişimleri tekrarlandığında, artık anne üzerinde dolaylı bir baskı uygulanmış olacak, bu da aynı zamanda annenin genel kişilik haklarına bir müdahale teşkil edecektir<sup>86</sup>.

Bilgisi olduğu halde bunu mahkemeye açıklamayan anne, biyolojik babanın da rızasının alınması ve böylece ebeveynlik hakkının korunması gerekliliğine rağmen, rıza gösterme hakkını tamamen kendi tasarrufuna almış olmaktadır. Yargılamada annenin kasıtlı olarak mı bilgi paylaşmadığının veya gerçekte zaten hiçbir bilgisinin mi olmadığını tespit edilemediği hal-

---

*onun amiri pozisyonundaki biri olmasıdır. Kökenin bu şekilde ortaya çıkması, aile içinde olası ağır çatışmaları beraberinde getirebilir veya annenin işini kaybetmesine yol açabilir. Belki de sözü edilen erkek, onun üzerinde ciddi bir baskı kurarak sessiz kalmaya zorlamış olabilir. Somut olayda böylece bilgi paylaşımı beklenmez hale gelir. Annenin somut olayın koşullarını genel çerçevede ifade etmesi bile, çok fazla açıklamada bulunmak anlamına gelebileceğinden, beklenilmeyebilir. Bu sebeple bilgi paylaşımı talebinden veya buna yönelik zorlayıcı tedbirlerin uygulanmasından ziyade bilgi paylaşımının imkansızlığından söz etmek yerinde olacaktır” (Wellenhofer, Marina: BGH 2.7.2014 T., XII ZB 201/13 Anmerkung, FamRZ 2014, s. 1442-1443).*

<sup>85</sup> Keuter, s. 878.

<sup>86</sup> Keuter, s. 878; Maurer, MüKoBGB § 1747, kn. 154. Annenin kişilik haklarının ihlalinde resmi makamların buna vesile olması ile ilgili olarak Alman Federal Anayasası'nın şu hükümleri göz önünde tutulmaktadır: m. 2/I: “Herkes, başkalarının haklarını ihlal etmediği ve anayasal düzene veya ahlak yasalarına karşı gelmediği sürece, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.”, m. 1/I: “İnsan onuru dokunulmazdır. Buna saygı göstermek ve korumak tüm resmi makamların yükümlülüğündedir.” Bkz. Löhnig/Rottmann, s. 1013.



lerde, birtakım olumsuzluklar da doğabilir. Bu ihtimalde anneye yemin telifinde bulunulursa, bu yeminle yetinilerek evlat edinmenin bu şartlar altında gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği meselesiyle karşılaşılabilir<sup>87</sup>. Bu durumda Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin ve bazı yazarların savunduğu evlat edinmenin gerçekleşmeyeceği görüşü kabul edilirse, bu kez evlat edinmenin nihai amacı olan; çocuğun sürekli ve sosyal bir çevrede yetiştirilmesi yönündeki hakkı göz ardı edilmiş olmaktadır. Ancak önemli olan çocuğun üstün yararadır ve bu yarara öncelik verilmelidir, hatta babanın yararı da çocuğun yararından sonra gelmelidir<sup>88</sup>.

Kanaatimizce, rızanın aranmayacağı başkaca istisnalardan birisi de söz konusu değilse, sadece çocuğun yararının üstün tutulması gerekçesini temel alarak, biyolojik babanın rızasını aramamaya yönelik yeni bir istisna oluşturmak, mevcut düzenlemeler karşısında mümkün gözükmemektedir. Temel sorun hem Alman hem de Türk Hukuku yönünden, rızanın aranmayacağı istisnalardan birisi olan biyolojik babanın kim ve nerede oturduğunun bilinmiyor olmasında yatmaktadır. Şöyle ki bu bilinmezlik, yerinde olarak; herkes için geçerli, yani objektif bilinmezlik olarak yorumlandığında<sup>89</sup>, bu şart anne açısından gerçekleşmemektedir. Bu bilinmeme hali, annenin biyolojik babayı bildiği halde kimliğini paylaşmaması sebebiyle mahkemenin bilgisizliği şeklinde dar yorumlansaydı, rızanın aranmayacağı bir istisna hali olarak, artık biyolojik babanın rızasını aramaya gerek kalmayacaktı. Ancak bu son yorum tarzı biyolojik babanın temel babalık hakkı aleyhine bir yorum olacaktı. Bu sebeple anne biyolojik babanın kim ve nerede oturduğunu biliyor ve bunu paylaşmıyorsa, bu paylaşması konusunda beklenilmezlik de söz konusu değilse, evlat edinmenin gerçekleşmemesi yönünde bir sonuca varmak uygun olur.

Bununla birlikte somut olayda, annenin gerçekten bilmemesiyle, bilse de bunu saklaması arasındaki farkı anlayabilmek her zaman için mümkün olmayabilir. Bu sebeple yargılamada, araştırmayla elde edilen bulgulardan aksi anlaşılmadıkça, anne bilmeme yönünde beyanda bulunmuşsa, bu beyana

<sup>87</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1013.

<sup>88</sup> Evlat edinmenin gerçekleşmemesi gerektiğine yönelik açıklamalardan sonra Pöcker'e göre, çocuğun bakış açısıyla somut olayda gerekli olmadıkça biyolojik babalığın yitirilmesi bir dezavantajdır ve bu çocuğun yararıyla bağdaşmamaktadır. Bkz. **Pöcker**, BeckOK BGB § 1747, kn. 8.

<sup>89</sup> Ana babanın uzun süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi şeklindeki rızanın aranmayacağı istisnada, bu bilmeme olgusunu, evlat edinen, yetkili mahkeme, aracı kurum SHÇEK, küçük ve diğer ebeveynin sağlaması yani hiç kimsenin bu olguyu bilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. **Aydoğdu**, s. 250; **Er**, s. 73.

itibar etmekten başka çare yoktur. Bu durumda artık kimliği bilinmeyen biyolojik baba çerçevesinde, mahkeme tarafından rızanın aranmayacağı bir istisnanın var olduğu kabul edilerek evlat edinme kararı verilmelidir. Bu sorunun aşılmasında somut olayda koşulları gerçekleşmişse TMK m. 312/I hükmü de yardımcı olabilir. Bu hükme göre çocuk, evlât edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmiş bir çocuksa, ve babanın rızası da eksikse, mahkeme bu rızanın aranıp aranmaması konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu ihtimalde mahkeme, biyolojik baba bilinip de kimliği açıklanmamış olsa bile, onun rızasının alınmamasına karar verebilir ve evlat edinme gerçekleşmiş olur.

### **III. EVLAT EDİNME YARGILAMASINDA VE SONRASINDA BİYOLOJİK BABANIN SAHİP OLDUĞU HAKLAR**

Potansiyel biyolojik baba, çocuğu için babalığı üstlenme konusunda korunan bir menfaate sahip olduğundan, rıza göstermeyerek, kendi biyolojik çocuğunun üçüncü kişilerce evlat edinilmesine engel olmak konusunda aktif bir tavır sergilemek isteyebilir. Bu sebeple, evlat edinme yargılaması sırasında, potansiyel biyolojik çocuğunun var olduğu konusunda bilgileri hangi şekilde ve nasıl talep edebileceği meselesi, onun açısından önem arz etmektedir<sup>90</sup>. Bu bilgileri edinen biyolojik baba, anneye gebe kalma zamanında birlikte olduğunu ispat ederek, evlat edinmeye rıza göstermeyebileceği gibi, Alman Hukukunda ayrıca babalığın tespiti davası da açabilmekte ve böylece evlat edinme yargılamasının askıya alınmasını sağlayabilmektedir.

Biyolojik babanın, haberi olmadan tamamlanmış bir evlat edinmeden sonra hangi yolları izleyebileceği meselesi de onun sahip olduğu haklar çerçevesinde ayrıca incelenmelidir.

#### **A. Evlat Edinme Yargılamasında**

##### **1. Nüfus Müdürlüğünden Bilgi Talebinde Bulunup Bulunulamayacağı**

Bir erkek, bir kadının doğurduğu çocuğun babası olabileceği kanaatinde ise, onun nüfus müdürlüğünden, o kadının bir çocuk sahibi olup olmadığına ilişkin bilgi talebinde bulunması düşünülebilirse de bunun mümkün olmadığı belirtilmelidir. Bu konuda Türk Hukukunda Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 44'te, nüfus kayıt örneğinin, sayılan resmi makamlar dışında kaydı istenen kimselerin eşi veya üstsoy gibi hısımları tarafından talep edilebileceği (m. 44/I b. g), maddede sayılan yakınlar dışında kalan kimselere (maddedeki

<sup>90</sup> Löhnig/Rottmann, s. 1013.

ifadesiyle üçüncü şahıslara) sadece medeni hal bilgisi verilebileceği (m. 44/IV) belirtilmiştir. Benzer kurallara Alman Hukukunda da yer verildiği görülmektedir<sup>91</sup>. Buna göre de böyle bir talebin karşılanabilmesine yönelik koşullar sağlanmış değildir. Şöyle ki, o erkek, henüz hukuken soybağına sahip veya en azından biyolojik baba olarak tespit edilmiş değildir, sadece; daha sonra babalığın kurulmasına ilişkin yargılamayı ilerletmek veya planlanan bir evlat edinmeye itiraz etmek için bilgi talebinde bulunmak istemektedir. Anılan düzenlemelerin aradığı koşulların sağlanamaması dışında, bilgi talebinin kabul edilmemesine yönelik başkaca önem taşıyan gerekçe de şöyledir: Birden fazla cinsel birliktelik durumunda, bu şartlar altında önemli sayıda erkek, bir çocuğun doğup doğmadığını kontrol etmek için böyle bir talepte bulunabilir. Bu durum ise anılan düzenlemelerin anlam ve amacına uygun olmaya ve annenin anayasayla korunan özel alanına aykırı bir müdahale sayılır<sup>92</sup>.

## 2. Anneden Bilgi Talebinde Bulunup Bulunulamayacağı

Potansiyel biyolojik baba bir çocuk sahibi olduğunu düşünüyor ise, Türk Hukukunda çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair TMK m. 323 veya 325 hükmü ve bu kapsamda değerlendirilen bilgi edinme hakkı çerçevesinde anneye karşı bilgi talebinde bulunabilir. Alman Hukukunda bilgi talebi açıkça düzenlenmiştir: BGB § 1686'ya göre “*Her bir ebeveyn diğerinden, haklı menfaati bulunması durumunda, çocuğun üstün yararıyla çelişmediği*

<sup>91</sup> Alman Hukukunda Kişisel Durum Sicili Kanunu § 62/II ve 62/I c. 2 şöyledir: “Belgelerin Düzenlenmesi, Bilgi Talebi ve İnceleme (2) Birinci fıkra, sicil kayıtları hakkında bilgi edinilmesi ve inceleme yapılması veya toplu dosyalar hakkında bilgi edinilmesi veya inceleme yapılması talepleri için de geçerlidir.

(1) ... Diğer kimseler, hukuki menfaatlerini ispat edebilirse, kişisel durum belgelerinin verilmesini isteme hakkına sahiptirler; doğum veya ölüm kayıtları söz konusu olduğunda, başvuruda bulunan bir çocuğun veya ölenin kardeşi ise, ispatın yerine getirildiği varsayılır.”

§ 62/I c. 2’de sözü geçen hukuki menfaatin ispatında 29 Mart 2010 Tarihli Kişisel Durum Siciline İlişkin Yönetmelik’in 62.1.1 maddesindeki şu düzenleme göz önünde tutulmaktadır: “Kişisel durum sicilinin kullanılmasında hukuki menfaat ancak, kişisel durum verilerine ilişkin bilginin hakların takibi ve taleplerin savunulmasında gerekli olduğu durumda, var sayılır. Hukuki menfaat, talep edilen eylem olmaksızın tehlikeye girecek mevcut bir hakkın bulunmasını gerektirir.”. Yönetmelik için bkz. [https://www.personenstandsrecht.de/SharedDocs/downloads/Webs/PERS/Themen/Rechtsquellen/allgvv.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.personenstandsrecht.de/SharedDocs/downloads/Webs/PERS/Themen/Rechtsquellen/allgvv.pdf?__blob=publicationFile&v=2), e.t. 05.07.2024. Biyolojik baba, henüz BGB § 1600d/II c. 1 anlamında gebe kalma zamanında anneye birlikte olduğunu ispat etmediğinden, mevcut bir hak sahibi olmaması gerekçesiyle de hukuki menfaatinin ispat edememiş konumdadır. Bkz. Löhnig/Rottmann, s. 1013.

<sup>92</sup> Löhnig/Rottmann, s. 1013.

sürece, çocukla kişisel ilişkileri hakkında bilgi talebinde bulunabilir”, 1686a/I b. 2’e göre ise “(1) Başka bir erkekle babalık ilişkisi mevcut olduğu sürece, biyolojik baba, çocukla arasındaki ciddi bir ilgisi olduğunu ortaya koyması durumunda, ..2. Haklı bir menfaati olduğu ve çocuğun yararıyla çelişmediği sürece, her bir ebeveyn den çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi alma hakkına sahiptir”. Böyle bir talebin içeriğinde, çocuğun son durumu ve bir evlat edinme girişiminin söz konusu olup olmadığı bilgisi sorgulanabilir<sup>93</sup>. Bu bağlamda biyolojik baba bu bilgileri talep etmekle, biyolojik babalık henüz hukuki statü kazanmış olmasa da, aile mahkemesindeki evlat edinme yargılamasında böyle bir babanın varlığı tesadüfen açıklığa kavuşturulmuş olur<sup>94</sup>.

Alman Hukukunda, yukarıda yer verilen BGB § 1686a/I’deki, çocukla başka bir erkek arasında hukuken soybağına sahip babalığın olması koşulu çerçevesinde, bu koşul sağlanmışsa, biyolojik babanın bu kez evlat edinmeye katılma girişiminin başarısız olacağı eleştirisi yöneltilmektedir. Gerçekten biyolojik baba, başka bir erkeğin hukuken soybağına sahip babalığının varlığı nedeniyle, başka bir ifadeyle dışlayıcılık etkisi sebebiyle, BGB § 1747/I c. 2 anlamında izin hakkına sahip olmayacaktır. Bu durumda çocuk üzerindeki başka erkeğin hukuken soybağına sahip babalığının, babalığın iptaline dair BGB § 1600 vd. hükümleri uyarınca ortadan kaldırılması yolu izlenirse, bu kez de BGB § 1686a/I b. 2 hükmü çerçevesinde bilgi talebi için aranan “başka bir erkekle babalık ilişkisi mevcut olduğu sürece..” koşulunda eksiklik oluşacaktır. Bu durumda elde kalan tek imkân, biyolojik babanın, BGB § 1686 uyarınca bilgi edinme hakkına sahip olabilmek için, babalığın tespiti davası açması gerekecek ve böylece evlat edinme yargılamasında BGB § 1747/I c. 1 uyarınca artık hukuken soybağına sahip baba olarak izin hakkına sahip olacaktır<sup>95</sup>.

İşte bu haklı eleştiri, Alman Hukukunda hakların bir arada kullanılabilmesi ilkesi doğrultusunda bir kanun değişikliğine gidilmesi önerisi için başka bir dayanağı oluşturmaktadır. Gerçekten Alman Hukukunda yukarıda açıklanan babalığın iptali yolunun izlenilmesi tutarsız bir sonuca götürmek-

<sup>93</sup> Maurer, BGB § 1747, kn. 47.

<sup>94</sup> Löhnig/Rottmann, s. 1013. Alman Hukukunda bu tesadüfi durum çerçevesinde biyolojik babadan kan örneği alınabilmesine yönelik AileYargK. § 167a/II hükmü dikkat çekicidir: “(2) BGB § 1686a maddesi uyarınca çocukla kişisel ilişki kurmaya veya bilgi talebinde bulunmaya ilişkin davalarda, biyolojik babanın açıklığa kavuşturulması gerektiği ölçüde, herkes, hakkında muayenede bulunulması kendisinden beklenebildiği sürece, muayenede bulunulmasına, özellikle kan örneği alınmasına katlanmak zorundadır.”.

<sup>95</sup> Löhnig/Rottmann, s. 1013.

tedir. Bu yolu izleyen potansiyel biyolojik baba anneye karşı artık, kendi kökeninden gelen çocuk hakkında bilgi talebinde bulunamamaktadır. Bu yol aynı zamanda ona hukuken soybağına sahip ebeveynlik statüsünü de bahşetmemektedir. Ayrıca evlat edinme yargılamasında anne de potansiyel biyolojik babanın kimliği hakkında bilgi vermekten kaçınmışsa, yargılama, o babanın katılımı olmaksızın yürütülmüş olmaktadır. Sonuçta biyolojik baba, ebeveynlik hakkını elde edememekte ve BGB § 1686a'dan kaynaklı haklarını; ancak ve ancak gerçekleşmiş bir evlat edinmeden sonra ileri sürebilmektedir. Hakkı sınırlanmış olan biyolojik baba yanında çocuğun yararı da tehlikeye düşmekte ve çocuk, evlat edinen ailesi yanında biyolojik babayla da kişisel ilişki içinde bulunuyorsa, çekişmeli ailevi ilişkilerin ortasında kalarak zarar görebilmektedir<sup>96</sup>.

Alman Hukukundaki bu tutarsız sonucun, biyolojik babanın, hukuken soybağına sahip babalığı elde etmek üzere, biyolojik çocuğunun varlığı konusunda bilgi almak için aktif bir şekilde çaba gösterdiği, yani yukarıda açıklandığı şekilde babalığın tespiti davası açma girişiminde bulunduğu durumlarda engellenebileceği belirtilmektedir. Bu davada biyolojik baba, davalı anneyle belirli zaman dilimleri içinde birlikte olduğunu ispat ettiğinde (BGB § 1600d/II), anne sadece birlikte bulunduğu ispat edilen andan sonraki 181. ve 300. gün arasındaki bir tarihte çocuk doğurup doğurmadığını belirtmekle yetinebilir (BGB § 1600d/III)<sup>97</sup>.

### 3. Alman Hukukunda Babalığın Tespiti Davası Açılarak Evlat Edinme Yargılamasının Askıya Alınabileceği

Çocukla ilgili bilgileri edinmekle evlat edinmeye rıza göstermeme imkânına sahip olan biyolojik baba, bunun yanında Alman Hukukunda babalığın tespiti davası da açabilmekte ve böylece evlat edinme yargılamasının AileYargK. § 21 uyarınca askıya alınmasını sağlayabilmektedir<sup>98</sup>. Bunun hukuki dayanağı 27.11.2008 Tarihli Avrupa Evlat Edinme Anlaşması'nın 16. maddesidir<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> Bu konuda Kanun gerekçesinde de benzer açıklamalar yer almaktadır: “*Buna karşılık biyolojik baba konusunun geç aydınlığa kavuşturulması (veya plansız bir şekilde üçüncü kişilerce aydınlığa kavuşturulması) bir kimlik bunalımına ve evlat edinen aileyle olan ilişkilerde çatışmalara yol açabilir.*” BT-Drs. 19/16718, s. 27 (<https://dserver.bundestag.de/btd/19/167/1916718.pdf>, e.t. 05.07.2024)

<sup>97</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1014.

<sup>98</sup> **Coester-Waltjen**, s. 1697; **Keuter**, s 874.

<sup>99</sup> Anlaşmanın 16. maddesi şöyledir: “*Olası biyolojik baba veya biyolojik anne tarafından açılmış olan babalığın veya anneliğin tespiti davası varsa, bu tespit davasının sonuç-*

## B. Evlat Edinme Yargılaması Sonrasında

Evlat edinme, aile mahkemesinin evlat edinme kararı vermesiyle (TMK m. 315, Alman Hukukunda AileYargK. § 197) hükümlerini doğurmaya başlamışsa, potansiyel biyolojik babanın acaba hangi haklara sahip olabileceği sorunu ortaya çıkar. Aile mahkemesinin biyolojik babaya ulaşamadığı ve onu yargılamaya dahil edemediği (Alman Hukukunda AileYargK. § 7/IV uyarınca evlat edinme yargılamasına başladığına dair bilgilendiremediği) durumlarda, evlat edinmeye rıza göstermeme gibi bir imkân da kullanılmamış olacağından bu sorun özellikle önem taşımaktadır<sup>100</sup>. Biyolojik baba bu ihtimalde ebeveynlik hakkına erişebilmek için, evlat edinmenin ortadan kaldırılması ve akabinde çocuğu tanıma yolunu izleyebilir. Alman Hukukuna göre biyolojik baba evlat edinmenin ortadan kaldırılması yanında babalığın tespiti davası da açabilir. Biyolojik baba ayrıca her iki hukuk sistemi içinde çocukla kişisel ilişki kurma hakkına ve çocuk hakkında bilgi alma hakkına da sahiptir.

### 1. Evlat Edinmenin Ortadan Kaldırılması

Potansiyel biyolojik baba açısından en yakın olan ve muhtemelen menfaatlerine en uygun düşen çözüm yolu evlat edinmenin ortadan kaldırılması ve böylece onun hukuken soybağına sahip babalık konumunu elde etmesi yönünde bir imkân doğmasıdır. Biyolojik baba TMK m. 317/I'deki "*Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hâkimden evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler.*" şeklindeki hüküm çerçevesinde, rızasının alınmadığı gerekçesiyle evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir. Biyolojik baba, nasıl ki rıza göstermek istediğinde biyolojik baba olduğunu ispatlamak zorundaysa, aynı şekilde evlat edinmenin kaldırılmasını talep ettiğinde de, bu yükü yerine getirmeli, yani gebe kalma zamanında anneye birlikte olduğunu ispat etmelidir.

Alman Hukukunda ise AileYargK. § 197/III c. 1'de bir çocuğun evlat edinilmesine yönelik aile mahkemesi kararının iptal edilemeyeceği, sadece

---

*lanmasına kadar evlat edinme yargılaması askıya alınır. Yetkili makamlar, ebeveynliğin tespitine ilişkin davanın bir an önce sonuçlanması için çaba göstereceklerdir*". Anlaşma'nın Alman Hukukunda kanunlaşmış hali için bkz. [http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&jumpTo=bgbl215s0002.pdf#\\_bgbl\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl215s0002.pdf%27%5D\\_\\_1439883897966](http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl215s0002.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl215s0002.pdf%27%5D__1439883897966) (e.t. 15.07.2024).

<sup>100</sup> Löhnig/Rottmann, s. 1014.

BGB § 1759, 1760 ve 1763 hükümlerinde<sup>101</sup> aranan sıkı koşullar çerçevesinde evlat edinmenin ortadan kaldırılabileceği belirtilmektedir. BGB § 1760/I hükmüne göre evlat edinme ilişkisi, ebeveynlerden birisinin gerekli izni alınmadan kurulmuşsa, başvuru üzerine ortadan kaldırılabilir. Bunun için de biyolojik baba anneye gebe kalma zamanında birlikte olduğu konusundaki ispat yükünü (BGB § 1600d/II c. 1) yerine getirmelidir. Bunu yerine getirememişse, onun iznine ihtiyaç bulunmadığı varsayılacaktır. Bu durumda evlat edinme kararı, onun izin hakkını zedeleyecek bir şekilde verilmediğinden BGB § 1760/I hükmü izlenerek evlat edinme ortadan kaldırılamaz. Bu sonuç biyolojik babanın anayasal babalığa erişim hakkının ihlal edildiği izlenimi uyandırır da, çocuğun sürekli ve istikrarlı bir çevrede yetiştirilmesi yönündeki menfaatleriyle evlat edinme ilişkisinin devam etmesi düşüncesi karşısında, gerçekte böyle bir ihlalin anayasal olarak haklı bir temele dayandığı kabul edilmektedir<sup>102</sup>.

Evlat edinme ilişkisinin ortadan kaldırılamayacağı şeklindeki bu sonuç, daha önce irdelendiği gibi, ayrıca biyolojik babanın rızasının alınmadığı şu durumlarda da geçerlidir: Biyolojik babanın anne tarafından tanınıp da kimliğinin saklanarak paylaşılmaması (ancak bu durumun da annenin iç dünyasında bir sır olarak kalması) yahut biyolojik babanın kimliğinin hiç kimse tarafından bilinmemesi sebepleriyle aile mahkemesi tarafından bilinmemesi, yapılan soruşturmanın da sonuçsuz kalması. Bu ihtimallerde artık biyolojik babanın rızası aranmadan karar verilmelidir. Biyolojik babanın kimliği sonradan öğrenilse ve o izin vermediğini ileri sürse bile, evlat edinme ortadan kaldırılamamalıdır. Evlat edinme kararı verildiği sıradaki hukuki durum önem taşıdığından, zaten onun izin verme hakkının bulunmadığı kabul edilmeli, böylece bu hakkın ihlal edilerek karar verilmesi şeklinde yanılığa düşülmemelidir<sup>103</sup>.

Sözü edilen ihtimaller göz önünde tutulduğunda, biyolojik babanın hangi hallerde bu davayı açabileceği sorusu önem kazanmaktadır. Bu noktada ilk ihtimal, evlat edinme yargılamasına katılmasına ve anneye gebe kalma zamanında birlikte olduğu konusundaki ispat yükünü yerine getirmesine rağmen, rızası alınmayan biyolojik baba evlat edinmenin ortadan kaldırılması davasını açabilecektir. Bu ihtimalde biyolojik baba, başarılı bir şekilde;

<sup>101</sup> BGB § 1759'da, § 1760 ve § 1763 gereğince evlat edinme ilişkisinin ortadan kaldırılabilmesi belirtilmekte, BGB § 1760'ta iznin eksikliği sebebiyle ortadan kaldırma, BGB § 1763'te ise mahkeme tarafından kendiliğinden ortadan kaldırma düzenlenmektedir.

<sup>102</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1014, **Frank**, s 499.

<sup>103</sup> **Maurer**, MüKo BGB § 1760, kn. 12.

anneyle gebe kalma zamanında birlikte olduğu yönündeki ispat yüküyle ilgili evlat edinme yargılamasındaki dava malzemesini bu kez evlat edinmenin ortadan kaldırılması yargılamasında da kullanabilir. Yargılamaya katılanların özellikle de annenin biyolojik babayı bilmesine rağmen işbirliği yükümlülüğüne aykırı davranarak bunu açıklamadığı durum da bu davanın açılabilmesinde bir başka ihtimaldir. Aslında bu ihtimalde görüşümüze göre evlat edinme gerçekleşmemesi gerekirdi. Buna rağmen aile mahkemesi evlat edinme kararı vermişse, biyolojik baba bu davayı açabilmelidir.

Evlat edinmenin ortadan kaldırılmasında, TMK m. 319'daki, evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin; yani konumuz çerçevesinde rıza alınması gerekirken alınmadığının öğrenilmesinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre geçmeden davanın açılması gerekir. Alman Hukukunda ise evlat edinmenin kaldırılması davası, ebeveynin izninin alınmadığından haberinin olmasından sonra bir yıl ve evlat edinme kararından sonra üç yıllık hak düşürücü süre içinde (BGB § 1762/II c. 1, b. e) açılmış olmalıdır.

Evlat edinmenin ortadan kaldırılabilmesi için açılan davada, evlat edinmenin ortadan kaldırılmasının çocuğun üstün yararını tehlikeye düşürmesi koşulu da sağlanmış olmalıdır (TMK m. 317/I, BGB § 1761/II).

Alman Hukukunda ayrıca evlat edinmenin Anayasaya Aykırılık İtirazı (Verfassungsbeschwerde) yoluyla ortadan kaldırılabilmesi<sup>104</sup>, ancak bu dolambaçlı yolun çocuğun sürekli ve istikrarlı bir çevrede yetiştirilmesi yönündeki yararlarını ihlal ettiği eleştirisi yöneltilmektedir<sup>105</sup>. Bu eleştiriyle birlikte, bu hukuki yol sayesinde evlat edinmenin ortadan kaldırılmasının, sadece bu kararın alınmasının çocuğun üstün yararına hizmet ettiği hallerde haklı görülebileceği, ancak genellikle çocuğun sürekli bir çevrede yetiştirilmesi yönündeki yararına öncelik verileceğinden, çoğu zaman bu ilişkinin kaldırılmasının çocuğun yararına olmayacağı da belirtilmektedir<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Anayasaya aykırılık itirazı sonucunda, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, temel hakların ve Anayasada sayılan birtakım hakların kamu makamları tarafından ihlal edilmesiyle başvuran hakkında karar vermektedir (Alman Federal Anayasa m. 93/I b. 4a, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu § 13 b. 8a, § 90 vd.).

<sup>105</sup> **Frank**, s. 500; küçüklerin evlat edinilmesinde evlat edinme ilişkisinin ortadan kaldırılması etkilerinin geleceğe yönelik doğurmasının, tarafların menfaatlerine daha uygun düşeceği, şöyle ki babayla çocuk arasındaki duygusal ilişkiyi sürdürebilmek veya tesis edebilmek amacıyla amaçlanan akrabalığın sadece gelecek için pratik bir anlama sahip olduğu hakkında bkz. BVerfGE 7.3.1995 T., - 1 BvR 790/91 S., NJW 1995, S. 33, s. 2159.

<sup>106</sup> **Frank**, s. 500; **Löhnig/Rottmann**, s. 1014. Kanun gerekçesindeki şu örnek, çocuğun yararının öncelikle gelmesi açısından çarpıcıdır: “*Mesela çocuk ve evlat edinen ailesi*



## 2. Soybağının Reddi Davası Açma (Soybağını İptal Etme) Hakkı

Potansiyel biyolojik baba için düşünülebilecek diğer bir yol da soybağının reddi davası açmaktır. Anayasa Mahkemesi'nin 23/1/2024 Tarihli ve E: 2023/135, K: 2024/18 Sayılı iptal kararından sonra (en azından yürürlüğe girdiği 6.12.2024 tarihinden sonra), konu yeniden yasal bir düzenlemeye kavuşuncaya kadar, baba olduğunu iddia eden biyolojik baba herhangi bir koşula ve süreye bağlı kalmaksızın bu davayı açabilir<sup>107</sup>. Alman Hukukunda da bu davanın, aşağıda ayrı bir başlık altında açıklanacak olan; babalığın tespiti davası açılmadan önce bir ön adım olarak yöneltilebileceği ileri sürülmektedir<sup>108</sup>. Soybağının ortadan kaldırılmasını sağlayan ve önceki başlıkta açıklanan; evlat edinmenin ortadan kaldırılması imkânı varken, soybağının reddi davası açmak, özellikle bir yıllık hak düşürücü sürede evlat edinmenin ortadan kaldırılması davası açılmamışsa, pratik bir anlam taşıyabilir. Ancak bu davanın açılabilmesi koşulu olarak, çocuğun üstün yararının zedelenmesine de dikkat edilmelidir. Özellikle onu evlat edinenle/edinenlerle istikrar kazanmış sosyal ve ailevi ilişki söz konusuysa bu davanın reddi gerekir.

## 3. Tanıma

Evlat edinmenin ortadan kaldırılması veya soybağının reddi kararı verilmişse, artık evlat edinen erkek ile olan soybağı ortadan kaldırılmış olduğu için (TMK m. 295/III), biyolojik baba bundan sonra nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmî senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla çocuğu tanıyabilir (TMK m. 295/I). Alman Hukukuna göre de başka bir erkekle soybağı ortadan kaldırılmış olan çocuk tanınabilmekle birlikte (BGB § 1594/II), Türk Hukukundan farklı olarak, çocuk annesinin velayetinde ise onun, annenin velayetinde değilse çocuğun da tanımaya muvafakat etmesi gerekir (BGB § 1595/I-II). Çocuğun muvafakatinin arandığı hallerde, henüz 14 yaşını tamamlamamış olan çocuk için; onun yasal temsilcisi tanımaya muvafakat etmelidir (BGB § 1596/II).

---

*arasındaki duygusal istikrar yönünden sıkı bağlılığın, çocuğun yetiştirilmesi açısından büyük önem taşıdığı durumlar böyledir.” Bkz. BT-Drs. 19/16718, s. 25 (<https://dserver.bundestag.de/btd/19/167/1916718.pdf>, e.t. 05.07.2024).*

<sup>107</sup> Daha önce de ifade ettiğimiz gibi (bkz. II. B. 3. b. başlığı altındaki açıklamalar), biyolojik baba yönünden soybağının reddi davası, “Soybağını İptal Etme Hakkı” şeklinde yeniden düzenlenmeli ve bu düzenlemede Alman Hukukunda olduğu gibi çocuğun üstün yararı doğrultusunda, böyle bir dava açılabilmesinde mutlaka, çocukla kendisini evlat edinenler arasında kurulamamış olan sosyal ve ailevi ilişki koşuluna da yer verilmelidir.

<sup>108</sup> Frank, s. 501. Aksi düşünceyle evlat edinme gerçekleştikten sonra babalığın iptalinin mümkün olmadığı görüşünde Coaster-Waltjen, s. 1696.

#### 4. Alman Hukukuna Göre Ayrıca Babalığın Tespiti Davası Açılabilmesi

Biyolojik babanın çocuğu tanıyarak hukuken onunla hukuken soybağı bağı kurabilmesi için; az önce değinildiği üzere Alman Hukukunda annenin bu tanımaya muvafakat etmesi gerekmektedir. Annenin tanımaya muvafakat etme veya buna yanaşmazsa muvafakatin ikame edilmesi imkânı yoktur. Çocuğun üstün yararı da bu konuda belirleyici değildir. Sonuçta anne tanımaya muvafakat etmezse, bu kez biyolojik babanın babalığın tespiti davası açmaktan başka çaresi yoktur<sup>109</sup>.

Alman Hukukunda evlat edinmenin gerçekleşmiş olması, bu sürece katılmayan potansiyel biyolojik babanın sonradan babalığın tespiti davası açmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim bu davayla ilgili BGB § 1600d/I'nin<sup>110</sup> lafzı da böyle bir sonuca varmak açısından güçlü bir dayanak noktası oluşturmaktadır, zira bu maddeye göre sadece BGB § 1592/b. 1 (evlilikle babalık karinesi çerçevesinde babalık) ve b. 2 (babanın tanınmasıyla babalık) ile BGB § 1593 (evliliğin ölümle sona ermesi ve ölümden itibaren 300 gün içinde çocuğun doğmasıyla babalık) hükümleri kapsamındaki babalığın bulunduğu durumlarda babalığın tespiti davası açılmamakta, ancak bu maddede sayılmadığı için; BGB § 1754 (evlat edinmeyle ebeveynlik statüsünün kazanılması) kapsamındaki durumlarda bu dava açılabilir<sup>111</sup>. Henüz babalığın tespit edilmediği aşamada, biyolojik babayla çocuk arasındaki biyolojik akrabalık ilişkisinin ardıl etkisi de böyle bir dava açılabilmesini destekleyen başka bir gerekçedir. Biyolojik akrabalık ilişkisinin ardıl etkisiyle mesela çocuk ile biyolojik baba arasında evlenme yasağı (BGB § 1307 c. 2) söz konusudur. Bu etkiyi, özel hukukun ve ceza hukukunun başka kuralları da kabul etmektedir (mesela hukuk ve ceza yargılamasında tanıklıktan kaçınma, Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Hakkında Kanun § 383/I b. 3, Alman Ceza Kanunu § 52/I b. 3). Bundan başka, evlat edinme ilişkisinin kaldırılması ve biyolojik akrabalık ilişkisinin yeniden önem kazanmasıyla da babalığın tespiti davası önem kazanmaktadır<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> Coester-Waltjen, s. 1694; Keuter, s. 877.

<sup>110</sup> BGB § 1600d/I hükmü şöyledir: “Babalığın Mahkeme Tarafından Tespiti (I) BGB § 1592/b. 1 ve b. 2 ve BGB § 1593 hükümlerine göre babalık tesis edilememişse, bu durumda babalık mahkeme tarafından tespit edilir.”

<sup>111</sup> Löhnig, Martin: OLG Celle 12.10.2020 T., 21WF 87/20 S. “Erfolgsaussichten eines Vaterschaftsfeststellungsantrags trotz vorheriger Adoption des Kindes” Anmerkung, NZFam 2020, S. 24, s. 1106.

<sup>112</sup> Löhnig/Rottmann, s. 1014; Frank, s. 501; Coester-Waltjen, s. 1697. Bu düşüncelere rağmen bu hukuk sisteminde biyolojik babanın, hukuken korunma ve babalığın tespitini

Potansiyel biyolojik baba, babalığın tespiti hükmünü elde etmişse, bu hüküm sınırlı şekilde hukuki sonuçlar doğuracaktır. Şöyle ki babalığın tespiti, evlat edinmenin geçerliliği üzerinde etkisi olmayacaktır<sup>113</sup>. Ayrıca bu tespit, biyolojik babanın sadece eski statüsünü etkilemekte<sup>114</sup>, ona üçüncü ebeveynlik konumu sağlamamaktadır. Nitekim ikinci ebeveynlik konumu, başarıyla gerçekleşen evlat edinme nedeniyle evlat edinen kimse açısından zaten elde edilmiştir. Babalığın tespiti kararı veren mahkemenin, bu tespit kararının hukukten sınırlı sonuçlar doğurduğunu gösterebilmek adına, babalığın tespitine ilişkin olağan karar verme düzeninden ayrılması ve böylece bu tespitin, hukukten soybağına sahip babalığı elde etmeye yönelik bir karar olmadığını vurgulamasının uygun olacağı ileri sürülmüştür<sup>115</sup>.

### 5. Kişisel İlişki Kurma

Evlat edinmenin gerçekleşmesinden sonra biyolojik babaya tanınması gereken bir diğer imkân, çocukla kişisel ilişki kurabilmesidir. Daha önce de açıklandığı üzere, biyolojik baba Türk Medeni Kanunu'nun 323. veya 325. maddesine göre, evlat edinilmiş de olsa çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir. Alman Hukukunda BGB § 1686a/I b. 1'deki "(1) Başka bir erkekle babalık ilişkisi mevcut olduğu sürece, biyolojik baba, çocukla arasındaki

---

isteme konusunda özel bir menfaati olup olmadığı meselesinin belirsizlik taşıdığı, çocuğun babalık bağının kurulmasındaki hukuki menfaati zaten kendi kökenini öğrenme hakkından kaynaklanırken, babalık konusunda delil sunma külfetinde olan biyolojik babanın böyle bir menfaatinin nadiren söz konusu olacağı belirtilmektedir. Bkz. Staudinger/Helms BGB § 1755, kn. 18, 21 (naklen **Löhnig/Rottmann**, s. 1014). Ancak babalığın tespiti davasını düzenleyen BGB § 1600d/I'in lafzının, böyle bir menfaatin varlığını aramadığından bu soruna peşinen olumsuz yaklaşmanın doğru olmayacağı, evlat edinme yargılamasına katılmaması nedeniyle izin hakkını ileri süremeyen biyolojik babanın, anayasal olarak güvence altına alınmış olan; kendi kökeninden gelenlerle ilişkileri hakkında bilgi sahibi olma ve ebeveynliğe erişme hakkı göz önünde tutularak sonuca varmak gerektiği de ileri sürülmüştür. Bundan başka babalığın tespitinin, ayrıca BGB § 1686a uyarınca tesis edilecek olası bir kişisel ilişki kurma hakkı için de belirleyici bir öneme sahip olabileceği; bu sebeple evlat edinmenin ortadan kaldırılması için görünürde hiçbir emarenin bulunmamasının, tek başına, babalığın tespiti davası açılmasına engel bir durum olarak değerlendirilmemesi gerektiği de belirtilmiştir. Bkz. **Löhnig/ Rottmann**, s. 1014-1015; **Löhnig**, Martin: OLG Celle 25.7.2022 T. – 21 UF 37/21 S. Anmerkung, NZFam 2022, S. 19, s. 901; **Frank**, s. 501

<sup>113</sup> Babalığın tespitinin, BGB § 1760 uyarınca evlat edinmenin ortadan kaldırılmasına yol açmayacağı, zira evlat edinmenin gerçekleştiği sırada biyolojik babanın zaten BGB § 1747 anlamında izin hakkına sahip olmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. **Coaster-Waltjen**, s. 1697.

<sup>114</sup> **Frank**, s. 501.

<sup>115</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1015; **Löhnig**, OLG Celle 2020 Anmerkung, s. 1106-1107.

*ciddi bir ilgisi olduğunu ortaya koyması durumunda, 1. çocuğun üstün yararına hizmet ediyorsa, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir.*" hükmüyle konu açıkça düzenlenmiştir<sup>116</sup>. Bu sonuç zaten, evlat edinme yargılamasındaki araştırmalar başarısız olmakla başka bir erkekle hukuken soybağına sahip babalık ilişkisi kurulmasında, biyolojik babanın evlat edinme yargılamasına katılmamış olması gerçeğinden kaynaklanmaktadır<sup>117</sup>. BGB § 1686a/I b. 1'de diğer hukuken soybağına sahip baba açısından, çocukla arasında kan bağı ilişkisi de aranmadığından, hukuken soybağına sahip babalığın evlat edinmeyle kurulmuş olması farklılık doğurmamaktadır<sup>118</sup>.

Kişisel ilişki kurma hakkı çerçevesinde bu yönde karar verilebilmesi için öncelikle babanın biyolojik babalığının tespit edilmesi, biyolojik babanın çocukla bağ kurulması konusunda ciddi bir talebinin olması ve çocuğun üstün yararının da böyle bir ilişki tesisinden olumsuz etkilenmemesi gerekir<sup>119</sup>.

Potansiyel biyolojik babanın kişisel ilişki kurma hakkından vazgeçtiği hallerde, evlat edinmenin gerçekleşmesinden sonra kişisel ilişki kurma talebini ileri sürmesi mümkün değildir. Böyle bir vazgeçmenin olup olmadığı, her somut olayın kendi özel şartları içinde değerlendirilmelidir. Daha önce evlat edinmeye rıza göstermiş olmak, mutlaka, kişisel ilişki kurma hakkından vazgeçme sonucu doğurmamalı<sup>120</sup>, bu sonucu destekleyen durum ve

<sup>116</sup> Bu hükmün aynı cinsten olan eşlerin evlat edinmelerinde de kıyasen uygulanması hakkında bkz. BGH 16.6.2021 T., – XII ZB 58/20 S., NJW 2021, S. 38, s. 2803, kn. 28.

<sup>117</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1015; BGH 16.6.2021 T., – XII ZB 58/20 S., NJW 2021, S. 38, s. 2803, kn. 27.

<sup>118</sup> BGH 16.6.2021 T., – XII ZB 58/20 S., NJW 2021, S. 38, s. 2803, kn. 28 "*BGB § 1686a/I b. 1 hükmü uyarınca çocukla kişisel ilişki kurulması, hükmün açık ifadesi karşısında babalığın başka bir erkekle sadece kanundan dolayı kurulduğu hallerde değil, aynı zamanda evlat edinme yoluyla kurulan babalık ihtimalinde de söz konusu olabilir. BGB § 1686a/I b. 1 hükmü kişisel ilişki kurma hakkını dışlamamaktadır.*" BGH 16.6.2021 T., – XII ZB 58/20 S., NJW 2021, S. 38, s. 2803, kn. 25.

<sup>119</sup> Alman Hukukunda biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurması için hangi koşulların sağlanmış olması gerektiği hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **İnce**, s. 361-364. Evlat edinmeden önce kişisel ilişki kurulmasının, biyolojik babaya karşı olumsuz yaklaşan anne için de bir teşvik olabileceği, zira kişisel ilişkinin biyolojik babayla çocuk arasında makul bir başlangıç sayılabileceği, ancak evlat edinmeden sonra artık kişisel ilişki kurma ve aşağıda açıklanacak olan çocuk hakkında bilgi alma haklarının ileri sürülmesinin evlat edinmenin yararı doğrultusunda mümkün olmadığı hakkında bkz. **Coester-Waltjen**, s. 1695, 1697.

<sup>120</sup> **Aydoğdu**, s. 543-544; **Serdar**, s. 753; **Löhnig/Rottmann**, s. 1015. Ana babanın rızasını açıklarken ziyaret haklarını muhafaza edemeyecekleri şeklinde aksi görüş için bkz. **Öztan**, s. 971. Alman Hukukunda evlat edinmeye izin vermekle kişisel ilişki kurulama-

koşullar da mevcut olmalıdır. Mesela baba, evlat edinmeye izin verirken ayrıca hukuken soybağına sahip babalığı üstlenmeyi hiç düşünmediğini de beyan etmişse bu beyanın kişisel ilişki kurma hakkından vazgeçmeyi de kapsadığı kabul edilmelidir<sup>121</sup>. Genellikle evlat edinmeye rıza göstermiş biyolojik baba, kişisel ilişki kurmaktan örtülü olarak vazgeçmiş sayılsa da, somut olaya göre çocuğun davaya katılan biyolojik babayla yakınlık kurması halinde kişisel ilişki kurma hakkından vazgeçilmediği sonucuna varmak uygun olur<sup>122</sup>.

yacağına dair bkz. **Frank**, s. 501. Yine aksi düşünceyle Alman Hukukunda vazgeçme yönünde sonuç doğacağına ilişkin bkz. Kanun gerekçesindeki şu ifadeler: “Çocuğun hukuken soybağına sahip bir babaya tabi olma hakkı yararı sebebiyle, biyolojik baba, sadece kişisel ilişki kurma ve bilgi alma hakkına sahip olan ve diğer konularda onu babalık yükümlülüklerinden muaf kılan “hafif bir ebeveynlik” ile yetinmemelidir. Bununla uyumlu olarak biyolojik baba, evlat edinmeye izin vererek hukuken soybağına sahip babalık statüsünü kaybetmişse, artık BGB § 1686a’ya dayanamaz”. BT-Drs. 17/12163, s. 12 (<https://dserver.bundestag.de/btd/17/121/1712163.pdf>, e.t. 05.07.2024); aynı doğrultuda: “Kişisel ilişki kurmak için dava açan biyolojik baba, BGB § 1686a’dan kaynaklanan bu hakka sahip değildir. Bu hüküm biyolojik babaya bu hakkı tanımış olsa da, somut olayda hükmün koşulları gerçekleşmiş değildir. Şöyle ki BGB § 1686a, evlat edinme yoluyla çocuğun hukuken soybağına sahip bir ebeveynle kavuşması durumunda uygulama bulamaz. Burada önem taşıyan nokta, çocuğun evlat edinilmesine biyolojik babanın izin vererek, hukuken soybağına sahip babalık hakkından hiçbir şüpheye yer bırakmayarak bilinçli bir şekilde vazgeçmiş olmasıdır. Kanunkoyucu da biyolojik babaya başkaca haklar tanımak istememektedir. Yasal statüsünden bilinçli olarak feragat eden bir babanın, hangi gerekçeyle, daha önce baba olarak yasal statü elde etmiş bir babadan daha kapsamlı kişisel ilişki kurma hakkına sahip olacağına dair haklı bir gerekçe bulmak zordur.” **Plettenberg**, Ina: “Kein Umgangsrecht für biologischen Vater, der der Adoption des Kindes zustimmt” KG 19.12.2019 T., – 13 UF 120/19, NZFam 2020, S. 14, s. 634.

<sup>121</sup> “Biyolojik baba tarafından beyan edilen evlat edinmeye izin verilmesi, kişisel ilişki kurma hakkını her zaman için engellemez. İzin, yalnızca kişisel ilişki kurma hakkından feragat anlamına da geliyorsa, bu hakkı ortadan kaldırır.” BGH 16.6.2021 T., – XII ZB 58/20 S., NJW 2021, S. 38, s. 2803, kn. 29.

<sup>122</sup> **Löhnig/Rottmann**, s. 1015; “Evlat edinmeye izin verilmesi, ebeveynlik haklarından feragat edilmesiyle ilişkilidir. BGB § 1755/I uyarınca, çocukla olan akrabalık ilişkisi (hukuki ilişki) ve bundan doğan hak ve yükümlülükler evlat edinmeyle birlikte sona erer. Bununla birlikte, bundan hemen biyolojik babanın, feragat kapsamına girmediği takdirde, münferit yetkilerini koruyamayacağı sonucu çıkmaz. BGB § 1686a/I b. 1 ve § 1685/II hükümlerinde olduğu gibi, kişisel ilişki kurma hakkı her zaman için ebeveynlik haklarıyla bağlantılı değildir. Bununla birlikte somut olayda, evlat edinmeye izin verilmesi, ebeveyn haklarının ötesinde çocukla kişisel ilişki kurmaktan feragat edilmesi olarak da değerlendirilebilir. Davaya konu olayda, evlat edinme gerçekleştiikten sonra biyolojik ebeveyn tarafından yapılan kişisel ilişki kurma talebi çelişkili bir davranış olarak görülebilir. Ancak, ilgili taraflar (bu durumda anne, evlat edinen ebeveyn ve biyolojik

Biyolojik babanın evlat edinme yargılamasına katılmadığı durumlarda, çocukla kişisel ilişki kurma hakkından vazgeçildiği söylenemez. Biyolojik babanın aynı zamanda anayasa tarafından güvence altına alınmış babalık hakkı ona, diğer koşulların da gerçekleşmiş olması halinde, evlat edinme gerçekleşmiş olmasına rağmen, kişisel ilişki kurma hakkının tanınmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte, biyolojik babanın, evlat edinenlere ait iletişim bilgilerine sahip olmadığı durumlarda, somut şartlar çerçevesinde bu hakkın gereğinin yerine getirilmesinde zorluk yaşanabilir. Bu zorluğun aşılmasında biyolojik baba, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair açacağı davada, evlat edinenlere ait iletişim bilgilerinin de kendisiyle paylaşılmasını istemelidir. Bu talebin dayanağı, evlat edinmenin hükümlerini düzenleyen TMK m. 314/VI'daki “Evlât edinme ile ilgili kayıtlar, belgeler ve bilgiler mahkeme kararı olmadıkça veya evlâtlık istemedikçe hiçbir şekilde açıklanamaz.” hükmündeki, evlat edinme ile ilgili bilgilerin açıklanması için mahkeme kararına ihtiyaç olmasıdır.

Alman Hukukunda, Kanunda evlat edinmenin sonuçları arasında evlat edinmeyle ilgili bilgilerin mahkeme kararıyla açıklanması yönünde bir hüküm bulunmadığından<sup>123</sup>, konu, evlat edinme sürecine katılan kişiler arasındaki ilişkiye göre belirlenen evlat edinme türleri çerçevesinde iki ihtimalde değerlendirilmektedir: Evlat edinme yargılamasına tüm katılanların birbiriyle tanışıp da isim ve adreslerini bildiği “Açık Evlat Edinme” (offene Adoption) türünde veya biyolojik ebeveynler ile evlat edinen ebeveynlerin şahsen tanışmadığı, ancak aracı kuruluş sayesinde temas halinde olduğu “Yarı Açık Evlat Edinme” (halboffene Adoption) türünde, kişisel ilişki ku-

---

*baba) çocuğun biyolojik babayı tanıması ve onunla kişisel ilişki kurması gerektiği konusunda hemfikir ise durum farklıdır. Bu durumda, hiç şüphesiz, kişisel ilişki kurma hakkından feragat söz konusu değildir.”* BGH 16.6.2021 T., – XII ZB 58/20 S., NJW 2021, S. 38, s. 2804, kn. 32.

<sup>123</sup> Alman Hukukunda “İfşa ve Soruşturma Yasağı” başlıklı BGB § 1758'deki “(1) Evlat edinmeyi ve koşullarını ortaya çıkaracak fiili durumlar, kamu yararının gerekli kaldığı özel sebepler var olmadıkça, evlat edinenlerin ve çocuğun muvafakati olmaksızın ifşa edilemez veya soruşturulamaz. (2) Birinci fıkra, BGB § 1747 uyarınca gerekli iznin verilmesi halinde de uygulanır. Aile mahkemesi, bir ebeveynin izni yerine geçmeye yönelik başvuruda bulunulduğunda, birinci fıkranın hükümlerini doğurması yönünde karar verebilir.” hükmü çerçevesinde, evlat edinmeye ilişkin fiili durumların, sadece evlat edinenlerin veya çocuğun muvafakatiyle ifşa edilebileceğini kabul edilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde evlat edinenlerin veya çocuğun muvafakatinin, kişisel ilişki kurma davasında alınabileceği akla gelebilirse de, Evlat Edinmeye Aracılık ve Refakat Edilmesi ve Taşiyıcı Anneliğe Aracılığın Yasaklanması Hakkında Federal Kanun çerçevesinde konunun farklı şekilde çözüme bağlandığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Löhnig/Rottmann**, s. 1016.

rabilmek için biyolojik anneden bilgi talebinde bulunmak anlamlı olabilir, ancak bu talebin dayanağı hukuken soybağına sahip ebeveynlere karşı bilgi alma hakkı sağlayan BGB § 1686a/I b. 2 değildir<sup>124</sup>. Nitekim evlat edinme kararı açıklandıktan sonra çocuğun annesi -üvey çocuğun evlat edinilmesi haricinde- BGB § 1755/I gereğince hukuken soybağına sahip ebeveyn olmaktan çıkmaktadır. Biyolojik babaya bu durumda, onun ebeveynlik haklarının gereğini yerine getirebilmek adına, kaynağı Federal Anayasa m. 2/I ile bağlantılı olarak m. 1/I ile AİHS m. 8 hükümleri olan; bilgi edinme talebi tanınmalıdır<sup>125</sup>.

Evlat edinme yargılamasına katılanların birbiriyle tanışmadığı ve birbirlerinin isim ve adreslerini bilmediği “Gizli Evlat Edinme” (Inkognito-Adoption) türünde ise, çocuğun nerede olduğu konusunda bilgi sahibi olmayan anneye karşı bilgi edinme talebinde bulunmak boşa bir çaba olacaktır. Bu durumda olası bilgi talebinin muhatabının evlat edinmeye aracılık eden Gençlik Dairesi olduğunun düşünülebileceği, ancak bu talebin de dayanağının BGB § 1686a/I b. 2 olmayacağı, zira bu hükmün biyolojik babayla çocuğun hukuken soybağına sahip annesi arasındaki ilişkide uygulanabilecek bir kural getirdiği belirtilmektedir<sup>126</sup>. Bu durumda biyolojik babanın böyle bir talebi ileri sürme hakkına sahip olup olmadığı konusunun belirsizlik taşıdığı ifade edilmekle birlikte, Bazı Alman İdare Mahkemesi kararları ve bununla ilgili bazı yazarlar, Federal Anayasa’nın m. 2/I ile bağlantılı olarak m. 1/I hükümlerinden kaynaklanan bu talep hakkında Gençlik Dairesi’nin karar verebileceğini, bu kararı verirken biyolojik babanın potansiyel çocuğuyla olan hukuki ilişkilerini tespit eden AİHS m. 8 kuralını da göz önünde tutması gerektiğini, dolayısıyla biyolojik babanın aleyhine olacak şekilde bu konuda peşinen verilecek ret kararlarının hukuka aykırı olacağını ileri sürmektedirler<sup>127</sup>. Bu görüşe ilave olarak, somut olayın özel şartları çerçevesinde, AİHS m. 8 uyarınca bilgi edinme talebinin reddedilmesinde haklılık

<sup>124</sup> Frank, s. 501.

<sup>125</sup> Löhnig/Rottmann, s. 1015.

<sup>126</sup> Frank, s. 501; “Davalılara karşı bilgi edinme talebinin dayanağı BGB § 1686a hükmü değildir. Normun açık lafzına göre özel hukuka ilişkin BGB § 1686a/I b. 2 hükmündeki bu bilgi edinme talebi, evlat edinmeye aracılık eden kuruluş olarak Gençlik Dairesi’ne değil, sadece çocuğun ailesine karşı ileri sürülebilir” Neustadt an der Weinstraße İdare Mahkemesi 2.10.2015 T. – 4 K 292/15.NW S., FamRZ 2016, 148 kn. 1.2.

<sup>127</sup> Neustadt an der Weinstraße İdare Mahkemesi 2.10.2015 T.– 4 K 292/15.NW S., FamRZ 2016, 148 kn. 2; bu sebeple sonuç olarak burada “Yarı Açık Gizli Evlat Edinme”nin söz konusu olacağı hakkında bkz. Grziwotz, Herbert: Neustadt an der Weinstraße İdare Mahkemesi 2.10.2015 T. – 4 K 292/15.NW S., “Auskunftsrechte des leiblichen Vaters bei Inkognitoadoption” NZFam 2015, S. 22, s. 1078.

payı olup olmamasına göre sonuca varılmasının yerinde olacağı, özellikle böyle bir durumda, biyolojik babanın evlat edinme yargılamasına katılmamış olması olgusunun da göz önünde tutulması, çocuğun üstün yararı dikkate alınarak, evlat edinen ebeveynlerin ve biyolojik babanın haklarının tartılması gerektiği de belirtilmektedir.<sup>128</sup>

## 6. Çocuk Hakkında Bilgi Alma

Türk Hukuku yönünden çocuk hakkında bilgi alma hakkı, kişisel ilişki kurma hakkının kapsamı içinde ele alındığından, kişisel ilişki kurma hakkının hukuki dayanakları bilgi alma hakkı için de geçerlidir. Bu doğrultuda biyolojik baba, evlat edinilen biyolojik çocuğu hakkında bilgi alma hakkına da sahip olmalıdır.

Alman Hukukunda ise BGB § 1686a/I b. 2'deki "(1) Başka bir erkekle babalık ilişkisi mevcut olduğu sürece, biyolojik baba, çocukla arasındaki ciddi bir ilgisi olduğunu ortaya koyması durumunda, 2. Haklı bir menfaati olduğu ve çocuğun yararıyla çelişmediği sürece, her bir ebeveyn den çocuğun kişisel durumu hakkında bilgi alma hakkına sahiptir." hükmüyle konu açıkça düzenlenmiştir. Biyolojik babanın haklı menfaati, çocuğun kişisel ilişki kurmaktan kaçınması halinde ortaya çıkabilir. Bu ihtimalde bile çocuk ve biyolojik baba arasındaki bağ devam ettiği için, biyolojik babanın bilgi alma hakkı çerçevesinde çocuğun durumunu öğrenmesi önem taşır. Çocukla kişisel ilişki kurulduğu hallerde bile kimi zaman bu hakkın önemi ortaya çıkabilir. Özellikle çocukla görüşülmesine rağmen, mesela çocuğun yaş küçüklüğü sebebiyle onunla iletişim kurulamadığı durumlar veya sağlık sorunu yaşadığı zamanlar, çocuk hakkında bilgi edinmeyi gerektirebilir. Biyolojik babanın bilgi alma hakkı için çocuğun üstün yararının olumsuz etkilenmesi de dikkat edilmesi gereken bir başka noktadır.<sup>129</sup>

## SONUÇ

Biyolojik babanın sahip olduğu hakların genişletilmesi yönündeki eğilimin bir yansıması da küçüğün evlat edinilmesinde onun rızasının da bir koşul olarak aranmasıdır. Alman Hukukunda somut olarak biyolojik babanın da rızasının aranması yönünde bir düzenleme kabul edilmiştir. Ancak bunun için bu babanın, anneyle gebe kaldığı dönemde birlikte olduğunu ispatlaması

<sup>128</sup> Löhnig/Rottmann, s. 1015.

<sup>129</sup> Alman Hukukunda, biyolojik babanın çocuk hakkında bilgi alma hakkı çerçevesinde hangi koşulların sağlanmış olması gerektiği hakkında daha fazla açıklama için bkz. İnce, s. 364.



gerekmektedir. Bu düzenlemeye göre, çocuğun hukuken soybağına sahip babası varsa, başka bir erkek olarak biyolojik babanın rızası aranmamaktadır. Bu noktada, biyolojik babayla hukuken soybağına sahip baba ebeveynlik haklarını uyumlu bir birliktelik içinde kullanamamaktadırlar, bu ise eleştirisi konusu edilmektedir. Babanın sahip olduğu anayasal ebeveynlik hakkının ve özel hayatın korunması şeklindeki temel insan hakkının gereğinin yerine getirilmesi için, biyolojik babanın da her halükârda rızasını aranması gerektiği ileri sürülmektedir.

Yine Alman Hukukuna göre biyolojik babaya rıza hakkı tanınmakla birlikte, bu baba çocuğun hukuken soybağına sahip babası olmak için girişimde bulunan bir baba da olmalıdır, aksi takdirde onun bu özensizliği, rızasının ikame edilebilmesi için bir gerekçe oluşturur. Böyle bir özensizlik karşısında, artık çocuğun üstün yararı da, onun evlat edinilerek yeni bir sosyal çevrede yetişmesini gerektirebilir.

Alman Hukukunda biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurması ve çocuk hakkında bilgi alması hakları da, evlat edinmede rıza göstermesiyle benzer düşünceler temelinde somut olarak düzenlenmiştir. Türk Hukukunda da biyolojik babanın kişisel ilişki kurma ve çocuk hakkında bilgi alma hakları birlikte; kişisel ilişki kurma hakkı kapsamında değerlendirilmekte ve öğretide kabul görmektedir.

Asıl konumuz olan biyolojik babanın evlat edinmede rızası açısından Türk Hukukunda hâkim görüş, hukuken soybağına sahip olmayan biyolojik babanın rızasının gerekli olmadığını savunmaktadır. Kanaatimizce rızanın aranmasına gerek olmayan hallerden birisini düzenleyen TMK 311/b.1 çerçevesinde biyolojik babanın da rızası aranmalıdır. Bu hükümde kimliği bilinmeyen biyolojik ana babadan bahsedilmekle, zıt anlamından yola çıkarak ulaşılan yoruma göre; kimliği bilinen biyolojik babanın rızasının alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu yorum, babanın özel hayatı ve aile hayatının korunması şeklindeki anayasal ve insan hakkı temelinde desteklenebilir. Aynı zamanda son zamanlarda Anayasa Mahkemesi'nin; biyolojik babanın da babalığın reddi davasını herhangi bir kayda bağlanmadan açabilmesi yönündeki iptal kararındaki düşünceler de bu yoruma hak vermektedir. Tavsiyemiz ise bu konudaki şüpheleri ortadan kaldırmak adına, biyolojik babanın rızasının alınmasına yönelik somut bir düzenlemenin Türk Medeni Kanunu'nda kabul edilmesidir.

Kural biyolojik babanın rızasının aranması olsa da, bu baba doğumdan önce ve sonra anaya ve çocuğa karşı ilgisiz kalmışsa, artık onun korunmaya değer temel babalık hakkından söz edilemez, bu durum aynı zamanda onun

rıza hakkından vazgeçmesi olarak değerlendirilebilir ve rızasının aranması gerekmez. Bundan başka aile mahkemesi tarafından araştırma yükümlülüğü çerçevesinde gerçekleşen soruşturma sonucunda, biyolojik babanın kim olduğu ortaya konulamamışsa, yine rıza aramaya gerek yoktur.

Biyolojik babanın kimliği araştırılırken, yargılamaya katılanlara biyolojik babanın kim ve nerede olduğunu sorulması, özellikle anne bilgi vermiyorsa onun yakın çevresinin dinlenmesi, ancak bu sorgulamada, çocuğun üstün yararının da göz önünde tutulması gerekir. Anne biyolojik babayı bildiği halde açıklamıyorsa, somut olayın koşulları çerçevesinde çocuğun üstün yararı da gerektiriyorsa, anne hakkında babanın kimliğini açıklaması şeklinde tedbir kararı verilmeli, tedbire rağmen kimliği açıklanmayan anne hakkında disiplin hapsine hükmedilebilmelidir. Buna rağmen anne veya yargılamaya katılan kimseler biyolojik babanın kimliğini açıklamaya yanaşmıyorlarsa, evlat edinmede rıza koşulu sağlanamadığından, evlat edinme gerçekleşmemelidir. Bununla birlikte araştırmayla elde edilen bulgulardan, annenin biyolojik babanın kimliğini sakladığı anlaşılıyorsa, artık onun bilmeme beyanına itibar ederek, biyolojik babanın rızasını aramadan evlat edinmeye karar vermekten başka çare kalmamaktadır.

Biyolojik baba evlat edinme yargılaması sırasında rıza göstermeyerek çocuğun evlat edinilmesine engel olmak istediğinde, potansiyel çocuğunun olup olmadığını öğrenmek istediğinde nüfus müdürlüğünden bilgi talebinde bulunamasa da, anneden çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair hükümler çerçevesinde böyle bir talepte bulunabilir.

Biyolojik baba, evlat edinme yargılaması tamamlandıktan sonra çocuğun ve onun evlat edinildiğinden haberdar olmuşsa, ebeveynlik hakkına erişebilmek için, evlat edinmenin ortadan kaldırılması veya soybağının reddi davası açabilir ve akabinde çocuğu tanıma yolunu izleyebilir, ayrıca bu süreçte çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuk hakkında bilgi edinme haklarına da sahiptir.

Biyolojik baba, rıza alınmadığını öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde, annenin gebe kalma zamanında onunla birlikte olduğunu ispat ederek, evlat edinme ilişkisinin ortadan kaldırılması davasını açabilir. Bu davada evlat edinme ilişkisinin kaldırılabilmesi için, bu sonucun çocuğun üstün yararına hizmet etmesi de gerekir. Evlat edinme ilişkisi ortadan kaldırılmakla, çocukla hukuken soybağına sahip baba arasındaki soybağı da ortadan kalkmış olacağı için artık biyolojik baba çocuğu tanıma yolunu izleyebilir.

Biyolojik baba ayrıca herhangi bir koşula ve süreye bağlı kalmaksızın soybağının reddi davası da açabilir. Soybağının reddi davası açmak, özellikle evlat edinmenin ortadan kaldırılmasına yönelik bir yıllık hak düşürücü süreye uyulmamışsa pratik bir anlam taşıyabilir. Ancak bu davanın açılabilmesi için, evlat edinenle/edinenlerle çocuk arasında istikrar kazanmış sosyal ve ailevi ilişkinin bulunmuyor olması da gerekir.

Biyolojik baba isterse, tüm bu süreç boyunca; başka bir deyişle evlat edinme ilişkisi ortadan kaldırılmış veya soybağı reddedilmiş olsun ya da olmasın, hatta çocuğu tanımış olsun ya da olmasın, çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir. Bunun için onun çocukla bağ kurulması konusunda ciddi bir talebinin olması ve çocuğun üstün yararının da böyle bir ilişki tesisinden olumsuz etkilenmemesi gereklidir. Daha önce evlat edinmeye rıza göstermiş olan baba da, rızası ona kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkından feragat olarak yüklenmiyorsa, bu hakka sahiptir. Evlat edinme yargılamasına katılmamış biyolojik baba daha sonradan kişisel ilişki kurulmasını isterse, bunun için açacağı davada, evlat edinenlere ait iletişim bilgilerinin de kendisiyle paylaşılmasını istemelidir.

Biyolojik babanın bu süreçte sahip olduğu bir başka imkân da çocuk hakkında bilgi alma hakkıdır. Biyolojik baba, kişisel ilişki kurulmasına dair sınırlar çerçevesinde, özellikle çocuğun yararıyla çatışmadığı sürece, onun durumu hakkında bilgi alma hakkına da sahiptir.

## KAYNAKÇA

- Acabey**, Mehmet Beşir: Soybağı (Kurulması Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı), İzmir 2002.
- Ataay**, Aytekin: “Medeni Hukukda Evlad Edinme”, İÜHF 1957, C. 21, S. 1-4, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97681> e.t. 12.07.2024), s. 266-355.
- Aydıncık Midyat**, Şirin: “Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri”, İÜHF 2022, S. 80 (2) (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/71349/1147197>), s. 455-506.
- Aydoğdu**, Murat: Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Baygın**, Cem: “Evlat Edinmenin Koşulları”, AÜEHFD 2003, C. VII, S. 3-4, s. 591-626.
- Belen**, Herdem: Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle), İstanbul 2005.
- Çağlayan Aygün**, Gözde: Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları, 2. Baskı, Ankara 2020.
- Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2022.
- Er**, Ali: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Küçüklerin Evlat Edinilmesi, İstanbul 2020.
- Erdem**, Mehmet/Makaracı Başak, Aslı: Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2024.
- Erlüle**, Fulya: “Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, MÜHF-HAD 2010, C. 16, S. 3-4, s. 217-248.
- Frank**, Rainer: “Die Adoption eines nichtehelichen Kindes mit unbekanntem Vater”, FamRZ 2017, S. 7, s. 497-502.
- Grziwotz**, Herbert: Neustadt an der Weinstraße İdare Mahkemesi 2.10.2015 T. – 4 K 292/15.NW S., “Auskunftsrechte des leiblichen Vaters bei Inkognitoadoption” NZFam 2015, S. 22, s. 1078.
- Kaya**, Cengiz: Türk Hukukunda Evlat Edinme, İstanbul 2009.
- Keuter**, Wolfgang: “Zustimmung des leiblichen Vaters zur Adoption”, NZFam 2017, S. 19, s. 873-878.

- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medeni Kanun'unuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004.
- Koçoğlu**, Safa: "Evlat Edinmede Ana Babanın Rızasının Aranıp Aranmaması Sorununun Özellikle Yetkili Kurum Aracılığıyla Evlat Edinme Açısından İncelenmesi", TAAD Nisan 2019, Yıl:11, S. 38, s. 239-265.
- Löhnig**, Martin: OLG Celle 12.10.2020 T., 21WF 87/20 S. "Erfolgsaussichten eines Vaterschaftsfeststellungsantrags trotz vorheriger Adoption des Kindes" Anmerkung, NZFam 2020, S. 24, s. 1106-1107 (OLG Celle 2020 Anmerkung).
- Löhnig**, Martin: OLG Celle 25.7.2022 T. – 21 UF 37/21 S. Anmerkung, NZFam 2022, S. 19, s. 901.
- Löhnig**, Martin/**Riege**, Iris: "Die Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Adoptionsrecht", FamRZ 2015, S. 1, s. 9-11.
- Löhnig**, Martin/**Rottmann**, Daniel: "Der leibliche, nicht rechtliche Vater im Adoptionsverfahren", NZFam 2023, s. 1009-1016.
- Maurer**, Hans-Ulrich: Münchener Kommentar zum BGB (MüKoBGB), § 1741-1772, 9. Auflage 2024.
- Özcan**, Didem: "Evlat edinmede Rıza", İÜHFM 2017, C. LXXV, S. 2, s. 707-722.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2000.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- Pinedo Caro**, Pınar: Evlat Edinmeden Rıza, Ankara 2024.
- Plettenberg**, Ina: "Kein Umgangsrecht für biologischen Vater, der der Adoption des Kindes zustimmt" KG 19.12.2019 T., – 13 UF 120/19, NZFam 2020, S. 14, s. 634.
- Pöcker**, Markus: BeckOK BGB, 70. Edition, München 2024, § 1712-1772.
- Reuß, Philipp M.**: BGH 18.2.2015 T., – XII ZB 473/13 S. Anmerkung, FamRZ 2015, S. 10, s. 831-833.
- Serdar**, İlknur: "Kişisel İlişki Kurma Hakkı", DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s. 739-781.
- Serozan**, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkıbası, İstanbul 2017.
- Şıpka**, Şükran: "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Evlat Edinme"ye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi", İÜHFM 1999, C. LVII, S. 1-2, s. 301-322.

**Wellenhofer**, Marina: BGH 2.7.2014 T., XII ZB 201/13 Anmerkung, FamRZ 2014, s. 1442-1443.

**Yalman**, Süleyman: “Evlat Edinmede Rıza”, AHBVÜHFD, C. 8, S. 2, 2004 (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48132/608802>, e.t. 12.07.2024).

**Yılmaz**, Canan: “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2015, S. 35 (1), s. 103-141.

**Zevkliler**, Aydın/**Cumaloğlu**, Emre/**Acabey**, Beşir: Medeni Hukuk III Aile Hukuku, Ankara 2024.



## KENDİNİ ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRME SUÇU (AsCK m.79)

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1506153>

**Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU\***

### Öz

Anayasa m.72’de belirtildiği üzere vatan hizmeti, bir hak olduğu gibi aynı zamanda bir ödevdir. Askerlik hizmeti şeklindeki bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için belirli koşulların varlığı aranmaktadır. Bunlardan birisi yükümlünün sağlık açısından askerlik hizmetine elverişli olmasıdır. Yükümlünün sağlık muayenesi genel olarak ilk defa yoklama sürecinde yapılarak yükümlünün askerliğe elverişli olup olmadığı tespit edilmektedir. Yapılan muayene sonucunda yükümlü hakkında “askerliğe elverişli değildir” şeklinde karar verilmesi durumunda yükümlü silahaltına alınmamaktadır. İşte askerlik hizmetini yerine getirmek istemeyen yükümlünün başvurduğu hukuka aykırı yollardan birisi de bu karara ilişkindir. Belirtilen amaç doğrultusunda yükümlü, kendisini askerliğe elverişsiz bir hâle getirebilmektedir. Yükümlü her ne kadar kendisine zarar vermiş olsa da Türk Silahlı Kuvvetleri de bu sonuçtan olumsuz yönde etkilenebilmektedir. Bu nedenle yükümlünün kendisini askerliğe elverişsiz bir hâle getirmesi, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu m.79’da kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunu oluşturmaktadır. Çalışmamızda anılan suç, Fransız Askeri Adalet Kanunu’nda yer alan düzenlemelerle de kıyaslanmak suretiyle doktrin-deki görüşler ve yargı kararları ışığında ele alınmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Yükümlü, Askerlik Hizmeti, Askeri Ceza Hukuku, Seferberlik, Askeri Suç

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Kocaeli (canoglu.veysel@gmail.com) ORCID: 0000-0003-1244-8737 (Gönderim Tarihi: 27.06.2024-Kabul Tarihi: 09.09.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



**THE CRIME OF MAKING HIMSELF UNUSEFUL FOR  
MILITARY SERVICE (Art.79 of CMP)**

*(Research Article)*

**Abstract**

*Article 72 of the Constitution states that national service is both a right and a duty. In order to fulfill this obligation in the form of military service, certain conditions are existed. One of them is that the obligor must be healthy. During the determination process, the obligor undergoes a medical checkup. At the end of the medical checkup, it is determined whether he is fit for military service. If the medical checkup concludes that the obligor is "unfit for military service", the obligor cannot be recruited into the army. Those who do not wish to perform their military service may resort to unlawful methods to obtain this decision. For this purpose, the obligor may render himself unfit for military service. Even if the obligor has directly harmed himself, the Turkish Armed Forces may be negatively affected by this outcome. Therefore, it is a crime for the obligor to render himself unfit for military service. This crime is defined as the crime of making himself unuseful for military service in article 79 of the Code of Military Penal numbered 1632. This article discusses that crime within the scope of doctrinal opinions and judicial decisions and compares with the articles in the French Code of Military Justice.*

**Keywords**

*Obligor, Military Service, Military Penal Law, Mobilization, Military Crime*

## GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkek askerlik hizmetini yapmakla yükümlüdür. Bu hizmet, genel olarak yükümlünün öğrenim durumu, fiziksel özellikleri ve mesleği gibi kriterler ile o an mevcut olan ihtiyaca göre belirlenmektedir. Yapılan değerlendirme sonucunda yükümlünün askerlik hizmetini yapacağı kuvvet veya genel komutanlık belirlenmektedir. Yükümlü askerliğini genel olarak yedek subay, yedek astsubay, erbaş ya da er statüsünde ifa etmektedir. Bununla beraber askerlik hizmeti başka şekillerde yerine getirilebilmektedir. Örneğin 7179 sayılı Askeralma Kanunu<sup>1</sup> (AsK) m.11’de düzenlendiği üzere emniyet hizmetleri sınıfında on yıl boyunca görevde bulunmuş olanlar askerlik hizmetini yerine getirmiş kabul edilmektedir. Yine bedellik askerlik ve dövizle askerliğe başvurulması durumunda silahaltına alınan süreç açısından askerlik hizmetinin daha kısa bir zamanda yerine getirilmesi mümkündür. Bu ve benzeri yollardan yararlanmak için gereken koşulları taşımayan veya taşımakla birlikte bunlardan yararlanmak istemeyen yükümlülerin hukuka aykırı yollara başvurduğu görülebilmektedir. Öyle ki askerlik hizmetini daha kısa bir sürede yerine getirmek isteyen ya da hiçbir şekilde yerine getirmek istemeyen yükümlüler, suç teşkil eden fiilleri işleyebilmektedir<sup>2</sup>. Bu yollardan bir kısmı genel olarak 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nda<sup>3</sup> (AsCK) düzenlenmektedir. İşte bu suç tiplerinden birisi, AsCK m.79’da düzenlenen kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçudur.

## I. GENEL OLARAK

<sup>1</sup> 25.06.2019 kabul tarihli ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu, 26.06.2019 tarihli ve 30813 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>2</sup> Esasen bu istek sadece askerlik yapmakla yükümlüler açısından söz konusu değildir. Benzer şekilde cezaevinde olanlar da buradan kısmen veya tamamen kurtulmak amacıyla kendilerine zarar verebilmekte veya intiharı dahi göze alabilmektedir. Öyle ki cezaevinde hükümlüler tarafından gerçekleştirilen bu davranışlara bağlı olarak gardiyanların da intihar etme eğilimine girdikleri görülebilmektedir. Yani intiharın bir yayılmacı etkisi olduğu söylenebilir. Bu bakımdan cezaevinde yaşanan intiharlar ordudakine nazaran daha fazladır. Bkz. **Korsia**, Haïm: *Le Suicide Dans Les Armées: Géner Un Non-Dit*, Université Paris Saclay, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Paris, 2017, s. 288-292.

<sup>3</sup> 22.05.1930 kabul tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, 15.06.1930 tarihli ve 1520 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

AsCK m.79'un madde başlığı kendini askerliğe yaramayacak hâle getirenlerin cezası olduğundan doktrin<sup>4</sup> ve yargı kararlarında<sup>5</sup> görülebileceği üzere biz de kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu demeyi tercih etmekteyiz. Bununla beraber anılan suç için doktrinde<sup>6</sup> ve yargı kararlarında<sup>7</sup> kendini askerliğe elverişsiz hâle getirme suçu da denilebilmektedir. Kanımızca anılan hükümde yer alan “yaramayacak” kelimesi yerine, “elverişsiz” kelimesinin tercih edilmesi, bu suçun “askerliğe elverişli değildir” kararlı sağlık raporunun düzenlenmesiyle yakın ilişkili olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim anılan raporun verilmesi durumunda yükümlü silahlına alınmamaktadır. Bu nedenle askerlik hizmetini yerine getirmeyen yükümlülerin kendilerini bu duruma getirdikleri görülebilmektedir. Özellikle

<sup>4</sup> **Erman**, Sahir: Askerî Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7 nci Bası, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983, s. 156; **Kangal**, Zeynel T.: Askerî Ceza Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 96; **Değirmenci**, Olgun: Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, (Askerî), s. 240; **Demirağ**, Fahrettin: Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 519; **Duran**, Gökhan Yaşar: “Askerî Ceza Kanununda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 13, Sayı 2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı), 2013, (Yaramayacak), s. 1031.

<sup>5</sup> AYM, T. 11.04.2012, E. 2011/111, K. 2012/56, RGT:06.10.2012, RGS:28433; Yar. 7. CD, T. 20.02.2023, E.2021/5710, K.2023/1390, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024); Çalışmamızda yer verilen yargı kararları açısından bu dipnotta genel bir açıklamada bulunmanın yararları olacağını düşünmekteyiz. Bir bilimsel çalışmada başvuru yargı kararlarının taşınması gereken birtakım özellikler vardır. Bunlardan birisi güncellik ile ilgilidir. İlgili konuya dair verilen ilk karar olma özelliğini taşınması veya görüş değişikliğe gidilen karar olma vasfını taşınması gibi durumlar dışında, bir bilimsel çalışmada kullanılan yargı kararlarının güncel olması gerektiğini düşünmekteyiz. Ne var ki diğer askeri suç tiplerinde olduğu gibi AsCK m.79'a dair verilen kararlara özellikle internet ortamında ulaşmanın oldukça güç olduğunu belirtmek isteriz. Aslında bütün derece mahkemeleri tarafından verilen kararların ücretsiz bir şekilde herkese açık olması gerekirken bu kararların yalnızca bir kısmının ücretsiz şekilde paylaşılması ve yine tamamı olmayacak şekilde sınırlı bir kısmının ise belirli bir ücret karşılığında üye olmak suretiyle erişilmesi kanımızca olumsuz bir durumdur. İşte çalışmamızda ele alınan Askerî Yargıtay ve Yargıtay tarafından verilen kararlara dair karar tarihlerinin son birkaç yıl içerisinde bulunmamasının nedeni budur.

<sup>6</sup> **Değirmenci**, Askerî, s. 306; **Burus**, Feyyaz: Askerî Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Sırf Askerî Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 99; **Duran**, Yaramayacak, s. 1043.

<sup>7</sup> Yarg. 19. CD, T. 10.06.2020, E. 2018/8003, K. 2020/6328, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024).

fiil unsuru açısından önem taşıyan elverişliliğe dair raporun, suçun ve cezalandırılabilirliğin diğer kurumlarıyla da ilişkili olması nedeniyle burada ele alınmasında yarar vardır.

AsK m.3'e göre her erkeğin 20 yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci günü başlayıp 41 yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci günü biten sürece askerlik çağı denilmektedir<sup>8</sup>. Bu da kendi içerisinde genel olarak üç dönemden oluşmaktadır. Bunlar, “askerlik çağının başlangıcından muvazaflık hizmetinin başlangıç tarihine kadar geçen süreyi” kapsayan yoklama dönemi, “yükümlünün sevk belgesinde yazılı sevk tarihi ile başlayıp terhis tarihine kadar geçen süreyi” kapsayan muvazaflık dönemi ve “muvazaflık döneminin bitiminden askerlik çağının sonuna kadar olan süreyi” kapsayan yedeklik dönemidir.

Yoklama döneminde, yükümlünün sağlık muayenesini yaptırarak askerliğe elverişli olup olmadığı, öğrenim durumu, mesleği ve nitelikleri tespit edilmektedir<sup>9</sup>. Yoklama sonucunda sağlık muayenesi sonucundaki tespitlere bağlı olarak yükümlüler genel olarak üç gruba ayrılmaktadır. Eğer öngörülen koşullar sağlanmazsa yükümlü hakkında askerliğe elverişli olmadığına dair rapor düzenlenmektedir. Bu durumda yükümlü silahlata alınmamaktadır. Bu koşullar tam olmamakla beraber askerliğe elverişli sayılmayacak bir durum da söz konusu değilse yükümlünün geçici rahatsızlığının bulunduğuna dair rapor düzenlenmektedir. Bu rapor kesin olarak silahlata alınmayacağı anlamına gelmemektedir. Geçici rahatsızlık durumunda askerliğin ertelenmesine karar verilmekte, bu sürenin dolmasıyla birlikte yükümlü yeniden muayeneye girmektedir<sup>10</sup>. Aynı rahatsızlığın devam ettiği hâllerde üç yıl olmuş ise yükümlünün askerliğe elverişli olmadığına karar verilebilmektedir.

<sup>8</sup> Askerlik çağın başka kavramlarla da ele alınabilmektedir. Örneğin Anayasa m.76'da “askerlikle ilişkili olanlar” şeklinde yer alan ibareden, ertelemeyen yararlanmış olsa bile askerlik çağında bulunanların anlaşılması gerektiğinden dair değerlendirmeler için bkz. **Aslan**, Gündüz Alp: “Milletvekillerinin Vatan Hizmeti Yükümlülüğü”, ERÜHFD, Cilt XVII, Sayı 1, 2022, s. 153.

<sup>9</sup> **Ergül**, Ergin: Uygulamada Yoklama Kaçağı, Bakaya ve Saklı Suçları ve İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, (Uygulama), s. 17; Yaş hesaplamaları için detaylı bilgi için bkz. **Polatcan**, İsmet/**Erdem**, M. Süreyya: Açıklamalı-Örnekli-İçtihatlı Askerlik Kanunu ile Yedek Subay Kanunu ve İlgili Yönetmelikler Askerliğin Temel Kavramları, Bayrak Matbaacılık ve Yayımcılık, İstanbul 1997, s. 21, 22; Yaşın isteğe bağlı ve idarece düzeltilmesine dair detaylı bilgi için bkz. **Işıklar**, Celâl: Türkiye'de Askerlik Usûlleri ve Askerlik İşlemlerine İlişkin İdari ve Adli Davalar, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 50-53.

<sup>10</sup> Sürece dair detaylı bilgi için bkz. **Işıklar**, s. 79 vd.

Diğer yandan gerek ilk muayenede gerek sonraki muayenelerde yükümlünün sağlık açısından yeterli olması hâlinde askerliğe elverişli olduğuna karar verilmektedir.

Yükümlü, yoklamasını yaptırdıktan sonra sevkini yaptırmalı ve sevk belgesinde belirtilen tarihte birliğine katılmalıdır. Bu tarihte birliğine katılarak silahlaltına alınan yükümlü muvazzaf olarak kabul edilmektedir. Yükümlünün terhis olduğu tarihe kadar geçen bu zamana muvazaflık dönemi denilmektedir. Bu dönemin tamamında yükümlünün askerliğe elverişli olması gerekmektedir. Eğer yükümlünün sağlığı açısından bir sorun ortaya çıkar ve bu durum, yükümlünün elverişli olmasına engel bir durum oluştursa yapılan muayene sonucunda askerliğe elverişli olmadığına karar verilebilmektedir. Bu çerçevede henüz silahlaltına alınmamış olan yükümlü askerliğe elverişli değilse silahlaltına alınmamakta; alınmış ise terhis edilmektedir<sup>11</sup>. İşte askerlik hizmetini tamamen ya da kısmen yerine getirmeyen yükümlüler, kendilerini sakatlayabilmekte veya bizzat veya başkasını devreye sokarak kendilerini herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak hâle getirebilmektedir. İşte AsCK m.79'da yer alan suç ile bu fiilleri işleyenlerin cezai sorumluluğuna gidilebilmektedir<sup>12</sup>.

AsCK'nin kabul edildiği ilk metinde yer alan bu suçun düzenlendiği AsCK m.79'daki madde metni üzerinde yaklaşık 84 yıllık süre boyunca herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak bu suça dair cezai sorumluluğun belirlenmesinde uygulanan diğer kanunlarda birtakım gelişmeler yaşanmış-

<sup>11</sup> **İşıklar**, s. 151.

<sup>12</sup> Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunun idarenin sorumluluğu açısından da önem arz ettiği söylenmelidir. Nitekim yükümlünün muvazaflık dönemi içerisinde askerliğe elverişsiz hâle gelmesi durumunda Devletin pozitif yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Bu çerçevede uğranılan zarar için idarenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olabilmektedir. Bkz. Dan. 10. D, T. 28.09.2022, E. 2018/2826, K.2022/4217, (Lexpera, Erişim Tarihi:13.03.2024); Ancak yargı kararlarında görülebileceği üzere kural olarak zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunması gerekmekte olup AsCK m.79'da yer alan suçun olduğu hâllerde illiyet bağından söz edilemeyeceğinden idarenin sorumluluğu da ortadan kalkmaktadır. Bkz. AYM, 2. B, Harun Aydoğan Baş. Baş. No:2016/3830, T. 20.11.2019, (www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/3830, Erişim Tarihi:15.03.2024); AYİM, 2. D, T. 03.04.1996, E. 1995/288, K. 1996/418, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024); Bu suçun işlenmesi durumunda failin sağlığı açısından ortaya çıkan durum nedeniyle fail askerlik hizmetini belirli bir süre de olsa yerine getirmektedir. İşte bu süre askerlik hizmetinden sayılmamaktadır.

tır. Özellikle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun<sup>13</sup> ilga edilerek yerine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun<sup>14</sup> yürürlüğe konulmasıyla birlikte köklü değişikliklerin olduğu söylenmelidir. TCK'nin genel hükümlerinin, AsCK gibi özel ceza kanunlarında yer alan suçlar için uygulanacağını kabul eden TCK m.5'in arz ettiği önem vurgulanmalıdır. Nitekim bu düzenlemeyle genel olarak ceza hukuku ilkelerine uygun hareket edilmesi ve böylece hukuk uygulamasında birliğin ve hukuksal güvenliğin sağlanması gibi hususlar amaçlanmıştır<sup>15</sup>. Ne var ki aykırılık teşkil eden hükümler artık yürürlükte olmasa da AsCK'de bulunmaya devam etmektedir. Örneğin ölüm cezası Anayasa m.38/9 başta olmak üzere birçok düzenleme ile yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen AsCK m.79/3'te fail hakkında ölüm cezası verileceği öngörülmektedir. Yine anılan maddede ağır hapis cezasından söz edilmekteyse de 5252 sayılı Kanun<sup>16</sup> m.6'da ağır hapis cezalarının hapis cezalarına dönüşeceği belirtilmektedir. Sözü edilen değişikliklerin AsCK m.79'un üzerine işlenmemesi uygulamada tereddütlerin yaşanmasına ve hukuka aykırı kararların<sup>17</sup> verilmesine neden olabilmektedir. Benzer şekilde askeri yargının kaldırılmasının ardından ülke genelindeki mahkemelerde ve Cumhuriyet savcılıklarında ihtisaslaşmanın tamamen sağlanmamış olması da birtakım karışıklıklara neden olabilmektedir. Bu nedenlerden ötürü aşağıda daha de-

<sup>13</sup> 01.03.1926 kabul tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 13.03.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.07.1926 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 5252 sayılı Kanun m.12/1-b ile 01.06.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>14</sup> 26.09.2004 kabul tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>15</sup> Aras Türey, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:13, S:2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı), 2013, s. 1735; **Özbek**, Veli Özer: Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 35.

<sup>16</sup> 04.11.2004 kabul tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 13.11.2004 tarihli ve 25642 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>17</sup> Özellikle ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlar incelendiğinde zımnen yürürlükten kaldırılmış olan hükümlere dayalı kararların verildiği görülebilmektedir. Birçok karar arasından bir karardan bahsetmek gerekirse AsCK m.81/1'de yer alan suçun yaptırımının on yıla kadar ağır hapis cezası olduğu yazılı olsa da aşağıda detaylı şekilde ele alınacağı üzere ilgili Kanun'larda öngörülen hükümlere göre yaptırım bir yıldan on yıla kadar hapis cezasıdır. Ancak ilk derece mahkemesi, TCK m.49/1'i uygulamıştır. Ayrıca burada az vahim hâlden dolayı indirime gidilmeden yaptırımın doğrudan bir ay üzerinden ele alındığını belirtmek isteriz. Bkz. Eleşkirt AsCM, T. 28.05.2013, E. 2010/120, K. 2013/124, özel arşiv.

aylı bir şekilde açıklayacağımız birtakım hususlardan dolayı AsCK m.79'un gözden geçirilmesi gerektiğini ifade etmek isteriz. Öyle ki anılan hükümle birlikte AsCK'nin yeniden kaleme alınmasında yarar vardır.

AsCK'de hüküm altına alınmış olan suçların bir kısmı sırf askeri suç olarak kabul edilmektedir<sup>18</sup>. Bu kabule bağlı olarak fail, yaptırım ve muhakeme gibi birtakım alanlarda farklı hükümlerin uygulanması söz konusu olabilmektedir. Suça dair bu sınıflandırmaya daha geniş açıdan bakılmasında yarar vardır. 2021 yılında 7329 sayılı Kanun m.1 ile değiştirilen AsCK ek m.11'de askeri suç ile sırf askeri suça dair tanımlara yer verilmektedir<sup>19</sup>. Askeri suç, AsCK'de düzenlenen suçlar ile asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar olarak; sırf askeri suç ise asker kişiler tarafından işlenen AsCK'de yer alan belirli suçlar olarak tanımlanmaktadır. Burada sınırlayıcı bir sayım benimsenmektedir. Anılan hükme bakıldığında AsCK m.79'da yer alan suçtan AsCK ek m.11'de açık bir şekilde bahsedildiği görülebilmektedir. Hemen belirtmek isteriz ki bu koşul suçun askeri suç sayılması için yeterli olmamaktadır. İkinci olarak suçu işleyen kişiye bakılmaktadır. Bu nedenle anılan suçun asker kişi tarafından işlenip işlenmemesine bağlı olarak sırf askeri suç olarak nitelendirilmesi değişebilmektedir. Asker kişi ise AsCK m.3'te "Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş,

<sup>18</sup> Erman, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçunun yanı sıra firar ve iffetsiz bir kadınla evlenmek gibi fiillerin suç olarak düzenlenmesiyle diğer suçları ayrı tutmaktadır. Nitekim bu suçların unsurlarına bakıldığında TCK'de yer alan suçlara, en azından bu suçların unsurlarından bir kısmı açısından da dahi benzerlik bulunmamaktadır. Bu nedenle sözü edilen suçlar sırf askeri suç olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Erman**, s. 156; MSB tarafından hazırlanan AsCK Taslağında sırf askeri suçlar yine sadece asker kişi tarafından işlenebilen AsCK'de yer alan suçlar şeklinde tanımlanmıştır. Gereğeeye bakıldığında örneğin bakaya kalma suçunun AsCK'de tanımlanmış bir suç olmasına karşın asker olmayan yani sivil kişiler tarafından da işlenebileceği ileri sürülmüştür. Buna göre bu bir askeri suç olmakla beraber sırf askeri suç olamamaktadır. Bununla beraber örneğin firar suçu hem AsCK'de tanımlanmakta hem de bir asker kişi tarafından işlendiğinden sırf askeri suç olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Ergutekin**, İdris: Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Fiilleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 52.

<sup>19</sup> Söz konusu değişiklik öncesinde AsCK'de yer alan suçların, askeri suç veya sırf askeri suç olarak nitelendirilmesi hususunda birtakım belirsizlikler mevcuttu. Getirilen hükümde hangi suçların sırf askeri suç olduğu tahdidi şekilde sayıldığından bu karmaşıklığın ortadan kalktığı söylenebilir. Bkz. **Öztürk**, Cemal/**Çakan**, Anıl: "Askeri Ceza Yargılaması ve 7329 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", ODÜ Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, 2023, s. 1667.

sözleşmeli erbaş ve er, erbaş ve erler ile askerî öğrencilerdir.” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, anılan suçun asker kişi tarafından işlenmesi hâlinde bu suç artık bir sırf askeri suç olarak kabul edilecek ve fail, yaptırım ve muhakeme gibi birtakım kurumlarda farklı hükümlerin uygulanması söz konusu olabilecektir.

## II. FRANSIZ HUKUKU BAKIMINDAN

Fransız hukukunda temel ceza kanunu Fransız Ceza Kanunu<sup>20</sup> (FCK) iken ceza yargılamasına dair temel hükümler Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nda<sup>21</sup> (FCMK) bulunmaktadır. Askeri düzene ilişkin suç tipleri ile bu suçların yargılanmasına dair usul hükümleri ise esas olarak Fransız Askeri Adalet Kanunu'nda<sup>22</sup> (FAAK) düzenlenmektedir. Türk hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda da askeri ceza hukukunun, genel ceza hukukundan ayrı bir alan olarak kabul gördüğü ifade edilebilir. Özellikle 20'nci yüzyılın sonlarına kadar askeri yargı ile askeri ceza ve ceza muhakemesi hukukuna dair kanunların varlığına bakıldığında Türk hukuku ile Fransız hukukunda benzer şekilde askeri ceza hukukunun genel ceza hukukundan ayrı ele alındığı söylenebilir. Günümüze kadar gelen süreçte sivilleşme ön plana çıktığından dolayı askeri yargının alanı daraltılmış ve bazı fiiller suç olmaktan çıkarılmıştır. Nitekim Türk askeri ceza hukukuna bakıldığında 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle<sup>23</sup> savaş dışında sivillerin yanı sıra asker kişileri tarafından da işlenen belirli suçların adli yargıda görülmesi gibi birtakım düzenlemelerle askeri yargının alanı daraltılmış, 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle<sup>24</sup> askeri yargı tamamen kaldırılmış ve 2021 yılında askeri ceza muhakemesi hukukuna dair temel kanun olan 353 sayılı

<sup>20</sup> Code penal için bkz. ([www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070719](http://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719), Erişim Tarihi:15.04.2024).

<sup>21</sup> Code de procédure pénale için bkz. ([www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006071154](http://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154), Erişim Tarihi:15.04.2024).

<sup>22</sup> Code de justice militaire için bkz. ([www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006071360](http://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071360), Erişim Tarihi:15.04.2024).

<sup>23</sup> 07.05.2010 kabul tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 13.05.2010 tarihli ve 27580 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>24</sup> 21.01.2017 kabul tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 11.02.2017 tarihli ve 29976 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.



Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu<sup>25</sup> ilga edilmiştir. Fransız askeri ceza hukukunda da benzer gelişmeler yaşanmasına rağmen askeri mahkemeler ile özel kanunların hâlen mevcut olduğu belirtilmelidir<sup>26</sup>. Askeri mahkemelerin yeniden yapılandırılması nedeniyle mevcut durumda özellikle barış zamanında<sup>27</sup> askeri mahkemeler ile diğer mahkemeler arasındaki farkın önemli ölçüde kapandığı ifade edilmektedir<sup>28</sup>. Keza FAAK, askeri ceza hukukunun alanının daraltılması ve genel ceza hukuku ile arasında yaşanan birtakım belirsizliklerin giderilmesi amacıyla 11 Mayıs 2007 tarihinde yürürlüğe konulmuştur<sup>29</sup>. FAAK'ye bakıldığında askeri ceza hukukunun kendine özgü kuralları büyük oranda korunmakla beraber, yargılamaya dair hükümlerde önemli değişikliklerin yapıldığı söylenmektedir<sup>30</sup>. Sonuç olarak FCMK ile daha uyumlu bir FAAK'nin yürürlüğe konulduğu belirtilmektedir<sup>31</sup>.

Tarihsel süreç içerisinde Fransız ceza hukukunun en önemli kanunlarından birisi olan ve Napolyon Bonapart döneminde yürürlüğe konulan 1810 tarihli Ceza Kanunu'nda birtakım askeri suçlara yer verilmişse de AsCK

<sup>25</sup> 25.10.1963 kabul tarihli ve 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, 26.10.1963 tarihli ve 11541 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>26</sup> **De Andrade**, Aurélie: "La Distinction Temps De Paix/Temps De Guerre En Droit Pénal Militaire: Quelques Éléments De Compréhension", Les Champs de Mars, Cilt 10, Sayı 2, 2001, s. 156; Özellikle barış zamanı işlenen suçlar yönünden Fransa'da askeri mahkemelerin bakabileceği suçların kapsamı oldukça daraltılmıştır. Saas, uzmanlaşmanın ve cezasızlığın önlenmesi gibi birtakım amaçlar doğrultusunda askeri yargının mevcut olması gerektiğini ulusal ve uluslararası düzeyde ayrıca ele almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Saas**, Claire: "La Justice Militaire En France", Archives De Politique Criminelle, Cilt 29, Sayı 1, 2007, s. 187 vd.

<sup>27</sup> **Doaré**, Ronan: "La Judiciarisation Des Activités Militaires: Quelles Réponses?", Inflexions, Cilt 28, Sayı 1, 2015, s. 130; Barış zamanında askeri ceza hukuku ile genel ceza hukuku arasındaki fark giderek kapanmaktadır. Bu durum özellikle suçun bir asker personel tarafından yurtdışında işlendiği hâllerde daha belirgin olmaktadır. Bkz. **De Andrade**, s. 157, 158.

<sup>28</sup> Askeri personel devlete bağlı çalıştığı için bir memur gibi görünse de ikisi arasında önemli farklar vardır. Memurlara dair düzenlemelerde askeri personelden bahsedilmemektedir. Yine askeri personel için memur olarak kabul edilmeyen devlet görevlisi denilebilmektedir. Milleti için hayatını feda edebilmeyi görev belleyen askeri personel, diğer insan ve memurlardan farklı olsa da yaşanan değişimle bu farkın azaldığı ileri sürülebilir. Bkz. **Peton**, Emmanuel-Marie: "Droit et spécificité militaire", Inflexions, Cilt 18, Sayı 3, 2011, s. 203-205, 209.

<sup>29</sup> **Saas**, s. 185.

<sup>30</sup> **Saas**, s. 185.

<sup>31</sup> **Saas**, s. 185.

m.79'da yer alan suç tam ya da büyük oranda karşılayan bir suç tipinin bulunduğu söylenemez<sup>32</sup>. Örneğin asker kişinin intihar etmesi gibi fiiller bu Kanun döneminde firar suçu kapsamında ele alınmaktaydı<sup>33</sup>. İlerleyen süreçte asker kişinin kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirmesi mülga Fransız Askeri Adalet Kanunu'nda<sup>34</sup> olduğu gibi FAAK'de de müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir<sup>35</sup>. Bu suç, FAAK'nin askeri suçlar ve silahlı kuvvetlerin yargı yetkisi kapsamında uygulanacak cezalar başlıklı üçüncü kitabının askeri suçlar başlıklı ikinci kısmının gönüllü sakatlanma başlıklı üçüncü bölümünde L321-22 ile L321-24 arasında üç madde hâlinde hüküm altına almaktadır. İlgili bölümün başlığı "De la mutilation volontaire" şeklinde olup çeviriyi<sup>36</sup> aslına bağlı kalarak yaptığımızdan gönüllü sakatlanma olarak kullanmaktayız. AsCK m.79'un madde başlığı ile fiil unsuru arasındaki tam karşılamama durumunun benzer bir şekilde burada da söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten de "Kendini askerliğe yaramayacak hale getirenlerin cezası" madde başlıklı AsCK m.79'da "Kendisini kasten sakatlayan veya her hangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren" ibaresi bulunurken "De la mutilation volontaire" bö-

<sup>32</sup> **Korsia**, s. 365.

<sup>33</sup> **Korsia**, s. 365.

<sup>34</sup> 1 Mayıs 1983 tarihinde yürürlüğe giren mülga Fransız Askeri Adalet Kanunu, 12 Mayıs 2007 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Code de justice militaire için bkz. ([www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070884](http://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070884), Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>35</sup> Söz konusu fiil sonradan ayrı bir suç tipi olarak düzenlenip kabul edilmiş olsa bile firar suçuyla olan ilişkisi ve benzer bakış açısı günümüzde de etkisini göstermektedir. Bkz. **Korsia**, s. 365.

<sup>36</sup> Mutilation kelimesi sözlükte sakatlama, kırma ve koparma anlamlarına gelirken fiil şekli olan mutiler ise bir yerlerini koparmak, sakat etmek, bozmak ve kırmak şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. **Yalt**, A. Rıza: Grand Dictionnaire Français-Turc, Geliştirilmiş İkinci Baskı, Serhat Kitap Yayın ve Dağıtım, Gözden Geçirilmiş, İstanbul 1984, s. 688; Mutilation kelimesi kesme anlamında kullanıldığı gibi dişilerin sünnet edilmesi olarak mutilation sexuelle şeklinde de kullanılabilir. Bkz. Lexique Des Termes Juridiques, 25e Éditions, Éditions Dalloz, 2017-2018, s. 1369, 1370; Bedeni zarar anlamına gelen ve daha çok medeni hukukta kullanılan dommage corporel ibaresi tanımlarken sakatlanma anlamına gelen mutilation kelimesi tercih edilebilir. Bkz. Lexique Des Termes Juridiques, s. 781; İkinci kelime olan volontaire kelimesi ise iradeyle yapılan, iradi, direngen ve gönüllü şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. **Yalt**, s. 1120; Konuyla ilgisi bulunduğundan dolayı, gönüllü askerlik hizmeti için service militaire volontaire denildiğini de eklemek isteriz. Bkz. **Demiral**, Serkan: Türkçe-Fransızca Sosyal Bilimlerde Kullanılan Temel Terimler Sözlüğü, IJOPEC Publication, Londra 2020, s. 78.

lüm başlıklı FAAK m.L321-22’de “s’être rendu volontairement impropre au service” (Gönüllü bir şekilde kendisini askerlik hizmetine uygun olmayacak bir hâle getiren) ibaresine yer verilmektedir. Kanunilik ilkesi açısından cezai sorumluluk madde başlığı yerine maddenin içeriğinde yer alan ibarelere göre belirleneceğinden bu tür bir çevirinin uygun düştüğünü söyleyebiliriz.

Gönüllü sakatlanma suçu fail açısından özellik göstermektedir. Bu suç ancak asker kişi tarafından işlenebilmektedir. Bu nedenle fail açısından özgü suç olduğu ifade edilmelidir. Suçun maddi konusu kural olarak insan bednidir. Hemen yukarıda ifade edildiği üzere suçun fiil unsuru failin kendisini askerlik hizmetine uygun olmayacak bir hâle getirmektir. Madde metninde belirtildiği üzere bu hâl kalıcı olabileceği gibi geçici nitelikte de olabilmektedir<sup>37</sup>. Yine bu hâle gelme açısından bir sınırlandırma bulunmadığından serbest hareketli bir suç olduğu belirtilmelidir. Hareket ve neticeye dair diğer özellikler açısından AsCK m.79’da yer alan fiile benzer olduğu söylenebilir.

Failin bu suçu işlemedeki amacı önem arz etmektedir. Madde metninde “askeri görevlerini yerine getirmekten kaçınmak amacıyla” denilmektedir. Bu nedenle suçun ancak anılan özel kastla işlenebileceği ifade edilmelidir.

Bu suç bir zarar suçudur. Ayrıca hareket ile netice birbirinden ayrıldığından neticeli bir suçtur. Bu nedenle suçun kural olarak teşebbüse elverişli olduğu söylenmelidir. Ancak FAAK m.L321-22’de belirtildiği üzere suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa da tamamlanmış gibi cezaya hükümlenmektedir. Esasen failin intihar etmek istemesi fakat intiharın ölümle sonuçlanmaması durumunda sakatlanma söz konusu olabileceğinden suç tamamlanmış olmaktadır<sup>38</sup>. Yine de suç yoluna giren fail askerlik hizmetine uygun olmayacak bir hâle gelmemiş ise anılan hükümden dolayı bu hâle gelmiş gibi cezai sorumluluğuna gidilebilecektir.

<sup>37</sup> FCK’ye bakıldığında mutilation kelimesinin çoğunlukla “entraîné une mutilation ou une infirmité permanente” şeklinde kullanıldığı görülmektedir. Burada benzer bir anlama sahip olan infirmité kelimesi, kalıcı anlamına gelen permanente kelimesiyle kullanıldığından mutilation kelimesinin geçici sakatlık olarak yorumlanması kanımızca mümkündür. İşte FAAK m.L321-22’de geçici veya kalıcı bir biçimde anlamına gelecek şekilde “soit d’une manière temporaire, soit d’une manière permanente” ibaresine yer verilmesiyle bu belirsizliğin önüne geçildiğini söyleyebiliriz. Hatta benzer bir düzenlemenin AsCK m.79’da da kaleme alınması belirsizliğin giderilmesi açısından isabetli olacaktır. Ancak bu durumda geçici olmadan ne anlaşılması gerektiği yönünde bir belirsizlik söz konusu olacaktır. Bu nedenle suçun oluşması için aranan askerliğe yaramayacak hâlin ne kadar süreceğinin net bir şekilde belirlenmesi gerekecektir.

<sup>38</sup> **Korsia**, s. 365.

Yaptırım açısından farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda suçun barış zamanı işlenmesi durumunda fail hakkında beş yıl hapis cezası ile FCK m.131-26'da yer alan belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına hükmedilmektedir. Failin rütbeli<sup>39</sup> olması durumunda ayrıca meslekten çıkarılmasına da karar verilebilmektedir. Suçun savaş zamanında işlenmesi durumunda yaptırım on yıl hapis cezası olmaktadır. Bununla beraber silahlı bir örgütün varlığı, olağanüstü hâl veya kuşatma altında bir yer söz konusu ise aynı ceza uygulanmaktadır. Suçun, düşmanın karşısında işlenmesi durumunda ise müebbet hapis cezası öngörülmektedir. Suç ortaklarının doktor veya eczacı olması durumunda, asker olmayanlar hakkında uygulanan 4.500 Avro para cezasına ek olarak hapis cezası iki katına kadar artırılabilir.

---

<sup>39</sup> FAAK m.L321-22'de failin "officier" olmasından söz edilmektedir. Subayın yanı sıra genel olarak memurlar için de kullanılan bu kelime anılan madde metninde Fransız Silahlı Kuvvetlerinde (Forces armées françaises) general sınıfı da dâhil olmak üzere belirli statüde bulunan asker kişiler için kullanılmaktadır. Fransız Silahlı Kuvvetlerindeki rütbelere dair detaylı açıklama için bkz. ([www.defense.gouv.fr/terre/grades-larmee-terre](http://www.defense.gouv.fr/terre/grades-larmee-terre), Erişim Tarihi:15.04.2024).

### III. BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

#### A. Başkasını Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirme Suçu (AsCK M.80)

Başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçuyla aynı fasılda, art arda maddelerde düzenlenmektedir. İki suç, korunan hukuki değer, konu, fiil ve manevi unsur gibi birçok açıdan benzer olmakla birlikte, temel farkın fiilden kaynaklandığı söylenebilir. Aşağıda açıklanacağı üzere AsCK m.79'daki üçüncü seçimlik hareket olan kendisini herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak hâle getirtmek hareketinin üçüncü bir kişi tarafından işlenmesi durumunda genel olarak AsCK m.80'den söz edilecektir. AsCK m.79'da yer alan suçun faili ile suçun maddi konusu örtüşmektedir. Gerçekten de bu suçun maddi konusu, failin bedenidir. Buna karşın AsCK m.80 açısından suçun faili, fiili başkasına ait bir beden üzerinde gerçekleştirmektedir. Keza fail, bu kişiyi sakatlamakta veya askerliğe yaramayacak hâle getirmektedir<sup>40</sup>. Burada suçun maddi konusu olan kişinin rızasının suçun oluşumu açısından bir önem arz etmediği vurgulanmalıdır. Nitekim rıza olsa da olmasa da failin söz konusu fiilleri işlemesi durumunda AsCK m.80'de yer alan suç oluşmaktadır. Buna karşın rızanın varlığı suçun maddi konusu olan kişi açısından AsCK m.79'da yer alan suç açısından değer taşımaktadır. Eğer bu kişinin rızası yoksa kişinin cezai sorumluluğu olmayacak ancak kişi kendi göstermiş olduğu rızayla bu hâle getirilmiş ise bu durumda AsCK m.79'de yer alan suçun faili olmaktadır. Bu kapsamda Askeri Yargıtayın da kararına konu bir olaydan söz etmek gerekirse sanık (A) aynı birlikte askerlik yapan sanık (B)'nin izin almasını sağlamak amacıyla koluna sert bir eşya ile vurarak kemiğini kırmıştır. Bunun üzerine sanık (B) bir ay süreyle hava değişimine gönderilmiştir. Yüksek Mahkeme, sanık (A)'nın AsCK m.80'in faili olması nedeniyle AsCK m.79'a göre belirlenen cezanın onanmasına karar vermiştir<sup>41</sup>.

İki suç arasındaki bir diğer fark suçun niteliğine ilişkindir. Her iki suç da AsCK'de düzenlendiği için birer askeri suçtur. AsCK ek m.11'de yazan suçların asker kişi tarafından işlenmesi durumunda sırf askeri söz konusu olmaktadır. Bu hükümde AsCK m.79 yazılı olmasına karşın AsCK m.80'ye

<sup>40</sup> **Taşkın**, Rifat: Askerî Ceza Kanunu Şerh, Sekizinci Basım, Harp Okulu Basımevi, Ankara 1946, s. 49; **Burus**, s. 102.

<sup>41</sup> As. Yarg. 4. D, T. 30.03.2004, E. 2004/378, K. 2004/404, (Legalbank, Erişim Tarihi:11.12.2023).

yer verilmemektedir. Bu durumda AsCK m.80'in failinin asker ya da sivil kişi olduğu her durumda bir askeri suç olduğu söylenmelidir. Nitekim AsCK m.80'de "79 uncu maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapan dahi aynı ceza ile cezalandırılır." denilmek suretiyle bu hükümde fiil ve yaptırım gibi hususlara atıfta bulunmaktadır. Bir suçun sırf askeri suç sayılması, sanık veya fail açısından cezanın ertelenmesi, önödeme ve tutuklama gibi kurumlarda aleyhe hükümlerin uygulanmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle AsCK m.80'in kıyas yoluyla sırf askeri suç olarak kabul edilmesi hukuk devleti ve kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

### **B. Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapma Suçuyla (AsCK m.81) Karşılaştırılması**

Karşılaştırmaya konu iki suç AsCK'de aynı fasılda birlikte düzenlenmektedir. Birçok açıdan benzer noktalara sahip olan bu iki suç genel olarak askerlik hizmetini yerine getirmek istemeyen yükümlünün başvurduğu birtakım hukuka aykırı yolları konu almaktadır. Bu bakımdan korunan hukuki değer açısından her iki suçun da ortak noktaya sahip olduğu söylenebilir<sup>42</sup>. Benzer şekilde suçtan zarar görenin de her iki suç açısından ortak olduğu ifade edilebilir<sup>43</sup>. Yine iki suçun faili genel olarak askerlik hizmetiyle ilişkisi olan kişi olduğundan iki suç da fail açısından özgü suçtur. AsCK m.79'dan farklı olarak AsCK m.81'de failin "askerlik çağına girenlerden" olduğu belirtilmektedir. İki suç da hem asker hem de sivil kişi tarafından işlenebilmektedir<sup>44</sup>. Bununla birlikte iki suça da AsCK ek m.11'de açıkça yer verildiğinden asker kişi tarafından işlenmesi durumunda bu suçların sırf askeri suç olduğu söylenmelidir.

İki suç arasındaki farklılıklardan birisi manevi unsura ilişkindir. AsCK m.81'de "askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile" şeklindeki ibareye yer verildiğinden bu suçun ancak özel kastla işlenebileceği söyle-

<sup>42</sup> **Değirmenci**, *Askerî*, s. 307; Fahrettin **Demirağ**, *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2022, s. 268, 273; **Duran**, *Yaramayacak*, s. 1033; **Duran**, Gökhan Yaşar: "Askerî Ceza Hukukunda Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak Suçu (AsCK 81)", *TBB Dergisi*, Sayı 105, 2013, (Hile), s. 330.

<sup>43</sup> **Duran**, *Yaramayacak*, s. 1039; **Duran**, *Hile*, s. 346; **Bölükbaş**, Tonguç: "Askerden Kurtulmak İçin Hile Yapma Suçu: (Askerî Ceza Kanunu 81. Madde)", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 39, Kasım 2009, s. 72, 73.

<sup>44</sup> **Duran**, *Yaramayacak*, s. 1037.

nebilir<sup>45</sup>. AsCK m.79'da bu tür bir ibare bulunmamaktadır. Her ne kadar Askeri Yargıtay<sup>46</sup> ve Yargıtay<sup>47</sup> ile doktrindeki hâkim görüşe göre<sup>48</sup> bu suç için failin kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirmek gibi belirli bir saikle hareket etmesi gerektiği belirtilmekteyse de bize göre mevcut düzenleme açısından suçun genel kastla işlenmesi mümkündür.

Bir diğer fark fiile ilişkindir. İki suçun fiil unsurunu oluşturan hareketler farklı olmakla beraber, ikisi de seçimlik hareketlidir<sup>49</sup>. AsCK m.81'in seçimlik hareketlerinden birisi hile yapmaktır. Burada yer verilen hilenin uygulanma alanının geniş olması nedeniyle iki suç arasında hareket açısından yakın ilişki söz konusu olabilmektedir. Örneğin yükümlünün askerlik hizmetini yerine getirmemek amacıyla kendisini sakatlaması, duruma göre hile olarak değerlendirilebilir. Bir karardan söz etmek gerekirse askeri mahkeme, sanığın er olarak görev yaptığı süreçte özel asayiş timinde görevlendirilmek amacıyla kantinden almış olduğu tıraş amaçlı jilet ile sol kolunu altı cm'lik kesmesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın askerlikten kurtulmak için hile yapma suçundan mahkûmiyetine karar vermiştir<sup>50</sup>. Askeri Yargıtay, özel kastın şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ispatlanamamasından dolayı hükmün bozulmasına karar vermiştir. Bize göre bu olayda askerinin sol kolunu jiletle kesmesi şeklindeki fiil hile olarak değerlendirilmemelidir. Kaldı ki hilenin varlığı düşünülse bile bu hilenin aldatmaya yeterli olduğu söylenemez. Keza sanık uyuşturucu madde kullanmayı bırakmak için ilaç kullandığını ve bu ilaçların zamanında kendisine verilmemesi üzerine bilek-

<sup>45</sup> **Değirmenci**, Askerî, s. 320; **Bölükbaş**, s. 69; **Kardaş**, Ümit H./**Çıngı**, Mehmet: Askeri Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, Mevzuatlı Askeri Ceza Kanunu Şerhi II. Cilt Madde (66-91), Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, (II), s. 449, 450; Yarg. 7. CD, T. 02.12.2014, E. 2013/5526, K. 2014/20716, (Legalbank, Erişim Tarihi:11.12.2023).

<sup>46</sup> As. Yarg. DK, T. 27.09.2001, E. 2001/79, K. 2001/76, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>47</sup> Yar. 7. CD, T. 20.02.2023, E. 2021/5710, K. 2023/1390, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>48</sup> **Çelen**, Orhan: En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı Ek ve Örnekli Askerî Ceza Kanunu, Cantekin Matbaacılık Yayıncılık, Ankara 2001, s. 290; **Değirmenci**, Askerî, s. 311; **Duran**, Yaramayacak, s. 1043.

<sup>49</sup> **Kangal**, s. 8; **Değirmenci**, Askerî, s. 308, 316; **Demirağ**, s. 273; Bununla beraber kanun koyucunun hileli davranışlardan bazılarını özel olarak belirttikten sonra askerlikten kurtulmak sonucunu doğurabilecek hile ve desiseleri de her ne suretle olursa olsun cezalandırıldığı ifade edilmektedir. Bkz. **Çelen**, s. 303.

<sup>50</sup> As. Yarg. 2. D, T. 11.06.2014, E. 2014/632, K. 2014/628, (Legalbank, Erişim Tarihi: 11.12.2023).

lerini jiletle kestiğini söylemiştir. Bu durumda söz konusu fiil açısından AsCK m.81 yerine, AsCK m.79'da yer alan suçun oluşması kanımızca daha muhtemeldir. Ancak burada da eylemin belirli bir seviyeye ulaşması gerektiği söylenmelidir. Bu husus aşağıda fiil başlığı altında ele alınacaktır.

Başka bir karara konu olayda ise bölükteki spor hizmetine katılmaktan muaf tutulmayı isteyen sanık, kendisini böbrek hastası olarak göstermek amacıyla on adet taş yutmuştur. Akabinde birliğin revirine giden sanığın hastaneye iki kere sevki yapılmış, ilk muayenede taş yuttuğu kolay bir şekilde fark edilmemişse de sonra yapılan muayene ve tetkikler sonucunda sanığın yabancı cisim yuttuğu, sanığın beyanının aksine bu cisimlerin üriner olmadığı ve dışkı yoluyla vücuttan atıldığı tespit edilmiştir. Bu süreçte sanık aralıklarla kışladan uzaklaşmış olduğundan kısmen de olsa askerlikten kurtulduğu gerekçesiyle Askeri Yargıtay ilgili Dairesi, sanığın askerlikten kurtulmak için hile yapma suçunu işlediği yönünde karar vermiştir. Ancak Başsavcılığın itirazı üzerine incelemede bulunan Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, sanık tarafından gerçekleştirilen davranışların AsCK m.81'de bahsedilen amacı gerçekleştirmeye elverişli düzeyde olacak şekilde hile olarak kabul edilemeyeceğinden sözü edilen suçun unsurlarının oluşmadığı yönünde mahkûmiyet hükmünün esastan bozulmasına karar vermiştir<sup>51</sup>. Bu olayda sanığın böbreklerinde taş olduğunu göstermek amacıyla on adet taş yutması eğer sanığın sakatlanmasına veya askerliğe yaramayacak bir hâle gelmesine neden olmuşsa AsCK m.81 yerine AsCK m.79'a göre cezai sorumluluğuna gidilmesi daha uygun olacaktır.

Bazı durumlarda yükümlünün askerlik hizmetini yerine getirmemek amacıyla birden fazla suça konu fiili işlediği görülebilmektedir. Örneğin askerlikten kurtulmayı amaçlayan yükümlü, kendisine zarar vermek suretiyle askerliğe yaramayacak bir hâle getirmeyi hedeflemesine rağmen, ortaya çıkan zarar bu seviyede değilse sahte rapor kullanabilmektedir. Burada iki farklı fiil mevcut olup bunlar AsCK m.79 ve AsCK m.81'de düzenlenen iki ayrı suç oluşturabilmektedir. Bu suçlar gerçek içtima kurallarına tabi olacaktır.

AsCK m.79'daki fiillerin bir başkası tarafından işlenmesi durumunda AsCK m.80'de yer alan başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu oluşmakta olup benzer bir düzenlemenin askerlikten kurtulmak için hile

---

<sup>51</sup> As. Yarg. DK, T. 08.11.2007, E. 2007/113, K. 2007/116, (Legalbank, Erişim Tarihi: 11.12.2023).



yapma suçu açısından da mevcut olduğu söylenebilir. Nitekim kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçuna iştirak edenlerin de fail gibi aynı ceza ile muhatap olmasına dair düşünce, diğer suç açısından da mevcuttur. AsCK m.81/2’de “Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır.” hükmüne yer verilmektedir. Bu hükmün, ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmemesi yerindedir. Bundan dolayı AsCK m.79’daki suçun oluşmadığı durumlarda AsCK m.80’de belirtilen başkasını askerliğe yaramayacak hâle getiren kişinin cezalandırılması mümkün iken AsCK m.81/1’de kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunun oluşmadığı durumlarda AsCK m.81/2’de belirtilen suç ortaklarının cezalandırılması mümkün değildir.

#### IV. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Doktrindeki bir görüşe göre, kanun koyucu belirli sayıda askeri personelin görevini yapması amacıyla hizmet başında bulunmasını temin etmek için bu suçu ihdas etmiştir<sup>52</sup>. Askeri personelin vatan savunmasına dair hizmeti etkin bir şekilde yerine getireceğinden bahisle bu suçla korunan hukuki menfaatin milli savunma hizmeti olduğu ifade edilmektedir<sup>53</sup>. Benzer şekilde doktrindeki diğer bir görüşe göre bu suçla askerlik hizmetinin kanunlarda yer alan kurallara uygun bir biçimde yapılmasının sağlanması ve bu şekilde milli savunma hizmetinin aksamadan sürdürülmesi istenmektedir<sup>54</sup>.

Anayasa m.72’de ifade edildiği üzere vatan hizmet her Türk’ün hem bir hakkı hem de bir ödevidir. Askeri mevzuata bakıldığında söz konusu hizmetin yerine getirilmesine dair temel hükümlere AsK’de yer verildiği görülmektedir. Vatan hizmetinin bu Kanun’da yer alan esaslara göre yerine getirilmesi askerlik hizmeti olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda askerlik hizmeti, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan ve belirli koşulları sağlayan her erkeğin yapması gereken bir hizmettir. Yaşı itibarıyla askerlik çağına giren yükümlü, sağlık muayenesine girerek askerliğe elverişli olup olmadığı, öğrenim durumu, mesleği ve niteliklerini tespit ettirmek amacıyla yoklama yaptırmaktadır. Bundan sonra yükümlünün sevk işlemlerini yaptırmayı ve sevk edildiği birliğe süresi içinde gitmesi beklenmektedir. Sevk işlemleri yapılırken de yükümlülerin yaşı, öğrenim durumları, meslekleri, dil becerileri, sağlık durumları ve fiziksel özellikleri gibi birtakım özelliklere bakılmaktadır. Buna göre yükümlülerin kuvveti, sınıfı ve birliği gibi hususlar be-

<sup>52</sup> Değirmenci, Askerî, s. 307.

<sup>53</sup> Değirmenci, Askerî, s. 307.

<sup>54</sup> Demirağ, s. 268.

lirlenmektedir. Ancak yükümlünün suça konu fiili işlemesi, bu işlemler açısından olumsuz bir durumun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Benzer şekilde kişinin henüz silahaltına alınmadığı hatta askerlik çağına girmediği bir dönemde bu fiilleri işlemesi durumunda, Türk Silahlı Kuvvetlerinin personel kaynağı açısından eksilme meydana gelebilmektedir. Bu nedenlerden ötürü kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçuyla korunan hukuki değer Türk Silahlı Kuvvetleri'nin düzenli bir şekilde işleyişi olduğunu ifade etmek isteriz. Buna bağlı olarak Türk Silahlı Kuvvetleri'nin vatan savunmasını sağlamak ve barışı korumak gibi görevleri de göz önüne alındığında bunların da korunan hukuki değer olarak kabul edilmesi mümkündür.

## V. SUÇUN UNSURLARI

### A. Suçun Maddi Unsuru

#### 1. Fail

Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu herkesin işleyebileceği bir suç değildir<sup>55</sup>. Bu suç ancak askerlik hizmetini yerine getiren veya yerine getirmekle yükümlü olan kişi tarafından işlenebilir. Bu nedenle anılan suçun fail açısından özgü suç niteliğinde olduğu belirtilmelidir. Yukarıda izah edildiği üzere bu suç bir askeri suçtur. Ancak suçun bir asker kişi tarafından işlenmesi durumunda sırf askeri suç olmaktadır. Buradan hareketle suçun asker kişi dışında sivil kişi tarafından işlenmesi de mümkündür<sup>56</sup>. Fail, silahaltına alınmış bir kişi olabileceği gibi, henüz sevk işlemlerini yaptırmış ancak birliğine katılmamış veya yoklamasını yaptırmakla beraber sevk işlemini yaptırmamış bir kişi de olabilmektedir. Hatta yoklama dönemine girmemiş, yani askerlik çağına girmemiş bir kişi de olabilmektedir. Gerçekten de madde metnine bakıldığında failin yaşı veya askerlik çağıyla ilişkisine dair herhangi bir ibareye yer verilmemiştir. Bu bakımdan fail açısından en önemli kriterin askerlik hizmetini yapma yükümlülüğüne sahip olmak olduğu söylenebilir. Bu tür bir sınırlama mevcut olmadığından örneğin 17 yaşındaki bir erkek Türk vatandaşının kendisini askerliğe yaramayacak bir hâle getirmesi durumunda bu suç gündeme gelebilmektedir. Kanımızca burada cezai sorumluluk oldukça geniş bir alana yayılmaktadır. Alanın daraltılması amacıyla belirli sınırlandırmaların eklenmesi isabetli olacaktır.

<sup>55</sup> Yazarlar bu suçun herkes tarafından işlenebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Kardaş/Çingü**, II, s. 414.

<sup>56</sup> **Erman**, s. 90; **Taşkın**, s. 149; **Kangal**, s. 78; **Değirmenci**, Askerî, s. 309; **Demirağ**, s. 268; **Duran**, Yaramayacak, s. 1037; **Kardaş/Çingü**, II, s. 414; **Burus**, s. 99.

Bu suç askerlik hizmetinin yerine getirilmesiyle ilişkili olduğundan özellikle henüz silahaltına alınmayan veya yoklamasını yaptırmayan kişiler açısından askerlik hizmetine uygun olup olunmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu koşullar arasında failin askerliğe elverişli olması ön plana çıkmaktadır<sup>57</sup>. Nitekim yapılan sağlık muayenesi sonucunda askerliğe elverişli olmadığına karar verilenler silahaltına alınmamaktadır. Kişinin askerliğe elverişli olması, silahaltına alınması açısından bir nevi ön koşul olduğundan bu koşul, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunu doğrudan etkilemektedir. Keza bu suçun yanı sıra, askerlik hizmetinin yerine getirilmesini güvenceye alan yoklama kaçağı kalma ve bakaya kalma gibi suçlar açısından da benzer durum geçerlidir<sup>58</sup>. Peki, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu açısından failin askerliğe elverişli olması zorunlu mudur? Aşağıda fiil unsuru başlığı altında ele alınacağı üzere bu suç seçimlik hareketli bir suç olmasına karşın, uygulamada kişinin kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirdiği hâllerde fiil unsurunun oluştuğu kabul edilmektedir. Örneğin seçimlik hareketlerden birisi olan sakatlamak, askerliğe elverişliliği her durumda doğrudan etkilememektedir. Geçici bir süre istirahat gerektiren bir sakatlanma durumunda fail askerliğe elverişsiz sayılmamaktadır. Nitekim failin kendisini askerliğe yaramayacak bir hâle getirmesi suçun temel şeklini oluşturmakta; bu durumda fail silahaltına alınmasa da başka askeri faaliyetlerde kullanılabilir. Ancak suçun işlenmesi sonucunda fail her nevi askeri amaçlar için çalışma kabiliyetini kaybetmiş ise AsCK m.79/2'de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu olmaktadır. Bu hükümlerden hareketle örneğin bir rahatsızlığı nedeniyle hakkında askerliğe elverişli olmadığı yönünde karar verilen kişi, silahaltına alınmasa bile uygun düştüğü ölçüde başka askeri amaçlar doğrultusunda görevlendirilebilmektedir. Bu tür bir görevde yer almak istemeyen kişi, suça konu fiilleri işleyerek kendisini bu hâle sokması durumunda suçun faili olabilmektedir. Buna bağlı olarak kişi zaten her nevi askeri amaçlar için çalışma kabiliyetini kaybetmiş ise bu durumda suçun faili olamaz. Şu bir gerçektir ki suçun oluşup oluş-

<sup>57</sup> Ergül, Uygulama, s. 18; Demirağ, s. 273.

<sup>58</sup> Suça konu fiilin işlendiği tarih ile yargılamanın yapıldığı tarihte sanığın askerliğe elverişli olmaması nedeniyle Yargıtay suçun oluşmayacağına karar vermiştir. Bkz. Yarg. 19. CD, T. 12.11.2019, E. 2019/28396, K. 2019/14141, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024); Askerliğe elveriş olunması, suçun oluşması açısından önemli bir husus olduğundan sanığın sağlık muayenesinin yapılması ve durumunun titizlikle araştırılması gerekmektedir. Bkz. Yarg. 19. CD, T. 25.09.2019, E. 2019/27984, K. 2019/11728, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024); Ergül, Uygulama, s. 18; Demirağ, s. 273.

mağdığı saptanırken fiilin işlendiği an esas alınmaktadır<sup>59</sup>. Nitekim fiilin işlendiği an mevcut olmayan ancak fiil işlendikten sonra ortaya çıkan durumlar kural olarak suçun oluşmasına sebebiyet vermez<sup>60</sup>.

## 2. Suçtan Zarar Gören

Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunun işlenmesiyle birlikte zarar gören kişi failin ta kendisidir. Burada kullandığımız zarar gören ibaresini gündelik dildeki anlamıyla kullandığımızı hemen belirtmek isteriz. Nitekim bir suçun faili ile mağduru veya suçtan zarar göreni aynı kişi olmaz<sup>61</sup>. Diğer suçlar açısından da geçerli olan bu kural sözü edilen suç aç-

<sup>59</sup> **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, (Genel), s. 822; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 66.

<sup>60</sup> **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 822.

<sup>61</sup> Benzer şekilde bir kişinin kendi evini yakması durumunda suçun mağduru fail değildir; kamunun düzenini koruyan Devlettir. Bkz. **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 605, 609; **Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 234; **Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**/Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 114; Nitekim fail ile mağdurun aynı kişi olması durumunda kanunilik/tipiklik unsuru gerçekleşmemektedir. Bkz. **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 207; **Yokuş Sevük**, Handan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.209; Özellikle taksirle yaralama suçunda da görüleceği üzere kişinin kendisini taksirle yaralaması durumunda faillik ve mağdurluk aynı kişide birleşemez. Bkz. **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 118; Benzer şekilde kişinin kendi malına zarar vermesi, kendisini sakatlaması veya intihar etmesi gibi fiiller suç olarak kabul edilmemektedir. Bkz. **Değirmenci**, Olgun: “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB Dergisi, Sayı 77, 2008, (Mağdur), s. 39; Bkz. **Değirmenci**, Askerî, s. 138; Benzer şekilde Kardaş ve Çıngı da intihar suç teşkil etmediğinden bir kişinin kendisini yaralamasının istisnalar dışında suç sayılmayacağını belirtmekle beraber bu kuralın istisnası olarak AsCK m.79’u göstermektedir. Bkz. **Kardaş**, Ümit H./**Çıngı**, Mehmet: Askeri Yargıtay, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, Mevzuatlı Askeri Ceza Kanunu Şerhi III. Cilt Madde (92-195), Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, (III), s. 226; Buna karşın AsCK m.79’un sözü edilen kuralın istisnası olduğu savunulmaktadır. Bkz. **Kocalar**, Salih/**Biçen**, Yunus: Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 20; **Dülger**, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 430; Failin işlediği suç nedeniyle zarar görmesi nedeniyle sözü edilen sıfatların aynı kişide birleşmesi göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti gibi suçlarda görülebilse de burada da iki sıfatın tek kişide birleşmeyeceği söylenmelidir. Bkz. **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.

sından da geçerlidir. Nitekim fail başkasına ait bir menfaate zarar verdiği-  
nden dolayı cezalandırılabilir<sup>62</sup>.

Doktrindeki bir görüşe göre kendisini sakatlayan veya askerliğe yara-  
mayacak hâle getiren kişi bu suçun mağduru değildir<sup>63</sup>. Bunun yerine mağ-  
dur bilfiil milli savunma hizmeti veya dolaylı olarak devletin kendisidir<sup>64</sup>.

Bize göre bu suçun mağduru bulunmamaktadır. Bilindiği üzere bir su-  
çun mağduru veya suçtan zarar göreninin kim olduğu, suçla korunmak iste-  
nen hukuki değere göre belirlenmektedir<sup>65</sup>. Yukarıda ifade buyurduğumuz  
üzere bu suçla korunan hukuki değer Türk Silahlı Kuvvetleri'nin düzenli bir  
şekilde işleyişidir. Yine bu kabule bağlı olarak Türk Silahlı Kuvvetleri'nin  
vatan savunmasını sağlamak ve barışı korumak gibi görevleri de göz önüne  
alındığında bunların da korunan hukuki değer olarak kabul edilmesi müm-  
kündür. Öyle ki failin bedeninin deyim yerindeyse orduya ait olduğu söyle-  
nebilir<sup>66</sup>. Bundan dolayı failin fiziksel bütünlüğüne isteyerek zarar vermesi  
bir tür ihanet olarak kabul edilebilmektedir<sup>67</sup>. Hatta orduya karşı bir saldırı  
olarak da görülebilmektedir<sup>68</sup>. Bu çerçevede mağdurun Türk Silahlı Kuvvet-  
leri olduğu söylenebilse de bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre tüzel kişiler

49, 70; Örneğin kişinin kendisini yaralamaya yönelik eylemleri yaralama suçu yerine  
duruma göre AsCK m.79 gibi başka suçları oluşturabilir. Bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**,  
s. 208, 209; **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Göz-  
den Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, (Özel), s. 240.

<sup>62</sup> **Demirbaş**, s. 605; **Toroslu/Toroslu**, s.115.

<sup>63</sup> **Değirmenci**, Askeri, s. 310.

<sup>64</sup> **Değirmenci**, Askeri, s. 310.

<sup>65</sup> **Toroslu/Toroslu**, s. 114; **Zafer**, s. 203, 205; **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel  
Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara  
2023, s. 223; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve  
Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 23. Baskı, Seçkin  
Yayıncılık, Ankara 2023, s. 200; Konu açısından benzer olması nedeniyle Koca ve  
Üzülmez'in göçmen kaçakçılığına dair açıklamalarından kısaca söz etmekte yarar var-  
dır. Göçmen kaçakçılığı suçu açısından konuyu ele alan yazarlara göre mağdur, suçun  
işlenmesi nedeniyle haksızlığa uğrayan kişidir; göçmenler hukuka aykırı yollarla ülke  
dışına çıkıp yine diğer ülkenin kurallara aykırı olarak sınırlardan içeri girdiğinden dolayı  
bir haksızlık gerçekleştirmektedir. Bu nedenle göçmenler suç nedeniyle haksızlığa uğra-  
mamakta, aksine haksızlık teşkil eden fiillerin işlenmesini istemektedir. Bkz. **Koca/  
Üzülmez**, Özel, s. 79.

<sup>66</sup> **Korsia**, s. 365.

<sup>67</sup> **Korsia**, s. 365.

<sup>68</sup> Ayrıca bu durumda milleti için kendisini feda etmeye hazır olan askerin aslında kahra-  
manlık duygusunu terk ettiğinden söz edilebilir. Bkz. **Korsia**, s. 365, 366.

suçun mağduru olamaz<sup>69</sup>. Tüzel kişiler duruma göre ancak suçtan zarar gören olabilmektedir<sup>70</sup>. Bundan dolayı anılan suçtan zarar görenin Türk Silahlı Kuvvetleri olduğunu ifade edebiliriz. Ancak ayrı bir tüzel kişiliği olmadığı için sonuçta suçtan zarar görenin Devlet olduğunu söylemek daha uygun olacaktır.

### 3. Konu

Suçun maddi konusu genel olarak failin üzerinde gerçekleştiği “şey”-dir<sup>71</sup>. Bu bir eşya olabileceği gibi bir insanın vücudu da olabilmektedir<sup>72</sup>. Örneğin yaralama suçunda suçun maddi konusu fail dışındaki bir insanın bedenidir<sup>73</sup>. Buna karşın kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunun maddi konusu doğrudan failin bedenidir. Nitekim suç oluşturulan hareketler, failin kendi bedeni üzerinde gerçekleşmektedir. Bu bakımdan anılan suçun maddi konusunun failin bedeni olduğu söylenmelidir.

Fail başlığı altında failin sağlık açısından belirli bir seviyede olması gerektiğinden söz etmiştik. Belirli koşulları sağlamayan kişi suçun faili olmamaktadır. Bu koşullar fail unsurunun yanı sıra konu unsurunu da etkilemektedir. Nitekim suçun maddi konusunun oluşmadığı hâllerde işlenmez suç gündeme gelebilmektedir<sup>74</sup>. Örneğin ölmüş bir insana silahla ateş edilmesi durumunda öldürme suçunu açısından maddi konu sağlanmadığından işlene-

<sup>69</sup> **Özgenç**, s. 227; **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 117; **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hüküm, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 124; Doktrindeki görüşler ile mukayeseli hukuktaki durum hakkında detaylı bilgi için bkz. **Olgun**, Mağdur, s. 37-42; **Özbek**, s. 105; **Dülger**, s. 431; Ayrıca doktrinde **Demirbaş**'a göre suçun mağduru yalnızca gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir. Bkz. **Demirbaş**, s. 608.

<sup>70</sup> **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 117; **Özbek**, s. 105; **Hakeri**, s. 124; **Dülger**, s. 431.

<sup>71</sup> **Özgenç**, s. 222; **Demirbaş**, s. 605; **Öztürk/Erdem**, s. 201; **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 118; **Soyaslan**, s. 318; **Toroslu/Toroslu**, s. 111; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Meraklı**, Serkan/**Bacaksız**, Pınar/**Başbüyük**, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, (Genel), s. 221; **Zafer**, s.208.

<sup>72</sup> **Özgenç**, s. 222; **Demirbaş**, s. 605; **Öztürk/Erdem**, s. 201; **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 118; **Soyaslan**, s. 318; **Toroslu/Toroslu**, s. 111; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 221; **Hakeri**, s. 126; **Zafer**, s. 208; **Değirmenci**, Askerî, s. 128.

<sup>73</sup> **Özgenç**, s. 222; **Yokuş Sevük**, s.210; **Üzülmez**, İlhan: Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 6; **Kocalar/Biçen**, s. 134; Bazı suçların maddi konusu insan olmakla birlikte insan açısından da belirli özellikler aranabilmektedir. Örneğin TCK m.310'da yer alan suçun maddi konusu sadece Cumhurbaşkanı olabilmektedir. Bkz. **Toroslu/Toroslu**, s.112.

<sup>74</sup> **Özgenç**, s. 537; **Öztürk/Erdem**, s. 214; **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 261; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 481; **Değirmenci**, Askerî, s. 128.

mez suç söz konusu olacaktır<sup>75</sup>. Bu bakımdan örneğin fail, her nevi askeri amaçlar için çalışma kabiliyetini kaybetmiş biriyse bu kişinin bedeni suçun maddi konusunu teşkil etmemektedir. Keza bu durumda suç tamamlanmış sayılmayacağı gibi teşebbüsten de söz edilemez<sup>76</sup>.

#### 4. Fiil

Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunun temel şeklinin düzenlendiği AsCK m.79/1'e bakıldığında üç ayrı harekete yer verildiği görülmektedir. Bu bakımdan suçun, seçimlik hareketli bir suç olduğu söylenebilir<sup>77</sup>. Bu hareketlerden ilki, kişinin kendisini sakatlamasıdır. Askeri Yargıtay tarafından yapılan ve Yargıtay tarafından da benimsenen tanıma göre sakatlamak, "vücudun herhangi bir parçasını, bedenden ayırmak veya şeklini bozmak suretiyle işlev yapamaz hâle getirme" şeklinde ele alınmaktadır<sup>78</sup>. Kararlarda belirtildiği üzere failin kendisini yaraladığı veya bir şekilde kendisine zarar verdiği her durumda failin sakatlandığından söz edilememektedir<sup>79</sup>. Yine fail tarafından gerçekleştirilen davranışlar sonucunda yapılan muayenede failin belirli bir süre istirahat etmesi yönünde rapor düzenlenmesi ve bundan dolayı failin kışladan uzak kalması da AsCK m.79/1 anla-

<sup>75</sup> **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 481; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 209; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 99; **Değirmenci**, Askerî, s. 128; Benzer şekilde insanı öldürmek için ateş edilir ancak ateş edilen şey bir ağaç ise öldürme suçu açısından konu yoktur. İşlenemez suça dair teoriler için bkz. **Soyaslan**, s.318 vd.

<sup>76</sup> **Özgenç**, s. 537, 574; Tehlike teorisini benimseyen Demirbaş'a göre konunun mevcut olmadığı durumların bazılarında dahi hareketin gerçekleştirildiği anda bilinebilen koşullara göre neticenin gerçekleşmesi muhtemel görünmekteyse teşebbüs hükümleri uygulanabilmelidir. Bkz. **Demirbaş**, s. 529; TCK'ye bakıldığında işlenemez suçların cezalandırılması hukuka uygun olmayacaktır. Yine de fail, işlenemez suçla ilgili olarak işlediği fiil bakımından tehlikeli bir kişilik olduğunu sergilemiş olduğundan işlenemez suçlara teşebbüsün cezalandırılması veya güvenlik tedbirine hükmedilmesine dair açık bir hükme yer verilmesi yerinde olacaktır. Bkz. **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 433; Ayrıca işlenemez suç ve teşebbüse dair bkz. **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 481 vd.

<sup>77</sup> **Değirmenci**, Askerî, s. 308; **Demirağ**, s. 268.

<sup>78</sup> As. Yarg. DK, T. 27.09.2001, E. 2001/79, K. 2001/76, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024); Yar. 7. CD, T. 20.02.2023, E. 2021/5710, K. 2023/1390, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024).

<sup>79</sup> As. Yarg. 4. D, T. 13.11.2007, E. 2007/1833, K. 2007/1824, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

mında sakatlanma olarak kabul edilmemektedir<sup>80</sup>. Bu doğrultuda sanığın, sağ eline bez sardıktan sonra sol eline aldığı demir parçasıyla sağ elindeki serçe parmağa vurarak şişmesine neden olması<sup>81</sup> ile tuvalet kabinine giren sanığın burada sağ kolunu yüzeysel bir şekilde jiletle kesmesi<sup>82</sup> şeklinde gelişen olaylarda sanığın kendisini sakatlamadığı yönünde hüküm kurulmuştur.

AsCK m.79/1’de üç tane seçimlik harekete yer verilse de doktrindeki bir görüşe göre “kendisini sakatlamak” ve “askerliğe yaramayacak hâle getirme” şeklinde iki seçimlik hareket vardır<sup>83</sup>. Yargı kararlarında ise bu üç hareket ayrı ayrı ele alınmamakta, bunun yerine kişinin kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirip getirmediğine dair bir değerlendirmede bulunmaktadır<sup>84</sup>. Bu değerlendirmede özellikle askerliğe elverişlilik açısından yapılan muayene sonucu belirleyici olmaktadır. Bu hâliyle suç tipinin ilgili madde metninde yer alan hükümden farklı bir şekilde yorumlandığı söylenebilir.

TDK’nin Güncel Türkçe Sözlüğünde sakatlamak, “sakat bir duruma getirmek”; sakat ise “doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal veya sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmiş, toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri çeken (kimse)” olarak tanımlanmaktadır. Kişinin sakatlandığı dışarıdan rahatlıkla görülebileceği gibi ancak özel bir muayene ile anlaşılacak şekilde de olabilmektedir<sup>85</sup>. AsCK m.79/1’de yer alan “sakatlayan” ibaresi, failin bedeninin zarar gördüğü her durumu kapsamamaktadır. Bu zararın belirli bir yoğunluğa ulaşması gerekmektedir<sup>86</sup>. Bu nedenle örneğin kişinin terledikten sonra soğukta beklemesi nedeniyle üşütmesi, spor yaparken ayağını burkması, sinirlendiği için duvara yumruk atması sonucu

<sup>80</sup> As. Yarg. DK, T. 15.06.2006, E. 2006/135, K. 2006/132, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>81</sup> Ankara BAM, 9. CD, T. 05.02.2019, E. 2018/5444, K. 2019/763, (Lexpera, Erişim Tarihi:13.03.2024).

<sup>82</sup> Ankara BAM, 9. CD, T. 05.02.2019, E. 2018/7990, K. 2019/769, (Lexpera, Erişim Tarihi:13.03.2024).

<sup>83</sup> **Değirmenci**, Askerî, s. 308; **Demirağ**, s. 268, 269.

<sup>84</sup> As. Yarg. 1. D, T. 04.07.2007, E. 2007/1426, K. 2007/1423, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>85</sup> **Taşkın**, s. 148; **Kardaş/Çıngı**, II, s. 415.

<sup>86</sup> **Ergül**, Ergin: “Askeri Yargıtay Kararları Işığında Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu”, Askerî Adalet Dergisi, Sayı 100, Yıl 25, 1997, (Yaramayacak), s. 32; **Değirmenci**, Askerî, s. 309.



birkaç gün sonra geçen hasarın oluşması ve acı çekmek için jiletle kesmek suretiyle kolunda yüzeysel birer santimetre uzunluğunda kesikler oluşturması hâlinde kişinin sakatlandığından söz edilemez. Bununla beraber sözü edilen yoğunluğun, askerliğe elverişsizdir raporu alınmasını gerektirecek bir seviyeye ulaşması aranmamalıdır. Nitekim suçla korunan hukuki değer kısmında da değinildiği üzere bu suç, askerlik yapmakla yükümlü olan veya yapan kişilerin kendilerine zarar vererek veya verdirerek askerlik hizmetini tamamen ya da kısmen yerine getirmemelerini önlemek amacıyla hizmet etmektedir. Bu nedenle örneğin silahaltına alınan yükümlünün, yüksek bir yerden atlayarak ayaklarını kırması veya çıkık oluşturması durumunda birkaç hafta süre istirahat etmesine karar verilmiş ise AsCK m.79/1'e göre sakatlamak hareketinin işlendiğinden söz edilmelidir.

İkinci seçimlik hareket, “her hangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren” şeklinde düzenlenmektedir. Askeri Yargıtay tarafından yapılan ve Yargıtayın da benimsediği tanım şu şekildedir<sup>87</sup>: “askerliğe yaramayacak hâle gelmek ise askerlikle ilgili görevleri yapmaya kısmen veya tamamen engel teşkil eden durumların ortaya çıkması olarak kabul edilmektedir”. Yargıtaya göre kişinin kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirip getirmediği her somut olayın özelliğine göre belirlenmektedir. Burada zararın belirli bir yoğunluğa ulaşması aranmaktadır. Öyle ki bu yoğunluğun bir üst sınırı da bulunmaktadır. Özellikle kişinin intihar girişiminde bulunması ancak başarıya ulaşamaması durumunda bu sınırın aşıldığı kabul edilmektedir. Örneğin bir karara konu olayda, psikolojik sorunları olan sanık, belirli etkin maddeleri içeren ve reçeteli olarak kullandığı kırk adet hapı bir anda içmiştir. İlk derece mahkemesi AsCK m.79/1'de yer alan suçun oluştuğu yönünde sanığın mahkûmiyetine karar vermiştir. Ancak Yargıtay, sanığın kırk adet hapı içmesi nedeniyle bu suç için öngörülen sınırı aştığı gerekçeyle hükmün bozulmasına karar vermiştir<sup>88</sup>.

Üçüncü seçimlik hareket ise ikinci seçimlik hareketin failin talebi üzerine başkası tarafından gerçekleştirilmesidir. İkisi arasındaki temel farkın, faili askerliğe yaramayacak hâle getiren davranışların kim tarafından gerçekleştirildiğinden kaynaklandığı söylenebilir. Örneğin failin tüfek ile ken-

<sup>87</sup> As. Yarg. DK, T. 27.09.2001, E. 2001/79, K. 2001/76, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024); Yar. 7. CD, T. 20.02.2023, E. 2021/5710, K. 2023/1390, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024).

<sup>88</sup> Yar. 7. CD, T. 20.02.2023, E. 2021/5710, K. 2023/1390, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024).

disine ateş etmesi durumunda ikinci seçimlik hareket söz konusu olmakta; bir başkasından kendisine ateş etmesini istemesi durumunda ise üçüncü seçimlik hareket gündeme gelmektedir.

Sakatlamak, esasen failin bedeni üzerinde gerçekleşen bir harekettir. Bu nedenle psikolojik açıdan oluşan zararlar diğer seçimlik hareketlerin kapsamında ele alınabilmektedir. Nitekim yükümlünün askerliğe elverişli olup olmadığına bakılırken psikolojik açıdan da değerlendirilmede bulunmaktadır.<sup>89</sup>

Herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak hâl şeklindeki ibarenin, AsCK m.79/2’de yer alan ifadeyle birlikte yorumlanmasında yarar vardır. Bu hükümde, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli düzenlenmektedir. Burada “Fiil her nevi askeri maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş” şeklindeki ibareye yer verilmesi, suçun temel şeklinde yer alan fiilin sınırlarını da belirlemektedir. Örneğin failin kendisine vermiş olduğu zarar nedeniyle hakkında askerliğe elverişli olmadığına karar verilmişse artık failin silahaltına alınması mümkün olmamaktadır. Ancak failin başka birtakım amaçlar doğrultusunda kullanılabilmesi söz konusu olabilmektedir. Eğer fail bu amaçlar doğrultusunda dahi kullanılmayacak bir hâle gelmişse işte bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç oluşmaktadır. Bu sınırın suçun oluşumu bakımından geçerli olmadığını, yalnızca suçun temel şekli açısından göz önüne alınması gerektiğini vurgulamak isteriz.

Suçlar genel olarak icrai ya da ihmali hareketle işlenebilmektedir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre kanunda ihmali hareketle işlenebileceği açıkça belirtilmeyen bir suçun ihmali hareketle işlenmesi mümkün

---

<sup>89</sup> **Işıklar**, s. 57; Yükümlünün psikolojik açıdan zarar görüp görmediğini belirlemenin kolay bir iş olmadığını ifade edilmektedir. Bu durumun nedenlerinden birisi askerlerin psikolojik durumlarının önceden net bir şekilde tespit edilememesidir. Bkz. **Saint-Fuscien**, Emmanuel: “Les Mutilations Volontaires Au Cours De La Grande Guerre: Un Geste Impensable?”, *Expériences De La Folie: Criminels, Soldats, Patients En Psychiatrie (XIXe-XXe Siècles)*, Editör: Stéphane Tison, Laurence Guignard ve Hervé Guillemain, Presses Universitaires De Rennes, Rennes, 2013, s. 195, 204.

değildir<sup>90</sup>. AsCK m.79'da açıkça bir yükümlülükten söz edilmediği için suçun ancak icrai hareketle işlenebileceği söylenebilir<sup>91</sup>.

Bu suç bir zarar suçudur. Keza hemen yukarıda açıklandığı üzere zararın belirli bir boyuta ulaşmış olması gerekmektedir.

Hareket ile neticenin birbirinden ayrılabilmesi nedeniyle neticeli suç da denilen bu suçlarda neticenin oluşup oluşmadığı belirlenmelidir<sup>92</sup>. Bu suçta netice, failin sakatlanması veya askerliğe yaramayacak bir hâle gelmesidir. Hareketin işlenmesine rağmen netice ortaya çıkmayabilmektedir. Bu husus teşebbüs açısından önem arz ettiğinden aşağıda detaylı şekilde ele alınacaktır.

Anılan suç kural olarak ani hareketle işlenmektedir<sup>93</sup>. Suç tamamlanmış olmakla beraber suçun işlenmesine bağlı olarak fail açısından ortaya çıkan olumsuz sonuçlar belirli bir süre devam etmektedir. Yine de bu durumda suçun sona erdiği, devam etmediği vurgulanmalıdır. Doktrinde iz bırakan suç veya durum suçu olarak da adlandırılan bu suçlarda netice tamamlanmasına rağmen zarar devam etmektedir<sup>94</sup>. İz bırakan suçlar, kesintisiz suçlarla karıştırılmamalıdır<sup>95</sup>.

## 5. Cezayı Ağırlaştırıcı Nitelikli Hâller

### a. Suçun Seferberlikte İşlenmiş Olması

AsCK m.79/3'te suçun seferberlikte işlenmiş olması cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâl olarak düzenlenmektedir. Sadece askeri düzeni ilgilendiren bir

<sup>90</sup> TCK'de yer alan suçlar kural olarak icrai davranışla işlenebilmekte olup belirli koşulların varlığı hâlinde bu suçların ihmalî davranışla işlenebileceğinin kabulü açısından kanunilik ilkesinin bir gereği olarak kanuni düzenlemeye gerek bulunmaktadır. Bkz. **Özgenç**, s. 398; **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 399; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 237; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 290.

<sup>91</sup> **Duran**, Yaramayacak, s. 1034.

<sup>92</sup> **Demirbaş**, s. 264; **Özgenç**, s. 194; **Öztürk/Erdem**, s. 213; **Soyaslan**, s. 245; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 239; **Hakeri**, s. 158; **Değirmenci**, Askerî, s. 134; **Dülger**, s. 151; **Burus**, s. 103.

<sup>93</sup> **Duran**, Yaramayacak, s. 1035.

<sup>94</sup> **Demirbaş**, s. 266; **Öztürk/Erdem**, s. 214; **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 127; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 242; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 202; **Hakeri**, s. 163; **Değirmenci**, Askerî, s. 136; **Dülger**, s. 330.

<sup>95</sup> **Demirbaş**, s. 266; **Öztürk/Erdem**, s. 214; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 242; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 202; **Hakeri**, s. 163; Esasen iz bırakan suçlar kural olarak ani suç olup hak ihlali bir anda gerçekleşmekte ancak iz veya eser devam etmektedir. Bkz. **Zafer**, s. 264; **Değirmenci**, Askerî, s. 136; **Dülger**, s. 330.

kavram olmayan seferberlik, ülkenin güvenliği açısından oldukça önem arz eden bir süreci tarif etmektedir. Bu nedenle mevzuatımızda seferberliği konu alan birçok düzenlemenin olduğu söylenmelidir. Bu kapsamda 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'nda<sup>96</sup> seferberliğe dair detaylı hükümlere yer verilmekte olup m.3'te seferberlik, "Devletin tüm güç ve kaynaklarının, başta askeri güç olmak üzere, savaşın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hazırlanması, toplanması, tertiplenmesi ve kullanılmasına ilişkin bütün faaliyetlerin uygulandığı; hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı haldir." şeklinde tanımlanmaktadır. Anılan hükümde genel ve kısmi seferberlik tanımlanırken diğer maddelerde de ilgili hükümlere yer verilmektedir. AsCK m.8'de ise seferberlik "ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını amir olan emirde yazılı ve muayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten hal" olarak tanımlanmaktadır.

Seferberlikte araç ve gerecin yanı sıra personel kaynağına duyulan ihtiyaç daha da artmaktadır. Bu ihtiyacın giderilmesi amacıyla bedelli askerlik (AsK m.9) ve sevke dair mazeret nedenleri (AsK m.23) gibi asker alımına dair hükümler seferberlikte uygulanmamaktadır. Benzer doğrultuda yükümlülerin askerlik hizmetinden kaçmalarını önlemek amacıyla seferberlik hâli, bazı suçlar açısından cezayı ağırlaştırıcı nitelik hâl olarak kabul edilmektedir. Kanımızca suçun seferberlikte işlenmesi durumunda cezanın artırımı gidilmesi uygun olsa da madde metninde alt sınıra yer verilmemesi hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmesine, bu da kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacak bir sonucun ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

### ***b. Suçun Düşman Karşısında İşlenmiş Olması***

Bir üst başlıkta sözü edildiği üzere suçun seferberlikte işlenmesi durumunda fail hakkında verilecek hapis cezasının üst sınırı beş yıldan on beş yıla yükselmektedir. AsCK m.79/3'te seferberlikle aynı cümle içerisinde düzenlenen bir diğer nitelikli hâl olan suçun düşman karşısında işlenmiş olması hâlinde ise fail hakkında ölüm cezası verileceği belirtilmektedir. Hemen belirtmek isteriz ki günümüzde uygulanmayan bu cezaya dair açıklamalar yaptırım başlığı altında ele alınacaktır.

Suçun düşman karşısında işlenmiş olmasının, seferberlikte işlenmiş olmasına nazaran daha ağır bir cezayı gerektirmesinin nedeni, düşman karşı-

---

<sup>96</sup> 04.11.1983 kabul tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu, 08.11.1983 tarihli ve 18215 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

nın seferberliği de kapsayabilen veya daha fazla tehlike arz edebilen bir durum olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim savaş gibi ülkenin güvenliği açısından tehlike arz eden durumlar farklı hükümlerin uygulanmasını gerektirebilmektedir<sup>97</sup>. Keza istatistiklere bakıldığında özellikle savaş hâlinde bu suçun işlenme sayısının arttığı görülebilmektedir<sup>98</sup>.

### *c. Cezanın Arttırılması İcabeden Sebepler (AsCK m.51)*

AsCK m.79'da yer alan seferberlik ve düşman karşısında şeklindeki hâllerin yanı sıra, AsCK'de düzenlenen suçlar açısından ortak hüküm niteliğinde cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren birtakım nitelikli hâllere yer verilmektedir. AsCK m.51'de üç fıkra hâlinde düzenlenen bu hâller şunlardır<sup>99</sup>: “A) Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek; B) Suç silahın veya resmi nüfuz ve salahiyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak; C) Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek”<sup>100</sup>. İşte bu hâllerden birisinin varlığı durumunda cezada artırımı gidilmektedir. Doktrinde<sup>101</sup> aksi savunulsa da kanımızca AsCK'de açık bir düzenleme bulunmadığından

<sup>97</sup> Doaré, s. 13; De Andrade, s. 159.

<sup>98</sup> İstatistikler için bkz. Saint-Fuscien, s. 198-201; Ayrıca savaşın yıpratıcı etkisiyle sivilinlerin yanı sıra askerlerin de hem fiziksel hem de psikolojik olarak gerçekten zarar gördüğü bir gerçektir. Bkz. Saint-Fuscien, s. 205; İstatistikler açısından ayrıca belirtmek gerekir ki yazar yaptığı araştırma sonucunda intihar ile kişinin kendisine zarar verme isteğinin askeri kayıtlarda aynı değerlendirildiğini tespit etmektedir. Esasen iki yön-temde de kişi bedeniyle bir şeyler anlatmaya çalışsa da kendini yaralamak intiharın aksine kişinin kendisini öldürme isteğinin önüne geçmek için bir araç olabilmektedir. Bkz. Korsia, s. 207, 208.

<sup>99</sup> Sözü edilen ortak nitelikli hâllere dair detaylı değerlendirmeler için bkz. Değirmenci, Olgun: “Askerî Ceza Kanununda Düzenlenen Ortak Nitelikli Haller”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 30-33, (Nitelikli).

<sup>100</sup> Madun kelimesi TDK'nin sözlüğünde alt ve ast olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Güncel Türkçe Sözlük, (www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi:23.02.2024); AsCK m.51'de yer alan madun kelimesinin günümüz Türkçesinde artık kullanılmadığını belirten yazar, benzer gerekçelerle AsCK'nin dil ve anlatım yönünden eksiklerine dikkat çekmektedir. Bkz. Kaşka, Hakan: “1632 Sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun Belirlilik İlkesi Açısından İncelenmesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 17, Haziran 2021, s. 120.

<sup>101</sup> Erman'a göre bu hâllerden birisi suça dair ilgili maddenin bir unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmişse artık bu hâllere göre cezada artırımı gidilemez. Bkz. Erman, s. 205, 206; Duran'a göre AsCK m.51/A'de yer alan hâl AsCK m.81'de yer alan suç açısından uygulanmamalıdır. Bkz. Duran, Hile, s. 357, 358.

AsCK m.79 ile AsCK m.51’de düzenlenen nitelikli hâllerin aynı suç açısından uygulanması mümkündür.

Uygulamaya bakıldığında kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunu işleyen faillerin en çok başvurduğu yöntemlerden birisinin silah kullanmak suretiyle olduğu söylenebilir. Özellikle nöbet esnasında tek kalan fail, piyade tüfeğiyle ayak bölgesine nişan alarak ateş etmekte ve bunun kazayla olduğu şeklinde savunmada bulunabilmektedir. İşte bunun gibi olaylarda suç, silah kullanılarak işlendiğinden AsCK m.51/B’deki nitelikli hâle göre cezada artırımı gidilmektedir<sup>102</sup>. Esasen bu şekilde gelişen olayda, anılan hükümde yer alan diğer nitelikli hâl de gerçekleşmiş olabilmektedir. Ancak burada failin nöbet tutmasından ziyade, nöbeti tutmakla yükümlü olmasına bakılmalıdır. Nitekim nöbet çizelgesinde başka bir asker nöbetçi görünmesine rağmen bu asker yerine nöbet tutan sanığın, nöbet esnasında kendisine zarar vermesi şeklinde gelişen olayda Askeri Yargıtay, sanığın kendi inisiyatifıyla başka bir askere ait nöbeti tuttuğu, bu nedenle hizmet esnasında bulunmadığını belirterek sanık hakkında ilk derece mahkemesi tarafından AsCK m.51/B’deki hükme göre cezanın artırılmasını hukuka aykırı bulmuştur<sup>103</sup>.

AsCK m.51’de yer alan nitelikli hâllere göre artırımın nasıl yapılacağı AsCK m.50’de düzenlenmektedir. Buna göre kişi özgürlüğünü sınırlandıran bir cezanın arttırılmasının öngörüldüğü yerlerde belirlenen ceza iki katına kadar çoğaltılabilmektedir. Ancak bu şekilde belirlenen ceza ilgili suç için kanunda yazılı olan azami sınırı geçmemektedir. Bu hükümde üst sınır belirtilmekle beraber alt sınıra yer verilmemektedir<sup>104</sup>. Askeri Yargıtay bu durumda asgari artırım miktarını bir gün olarak kabul etmektedir<sup>105</sup>. Ayrıca nitelikli hâlin gerçekleştiği durumlarda mahkeme belirlenen sınırlar arasında cezayı tayin edebilse de bunu gerekçelendirmekle yükümlüdür<sup>106</sup>.

## **B. Suçun Manevi Unsuru**

<sup>102</sup> **Taşkın**, s. 149; As. Yarg. DK, T. 28.09.2006, E. 2006/163, K. 2006/162, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024).

<sup>103</sup> As. Yarg. DK, T. 15.03.2012, E. 2012/39, K. 2012/37, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024); Benzer bir karar için bkz. As. Yarg. 2. D, E. (?)/99, K. 1976/95, **Çelen**, s. 291.

<sup>104</sup> **Değirmenci**, Nitelikli, s. 30.

<sup>105</sup> As. Yarg. 4. D, T. 19.10.2004, E. (?)/1235, K. 2004/1232, **Değirmenci**, Nitelikli, s. 30.

<sup>106</sup> As. Yarg. 4. D, T. 13.11.2007, E. 2007/1833, K. 2007/1824, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

Failin taksirle işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu hususun kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir. AsCK m.79'a bakıldığında taksirli sorumluluğa dair açık bir ibareye yer verilmediğinden bu suçun taksirle işlenemeyeceği söylenmelidir. Bu bakımdan örneğin spor yaparken dikkat ve özenli olmadığından kendisini sakatlayan kişi taksirle hareket ettiğinden bu suç oluşmayacaktır<sup>107</sup>. Duruma göre başka suçların oluşması muhtemeldir<sup>108</sup>. Diğer yandan madde metninde açıkça "kasten" ibaresine yer verilmiştir. Esasen bu ibare olmasaydı da anılan suçun yalnızca kasten işleneceği ifade edilebilirdi.

Anılan suç olası kastla da işlenebilmektedir<sup>109</sup>. Örneğin sigortadan para almak amacıyla sürücüsü olduğu arabayla somut olayın koşullarına göre yeterli bir hızda giderken bir ağaca çarpan kişi, askerliğe yaramayacak hâle gelmişse olası kastla bu suçu işlemekten dolayı sorumlu tutulabilmelidir.

Yargı mercileri ile doktrindeki hâkim görüşe göre bu suçun oluşumu özel kastın varlığına bağlıdır. Doktrindeki bir görüşe göre bu suçun oluşabilmesi için failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekmektedir<sup>110</sup>. Bu saik, failin "kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirme" şeklindedir<sup>111</sup>. Tamamen olmasa bile kısmen bu saikle hareket edilmelidir<sup>112</sup>. Diğer bir görüşe göre kanun koyucu failin kastı haricinde failin belirli bir saikle hareket etmesini aramaktadır<sup>113</sup>. Sözü edilen saik AsCK m.79/1'de açık bir şekilde düzenlen-

<sup>107</sup> Uygulamada gördüğümüz kadarıyla birçok olayda fail savunmasını taksire dayandırmaktadır. Fail her ne kadar suça konu fiili kasten işlese de olayın kazayla olduğu şeklinde beyanda bulunabilmektedir. Geçtiğimiz birkaç yıla kadar askerler arasında yaygın olan yanlış bilgilerden birisine göre tüfekle ateş edildiğinde çekirdeğin ayak parmaklarından birisine isabet etmesi veya bacak ve kol gibi bölgelerin damar ve kemik dışında kalan bölgelere girip çıkması durumunda sağlık açısından önemli bir sorun olmadığı gibi askerliğe elverişli değildir raporu verilmektedir. Bilgi kirliliği olarak da tanımlayabileceği bu tür dayanaksız ve yanlış açıklamalar, çeşitli nedenlerle askerlik hizmetini tamamen ya da kısmen yapmak istemeyen muvazzaf yükümlülerin AsCK m.79/1'de yer alan suçu işlemelerine neden olabilmektedir. Bu nedenle somut olayda failin kast ya da taksirle hareket edip etmediğinin titiz bir şekilde incelenmesinin yanı sıra, askerlerin bu konuda detaylı şekilde bilgilendirilmeleri de önem arz etmektedir.

<sup>108</sup> AsCK m.80'de yer alan suça göre fail, bir başkasına karşı AsCK m.79/1'de yer alan fiilleri işlemektedir. Duran, taksirle yaralama eylemleri nedeniyle TCK m.89'da yer alan suçun oluşabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Duran**, Yaramayacak, s. 1034.

<sup>109</sup> **Taşkın**, s. 149.

<sup>110</sup> **Değirmenci**, Askerî, s. 311.

<sup>111</sup> **Değirmenci**, Askerî, s. 311; **Demirağ**, s. 269; **Kardaş/Çingı**, II, s. 417.

<sup>112</sup> **Kardaş/Çingı**, II, s. 417.

<sup>113</sup> **Duran**, Yaramayacak, s. 1043.

mektedir<sup>114</sup>. Bundan dolayı failin belirli bir amaca ulaşmak ve neticeyi elde etmek düşüncesiyle hareket etmesi gerekmektedir<sup>115</sup>. Bu kabule bağlı olarak suçun olası kastla işlenmesi de söz konusu olmadığından dolayı cezada indirime gidilmesi mümkün değildir<sup>116</sup>. Doktrindeki diğer bir görüşe göre AsCK m.79/1’de yer alan “kasten” kelimesi özel kast olarak değerlendirilmelidir<sup>117</sup>. Askerlikten tamamen veya kısmen kurtulmak gibi bir özel kastla hareket etmeyen sanığın işlediği fiil suç olarak kabul edilmemelidir<sup>118</sup>. Örneğin sanık intihar etmek amacıyla fiili işlemişse özel kast bulunmamaktadır<sup>119</sup>.

Askeri Yargıtay ile Yargıtaya göre genel kastın varlığı yeterli değildir. Kararlara bakıldığında failin, “kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirmek”<sup>120</sup>, “kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirmek”<sup>121</sup>, “askerlikten kısmen ve tamamen kurtulmak özel kastıyla hareket etmesi”<sup>122</sup> aranmaktadır. Bu bakımdan failin yaşamak istememesi nedeniyle intihar etmesi ancak başarıya ulaşamaması durumunda, özel kastla hareket etmediğinden dolayı suçun oluşmadığı yönünde karar verilmektedir<sup>123</sup>. Öyle ki bir kararına konu olayda, belirli etkin madde içeriğe sahip kırk adet hapı içen sanık, olayın akabinde verdiği ilk ifadede çürük raporu almak istediğini, askerlik yapmak istemediğini ve ölmek istediğini söylemiştir. Mahkemede ise psikolojisinin bozuk olduğunu, ailevi sorunlar yaşadığını ve askerlik yapmak istemediğini beyan etmiştir. İlk derece mahkemesi sanığın mahkûmiyetine karar vermişse de Yargıtay, sanığın kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirme eyleminin sınırını aşacak şekilde kırk adet hap kullanması nedeniyle kendisini askerliğe

<sup>114</sup> Duran, Yaramayacak, s. 1043.

<sup>115</sup> Duran, Yaramayacak, s. 1043.

<sup>116</sup> Duran, Yaramayacak, s. 1043.

<sup>117</sup> Çelen, s. 290.

<sup>118</sup> Çelen, s. 290.

<sup>119</sup> Çelen, s. 290.

<sup>120</sup> Yarg. 19. CD, T. 29.05.2019, E. 2018/8135, K. 2019/9182, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>121</sup> As. Yarg. DK, T. 27.09.2001, E. 2001/79, K. 2001/76, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024); Yarg. 7. CD, T. 20.02.2023, E. 2021/5710, K. 2023/1390, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024).

<sup>122</sup> Ankara BAM, 9. CD, T. 05.02.2019, E. 2018/7990, K. 2019/769, (Lexpera, Erişim Tarihi:13.03.2024).

<sup>123</sup> As. Yarg. DK, T. 06.01.2005, E. 2005/6, K. 2005/4, (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.03.2024).



elverişsiz hâle getirme kastının olmadığından beraat kararı verilmesi gerektiğini belirterek hükmün bozulmasına karar vermiştir<sup>124</sup>. Görüldüğü üzere sanık hukuka uygun vermiş olduğu beyanında askerliğe elverişli değildir raporu almak suretiyle askerlik hizmetinden kurtulmayı amaçlamasına rağmen Yargıtay sanığın özel kastla hareket etmediği yönünde hükmünü kurmuştur.

Mahkeme kararlarına bakıldığında özel kastın olup olmadığı tayin edilirken birtakım hususlara özellikle dikkat edildiği söylenebilir. Örneğin hemen yukarıda bahsettiğimiz kararda sanığın intihar etmek istemesi özel kastın oluşumunu engellenmişse de sanığın gerçekten intihar etmek isteyip istemediğinin titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan intihar girişiminde bulunan sanığın, intihar için ne tür bir yöntem belirlediğine bakılmaktadır. Silahla ateş etmek suretiyle intihar etmek isteyen bir kişinin göğüs, karın, omuz ve kafa bölgesini hedef alması beklenmektedir<sup>125</sup>. Bundan dolayı ayak, bacak, el ve kol gibi hayati tehlike doğurmayan yerlere ateş edildiği hâllerde sanığın intihar etmekten ziyade askerliğe elverişsiz raporu almak için hareket ettiği ifade edilebilmektedir<sup>126</sup>. Tüfeğin hedef alındığı bölgenin yanı sıra bitişik nizam olup olmaması da önem arz edebilmektedir<sup>127</sup>. Yine de özel kastın belirlenmesinde bu bölgenin hayati önemi veya zarar verilen kısmın genel olarak tek başına yeterli olmadığı eklenmelidir<sup>128</sup>. Bunların yanı sıra başka hususlara da bakılmaktadır. Bu kapsamda sanığın geçmiş<sup>129</sup>, sanığın mesleği<sup>130</sup>, sanığın terhis edilmesine kalan gün sayısı<sup>131</sup>, sanığın şahsi ve ailevi sorunlar yaşayıp yaşamadığı<sup>132</sup>, sanığın daha önce

<sup>124</sup> Yar. 7. CD, T. 20.02.2023, E. 2021/5710, K. 2023/1390, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>125</sup> As. Yarg. DK, T. 22.11.2007, E. 2007/122, K. 2007/121, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>126</sup> As. Yarg. 1. D, T. 04.07.2007, E. 2007/1426, K. 2007/1423, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>127</sup> As. Yarg. 2. D, T. 29.03.2006, E. 2006/453, K. 2006/445, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>128</sup> As. Yarg. DK, T. 28.09.2006, E. 2006/163, K. 2006/162, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>129</sup> As. Yarg. DK, T. 15.03.2012, E. 2012/39, K. 2012/37, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>130</sup> As. Yarg. DK, T. 12.10.2000, E. 2000/1499, K. 200/149, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>131</sup> As. Yarg. 2. D, T. 01.03.2006, E. 2006/276, K. 2006/270, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>132</sup> Yarg. 19. CD, T. 18.02.2019, E. 2018/8035, K. 2019/4446, (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.03.2024).

kendisine zarar veren davranışlarda bulunup bulunmadığı<sup>133</sup>, sanığın psikiyatrik sorunlarının olup olmadığı<sup>134</sup>, sanığın psikiyatrik tedavi görüp görmediği<sup>135</sup>, sanığın psikiyatrik tedavi görmesi durumunda ne tür bir tanı konulduğu<sup>136</sup>, olayın oluş şekli ile gerçekleştiği yer ve zaman<sup>137</sup>, hazırlık hareketleri<sup>138</sup>, özellikle olayın gerçekleştiği yere bağlı olarak sanığın kendisine zarar verdiğinin diğer insanlar tarafından görülüp görülmemesi<sup>139</sup>, sanığın kendisine nasıl bir yöntem izleyerek zarar verdiği, bu zararın büyüklüğü ve hayati tehlike geçirip geçirmediği<sup>140</sup>, sanığın alınan beyanında askerlik hizmetini tamamen ya da kısmen yapmak istemediğine dair açıklamada bulunup bulunmaması<sup>141</sup> ve sanığın bu tür bir sözü arkadaşlarıyla muhabbet ederken söylemiş olup olmaması<sup>142</sup> gibi hususlara bakılmaktadır. İşte bu ve benzer hususlara bakılarak sanığın özel kast ile hareket edip etmediği saptanmaktadır. Bunlardan bir ya da birden fazlası söz konusu olsa bile özel kastın net olarak saptanmadığı hâllerde Yargıtay, suçun oluşmadığından bahisle sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği yönünde karar vermektedir<sup>143</sup>.

Yargı mercilerinin özel kastla ilgili olarak açıklamaları bu yönde olmakla beraber, failin askerlik yapmamak amacıyla fiili işlemesi durumunda özel kastın oluştuğu kabul edilmekte, failin neden askerlik yapmak isteme-

<sup>133</sup> Ankara BAM, 9. CD, T. 05.02.2019, E. 2018/7990, K. 2019/769, (Lexpera, Erişim Tarihi:13.03.2024).

<sup>134</sup> As. Yarg. DK, T. 06.01.2005, E. 2005/6, K. 2005/4, (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.03.2024).

<sup>135</sup> Yarg. 19. CD, T. 18.02.2019, E. 2018/8035, K. 2019/4446, (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.03.2024).

<sup>136</sup> As. Yarg. 1. D, T. 01.02.2006, E. 2006/138, K. 2006/137, (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.03.2024).

<sup>137</sup> As. Yarg. DK, T. 15.03.2012, E. 2012/39, K. 2012/37, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>138</sup> As. Yarg. 4. D, T. 13.11.2007, E. 2007/1833, K. 2007/1824, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>139</sup> As. Yarg. 1. D, T. 01.02.2006, E. 2006/138, K. 2006/137, (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.03.2024).

<sup>140</sup> As. Yarg. DK, T. 15.03.2012, E. 2012/39, K. 2012/37, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>141</sup> As. Yarg. DK, T. 18.11.1999, E. 1997/207, K. 1999/203, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>142</sup> Yarg. 19. CD, T. 18.02.2019, E. 2018/8035, K. 2019/4446, (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.03.2024).

<sup>143</sup> Yarg. 19. CD, T. 29.05.2019, E. 2018/8135, K. 2019/9182, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

diği ayrıca araştırılmamaktadır. Bu bakımdan askerlik yapmak istemeyen failin, örneğin askeri disipline alışmaması, zorunlu askerlik görevine karşı çıkması, ailesini geçindirmek, eğitimine devam etmek veya ticari faaliyetine ara vermemek istemesi gibi durumlar bir farklılık arz etmemektedir.

Yine kararlara bakıldığında bu suçun ancak özel kastla işlenebileceğine dair kabulün bir sonucu olarak bazı durumlarda failin özel kastla hareket etmediği durumlarda suçun işlenmesinde kullanılan aracın türü nedeniyle AsCK m.136'da yer alan suçtan dolayı mahkûmiyet hükmü verdiği görülebilmektedir. Karara konu bir olayda sanık, nöbet vazifesini yerine getirirken tüfeğiyle ayağına ateş etmiştir. İlk derece mahkemesi sanık hakkında kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunu işlediğinden dolayı hüküm kurmuştur. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, sanığın askerlikten kurtulmak amacıyla hareket ettiğinin yani özel kastın mevcut olduğunun tam olarak belirlenememesi nedeniyle anılan suçun oluşmadığı ancak nöbet esnasında söz konusu fiili işleyerek kendisini nöbet tutamayacak bir vaziyete sokmuş olması nedeniyle AsCK m.136'da yer alan suçun oluştuğu yönünde karar vermiştir<sup>144</sup>.

Açıklandığı üzere her ne kadar bu suçun ancak özel kastla işlenebileceği belirtilmekteyse de bizce, bu suç açısından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Eğer kanun metninde suçun belirli bir amaç veya saikle işlenmesi öngörülmüş ise özel kast söz konusu olmaktadır<sup>145</sup>. Ne var ki AsCK m.79'a bakıldığında failin fiili işlerken güttüğü amaç veya saike ayrıca

<sup>144</sup> İlgili konuya dair kararlara baktığımızda şu çıkarımda bulunabiliriz: Nöbet esnasında tüfekle kendisine ateş etme şeklinde gelişen olaylarda özellikle ayak ve bacak gibi hayati olmayan bölgelere ateş edilmişse intihar amacının daha düşük olduğu; buna karşın hayati bölgelere ateş edilmiş ise sanığın intihar etmek istediği söylenebilir. İşte bunun gibi somut olayın özelliklere göre özel kastın olup olmadığı belirlenmeli, özel kast yoksa AsCK m.79'da yer alan suç oluşmayacağından dolayı artık nöbette tüfekle kendisini nöbet tutamayacak hâle getirme durumunda AsCK m.136'a göre incelemeye alınmalıdır. Bkz. As. Yarg. DK, T. 14.10.1999, E. 1999/192, K. 1999/180, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024); Metinde bahsedilen karar için bkz. As. Yarg. DK, T. 25.09.2003, E. 2003/73, K. 2003/67, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024).

<sup>145</sup> **Demirbaş**, s. 412; **Değirmenci**, Askerî, s. 156; Bununla beraber hukukumuza Fransız ceza hukukundan girmiş olan özel kasta TCK'de yer verilmediğinden amaç ve saik, kastla özdeş olmadığı gibi kastın bir türü olarak da kabul edilmemelidir. Bkz. **Özgenç**, s. 302; Failin belirli bir saikle veya maksatla hareket geçmesi kanunda aranabilmektedir. Buna özel kast denilse de kast ile arasındaki tek ortak nokta failin psikik durumuyla ilgili olmasıdır. Bkz. **Zafer**, s. 321; **Hakeri**, s. 218; **Soyaslan**, s. 448; **Toroslu/Toroslu**, s. 227.

madde metninde yer verilmemektedir. Bu nedenle manevi unsur açısından genel kastın varlığı yeterli olmalıdır. Bu bakımdan failin birkaç gün istirahat almak, kendisine zarar vererek sigortadan para almak ve askerlik hizmetini tamamen ya da kısmen de olsa yerine getirmemeye ilişkin çeşitli amaçlarla fiili işlemesi durumunda suç oluşmalıdır. Ancak bu kabule bağlı olarak cezai sorumluluğun genişlediği de bir gerçektir. Nitekim fail başlığı altında ele alındığı üzere bu suçun faili sadece muvazzaf döneminde bulunan yükümlülerle sınırlı değildir. Bu nedenle örneğin askerlik çağının yoklama döneminde bulunan bir kişi askerlik hizmetinden kaçınmak amacı bulunmasa bile kendisini kasten sakatlaması durumunda bu suç oluşabilmektedir. Esasen suçla korunan hukuki değer açısından madde metninde özel kastın aranmasının bir bakıma amaca uygun olduğu söylenebilir. Gerçekten de personel kaynağının korunması amacıyla bu suç tesis edildiğinden intihar olaylarının artması durumunda personel sayısında eksiklik meydana gelebilmektedir. Ancak şahsi veya ailevi sıkıntılar gibi birtakım sorunlar yaşayan bir kişinin yaşamak istemeyip ölümü tercih etmesi durumunda dahi bu kişinin Türk Silahlı Kuvvetlerine ne gibi bir yararı olabilir sorusunun da yöneltmesi gerekebilmektedir. Bu nedenlerden ötürü suçun oluşumunun özel kast yönünden sınırlandırılması elzemdir. Ancak bu sınırlandırmanın kanuna uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir. Bu nedenle AsCK m.79/1’de değişikliğe gidilmesi isabetli olacaktır. Nitekim bu suçla aynı fasılda AsCK m.81’de düzenlenen suç için “askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile” koşulu öngörülmektedir. Benzer bir ibarenin AsCK m.79/1’e eklenmesinde yarar vardır.

### **C. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru**

AsCK m.79’a bakıldığında suçun hukuka aykırılık unsuruna dair özel bir ibarenin bulunmadığı söylenmelidir. Bu bakımdan genel olarak tipe uygunluğun sağlandığı hâllerde hukuka aykırılığın da mevcut olduğu ifade edilmelidir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler açısından bakıldığında da madde metninde özel bir ibareye yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle hukuka uygunluk sebeplerinden birisinin varlığı hâlinde fiil suç olmayacaktır. Yine de bu suçun işlendiği somut olaylara baktığımızda hukuka uygunluk sebebinin mevcut olmasının daha çok teoride mümkün olduğunu söyleyebiliriz.

Yukarıda değinildiği üzere suçun iki seçimlik hareketini fail bizzat kendi bedeni üzerinde işlemektedir. Buna karşın üçüncü seçimlik harekette, failin bedenine zarar verici davranışı gerçekleştiren kişi failin bizzat kendisi

değildir; fail, üçüncü bir kişiden kendisini askerliğe yaramayacak bir hâle getirmesini talep etmektedir. Burada TCK m.26/2'ye göre ilgilinin rızası gündeme gelmektedir. Ne var ki suçun oluşumu açısından zararın belirli bir seviyeye ulaşması gerektiğinden rızanın geçerliliği tartışmaya açıktır<sup>146</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre anılan suç açısından ilgilinin rıza göstermeye yetkisi bulunmamaktadır<sup>147</sup>. Nitekim kişinin kendisini sakatlaması veya askerliğe elverişsiz hâle getirmesi açısından açıkladığı rıza geçerli kabul edilmemelidir<sup>148</sup>.

Rızanın geçerli olduğu kabul edilse bile burada kendini askerliğe yaramayacak hâle getiren failin cezai sorumluluğu açısından bir farklılık söz konusu olmayacaktır<sup>149</sup>. Sonuçta fail, kendisini bizzat askerliğe yaramayacak hâle getirebileceği gibi bir başkası aracılığıyla da kendisini bu hâle getirebilmektedir. Bu çerçevede ilgilinin rızasının kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu açısından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediği söylenmelidir. Aksine, ilgilinin bu yönde talepte bulunmasının anılan suçun oluşumu için gerekli olduğu söylenmelidir.

## VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### A. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Olarak Suçun Her Nevi Askeri Maksatlar İçin Çalışmak Kabiliyetini Mahvetmiş Olması

Suçun seçimlik hareketleri ile askerliğe elverişlilik raporu arasında doğrudan ve sıkı bir ilişki bulunmasa da yukarıda açıklandığı üzere uygulamada bu suçun oluşabilmesi için failin kendisini askerliğe elverişsizdir raporu alınabilecek bir hâle getirmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bize göre kendisini sakatlayan fail, yapılan muayene sonucunda hakkında askerliğe elverişli değildir raporu verilmese bile bu suç oluşmaktadır. Bu durumda muvazafılık döneminde bulunan fail iyileşene kadar istirahat etmeli ve akabinde birliğe yeniden katılmalıdır. Bununla beraber fail hakkında askerliğe elverişli değildir kararlı sağlık raporunun verilmesi durumunda, eğer bu rapor yoklama döneminde verilmişse kişi silahlı altına alınmamaktadır. Silahlı altına alındıktan sonra bu rapor verilmiş ise terhis edilmektedir<sup>150</sup>. Muhtemel

<sup>146</sup> Ergül, Yaramayacak, s. 32; Değirmenci, Askerî, s. 309.

<sup>147</sup> Duran, Yaramayacak, s. 1049.

<sup>148</sup> Kangal, s. 132.

<sup>149</sup> Erman, s. 174; Kardaş/Çingir, II, s. 415.

<sup>150</sup> Işıklar, s. 151.

bir karışıklığı önlemek için vurgulamak isteriz ki askerlik hizmetinin yapılmasının tek yolu silahaltına alınmakla sınırlı değildir. Bu nedenle yükümlü silahaltına alınmasa bile çeşitli şekillerde askerlik hizmetini yerine getirebilmektedir. Sağlık açısından elverişliliğe dair belirlemeler genel olarak Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı Ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'nde<sup>151</sup> yer alan hükümlere göre yapılmaktadır. Örneğin yükümlü, barışta askerliğe elverişli olmasa bile savaşta askerliğe elverişli olabilmektedir. Bu durum sağlık raporuna yazılmaktadır. Böylece yükümlü, savaş hâlinde askerlik hizmetini yapmak zorundadır. İşte AsCK m.79/2'de "Fiil her nevi askeri maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş" şeklinde tanımlanan durum bu şekilde açıklanabilir. Hatta bu örnek üzerinden söylemek gerekirse failin işlemiş olduğu suç nedeniyle hakkında sözü edilen rapor verilmiş ise suçun temel şekli oluşmaktadır. Ancak yükümlünün savaşta dahi askerliğe elverişli olmadığına anlaşılması hâlinde AsCK m.79/2'de belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu olmaktadır. Bu durumda ceza, ortaya çıkan ağır netice nedeniyle artırılmaktadır<sup>152</sup>. Doktrinde AsCK m.79/2'de yer verilen hüküm suçun nitelikli hâli olarak değerlendirilebilmektedir<sup>153</sup>. Biz bu görüşe katılmamaktayız. TCK m.23'te belirtildiği üzere failin bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için netice bakımından kasten ya da taksirle hareket etmesi zorunludur. Taksir düzeyinde dahi sorumluluğun bulunmaması durumunda AsCK m.79/2'ye göre ceza ağırlaştırılmamalıdır. Bunun yanı sıra neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun oluşup oluşmadığı esasen fail hakkında alınan sağlık raporuna göre belirlenmektedir. Bu bakımdan raporun iyi bir şekilde değerlendirilmesi ve failin askerlik hizmetini yapabilme yeteneğini ne şekilde kaybettiğinin net olarak belirlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde failin savaş gibi durumlarda askerlik yapma yeteneğini kaybetmemesine rağmen AsCK m.79/2'ye göre cezasının ağırlaştırılması hukuka aykırı olmaktadır<sup>154</sup>.

## B. Teşebbüs

<sup>151</sup> Anılan Yönetmelik 11.11.2016 tarihli ve 29885 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>152</sup> **Ergül**, Yaramayacak, s. 34.

<sup>153</sup> **Değirmenci**, Askerî, s. 310; **Demirağ**, s. 269.

<sup>154</sup> As. Yarg. 2. D, T. 29.03.2006, E. 2006/453, K. 2006/445, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

Fiil başlığı altında değinildiği üzere bu suç seçimlik hareketli bir suç olup her bir hareket açısından da maddi suç özelliği göstermektedir<sup>155</sup>. Maddi suçlara teşebbüs kuralı olarak mümkündür<sup>156</sup>. TCK m.35'e göre fail, icra hareketlerine başladıktan sonra elinde olmayan nedenlerden dolayı tamamlayamazsa teşebbüs söz konusu olmaktadır. Bu durumda fail hakkında hükümlenilecek cezada indirimine gidilmektedir. Örneğin fail, tüfeğiyle göğüs bölgesine ateş etmek istemesine rağmen tetiğe bastığı esnada tüfeğin namlusu kayıp mermi kaba etini sıyırarak şekilde bir yol izler ve bu nedenle sadece basit bir pansuman ile giderilebilecek bir yara meydana gelirse bu durumda suç tamamlanmadığından teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir.

Teşebbüsten söz edilebilmesi için icra hareketlerine başlanmış olması zorunludur. Bu bakımdan anılan suç işlemek isteyen kişinin silah ve ilaç gibi suçun işlenmesinde kullanacağı araçları temin etmesi hazırlık hareketi olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle sadece temin etmek anılan suç açısından cezai sorumluluğu doğurmamalıdır. Ancak silah ve ilacın temin edilmesine dair bu fiil ayrı bir suç teşkil ediyorsa fail bundan dolayı cezalandırılabilir.

Askeri Yargıtay bir kararında, piyade tüfeğiyle kendisine ateş eden failin, yaralanmasına rağmen bu zararın askerliğe yaramayacak bir hâl oluşturmaması nedeniyle suçun teşebbüs aşamasında kaldığı gerekçesiyle failin cezasında indirimine gidilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>157</sup>. Uygulamaya baktığımızda bu suçun birçok şekilde işlenmesine rağmen en çok başvuru alan yöntemlerden birisinin nöbet esnasında silahla kendi bedenini hedef alarak ateş etmek olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle ayak bölgesinin daha çok tercih edildiği görülebilmektedir<sup>158</sup>. Örneğin tüfekten çıkan merminin iki ayak parmağının arasından geçmesi durumunda failin askerliğe yaramayacak bir hâl geldiğinden söz etmek mümkün görünmemektedir. Bu durumda Askeri Yargıtay failin ateş etmek suretiyle icra hareketlerine başladığı ancak suçun

<sup>155</sup> Kangal, s. 101; Değirmenci, Askerî, s. 313; Duran, Yaramayacak, s. 1035; Demirağ, s. 269; Burus, s. 99.

<sup>156</sup> Demirbaş, s. 265; Öztürk/Erdem, s. 368; Koca/Üzülmez, Genel, s. 434; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 239; Değirmenci, Askerî, s. 224; Duran, Yaramayacak, s. 1050; Demirağ, s. 269.

<sup>157</sup> As. Yarg. DK, T. 25.09.2003, E. 2003/73, K. 2003/67, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>158</sup> As. Yarg. 4. D, T. 13.11.2007, E. 2007/1833, K. 2007/1824, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

teşebbüs aşamasında kaldığı yönünde karar vermektedir<sup>159</sup>. Başka bir karara konu olayda ise fail askerlikten sıkıldığından dolayı hava değişimi almak amacıyla bahçıvan makasıyla parmağını kesmiştir. Yapılan muayene sonucunda failin askerliğe elverişsiz bir hâle gelmediğine karar verilmiştir. Askeri Yargıtay burada suçun teşebbüs aşamasında kaldığını belirtmektedir<sup>160</sup>.

Teşebbüs durumunda süreli cezalarda, cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmektedir. Mahkeme belirlenen oranlar arasında somut olayın özelliklerine göre indirim gitmektedir. Bir karara konu olayda fail, nöbetteyken tüfeğiyle sağ ayağına ateş etmiştir. İlk derece mahkemesi suçun işlendiği yer nedeniyle birlikte bulunan personelin zarar görebileceği ihtimali nedeniyle cezada üçte bir oranında indirim yapmıştır. Askeri Yargıtay bu gerekçenin ilgili maddeye uygun olmadığını belirtmiş ancak sanığın yaralanma sonrasında bir buçuk ay süre hava değişimi almış olması ve seken merminin o civarda bulunan başka bir personele isabet etmesi ihtimali nedeniyle indirim oranını makul görmüştür<sup>161</sup>.

Bu suç açısından gönüllü vazgeçmeye dair hükümlerin uygulanması da mümkündür. TCK m.36'da belirtildiği üzere fail icra hareketini gerçekleştirmekten gönüllü olarak vazgeçerse veya icra hareketini gerçekleştirdikten sonra suçun tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlerse suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile teşebbüsten dolayı cezalandırılmamaktadır. Ancak bu aşamaya kadar olan kısım bir suç oluşturuyorsa fail bu suçtan dolayı cezalandırılmaktadır. Örneğin etkin madde içeren birçok sayıdaki hapı yutan fail icra hareketlerini gerçekleştirir ancak haplar etkisini göstermeden kusmak suretiyle bunları dışarı atar ve sağlığı belirli bir dereceye kadar olumsuz yönde etkilenmezse gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilecektir. Buna karşın sağ eline aldığı jilet ile sol bileğini ve boyun bölgesine kesik atan fail, gerçekleştirdiği hareketten pişmanlık duyarak hemen durumu yetkililere bildirmek veya sağlık kuruluşuna gitmek suretiyle daha fazla kan akmasını önlerse verilen zararın durumuna göre bir tespitte bulunulacaktır.

<sup>159</sup> As. Yarg. DK, T. 15.03.2012, E. 2012/39, K. 2012/37, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024); As. Yarg. 4. D, T. 12.11.2008, E. 2008/2137, K. 2008/2131, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024).

<sup>160</sup> As. Yarg. 4. D, T. 10.11.2012, E. 2012/0021, K. 2012/0008, Askeri Yargıtay Dergisi, S: 13, Y: 2013, Ankara, K. K. Basımevi Müdürlüğü, Ankara, 2013, s. 55, 56.

<sup>161</sup> As. Yarg. DK, T. 15.06.2006, E. 2006/135, K. 2006/132, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).



### C. İştirak

AsCK m.79'da iştirake dair failin özgü suç olması dışında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Suça iştirake dair TCK'de yer alan hükümlerin uygulanması mümkündür. Örneğin askerliğe elverişli değildir raporu alması amacıyla yükümlüyü kendisini sakatlaması yönünde azmettiren kişi TCK m.38'e göre işlenen suçun cezasıyla cezalandırılmaktadır. Yine bu suçu işlemeyi planlayan yükümlüye silah tedarik eden kişinin yardım eden sıfatıyla cezai sorumluluğuna gidilebilmektedir. Bununla beraber faillik açısından iştirake dair kuralların özellik arz ettiği belirtilmelidir. Nitekim bu suç fail açısından özgü suç niteliğini haiz olduğundan dolayı TCK m.40/2'de belirtildiği üzere suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler somut olayın özelliğine göre azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilmektedir.

Suçun üçüncü seçimler hareketi olan failin kendisini herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak hâle getirtme üzerinde durulmasında yarar vardır. Burada suçun maddi konusu yükümlünün bedeni olup zarar verici davranış üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu suç özgü suç olduğundan TCK m.40/2'de yer hükmün uygulanması gündeme gelebilir. Ancak AsCK m.80'ye bakıldığında AsCK m.79'da yer alan fiili bilerek başkasına yapan kişi hakkında aynı cezaya hükmolunacağı belirtilmektedir. Esasen bu hüküm iştirake dair bir düzenleme içerse de başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu olarak kabul edilmelidir. O hâlde yükümlüyü kendi talebiyle askerliğe yaramayacak hâle getiren kişi hakkında AsCK m.79/1'de yer alan ceza verilmelidir.

### D. İçtima

Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu içtima bakımından kural olarak bir özellik arz etmez. Kişinin önce bedenini jilette kesmesi, ardından silahla birkaç el ateş etmesi durumunda, birden çok davranış söz konusu olsa da bunlar tek suç işleme amacı kapsamında tek fiil olarak kabul edilmelidir. Ancak araya belirli bir sürenin girdiği durumlarda birden fazla suçtan söz edilebilecektir. Bu durumda koşulları varsa zincirleme suça dair hükümler uygulanabilecektir.

Failin suçu işlemek amacıyla silah veya uyuşturucu veya uyarıcı madde temin etmesi durumunda bunlar her ne kadar suçun işlenmesinde araç olarak kullanılırsalar da bunları almak veya bulundurmamak ayrıca suç teşkil etmemektedir.

## VII. YAPTIRIM

Suçun temel şeklinin yaptırımı bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâllere bakıldığında suçun seferberlikte işlenmesi durumunda yaptırım on yıla kadar ağır hapis cezası olmaktadır. Hemen belirtmek isteriz ki 5252 sayılı Kanun m.6 ile ağır hapis cezasına ilişkin AsCK m.79'ü de kapsayacak şekilde genel bir düzenleme getirilmektedir. Bu hükümle beraber ağır hapis cezası, hapis cezasına dönüştürülmektedir. Bu bakımdan yaptırımın on yıla kadar hapis cezası olduğu söylenmelidir. Dikkat edildiğinde hapis cezasının alt sınırından açıkça söz edilmemektedir. 5329 sayılı Kanun<sup>162</sup> m.1 ile AsCK ek m.9'da getirilen düzenlemeye göre AsCK'de yer alan ve alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırının bir sene olarak uygulanacağı öngörülmektedir. 5560 sayılı Kanun<sup>163</sup> m.14 ile 5252 sayılı Kanun m.6'da yapılan değişiklikle de 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş olan kanunlarda yer alan ve hapis cezasına dönüştürülen ağır hapis cezalarının kanunda aksine bir hüküm bulunmaması durumunda alt sınırının bir yıl olarak uygulanacağı ifade edilmektedir. Mevcut durumda bu suçun seferberlikte işlenmiş olması durumunda yaptırımının bir yıldan on yıla kadar hapis cezası olduğunu belirtmek isteriz. Ancak uygulamaya bakıldığında özellikle ilk derece mahkemesi tarafından sözü edilen düzenlemeler yerine, TCK m.49/1'de "Sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz." şeklinde yer alan hükmün uygulandığı görülebilmektedir.<sup>164</sup> Yeri gelmişken eklemek gerekir ki hâkim her ne kadar ilgili hükümlere göre bu sınırlar arasında cezayı belirlese de aralığın fazla olduğunu düşünmekteyiz.

Diğer nitelikli hâl olan suçun düşman karşısında işlenmiş olması durumunda, yaptırımın ölüm cezası<sup>165</sup> olduğu yazmaktadır. Bu ceza madde met-

<sup>162</sup> 31.03.2005 kabul tarihli ve 5329 sayılı Askerî Ceza Kanunu ile Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 06.04.2005 tarihli ve 25778 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>163</sup> 06.12.2006 kabul tarihli ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 19.12.2006 tarihli ve 26381 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>164</sup> AsCK m.81'de yer alan suçun alt sınırın bir yıl yerine bir ay olarak kabul edilmesine dair karar için bkz. Eleşkirt AsCM, T. 28.05.2013, E. 2010/120, K. 2013/124, özel arşiv.

<sup>165</sup> Yukarıda açıklandığı üzere FAAK'de gönüllü sakatlanma suçu açısından süreli hapis cezası ile müebbet hapis cezası öngörülmektedir. Yine de geçmiş dönemde ölüm cezasının da uygulandığı söylenmelidir. Bu noktada ölüm cezasını göze alarak intihar etmek veya kendisini sakatlamak isteyen bir kişinin göstermiş olduğu bu davranış intiharın

ninde yer almaya devam etse de yürürlükte olduğu söylenemez. Nitekim ölüm cezası Anayasa m.38 ile ilgili Kanun'larla kaldırılmıştır. Bu cezanın ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olarak kabulü gerekmektedir<sup>166</sup>. Yine de madde metni üzerinde ilgili değişikliğin yapılması isabetli olacaktır.

AsCK m.79/2'nin mevcut olduğu hâllerde failin “yedi seneye kadar ağır hapis ile” cezalandırılacağı belirtilmektedir. Hemen yukarıda açıklanan gerekçelerden ötürü yaptırımın bir yıldan yedi yıla kadar hapis cezası olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca suçun temel şeklinde de hapis cezasının alt sınırı bir yıl olduğundan AsCK m.79/2'deki hapis cezasının alt sınırının artırılması uygun olacaktır.

Ceza yaptırımının belirlenmesinde açıkça istisna tutulmamışsa TCK'nin genel hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin hapis cezasının gereken koşulları sağlaması durumunda TCK m.50/1-a'ya göre adli para cezasına çevrilmesi mümkünken<sup>167</sup> sırf askeri suç mevcut ise AsCK ek m.8'de yazıldığı üzere dört ay veya daha uzun süreli hapis cezası açısından bu hüküm uygulanmamaktadır. Benzer durum hapis cezasının ertelenmesinde de vardır. TCK m.51'e göre iki yıl ve daha az süreli hapis cezası ertelenebilse de AsCK m.47'ye göre sırf askeri suçtan dolayı verilen hapis cezası üç ay ve üzerindeyse ertelenmemektedir. Yukarıda değinildiği üzere bu suç bir askeri suç olduğundan bir asker kişi tarafından işlenmesi durumunda sırf askeri suç söz konusu olmaktadır. Ertelemeye dair hüküm suçun sırf askeri suç olup olmamasına göre değişmektedir. Bununla beraber istisna bir hüküm olmadığından TCK m.62'ye göre failin cezasında indirime gidilebilmektedir<sup>168</sup>.

Madde metninde bir ibare olmasa da belirtmek isteriz ki TCK m.61/10 gibi birtakım hükümlerde açıkça ya da dolaylı yoldan ifade edildiği üzere, kanunda açıkça belirtilmeyen durumlarda cezaların artırılması mümkün olmadığı gibi değiştirilmesi veya eksiltilmesi de söz konusu olamaz. Bu açıdan örneğin failin bu suçu işledikten sonra askerlik hizmetini tamamen yerine

---

evrimi olarak değerlendirilmektedir. Öyle ki halkın ölüm cezasına nazaran intiharı daha fazla anlayış ve şefkatle karşılaması orduyu etkilemiştir. Bkz. **Korsia**, s. 366.

<sup>166</sup> **Demirağ**, s. 209; **Ergutekin**, s. 46, dp.126; Ölüm cezasına dair detaylı açıklamalar için bkz. **Değirmenci**, Askerî, s. 239, 240.

<sup>167</sup> Yarg. 19. CD, T. 10.06.2020, E. 2018/8003, K. 2020/6328, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>168</sup> Yar. 7. CD, T. 20.02.2023, E. 2021/5710, K. 2023/1390, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

getirmesine dair özel bir hüküm bulunmadığından ceza, yukarıda yer alan kurala göre belirlenmelidir. Keza Yargıtayın görüşü de bu yöndedir<sup>169</sup>.

TCK m.58/4'te "sırf askerî suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz" denilmektedir. Bu bakımdan suçun bir asker kişi tarafından işlenmesi durumunda sırf askeri suç söz konusu olacağından bu yasak ortaya çıkmaktadır. Buna karşın suçun bir sivil kişi tarafından işlenmesi durumunda diğer suçlarla tekerrür hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bu durumda failin adli sicil kaydının dosyaya eklenmesi önem arz etmektedir<sup>170</sup>.

Ceza yaptırımının yanı sıra AsCK m.79'da açıkça sözü edilmemiş olsa bile işlenen suçtan dolayı güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkündür. Örneğin TCK m.53'te belirtildiği üzere fail hakkında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaya karar verilebilmektedir<sup>171</sup>.

### VIII. MUHAKEME

Adli yargı gibi yargı kollarından birisi olan askeri yargının varlığına 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle birlikte son verilmiştir. Bu değişiklikte birlikte kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçuna dair yargılamaların genel olarak adli yargıda yer alan ceza mahkemeleri tarafından görüleceği söylenmelidir. Esasen mevcut durumda kural bu olmakla birlikte, sözü edilen değişiklik öncesi bu suçun askeri yargının yanı sıra adli yargıda görüldüğü de eklenmelidir. Mülga 353 sayılı Kanun m.13'te, AsCK'de yer alan belirli suçların askeri mahkemelerin yargı yetkisine tabi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenmesi hâlinde bu kişilerin adli yargıda yer alan mahkemeler tarafından yargılanacağı belirtilmekteydi<sup>172</sup>. Keza sivil kişinin bu suçu asker kişilerle iştirak hükümleri çerçevesinde işlendiği iddia olunan olaylarda da söz konusu durum değişmemek-

<sup>169</sup> Yarg. 7. CD, T. 17.04.2023, E. 2021/5891, K. 2023/3735, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>170</sup> Yarg. 7. CD, T. 16.02.2022, E. 2021/17184, K. 2022/2757, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>171</sup> Yarg. 7. CD, T. 29.09.2022, E. 2022/3305, K. 2022/12977, (Legalbank, Erişim Tarihi: 11.12.2023).

<sup>172</sup> Yarg. 7. CD, T. 30.09.2014, E. 2013/10519, K. 2014/16269, (Legalbank, Erişim Tarihi: 11.12.2023); Detaylı bilgi için bkz. **Ferhanoğlu**, Ferhat: Yeni Başlayanlar İçin Açıklamalı, İçtihatlı Askerî Yargılama Usul Kanunu, Genel Kurmay Basım Evi, Ankara 2005, s. 7 vd.; **Kardaş/Çingir**, III, s. 984.

teydi<sup>173</sup>. AsCK m.79’da yer alan suç da bu suçlardan birisi olduğundan askeri yargı kaldırılmadan önce de bu suçun adli yargıda bulunan ceza mahkemeleri tarafından yargılandığı söylenmelidir. Bu durumda AsCK hükümleri ceza mahkemeleri tarafından uygulanmaktaydı<sup>174</sup>. Bu nedenle diğer birtakım askeri suçlar gibi görevli yargı kolunun belirlenmesi açısından ortaya çıkan sorunların da ortadan kalktığı ifade edilebilir. Nitekim bu tür bir ayrıma gidilmeksizin söz konusu suçtan dolayı adli yargıda yer alan ceza mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmelidir.

Bilindiği üzere ceza mahkemeleri de kendi içerisinde çeşitli ayrımlara tabi tutulabilmektedir. Soruşturma ve kovuşturmayaya dair görevli ve yetkili merciler 5235 sayılı Kanun ile ilgili kanunlarda yer alan hükümlere göre belirlenmektedir. AsCK ek m.19’da birtakım özel hükümlere de yer verildiği görülmektedir. Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçuna dair soruşturma kural olarak suçun işlendiği yer Cumhuriyet başsavcılığı ya da HSK’nin belirlediği ilçe Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yapılmaktadır. Kovuşturma evresinde ise görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi ya da ağır ceza mahkemesi olmaktadır<sup>175</sup>. Bunlardan hangisinin görevli olacağı 5235 sayılı Kanun’da yer alan hükümlere göre belirlenmektedir. Yer bakımından görevli mahkeme suçun işlendiği yerin bağlı bulunduğu ildeki asliye ceza mahkemesi ile ağır ceza mahkemesidir. Ayrıca HSK tarafından ihtisas mahkemelerinin belirlendiği bir karar mevcuttur<sup>176</sup>. Bu kararda asliye ceza ve ağır ceza mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunduğu durumlarda hangi dairesinin yetkili olduğu düzenlenmektedir. Keza bu durum temyiz incelemesinde de söz konusudur. İş bölümü kurallarına göre temyiz incelemesi, Yargıtay 7. Ceza Dairesi tarafından yapılmaktadır<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> As. Yarg. DK, T. 04.02.2010, E. 2010/12, K. 2010/10, (Legalbank, Erişim Tarihi: 11.12.2023).

<sup>174</sup> Yarg. 19. CD, T. 03.02.2016, E. 2015/13889, K. 2016/1125, (Legalbank, Erişim Tarihi: 11.12.2023).

<sup>175</sup> Ayrıca belirtilmesinde yarar var ki ağır ceza mahkemeleri suça dair yargılamaların yanı sıra CMK m.142’de yazıldığı üzere koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasına bakmakla görevlidir. AsCK m.81’deki suçu işlediği iddiasıyla yürütülen ancak KYOK ile sona eren soruşturma evresinde 3 gün gözaltında kalan şüphelinin (davacının) ağır ceza mahkemesinde açmış olduğu dava sonucu lehine hükmedilen tazminata dair karar için bkz. Yarg. 12. CD, T. 03.06.2014, E. 2014/2656, K. 2014/13654, (Legalbank, Erişim Tarihi:04.03.2024).

<sup>176</sup> Sözü edilen karar, 29.07.2021 tarihli ve 31552 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>177</sup> (www.yargitay.gov.tr/documents/ek-1706165589.pdf, Erişim Tarihi:04.03.2024).

Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçuna dair yapılan muhakemede uygulanacak olan kurallar 353 sayılı Kanun'da yer almaktaydı. Askeri yargı 2017 yılında kaldırıldıktan sonra yaklaşık dört yıl boyunca uygulanmaya devam eden bu Kanun, 2021 yılında yürürlüğe giren 7329 sayılı Kanun m.18 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda<sup>178</sup> (CMK) yer alan kuralların genel olarak kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçuna dair yürütülen yargılamalarda da uygulanacağı belirtilmelidir. Bununla beraber birtakım istisnai düzenlemelerin olduğu da eklenmelidir. Bu kapsamda yakalamaya C. savcısının yanı sıra belirli koşullarda amir ve diğer belirli görevlilerin başvurabilmesi (AsCK ek m.13), subay ve astsubayların ifadesinin C. savcısı tarafından bizzat alınması (AsCK ek m.14) ve asker kişilerin işlediği askeri suç nedeniyle soruşturma izninin verilmesine (AsCK ek m.15) dair birtakım hükümler bulunmaktadır.

Muhakemeye dair uygulanacak kurallar suçun, askeri suç ya da sırf askeri suç olmasına göre değişebilmektedir. AsCK ek m.11'de belirtildiği üzere bu suçun asker kişi tarafından işlenmesi durumunda sırf askeri suçtan söz edilmektedir. CMK m.231'e göre verilen HAGB kararı açısından AsCK ek m.17'de özel bir düzenleme bulunmaktadır. Esasen bu kararın bir koşulu cezanın üst sınırının iki yıl olmasıdır ancak sırf askeri suçlarda bu süre altı ay olmaktadır. Suçun temel şeklinin yaptırımında hapis cezasının alt sınırı bir yıl olduğundan failin asker kişi olduğu hâllerde bu kararın verilme ihtimali oldukça azalmaktadır. Yine de teşebbüs hükümlerinin uygulandığı hâllerde cezada indirimle gidildiğinden bu suçun sırf askeri suç olduğu olaylarda da bu kararın verilmesi mümkündür<sup>179</sup>. Sürenin yanı sıra bir diğer koşul da zararın giderilmesine ilişkindir. Somut olayda zarar varsa bu net bir şekilde belirlenmelidir<sup>180</sup>. Örneğin Türk Silahlı Kuvvetlerine ait bir tüfeğin suçun işlenmesinde kullanılması durumunda ateş etmeye bağlı olarak mermi açısından bir zarar söz konusu olmaktadır. Failin bu zararı gidermesi gerek-

<sup>178</sup> 04.12.2004 kabul tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>179</sup> Ankara BAM, 9. CD, T. 05.02.2019, E. 2018/5444, K. 2019/763, (Lexpera, Erişim Tarihi:13.03.2024).

<sup>180</sup> As. Yarg. 4. D, T. 13.11.2007, E. 2007/1833, K. 2007/1824, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

mektedir. Bu durumda ortaya çıkan zararlara dair sanığa bildirimde bulunulmalıdır<sup>181</sup>.

AsCK m.79'a bakıldığında bir muhakeme koşulu olan şikâyete yer verilmediği görülmektedir. Bununla birlikte AsCK m.48'de askeri suçların takibinin şikâyete tabi olmadığı açıkça belirtilmektedir<sup>182</sup>. Bundandır ki bu suç da resen soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır<sup>183</sup>.

Son olarak usul kurallarının yeniden ele alınarak AsCK yerine CMK'de düzenlenmesinin uygun olacağını belirtmek isteriz. Nitekim askeri yargının kaldırılmasıyla birlikte askeri suçlar artık adli yargıda soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır. Askeri suçlara ilişkin yargılama kuralları açısından belirli noktalarda farklılıklar söz konusudur. Bu kapsamda usul kurallarının ayrı kanunlarda düzenlenmesi yerine temel kanun niteliğinde olan CMK'de yer alması isabetli olacaktır.

### SONUÇ

Anayasa m.72 ve AsK'nin ilgili maddelerinde belirtildiği üzere Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan ve belirli koşulları sağlayan her erkek askerlik hizmetini yerine getirmekle yükümlüdür. Askerlik hizmetini yerine getirmeyenlerin başvurduğu hukuka aykırı birtakım yollar bulunmaktadır. Bu yollardan birisi askerlik yapabilmek için aranan sağlıklı olma koşulunun ortadan kaldırılmasıdır. 1930 yılında AsCK'nin kabul edildiği ilk metinde yer alan ve yaklaşık 84 yıl boyunca yürürlükte olan bu suçla ilgili olarak doğrudan AsCK m.79'daki madde metnini etkileyen bir düzenleme getirilmemişse de cezai sorumluluğun belirlenmesi ve yargılama usulüne dair ilgili hükümlerde önemli değişiklikler yapılmıştır. TCK m.5'te genel hükümlerin AsCK'de yer alan suçlar için uygulanacağına dair kuralın kabul edilmesiyle AsCK'nin tamamen gözden geçirilmesi artık bir zorunluluk hâline gelmiştir. Nitekim bu düzenleme ile AsCK'de yer alan birçok madde yürürlükten kaldırılmış olsa da madde metni üzerinde bulunmaya devam ettiğinden anılan

<sup>181</sup> As. Yarg. 4. D, T. 12.11.2008, E. 2008/2137, K. 2008/2131, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

<sup>182</sup> TCK'ye bakıldığında suçun şikâyete tabi olup olmadığı ilgili madde metninde açıkça belirtilmektedir. AsCK'de düzenlenen suç tiplerinde şikâyet şartı açıkça belirtilmediğinden AsCK m.48'de yer alan bu düzenleme olmasaydı dahi şikâyet şartının aranmayacağı söylenebilirdi. Bkz. **Gündüz**, Hakan: "Askeri Suçların Soruşturulmasına ve Kovuşturulmasına İlişkin İstisnai Düzenlemeler", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 44, Yıl 11, Ekim 2020, s. 251, 252.

<sup>183</sup> **Çelen**, s. 134.

suç açısından uygulamada kimi zaman hukuka aykırı kararlar verilebilmektedir. Öyle ki hukuk bilgisi yetersiz uygulayıcılar tarafından TCK m.5'in görmezden gelinmek suretiyle karar verilmesi dahi söz konusu olabilmektedir. İşte bu değişikliklerin AsCK m.79 ile ilgili hükümlerin üzerine işlenmemesi uygulamada tereddütlerin yaşanmasına ve hukuka aykırı kararların verilmesine neden olabilmektedir. Bu nedenlerden ötürü AsCK m.79 dâhil olmak üzere AsCK'nin, TCK'nin genel hükümleri ile değişen askeri mevzuata göre baştan gözden geçirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Keza usule dair kurallar için de bu düşüncemiz geçerlidir. Ancak askeri yargının kaldırılmasıyla birlikte askeri suçlar artık adli yargıda görüldüğünden usule dair hükümlerin AsCK yerine CMK'de düzenlenmesinde yarar vardır.

Benzer bir diğer durum ise kavramlara ilişkindir. Suça dair kavramlar yorumlanırken askeri mevzuatta yer alan hükümlerden yararlanılmaktadır. Bu hükümlerde yapılan değişiklikler, farklı yorumların yapılmasına sebebiyet verebilmektedir. Öyle ki yaramayacak ile elverişlilik kavramlarının kanunilik ilkesini ihlal edecek şekilde farklılaştığı söylenmelidir. Doktrin ve yargı kararlarında sözü edilen sağlık raporuyla ilişkisinden dolayı bu suç için kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirme suçu denilebilmektedir. Yine suçun fiil unsurunun da failin kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirmesi veya getirtmesi şeklinde ele alındığını görebilmekteyiz. Ne var ki seçimlik hareketli bir suç olan bu suçun seçimlik hareketlerinden birisi olan sakatlamak, askerliğe elverişliliği her durumda doğrudan etkilememektedir. Geçici bir süre istirahat gerektiren bir sakatlanma durumunda fail askerliğe elverişsiz sayılmamaktadır. Nitekim failin kendisini askerliğe yaramayacak bir hâle getirmesi suçun temel şeklini oluşturmakta; bu durumda fail silahaltına alınmasa da başka askeri faaliyetlerde kullanılabilir. Ancak suçun işlenmesi sonucunda fail her nevi askeri amaçlar için çalışma kabiliyetini kaybetmiş ise AsCK m.79/2 söz konusu olmaktadır. Bu durumda bir rahatsızlığı nedeniyle hakkında askerliğe elverişli olmadığı yönünde karar verilen kişi, silahaltına alınmasa bile uygun düştüğü ölçüde başka askeri amaçlarda görevlendirilebilmektedir. Bu nedenle bu suç, en azından fiil unsuru açısından, doğrudan askerliğe elverişlilik raporuyla ele alınmamalıdır.

Sakatlanma ve askerliğe yaramayacak hâlin geçici veya kalıcı olmasına dair madde metninde bir açıklık bulunmamaktadır. FAAK m.L321-22'de belirtildiği üzere askerliğe yaramayacak hâl kalıcı olabileceği gibi geçici nitelikte de olabilmektedir. Belirsizliğin giderilmesi amacıyla benzer bir düzenlemenin AsCK m.79'a eklenmesinde yarar vardır. Ancak hemen belirtmek isteriz ki geçici ya da kalıcı şeklinde getirilecek bir ibare belirsizliği



gideremeyecektir. Nitekim geçici ibaresinden ne anlaşılması gerektiğine dair açık bir düzenleme yoktur. Bu nedenle sağlık muayenesine dair süreç gözetilerek kelimelerin dikkatli bir şekilde belirlenmesi önem arz etmektedir.

Bir kişiyi askerliğe yaramayacak hâle getiren kişinin cezai sorumluluğu AsCK m.80'e göre belirlenmektedir. İlgili kişinin rıza göstermesi, daha doğru bir ifadeyle bu yönde talepte bulunması AsCK m.79'a göre kendi cezai sorumluluğu açısından etkili olsa da zarar verici davranışlarda bulunan kişinin AsCK m.80'e göre cezai sorumluluğu açısından rızanın bulunup bulunmaması, en azından belirli bir noktaya kadar bu suçun oluşumu açısından önemli değildir. Gerçekten de fail, kendisini bizzat askerliğe yaramayacak hâle getirebileceği gibi bir başkası aracılığıyla da kendisini bu hâle getirebilmektedir. Bu çerçevede ilgilinin rızasının kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu açısından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediği söylenmelidir.

AsCK m.80'de yer alan düzenleme, yalnızca AsCK m.79'da yer alan suçun içtimaya dair bir kuralı olarak kabul edilmemelidir. Keza bu kabulün temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından birtakım olumsuz sonuçları olabilmektedir. O hâlde AsCK m.80 ayrı bir suç tipi olarak görülmemelidir. Bu çerçevede sözü edilen suçlar arasında birçok benzerlik bulunmakla birlikte, sırf askeri suç açısından ayrı hükümlere tabi olduğu söylenmelidir. AsCK'de düzenlendiği için iki suç da birer askeri suçtur. AsCK ek m.11'de sadece AsCK m.79'a yer verilmesine karşın, AsCK m.80'den açıkça bahsedilmemektedir. Bu nedenle AsCK m.80'de yer alan suçla ilgili olarak sadece sırf askeri suçlar için öngörülmüş olan örneğin cezanın ertelenmesi, önödeme ve tutuklamaya dair hükümler uygulanmamalıdır.

Bu suç fail açısından özellik arz ettiğinden bir özgü suçtur. Herkes bu suçun faili olamasa da kimlerin fail olabileceğine dair madde metninde kanımızca net bir açıklık bulunmamaktadır. Nitekim fail, silahaltına alınmış bir kişi olabileceği gibi, henüz sevk işlemlerini yaptırmış ancak birliğine katılmamış veya yoklamasını yaptırmakla beraber sevk işlemini yaptırmamış bir kişi de olabilmektedir. Madde metnine bakıldığında failin yaşı veya askerlik çağıyla ilişkisine dair herhangi bir ibareye yer verilmemiştir. Bu bakımdan fail açısından en önemli kriterin askerlik hizmetini yapmaya dair olduğu söylenebilir. Bu tür bir sınırlama mevcut olmadığından örneğin 17 yaşındaki bir erkek Türk vatandaşının kendisini askerliğe yaramayacak bir hâle getirmesi durumunda bu suç gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle faile dair bir sınırlandırmanın yapılması isabetli olacaktır.

Suçun maddi konusu insan bedenidir. Esasen genel kurala göre failin kendi bedenine istediği şekilde davranması ceza hukukunun alanına girmese de bu suçla korunan hukuki değer açısından failin bu tür bir hakkı bulunmamaktadır. Keza bir suçun faili ile mağdurunun aynı kişi olamayacağına dair kural burada da geçerlidir.

Doktrindeki bir görüşe göre Fransız ceza hukukunun etkisiyle hukumuza giren özel kast TCK ile ortadan kaldırılmış olsa da doktrindeki diğer görüşe ve yargı mercilerine göre özel kasta dair değerlendirme yapılmalıdır. Doktrindeki hâkim görüş ile Askeri Yargıtay ve Yargıtaya göre kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu özel kastla işlenebilen bir suçtur. Buna göre fail, kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirme gibi birtakım amaçlarla hareket etmelidir. Ne var ki AsCK m.79'da açıkça bu tür bir ibareye yer verilmediğinden genel kastın yeterli olduğunu düşünmekteyiz. Bununla beraber cezalandırılabilirlik alanının belirli olması ve daraltılması amacıyla bu tür bir ibarenin madde metnine eklenmesinde yarar vardır. Nitekim FAAK m.L321-22'de düzenlenen gönüllü sakatlanma suçuna bakıldığında failin “askeri görevlerini yerine getirmekten kaçınmak amacıyla” bu suçu işleyeceği açıkça belirtilmektedir. Benzer bir ibarenin AsCK m.79'a eklenmesinde yarar vardır.

Askerlik hizmetinin yapılmasının tek yolu silahaltına alınmakla sınırlı değildir. Bu nedenle yükümlü silahaltına alınmasa bile çeşitli şekillerde askerlik hizmetini yerine getirebilmektedir. Örneğin sağlık raporunda da yazıldığı üzere yükümlü, barışta askerliğe elverişli olmasa bile savaşta askerliğe elverişli olabilmektedir. Bununla birlikte yükümlünün savaşta dahi askerliğe elverişli olmadığına anlaşılması hâlinde AsCK m.79/2'de belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu olmaktadır. Bu nedenle taksir düzeyinde dahi sorumluluğun bulunmaması durumunda AsCK m.79/2'ye göre ceza ağırlaştırılmamalıdır. Ayrıca bu durumda yaptırımın suçun temel şeklinin yaptırımına göre daha ağır olması beklenebilir. Ne var ki AsCK m.79/2'de failin “yedi seneye kadar ağır hapis ile” cezalandırılacağı belirtilmektedir. İlgili hükümlere göre alt sınır bir yıl olarak kabul edilmelidir. Bu durumda suçun temel şekli ile neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun yaptırımının alt sınırı bir yıl olmaktadır. AsCK m.79/2'deki hapis cezasının alt sınırının artırılmasında yarar vardır.

**KAYNAKÇA**

- Askeri Yargıtay Dergisi**, S: 13, Y: 2013, Ankara, K. K. Basımevi Müdürlüğü, Ankara 2013.
- Bölükbaş**, Tonguç: “Askerden Kurtulmak İçin Hile Yapma Suçu: (Askeri Ceza Kanunu 81. Madde)”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 39, Kasım 2009, s. 69-82.
- Aslan**, Gündüz Alp: “Milletvekillerinin Vatan Hizmeti Yükümlülüğü”, ERÜHFD, Cilt XVII, Sayı 1, 2022, s. 140-166.
- Burus**, Feyyaz: Askeri Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Sırf Askeri Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Çelen**, Orhan: En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı Ek ve Örnekli Askerî Ceza Kanunu, Cantekin Matbaacılık Yayıncılık, Ankara 2001.
- De Andrade**, Aurélie: “La Distinction Temps De Paix/Temps De Guerre En Droit Pénal Militaire: Quelques Éléments De Compréhension”, Les Champs de Mars, Cilt 10, Sayı 2, 2001, s. 155-170.
- Değirmenci**, Olgun: “Askerî Ceza Kanununda Düzenlenen Ortak Nitelikli Haller”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 24-34, (Nitelikli).
- Değirmenci**, Olgun: “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB Dergisi, Sayı 77, 2008, s. 33-86, (Mağdur).
- Değirmenci**, Olgun: Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, (Askerî).
- Demirağ**, Fahrettin: Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Demiral**, Serkan: Türkçe-Fransızca Sosyal Bilimlerde Kullanılan Temel Terimler Sözlüğü, IJOPEC Publication, Londra 2020.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Doaré**, Ronan: “La Judiciarisation Des Activités Militaires: Quelles Réponses?”, Inflexions, Cilt 28, Sayı 1, 2015, s. 125-141.
- Duran**, Gökhan Yaşar: “Askeri Ceza Hukukunda Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak Suçu (AsCK 81)”, TBB Dergisi, Sayı 105, 2013, s. 321-378, (Hile).

- Duran, Gökhan Yaşar:** “Askeri Ceza Kanununda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 13, Sayı 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı), 2013, s. 1031-1064, (Yaramayacak).
- Dülger, Murat Volkan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Ergutekin, İdris:** Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Fiilleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Ergül, Ergin:** “Askeri Yargıtay Kararları Işığında Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu”, Askerî Adalet Dergisi, Sayı 100, Yıl 25, 1997, s. 31-35, (Yaramayacak).
- Ergül, Ergin:** Uygulamada Yoklama Kaçağı, Bakaya ve Saklı Suçları ve İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, (Uygulama).
- Erman, Sahir:** Askerî Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7 nci Bası, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983.
- Ferhanoğlu, Ferhat:** Yeni Başlayanlar İçin Açıklamalı, İçtihatlı Askerî Yargılama Usul Kanunu, Genel Kurmay Basım Evi, Ankara 2005.
- Gündüz, Hakan:** “Askeri Suçların Soruşturulmasına ve Kovuşturulmasına İlişkin İstisnai Düzenlemeler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 44, Yıl 11, Ekim 2020, s. 239-267.
- Hakeri, Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hüküm, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Işıklar, Celâl:** Türkiye’de Askerlik Usûlleri ve Askerlik İşlemlerine İlişkin İdarî ve Adlî Davalar, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Kangal, Zeynel T.:** Askerî Ceza Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Kardaş, Ümit H./Çingir, Mehmet:** Askeri Yargıtay, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, Mevzuatlı Askeri Ceza Kanunu Şerhi II. Cilt Madde (66-91), Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, (II).
- Kardaş, Ümit H./Çingir, Mehmet:** Askeri Yargıtay, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, Mevzuatlı Askeri Ceza

Kanunu Şerhi III. Cilt Madde (92-195), Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, (III).

**Kaşka**, Hakan: “1632 Sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun Belirlilik İlkesi Açısından İncelenmesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 17, Haziran 2021, s. 113-134.

**Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, (Genel).

**Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, (Özel).

**Kocalar**, Salih/**Biçen**, Yunus: Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

**Korsia**, Haïm: Le Suicide Dans Les Armées: Gérer Un Non-Dit, Université Paris Saclay, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Paris, 2017.

**Lexique Des Termes Juridiques**, 25e Éditions, Éditions Dalloz, 2017-2018.

**Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

**Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Meraklı**, Serkan/**Bacaksız**, Pınar/**Başbüyük**, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

**Özbek**, Veli Özer: Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

**Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

**Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

**Öztürk**, Cemal/**Çakan**, Anıl: “Askeri Ceza Yargılaması ve 7329 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, ODÜ Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, 2023, s. 1659-1680.

**Peton**, Emmanuel-Marie: “Droit et spécificité militaire”, Inflexions, Cilt 18, Sayı 3, 2011, s. 203-211.

- Polatcan, İsmet/Erдем, M.** Süreyya: Açıklamalı-Örnekli-İçtihatlı Askerlik Kanunu ile Yedek Subay Kanunu ve İlgili Yönetmelikler Askerliğin Temel Kavramları, Bayrak Matbaacılık ve Yayımcılık, İstanbul 1997.
- Saas, Claire:** “La Justice Militaire En France”, Archives De Politique Criminelle, Cilt 29, Sayı 1, 2007, s. 183-213.
- Saint-Fuscien, Emmanuel:** “Les Mutilations Volontaires Au Cours De La Grande Guerre: Un Geste İmpensable?”, Expériences De La Folie: Criminels, Soldats, Patients En Psychiatrie (XIXe-XXe Siècles), Editör: Stéphane Tison, Laurence Guignard ve Hervé Guillemain, Presses Universitaires De Rennes, Rennes, 2013, s. 195-206.
- Soyaslan, Doğan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Taşkın, Rifat:** Askerî Ceza Kanunu Şerh, Sekizinci Basım, Harp Okulu Basımevi, Ankara 1946.
- Tezcan, Durmuş/Erдем, Mustafa Ruhan/Önok, Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Toroslu, Nevzat/Toroslu/Haluk:** Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- Türay, Aras:** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 13, Sayı 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı), 2013, s. 1727-1747.
- Üzülmez, İlhan:** Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Yalt, A. Rıza:** Grand Dictionnaire Français-Turc, Geliştirilmiş İkinci Baskı, Serhat Kitap Yayın ve Dağıtım, Gözden Geçirilmiş, İstanbul 1984.
- Yokuş Sevük, Handan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Zafer, Hamide:** Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.



## İŞVERENİN İŞ KAZASINDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN İŞYERİ DEVRİ AÇISINDAN SONUÇLARI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1503609>

**Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR\***

**Arş. Gör. Serkan Taylan KARAÇ\*\***

### Öz

*İş sözleşmesinin tarafları açısından pek çok sonuç doğuran hukukî işlemlerden birisi işyeri devridir. İşyerinin devri ile kural olarak devir tarihinde işyerinde bulunan tüm iş sözleşmeleri devralan işverene geçer. Devirle beraber devralan işveren yalnızca iş sözleşmesinin tarafı haline gelmez. Yeni işveren aynı zamanda iş ilişkisi kapsamındaki haklar ve borçlar ile tüm çalışma şartlarını da üstlenmiş olur. İşyerinin devredilmesinden önceki bir tarihte meydana gelen iş kazası varsa kazanın hukukî sorumluluk sonuçları açısından devralan işverenin ne ölçüde sorumlu tutulması gerektiği belirlenmelidir. Ayrıca devreden işveren açısından öngörülen devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile sınırlı sorumluluğun iş kazasından doğan tazminat talepleri açısından geçerli olup olmayacağını incelenmesi gerekir.*

### Anahtar Kelimeler

*İş Kazası, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Manevi Tazminat, İşyeri Devri, Mütessesil Sorumluluk*

\* Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Sivas (koz@cumhuriyet.edu.tr) ORCID: 0000-0002-2073-5085 (Gönderim Tarihi: 23.06.2024-Kabul Tarihi: 12.08.2024) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

\*\* Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Sivas (stkarac@cumhuriyet.edu.tr) ORCID: 0000-0003-3060-5142 (Gönderim Tarihi: 23.06.2024-Kabul Tarihi: 12.08.2024) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*



**EMPLOYER'S LEGAL LIABILITY ARISING FROM  
OCCUPATIONAL ACCIDENTS CONSEQUENCES  
IN TERM OF TRANSFER OF UNDERTAKING**

*(Research Article)*

**Abstract**

*One of the legal transactions that have many consequences for the parties to the employment contract is the transfer of the undertaking. With the transfer of undertaking, as a rule, all employment contracts existing at the workplace on the date of transfer are transferred to the transferee employer. With the transfer, the transferee employer does not only become a side of the labour contract. The transferee employer also assumes the rights and obligations and all working conditions within the scope of the employment relationship. An occupational accident may have occurred at a date prior to the transfer of the workplace. It should be determined to what extent the transferee employer should be held responsible for the consequences of this accident. In addition, it is necessary to examine whether the liability of the transferor employer, which is limited to a period of two years from the date of transfer, will be valid for compensation claims arising from occupational accidents.*

**Keywords**

*Occupational Accident, Compensation For Loss Of Support, Immaterial Compensation, Transfer Of Undertaking, Joint Liability*

## GİRİŞ

İşyeri devrinin yasal düzenlemelere konu olmasının amacı, esasen iş ilişkisinin ve işçinin korunmasıdır. Bu koruma sayesinde hem işçinin hem de işverenin çıkarları en üst seviyede tutulmaya ve böylelikle de işverenin girişim özgürlüğü ve işçinin çalışma hakkı uyumlu hale getirilmeye çalışılmaktadır<sup>1</sup>. Modern iş hukukunun esas amaçlarından bir diğeri de işçi ve işveren arasındaki ilişkinin mümkün olduğu kadar korunmasıdır. Taraflar arasında iş sözleşmesiyle oluşan hukukî ilişki oldukça dayanıksız ve hassas niteliğe sahiptir. Bu dayanıksızlığın sebebini ise işyeri devri gibi dış etkenler de oluşturabilmektedir. İş güvencesini tehlikeye sokan en önemli sebeplerden birini de işçilerin çalıştıkları işyerinin devir yoluyla bir işverenden bir başka işverene geçmesi oluşturur<sup>2</sup>.

İşyeri devri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>3</sup> (İŞK) 6. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümde yer alan ifadeye göre; işyerinin bir bölümü veya tamamı hukukî bir işlemle devredildiğinde devir tarihinde işyerinde veya işyerinin bir bölümünde mevcut olan sözleşmeler tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçer. Söz konusu düzenlemede işyerinde var olan sözleşmelerden doğan borçların da devralana geçeceği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Karşılıklı iki tarafa borç yükleyen tüm sözleşmelerde olduğu gibi iş sözleşmeleri de sözleşmenin taraflarına birtakım borçlar yüklemektedir. Sözleşmenin taraflarından birisi olan işverenin, sözleşmeden doğan başlıca borçlarından birisi de işçiyi koruma ve gözetme borcudur. İşveren bu borcunu gereği gibi ifa etmediği takdirde işçinin sağlığı ve bedensel bütünlüğü tehlikeye girmekte, anılan borca aykırılık neticesinde maddi/manevi zararlar ya da ölümlerle sonuçlanan iş kazaları meydana gelebilmektedir.

İş kazalarının önlenmesinde en önemli faktör, kuşkusuz gerek işverenin gerekse işçinin sözleşmeden doğan borçlarına uymasındır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı davranması halinde ya da tüm önlemleri almasına rağmen iş kazasının gerçekleşmesi durumunda, işçi üzerindeki sorumluluğu birtakım koşullar altında devam etmektedir. İşverenin sorumluluğunun kaynağını Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>4</sup> (TBK) genel sorumluluk ilkeleri

<sup>1</sup> **Alpagut**, Gülsevil: İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 2.

<sup>2</sup> **Süzek**, Sarper: "İşyerinin Devri ve Hukukî Sonuçları", Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 311, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756522>, Erişim Tarihi: 24.02.2024).

<sup>3</sup> R.G. 10.06.2013, 25134.

<sup>4</sup> R.G. 04.02.2011, 27836.

ve iş sözleşmesine ilişkin ilkeler oluşturmaktadır<sup>5</sup>. Genel düzenlemelerin yanı sıra 2012 yılında yürürlüğe giren işverenlerin yükümlülükleri ve sorumlulukları ile iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının tek elde toplandığı 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda<sup>6</sup> da işverenlerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama konusundaki yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir<sup>7</sup>.

İş hukukunda iş sağlığı ve güvenliği alanında önleme ve tazmin politikaları birbirini tamamlayan bir bütündür. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasıyla iş kazaları ve meslek hastalıkları azaltılarak tazmin sistemlerinin yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır<sup>8</sup>. İşverenin gözetme ve koruma borcuna aykırı davranmasıyla hukukî sorumluluğu gündeme gelecek, işçinin birtakım hakları doğacaktır. Ancak iş kazası olduktan sonra işyerinin devri halinde devreden işverenin iş kazasından doğan hukukî sorumluluğunun akıbetinin işyeri devriyle beraber ne olacağı, devralan işverenin de devreden işverenin sorumluluğundan müteselsil sorumlu tutulup tutulamayacağı sorularının cevaplanması gerekir.

## I. İŞ KAZASININ KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

### A. Genel Olarak

Kaza kavramının Borçlar Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Sigortalar Hukuku açısından ayrı ele alınması gerekir. Genel tanımı itibariyle *kaza*; nerede, ne şekilde ve ne zaman meydana geleceği belirsiz olan fiziki ya da ruhsal bir durumu ifade eder. Hukukî anlamda *kaza*, “*bir irade sonucu olmaksızın veya umulmayan hal dolayısıyla bir kimsenin (veya bir şeyin) arızaya veya zarara uğraması*” olarak tanımlanmıştır<sup>9</sup>. Hukukumuzda biri dar

<sup>5</sup> Cengiz, İftar: “İşverenin İş Kazasından Doğan Hukukî Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 34, 2018, s. 125, (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/980828>, Erişim Tarihi: 24.02.2024).

<sup>6</sup> R.G. 20.06.2012, 28339.

<sup>7</sup> Kurt, Resul: Herkes İçin İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 15; Uzun yıllar boyunca yalnızca iş kazaları ve meslek hastalıklarının hukukî ve cezai sorumlulukları çerçevesinde incelenen iş sağlığı ve güvenliği hususu önleyici yaklaşım olarak ilk defa yasal düzenlemelerde 4857 sayılı İş Kanunu ile gerçekleşmiştir. 6331 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar geçen yaklaşık 9 yıllık süreçte Kanunda yer alan hükümler pek çok değişikliğe uğramış ve iş sağlığı ve güvenliği alanında karmaşık bir tablonun oluşmasına neden olmuştur. Özdemir, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri (İş Sağlığı ve Güvenliği), Vedat Yayınları, İstanbul 2020, s. 1.

<sup>8</sup> Kurt, s. 13.

<sup>9</sup> Akın, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 19; Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi,

diğeri geniş olmak üzere iki tanımlamaya daha yer verilmiştir. Geniş anlamda kaza, “*aniden ve istenmeden bir zararın doğmasına neden olan sebepler bütünü*”<sup>10</sup> olarak ifadeye yer bulurken, dar anlamda kaza “*yalnızca vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm durumlarını*” ihtiva eder.

*Borçlar hukuku bakımından kaza* ise borçlunun, benzer durumda olan bir kişiden beklenen her çeşit önlemi almasına karşın iradesi dışında ve kusur atfedilemeyecek biçimde gerçekleşen, öngörülemeyen ve aynı zamanda kaçınılması mümkün olmayan netice olarak zararı doğuran hadise olarak tanımlanabilir<sup>11</sup>. Kaza kavramı, iş kazası kavramına göre daha geniş bir anlam ifade eder. Dolayısıyla her kaza mutlaka bir iş kazası değildir. Genel hukuk ilkeleri uyarınca bir kazanın iş kazası olduğundan bahsedebilmek için kaza ile işçinin yaptığı iş arasında illiyet bağı bulunmalıdır<sup>12</sup>.

Borçlar hukukunda borçlu üstlendiği edimi vadesinde ve istenilen özelliklerde sunmalıdır. Geçerli bir borç ilişkisi ise her zaman ifa ile sonlanmayabilir. Borçlar hukuku açısından kaza olarak nitelendirilen durum *sözleşme öncesinde* de gerçekleşebilir<sup>13</sup>. Borçlar hukuku açısından kaza kavramı içerisinde anilik, arzu edilmezlik ve dışarıdan gelen olay unsurlarını barındırmaktadır<sup>14</sup>. Borçlu, kendi durumunda bulunan kişiden beklenen her türlü tedbiri almasına rağmen, kusur ve iradesi dışında oluşan, önceden öngörülemeyen, kaçınılması mümkün olmayan ve zarar doğuran herhangi bir olay kaza olarak tanımlanabilir<sup>15</sup>. Bu açıdan kaza, zarar gören kişinin maddi kişilik değerleriyle birlikte mal varlığı değerlerine yönelik dış olay sonucu meydana gelmelidir. Bu unsur, sebebini hem zarar görenin beden ve ruh yapısında hem de eşyanın özünde bulan ve *aniden* gerçekleşerek zarara neden olan olaylara karşı çizilmiş bir sınır görevi yapmaktadır<sup>16</sup>. Tanımdan anlaşıl-

---

İstanbul 2021, s. 404; **Sözer**, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2023, s. 339.

<sup>10</sup> **Akın**, s. 19.

<sup>11</sup> **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 769; **Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1 (Genel Hükümler), Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 677, 678; **Sözer**, s. 339.

<sup>12</sup> **Balcı**, Mesut: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 360.

<sup>13</sup> **Sözer**, s. 339.

<sup>14</sup> **Eren**, s. 768; **Sözer**, s. 339.

<sup>15</sup> **Sözer**, s. 339.

<sup>16</sup> Kaza kavramı; objektif kaza ve subjektif kaza kavramı olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Objektif kaza kavramında kaza; objektif bir olay olup, istek ve arzu gibi subjektif bir unsurun kaza kavramı içerisinde yeri yoktur. Ancak, subjektif görüş taraftarlarına göre “istememe” unsuru kazanın bir parçasıdır ve bu görüşe göre, istek ve arzu zarar gören yönünden önem taşımaktadır. Zarar gören kişi kazayı istememelidir.,

lacağı üzere borçlar hukuku bağlamındaki kaza kavramının temelinde “kaçınılmazlık” olgusu yer alır ve bir kazadan bahsedebilmek için belirli unsurların bir arada bulunması şarttır. Bu unsurlar özetle; vücut bütünlüğünün ihlali, dıştan gelen, istenmeyen, ani bir olay ve ihlal ile zarar arasında kurulacak illiyet (nedensellik) bağı olarak ifade edilebilir.

*İş kazası* ise Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından beklenmeyen, planlanmamış, belirli bir hasara veya yaralanmaya sebep olan hadise<sup>17</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Türk hukukunda “iş kazası” temel bir noktada birleşse de bazı önemli noktalarda ayırım dahilinde incelenmektedir. Doğurduğu sonuçlar bakımından ciddi farklılıkların bulunması dolayısıyla esas itibarıyla iş kazalarını, “Bireysel İş Hukuku Bağlamında İş Kazası” ve “Sosyal Sigortalar Hukuku Bağlamında İş Kazası” başlıkları altında incelemek mümkündür. İlk ayırmada işverenin işçiye olan sorumluluğu ele alınırken diğerinde sigortalıya ilgili sigorta kolundan sağlanan yardımlar ve bazı durumlarda sağlanan yardımların işverene rücu edilmesi gibi durumlar ele alınmaktadır.

### B. Sosyal Sigortalar Hukuku Bağlamında İş Kazası

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, iş kazasını tanımlamamış, hangi durumların iş kazası kapsamında değerlendireceğini yer ve zaman ölçekleriyle sınırlandırılarak hüküm altına almıştır. Söz konusu Kanununun 13/I. maddesinde (m.)<sup>18</sup> belli durumlarla sınırlı olarak

Eren, s. 769., Borçlar hukuku kapsamında kazadan bahsedebilmek için kazanın subjektif bir kaza değil, objektif bir kaza olması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır., **Antalya**, (Genel Hükümler), s. 677, 678.

<sup>17</sup> Occupational Safety and Health Statistics (OSH database) - ILOSTAT <<https://ilostat.ilo.org/resources/concepts-and-definitions/description-occupational-safety-and-health-statistics/#:~:text=Concepts%20and%20definitions,-An%20occupational%20injury&text=%20An%20occupational%20accident%20is%20an,personal%20injury%2C%20disease%20or%20death>> Erişim Tarihi: 26.02.2024.

<sup>18</sup> “İş kazası;  
a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,  
b) (Değişik: 17/4/2008-5754/8 md.) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,  
c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,  
d) (Değişik: 17/4/2008-5754/8 md.) Bu Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,  
e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır.”

sayılmış ve bu durumlardan herhangi birinin mevcut olması halinde hadisenin “iş kazası” olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Sayılan durumların bir arada gerçekleşmesi aranmaz. Dikkate değer hususlardan biri de çoğu kaza tanımı, yalnızca fiziki durumları kaza kavramı içerisinde değerlendirirken, 5510 sayılı Kanun iş kazasının kapsamını sayılan durumlar vasıtasıyla ve “ruhsal” engellilik hallerini de kapsama dahil ederek geniş tutmuştur. Bunun en önemli nedeni sosyal sigortadan faydalanabilme imkânını olabildiğince geniş tutarak yararlanabilecek sigortalı sayısını da aynı paralelde geniş bir çerçeveye yaymaktır<sup>19</sup>.

Yüksek mahkeme de 5510 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeyle aynı doğrultuda hüküm kurmakta, bir hadiseyi iş kazası olarak yorumlarken, bedenen ya da ruhen engellilik oluşturan hadisenin, 5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde belirlenen durumlardan herhangi biri kapsamında gerçekleşmesini yeterli saymaktadır<sup>20</sup>.

Bir hadisenin, sosyal sigortalar hukuku bağlamında iş kazası olarak nitelendirilebilmesi için kazaya uğrayanın 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı sayılması, m.13'te yer alan durumlardan birini karşılaması, fiziki ya da psikolojik bir zarar veya ölümün gerçekleşmesi ve kazayla zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir<sup>21</sup>. Söz konusu nedensellik bağı, yalnızca kaza ile zarar arasında aranmaktadır<sup>22</sup>. 5510 sayılı Kanunun ilgili hükmünde esasen iş kazası tanımlanmamış, hangi hallerin iş kazasından sayılacağı belirtilmiştir. Ancak öğretide, bahsi geçen hükmün hukuk tekniği açısından tanımlayıcı bir hukuk kuralı olduğu ifade edilmektedir<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> **Elma**, Ramazan: Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 210; **Yılmaz**, Aslı: “Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası Kavramı: Kıta Avrupası ve Anglosakson Hukuk İstemlerinden Birer Örnek İle Türk Hukuku Karşılaştırması”, Sosyal Güvence Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 11, 2017, s. 110, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/288870>, Erişim Tarihi: 23.07.2024); **Sözer**, s. 339; **Tuncay/Ekmekçi**, s. 406, 407; **Balci**, s. 359, 360.

<sup>20</sup> Yarg. 10 HD., T. 02.06.2022, E. 5889/8460; Yarg. 10 HD., T. 28.09.2022, E. 10731/11378; Yarg. HGK, T. 13.10.2004, 21-529/527, ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>21</sup> **Sözer**, s. 341.

<sup>22</sup> Farklı görüş için bakınız. **Tuncay/Ekmekçi**, s. 409 vd.

<sup>23</sup> Yargıtay tarafından verilen eski tarihli bir Kararda da hükmün bu yönüne vurgu yapılarak; “Anılan hüküm tanımlayıcı hüküm niteliğindedir ve bir konuda tanımlayıcı hüküm olunca, tanımlamada o hükmün göz önünde tutulmasına yasal ve hukuksal zorunluluk vardır. Daha açık bir anlatımla, nasıl, bu hükmün dışında bir olayı bu hükmün belirlediği tanıma uymamasına rağmen başka bir görüş ve esastan hareketle, iş kazası saymak mümkün değilse, bu tanımın belirlediği bir çerçeveye giren bir olayı da, aynı şekilde iş kazası olarak tanımlamamak mümkün değildir” ifadeleriyle tanımlayıcı hukuk kuralı

İş kazasının, 5510 sayılı Kanun anlamında tanımlanmasında genel hukuk ilkelerinden farklı yol benimsenmiştir. Söz konusu Kanun açısından bazı durumlarda yapılan işle meydana gelen kaza arasında doğrudan illiyet bağı oluşup oluşmadığı incelenmez. İlliyet bağının karine olarak var olduğu kabul edilir. Bu kapsamda, zarar veren olayın iş kazası sayılması, işverenin iş kazasından mutlak sorumlu olacağı anlamına gelmez. Sorumluluk ve iş kazası olarak kabul edilmesi olgularının birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekir<sup>24</sup>. Çalışmanın bir sonraki bölümünde açıklanacağı üzere, bireysel iş hukuku ve sosyal sigortalar hukuku bağlamındaki iş kazaları arasındaki fark yalnızca hukukî dayanakları bakımından değil aynı zamanda uygun illiyet bağı noktasında da kendisini göstermektedir<sup>25</sup>.

### C. Bireysel İş Hukuku Bağlamında İş Kazası

#### 1. Kavram

5510 sayılı Kanunda olduğu gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nda da iş kazasına ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. İş mevzuatı kapsamında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.3 hükmünde ise *iş kazası*, “*İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenengelli hâle getiren olay*” olarak tanımlanmıştır. Doktrinde ise *iş kazası*, “*İşçinin, işverenin hâkimiyeti (otoritesi) altında bulunduğu bir sırada, gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan olaydır*” ifadesiyle tanımlanmıştır<sup>26</sup>. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir kazanın iş kazası olarak nitelendirilebilmesi için işçiyi etkilemesi, onun çalışma ve kazanma gücünde bir kayba yol açarak işini yapmasının önünde engel teşkil etmesi gerekir.

İşverenin iş kazaları dolayısıyla işçiye karşı sorumluluğu, yasalar ve dürüstlük kurallarınca kendisinin yerine getirmekle sorumlu olduğu ödevleri gerekli şekilde yerine getirmemesi durumunda söz konusu olmaktadır. Bireysel iş hukuku çerçevesinde işverenin sorumluluğu gündeme geldiğinden,

---

yönü öne çıkarılmıştır., Yarg. 10 HD., T. 04.02.1980, E. 1980/6407, K. 1980/624; Yılmaz, s. 110.

<sup>24</sup> Balcı, s. 361.

<sup>25</sup> Örnek durumlar için bakınız. 2016/21 sayılı Genelge <<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/143421>> Erişim Tarihi: 26.02.2024.

<sup>26</sup> Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s. 377; Akın, s. 23; Tuncay/Ekmekçi, s. 402; Balcı, s. 359 vd.; Elma, s. 210, Sözer, s. 339.

sosyal sigortalar hukuku bağlamındaki iş kazasına kıyasla daha dar bir kapsama sahiptir. Bu açıdan bireysel iş hukuku bağlamında iş kazası olarak kabul edilen bir olay, sosyal sigortalar hukuku bağlamında da bir iş kazası niteliğindedir. Ancak aksi durum için aynı yönde bir çıkarım yapmak her zaman mümkün olmayacaktır<sup>27</sup>.

Bireysel iş hukuku bağlamındaki iş kazasında hadisenin, işçi tarafından hiçbir surette istenmemiş olması aranır. Diğer bir ifade ile işçinin, kastı ile meydana gelen hadiseler, bireysel iş hukuku bağlamında iş kazasına vücut vermez. Fakat sosyal sigortalar hukuku bağlamında iş kazasında sigortalının kasıtlı davranışı iş kazası nitelendirmesine engel teşkil etmez. Örneğin, işçi/sigortalının her ne sebeple olursa olsun işyerinde gerçekleşen intiharı<sup>28</sup>, sosyal sigortalar hukuku bağlamında iş kazası olarak kabul edilip sigorta yardımlarının yapılmasına imkân tanır. Aynı durum, spesifik olarak intihar ile işverenin yürüttüğü iş arasında uygun nedensellik bağı kurulmadıkça bireysel iş hukuku bağlamında iş kazası olarak nitelendirilemez. Bunun sonucu olarak da işverenin, işçiye karşı herhangi bir sorumluluğundan bahsedilemez. Bu açıdan daha önce de ifade edildiği üzere, olayın iş kazası sayılması ve işverenin iş kazasından sorumlu tutulması hususları ayrı ayrı ele alınmalıdır. Zarar verici olayın iş kazası olarak kabulü, işverenin sorumluluk hukuku çerçevesinde her zaman sorumlu tutulmasını gerektirmeyebilir. Söz konusu farklılık olayın iş kazası sayılıp sayılmaması noktasından değil, işverenin kusurlu davranışı neticesinde ortaya çıkan bir olay olup olmamasından kaynaklanır. Özetle denilebilir ki; kaza, sigortalının işyerinde bulunduğu esnada meydana gelmişse iş kazasıdır ve bu kaza tamamen işyerinden kaynaklanmayan ve dışarıdan bir etki nedeniyle de meydana gelmiş olabilir. İşverenin genel hükümler kapsamında sorumluluğunun dayanağı ise bu noktada 6098 sayılı TBK'nda yer alan kurallar oluşturur<sup>29</sup>.

## 2. İş Kazasının Unsurları

Bir kazanın bireysel iş hukuku bağlamında iş kazası olarak kabul edilebilmesi belli unsurları bünyesinde barındırmasına bağlıdır. Kaza kavramı açıklanırken yine benzer unsurlardan bahsedilmiştir. Ancak her iş kazası, işverenin sorumluluğunu doğuracak şekilde meydana gelmemektedir. Sorumluluğun gündeme gelmesi, özellik arz eden bazı unsurların varlığını gerektirir.

<sup>27</sup> Özdemir, s. 297.

<sup>28</sup> Güzel/Okur/Canıklıoğlu, s. 383; Sözer, s. 335.

<sup>29</sup> Balcı, s. 361, 362; Tuncay/Ekmekçi, s. 408.



Bu unsurlardan ilki, *dışsallık* olarak kısaca ifade edebileceğimiz dıştan gelen bir olaydır. Sigortalıyı bedenen ya da ruhen zarara uğratan ya da ölümüne neden olan olay dıştan bir etkenle meydana gelmiş olmalıdır<sup>30</sup>. Öğretilde, kaza kavramından bahsedebilmek için zarar verici olaylarda yalnızca dışsallık (haricilik) unsurunun gerekli olduğu sonucuna varılmasının mümkün olmadığı, harici etkenlerin dışında bünyesel bozuklukların da ele alınması gerekliliğinden söz edilmiştir<sup>31</sup>. Kaza hadisesinin aynı zamanda “öngörülebilir” nitelikte olması gerekir. Diğer yandan iş kazasına neden olan olayın “aniden” ya da “kısa sayılabilecek bir zaman diliminde” meydana gelmiş olması<sup>32</sup> gerekir. Kavram itibarıyla “anilik”, kısa bir zaman dilimini ifade eder. Eğer zaman, işçideki bedeni veya ruhi arızayı artıran bir nitelik taşıyorsa, meslek hastalığı söz konusudur ve her ne kadar meslek hastalığı da işçinin ifa ettiği iş dolayısıyla meydana gelmekteyse de aradaki fark; iş kazasının ani olarak, meslek hastalığının ise zaman içerisinde meydana gelmiş olmasıdır<sup>33</sup>. Kazanın unsurlarından bir diğeri “istenilmemiş” olmasıdır<sup>34</sup>. Ancak istenilmeyen olay unsuru, sosyal sigortalar hukukunda mevcut değildir. Çünkü sosyal güvenlik hukukunda, kendi kastı ya da ağır kusuru neticesinde iş kazasının meydana gelmesine sebebiyet veren sigortalıya sunulan maddi edimlerin azaltıldığı ancak tamamen engellenmediği belirtilmiştir<sup>35</sup>.

Bireysel iş hukuku bağlamında iş kazasının en önemli unsurlarından bir diğeri *uygun illiyet (nedensellik) bağı* oluşturmaktadır. Uygun illiyet bağı, genel hayat tecrübelerine ve olayların akışına göre gerçekleşen, zarar doğuran bir neticeye elverişli ya da böyle bir neticenin gerçekleşmesini kolaylaştıran neden ile netice arasındaki bağlantıdır<sup>36</sup>. Yukarıda özetle belirtildiği

<sup>30</sup> İşyerinde meydana gelen bir patlama, bir cismin çarpması, solunan havadan zehirlenme, yüksekten düşme, güneş çarpması gibi olaylar dıştan gelen olaylardır; **Tuncay/Ekmekçi**, s. 407; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s. 333.

<sup>31</sup> Yargıtay tarafından verilen bir Kararda da: “Bir olayın iş kazası sayılabilmesi için ...dış etkenlerle oluşmuş ya da aniden olmasında bir zorunluluk olamayacağı böyle bir sınırlamanın yasaca öngörülmediği için benimsenemeyeceği de tartışmasızdır. Buna göre, sigortalının işyerinde intihar etmesi iş kazası sayılır” sonucuna varılmıştır. Yarg. 10. HD., T. 29.03.1973, E. 8413/2759, **Sözer**, s. 340.

<sup>32</sup> **Akın**, s. 22; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu (İşverenin Sorumluluğu), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 344, Ankara 1974, s. 10 vd.; İş kazasının ani bir olay neticesinde meydana gelmesi onu işin yürütümü sonucunda meydana gelen meslek hastalığından ayıran en önemli unsurdur. **Tuncay/Ekmekçi**, s. 409.

<sup>33</sup> **Balcı**, s. 360; **Tuncay/Ekmekçi**, s. 409.

<sup>34</sup> **Akın**, s. 46; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s. 333.

<sup>35</sup> **Sözer**, s. 340.

<sup>36</sup> **Akın**, s. 46.

üzere kaza ile zarar arasındaki sebep-sonuç ilişkisi, sosyal sigortalar hukuku bağlamındaki iş kazası için yeterlidir ve bunun sonucu olarak sosyal sigorta yardımları gündeme gelir. Ancak sosyal sigortalar hukuku bağlamında iş kazasından farklı olarak burada ayrıca kaza ile işverenin yürüttüğü işin uygun illiyet bağı içerisinde bulunulması gerekir. Söz konusu neden-sonuç ilişkisinin kurulmasında yani işverenin yürüttüğü işle bağlantılı olma hususunda bazı karinelere<sup>37</sup> (işin icrası sırasında gerçekleşmesi, işverenin iş sağlığı ve güvenliği anlamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi ya da eksik olarak yerine getirmesi, kazanın çalışma süresi içerisinde meydana gelmesi gibi) faydalanılarak sorumluluğun tespitine gidilmektedir. Söz konusu neden-sonuç bağı bulunuyorsa işveren, işçinin uğradığı zararı karşılamaya mecburdur. Önemle belirtilmelidir ki, kaza ile zarar arasında illiyet bağı kurulsa da eğer illiyet bağını kesen bir sebep/sebepler<sup>38</sup> bulunuyorsa artık işverenin hukukî sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Bu durumda işçi yani sigortalı, yalnızca sigorta yardımlarından faydalanabilecektir.

Sigortalı eğer işverenin emir ve talimatı altında bulunduğu esnada kazaya uğramışsa, illiyet bağı gerçekleşmiştir. Dolayısıyla meydana gelen olay iş kazasıdır. Ancak “*işverenin emir ve otoritesi altında bulunma*” kriteri tek başına pek çok olayın iş kazası olarak belirlenmesini kolaylaştırır da her olaya uygulanabilecek genel bir kriter değildir. Her somut olayı kendi koşulları içerisinde değerlendirerek bir sonuca varılması daha isabetli bir yaklaşım olur<sup>39</sup>.

Bir olayın iş kazası sayılabilmesinde diğer bir önemli unsur işçinin maddi zararının mevcut olmasıdır. Bu zararlar esasen işçinin iş göremezliğe uğraması, çalışma gücü kaybının ortaya çıkması dolayısıyla uğradığı maddi zararlardır. Ancak işçi iş kazasının sonucunda psikolojik olarak yıpranmış ve manevi zararlara da uğramış olabilir. Bu çerçevede işçinin maddi zararlarının yanı sıra manevi zararları da iş kazasının bir sonucu olarak zarar kalemleri arasında sayılmaktadır.

<sup>37</sup> Söz konusu karinelere yalnızca biri olabileceği gibi birkaçı da bir arada bulunabilir. Diğer yandan karinelere herhangi biri bulunmasa da kazanın iş ile olan bağlantısı tespit ve ispat edilebildiği takdirde işverenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Akın, s. 48 vd.

<sup>38</sup> Zarar görenin (işçinin) kusuru, üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebebin bulunması durumunda uygun illiyet bağının kesilmesi gündeme gelecektir. Yarg. 21 HD., T. 06.11.2019, E. 77/6570, (www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>39</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 347.

## II. İŞVERENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, işçinin çalışma koşulları nedeniyle karşılaşılabileceği tehlikelerden korunması, psikolojik ve fizyolojik tehlikelere karşı önlem alınması ve işçinin meşru menfaatine zarar verecek davranışlardan kaçınması şeklinde ifade edilir. İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun, işçinin sadakat ve bağlılık yükümlülüğünün karşısında yer aldığı kabul edilmektedir. Evleviyet ilkesi gereği işveren, işçinin korunmaya muhtaç tüm değerlerine karşı hukuka aykırı müdahalelerden kendisi de kaçınmalıdır. Söz konusu durum, TBK’nda yer alan ve işvereni işçinin kişilik değerlerine saygı göstermekle yükümlü tutan 417. maddesinde de yer almıştır<sup>40</sup>.

### A. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Türk hukukunda Borçlar Kanunu, İş Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başta olmak üzere işçinin korunmasına ilişkin pek çok hukuki düzenleme mevcutsa da işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırılıktan kaynaklanan zararlarda hukukî sorumluluğunu nitelendiren bir düzenlemeye açıkça yer verilmemiştir. Söz konusu durum, iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlarda sorumluluğun nitelendirilmesi hususunun yargı kararlarıyla şekillenmesi sonucunu doğurmuştur<sup>41</sup>.

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcundan kaynaklanan sorumluluğunun hukukî dayanağını 4857 sayılı İş Kanunu dönemine kadar eski Borçlar Kanunu’nun<sup>42</sup> (BK) 332. maddesi<sup>43</sup> oluşturmaktaydı. Madde düzenlemesinde işverenin önlem alma yükümlülüğü “hakkaniyet” ölçütüyle sınırlandırılmıştı ve düzenleme, o döneme kadar verilen Yargıtay kararlarında

<sup>40</sup> **Sevimli, K. Ahmet**: “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, Cilt: 1, Sayı: 36, 2013, s. 110. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2576118>, Erişim Tarihi: 26.02.2024); **Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal**, Ulaş: İş Hukuku (İş Hukuku), Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022, s. 701; **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri (İş Hukuku), Beta Yayınevi, İstanbul 2023, s. 366, 367.

<sup>41</sup> **Ledün Akdeniz**, Ayşe: “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği”, İÜHFİM, Cilt: LXXII, Sayı: 2, 2014, s. 3, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97911>, Erişim Tarihi: 25.07.2024).

<sup>42</sup> R.G. 29.04.1926, 359.

<sup>43</sup> “(...) iş sahibi, akdın hususî halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur” (BK. m.332).

kusurlu sorumluluk esasına göre yorumlanmamıştı<sup>44</sup>. İş sağlığı ve güvenliği konusundaki düzenlemelerin kamu hukuku niteliği taşımasının işverenin sorumluluğunun niteliğini değiştirebileceği ve buna “kusursuz sorumluluk” niteliği kazandıracığı görüşü öğretide de yer almıştı<sup>45</sup>.

İşverenin iş kazasından kaynaklanan sorumluluğunun hukukî niteliğinin kusursuz sorumluluk esasına dayandığını savunan görüşlerin konuya zararın tazmini esası üzerinden yaklaştıkları görülmektedir<sup>46</sup>. Risk kuramını esas

<sup>44</sup> **Özdemir**, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Yayınları, İstanbul 2014, s. 486. Bu dönemde Yargıtay tarafından verilen kararlarda da bu yaklaşım açık bir şekilde görülmektedir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda “(...) İş Kanunu'nun 73. maddesinde, işverenin işçilerin sağlığını korumak için gerekli önlemleri almak ve bu konudaki koşulları eksiksiz yerine getirmekle görevli olduğu belirtilmiştir. Madde, koşulsuz olarak gerekli olanın yapılmasını öngörmekte; bu yönden tümüyle nesnel bir esastan hareket etmektedir. Bu maddede BK m. 332 hükmünde belirtilen “hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebilecek derecede” önlem alma esasına yer verilmemiş olması, her iki hükmün başlıca ayırım noktasını oluşturur” ifadeleri yer almıştır. Yarg. 10 HD., T. 25.05.1976 9466/4127, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 13.02.2024), İşverenin gözetme borcunun yer aldığı İş Kanunu'nun 77. maddesiyle Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi arasındaki fark, özel hukuk düzenlemesi olan BK m. 332'nin “hakkaniyet dairesinde kendisinden beklenebilecek olanla” sınırlandırdığı güvenlik önlemleri alma borcunun kamu hukuku niteliğinde düzenleme olan İK m. 77'de “gerekli her türlü önlemi almak” şeklinde genişletilmiş olması olarak ifade edilmiştir. **Yıldız**, Gaye Burcu: “İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Toprak İşveren, Sayı: 86, 2010, s. 8, (https://toprakisveren.org.tr/wp-content/uploads/2021/08/2010-86-sikiştirilmiş.pdf Erişim Tarihi: 25.07.2024); İş kazalarında kusursuz sorumluluk esasına göre kişi, kusuru olmasa bile sebebiyet verdiği hareketi tazminle yükümlüdür. Bu sorumluluk türünün doğması için, sorumluluğun bağlandığı davranışla meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının bulunması yeterlidir. Ancak bu sorumluluk türünde kusurun olmadığı ya da ispat edilemediği yerde zararın sebebiyet verilene yükletilmesi *hakkaniyete* aykırı olduğundan eleştirilmişse de Yargıtay tarafından o dönemde verilen pek çok kararda iş kazasından dolayı işverenin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olduğu kabul edilmiştir., **Demircioğlu**, A. Murat/**Şen Kalyon**, Arzu: “İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu ve Kusur Hakkında Karar İncelemesi”, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 43, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756510 Erişim Tarihi: 24.07.2024).

<sup>45</sup> **Çenberci**, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Sevinç Yayınları, 1976, s. 781, 782. Kamu hukuku nitelikli mevzuat hükümleri, sözleşme metninde yer almasalar bile sözleşmeden doğan tazminat sorumluluğu üzerinde etki yaparlar. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatına dahil olan ve ağırlıklı olarak kamu hukukunu ilgilendiren yasa hükümleri iş sözleşmesi metinlerinde bulunmasalar dahi, sözleşme içeriğini biçimlendirerek, işverenin tazminat sorumluluğu üzerinde etkide bulunurlar., **Centel**, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil, Cilt: IV, Sayı: 24, 2011, s. 16, (https://sicil.mess.org.tr/Media/Uploads/sicil24-15-20.pdf, Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>46</sup> Yargıtay'ın işverenin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak nitelendirdiği kararlarında çıkar ilkesi, hakkaniyet ilkesi ve tehlike ilkesi gibi ilkelerden yararlandığı görülmektedir. Hakkaniyet ilkesinde, işverenin kazaya uğrayan işçinin kazadan duyduğu

alan kusursuz sorumluluk esasına göre, tehlikeli işi yapan işverenin kusursuz olduğunu ileri sürerek kazanın sonuçlarından kurtulması mümkün değildir. Yargıtay da kanunda açıkça böyle bir düzenleme bulunmamasına karşılık yorum yoluyla bu durumu kabul etmiş ve uzun yıllar kararlarında yer vermiştir<sup>47</sup>.

### 1. Kusurlu Sorumluluk Esasının Benimsenmesi

4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle beraber işverenin iş kazasından doğan sorumluluğuna ilişkin Yargıtay kararlarında önemli değişim meydana gelmeye başlamıştır. Kaçınılmazlık kavramının sorgulanmaya başlandığı bu dönemde Yüksek Mahkeme kaçınılmazlığın “istisnai” olabileceğini kabul etmiş ve pek çok dosya kaçınılmazlık ilkesinin yeniden sorgulanması gerekçesi ile bozulmuştur<sup>48</sup>. İş kazalarının analizinde “*Domino Kuramı*”nı geliştiren *W. H. Heinrich*’e göre esasen kaçınılmazlık iş kazalarının oluşumunda oldukça sınırlı bir etkiye sahiptir<sup>49</sup>. Sosyal Sigorta İşlemleri

üzüntü ve kederin bir kısmına katılması düşüncesi bulunmaktadır. **Baloğlu**, Cem: “İşverenlerin İş Kazalarından Doğan Hukukî Sorumluluğu”, Kamu-İş, Cilt: 13, Sayı: 3, 2014, s. 116, (<https://www.tuhis.org.tr/pdf/1335.pdf>, Erişim Tarihi: 26.02.2024); Yargıtay’ın kararında %100 kaçınılmazlığın tespit edilmesine rağmen hâkim, hesap bilirkişisinin önermiş olduğu ve işverenin %100 sorumlu tutulduğu raporu aynen onaylaması ve davalı işverenin, kaza sonucu meydana gelen zararın tamamından sorumlu tutmuş olması BK m. 43’e aykırı değerlendirilmiştir. Yarg. 21 HD., T. 29.09.2006, 4889/7175, ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 13.02.2024); **Tuncay/Ekmekçi**, s. 426; Sigortalının kendi kusuru neticesinde uğradığı kazanın iş kazası sayılıp sayılmaması hususunda öğretide görüş birliği yoktur. Güzel/Okur/Caniklioğlu’na göre sigortalının kendi kusuru neticesinde uğradığı kaza da iş kazasıdır ancak sigortalının kastı Kurum tarafından yapılacak parasal yardımların kapsamını belirlemekte; sağlık yardımları açısından ise olumsuz sonuç doğurmamaktadır., **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s. 338.

<sup>47</sup> Yargıtay’ca verilen kararda işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun belirlenmesinin “sorumluluk paylaşımı” olmadığı bu şekilde bir değerlendirmenin BK. m.43 düzenlemesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Yarg. 21. HD., T. 26.02.2004, E.899/1629, ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 14.02.2024).

<sup>48</sup> Yargıtay’ın 2008 yılında verdiği kararda yer alan görüşü pek çok kararında devam etmiştir. Kararda yer alan “(...) iş güvenliği uzmanı raporunda olayın kötü tesadüf sonucu gerçekleştiği %100 oranında kaçınılmazlık bulunduğu raporlanmışsa da bu raporun iş güvenliği yasınınun 77. maddesine uygun olduğu söylenemeyecektir. Bu raporda işverenin kusurunun olup olmadığı yeterince araştırılıp ortaya konulmamıştır” ifadeleri ile işverenin sorumluluğu konusunda getirdiği yaklaşımın çağın gelişimine uygun olduğu kaçınılmazlık kavramının son derece sınırlı yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Yarg. 21 HD., T. 01.12.2008, E.5624/18632, **Özdemir**, s. 492.

<sup>49</sup> **Sabet**, Pejman Ghasemi Poor/**Aadal**, Hamid/**Jamshidi**, Mir Hadi Moazen/**Rad**, Kiyanoosh Golchin: “Application of Domino Theory to Justify and Prevent Accident Occurance in Construction Sites”, IOSR Journal of Mechanical and Civil Engineering

Yönetmeliği'nin<sup>50</sup> 45. maddesinde kaçınılmazlık, “*olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur. İşveren alınması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez*” şeklinde ifade edilmiştir (m. 45/III). Kaçınılmazlık durumu söz konusu olduğunda sorumluluk, ekonomik bakımdan daha güçlü olduğu düşünülen işverene genellikle %60 oranında yükletilmektedir ve söz konusu durum Yargıtay'ın yerleşik uygulaması haline gelmiştir. Her ne kadar Yargıtay'ın amacı zayıf durumda olan işçiyi korumaksa da kaçınılmazlık durumunda zararın yükünü işçi üzerinde bırakmamak adına yasal olarak hiçbir dayanağı olmayacak şekilde işveren aleyhine olacak şekilde hüküm kurulması öğretide eleştirilmiştir<sup>51</sup>.

Kaçınılmazlık kavramı ve işverenin sorumluluğunun belirlenmesi esasen tartışmalı bir konudur. Avrupa Birliği (AB) üyesi ülkelerde özel hukuk alanında birlik sağlamak amacıyla hazırlanan *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*<sup>52</sup>, kaçınılmazlık halinde sorumluluktan tamamen kurtulmanın söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Sözü edilen tartışmaların kaçınılmazlık ve uygun nedensellik bağı etrafında şekillendiği görülmektedir<sup>53</sup>.

Yargıtay kararlarında meydana gelen dönüşümle kaçınılmazlığın varlığı sorgulanmaya başlanmıştır. Önceki dönemlerde tereddüt edilmeden kabul edilen kusursuz sorumluluk yerini kusurlu sorumluluk görüşüne bırakmış bununla birlikte Yargıtay kaçınılmazlık ilkesini sınırlayarak, işverenin sorumlu olacağı durumları genişletmiştir<sup>54</sup>.

---

(IOSR-JMCE), Cilt: 2, Sayı: 6, 2013, s. 72, 73, (www.iosrjournals.org, Erişim Tarihi: 13.02.2024).

<sup>50</sup> R.G. 12.05.2010, 27579.

<sup>51</sup> **Ledün Akdeniz**, s. 16.

<sup>52</sup> Avrupa'da sözleşmeler hukuku alanında farklı sözleşme hukuku sistemlerini karşılaştırarak ortak ilkeler, tanımlar ve model kurallar öneren ancak bağlayıcı olmayan bir metindir. ([https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009\\_02\\_DCFR\\_Outline\\_Edition.pdf](https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_Outline_Edition.pdf), Erişim Tarihi: 13.02.2024).

<sup>53</sup> **Özdemir**, s. 495.

<sup>54</sup> **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2021, s. 429 vd.; Yargıtay'ın 2009 yılında verdiği bir kararda “(...) işyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukukî sorumluluğunun niteliği Yargıtay'ın önceki kararlarında benimsediği görüşe göre kusura dayanmaktadır. İsviçre ve Türk hukukunda özel bir düzenleme olmadıkça esas olan kusur sorumluluğudur. İşverenin kusurlu eylemiyle zarar arasında uygun illiyet bağı yoksa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez.” Yarg. 21 HD., T. 03.03.2009, E. 20034/3026, 03.03.2009, **Saraç**, Coşkun: “İşyeri Dışında Meydana Gelen İş Kazası Nedeniyle Sorumluluk-İşverenin Önlem Alma Yükümlülüğü-Uygun İlliyet Bağı”, Sicil, Cilt: II, Sayı: 18, 2010, s. 206, (<https://sicil.mess.org.tr/Media/Uploads/sicil18-202->

2012 yılında yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında hukukî sorumluluğu yer almıştır. "İşçinin kişiliğinin korunması" başlıklı düzenlemede;

*"İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür."*

*İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir"* (TBK m.417/II, III)<sup>55</sup>.

İfadeleri kullanılarak işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışından dolayı işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zarar görmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininin "sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi" olduğu belirtilmiştir. Ancak aynı Kanunun 71. maddesinin "Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme" başlıklı düzenlemesinde "Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur" (TBK m.71/I) ifadeleri kullanılarak işverenin kusursuz sorumluluğunu tekrar gündeme getirecek bir hüküm yer almıştır. Öğretide her iki hükmün beraber değerlendirildiğinde, işverenin sorumluluğunun yine belirsiz bir alana sürüklendiği ve "önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin" kapsamının belirsiz ve sübjektif özellikler taşıdığı belirtilmiştir<sup>56</sup>.

213.pdf, Erişim Tarihi: 26.02.2024); İşverenin sorumluluğunun kusurlu olduğunu bildiren Yüksek Mahkeme kararlarına bakıldığında sonraki kararlarda istikrarlı şekilde kusurlu sorumluluk esasının sürdürülemediği görülmektedir. Yargıtay 21. HD tarafından 05.04.2012 tarihinde verilen bir Kararda da işveren her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa dahi meydana gelen kazadan sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur ifadesi kullanılarak kusursuz sorumluluğa yapılan atıf devam ettirilmiştir., Yarg. 21 HD., T. 05.04.2012, E. 4196/5289, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 15.02.2024).

<sup>55</sup> TBK. m.417/II hükmünün gerek anlatım gerekse içeriği itibarıyla "İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler" hükmünü içeren 4857 sayılı Kanunun m.77/I düzenlemesinden çok da farklı olmadığı ileri sürülmüştür. **Centel**, s. 15.

<sup>56</sup> **Centel**, s. 16; Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesindeki sorumluluk türünde iki koşulun birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır. Bunlar; önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerde gerçekleşen faaliyet ve zararın bu işletmedeki faaliyetin tipik tehlikesinden kaynaklanmasıdır. Önemli ölçüde tehlike yaratan işletme ise maddede tanımlanmamıştır; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca** (İş Hukuku), s. 420. "Bir işletmenin mahiyeti ve faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu

Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde yer alan işveren sorumluluğunun esasen "kusursuz sorumluluk" halini düzenlediği madde metninde "gerekli her türlü" ve devamında yer alan "noksansız" ibarelerinden işverenin sorumluluğunun hukukî niteliğinin kusura dayanmayan sorumluluk olduğu sonucuna varılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, hükmün madde gerekçesinde yer alan ifadelerin, madde metniyle uyumlu olmadığı, madde metniyle madde gerekçesi arasında açık bir uyumsuzluk olduğu, anılan durumun TBK'na ait yasalaşma sürecindeki ciddiyet eksikliğinden kaynaklandığı ifade edilmiştir<sup>57</sup>. İş Kanunu'nun mülga 77/I<sup>58</sup> hükmünde yer alan ifadelerin, özne ve yüklemdeki ufak farklılıklarla TBK'nun 417. maddesi kapsamına girmesinin işverenin iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan sorumluluğunun hukukî niteliğine yeni boyut kazandırdığı ve işverenin sorumluluğunun kusurlu-kusursuz sorumluluk yönündeki tartışmaları sona erdirmediği belirtilmiştir<sup>59</sup>.

Hem önceki Borçlar Kanunu'nda hem de TBK kapsamında asıl olan kusur sorumluluğudur. Madde metninde geçen ibarelerin herhangi sorumluluk türünü dikte eder şekilde anlaşılması gerekir. Her ne kadar iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren kurallar kamu hukuku karakterini taşısa da özellikle TBK'nun 417. maddesi düzenlemesi sorumluluğun hukukî niteliğine

---

işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılması halinde bunun önemli ölçüde tehlike arz eden işletme olarak kabul edilmesi gerekir" (TBK m. 71/II); Öğretide bir görüşe göre ise önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kavramına; özel kanunlarda düzenlenen tehlikeli işletmeler dışarısında kalan, yüksek gerilim hatları, baz istasyonları, patlayıcı maddeler üreten işletmeler, maden ocakları, demir çekil fabrikaları ve siyanürle altın, gümüş çıkaran işletmeler gibi tehlikeli işletmeler girmektedir., **Gerek**, Nüvit: "6098 sayılı Borçlar Kanununda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu", Sicil, Sayı: 24, 2011, s. 34, (<https://sicil.mess.org.tr/Media/Uploads/sicil24-33-41.pdf> Erişim Tarihi: 23.07.2024).

<sup>57</sup> Madde gerekçesinde "(...) fıkraya göre, işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur. Buna göre, işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kaldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdürler" ifadeleri kullanılmıştır., **Centel**, s. 16.

<sup>58</sup> "İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemleri almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler", (4857 sayılı Kanun mülga m.77/I).

<sup>59</sup> **Sevimli**, s. 126; Öğretide TBK çerçevesinde genel bir tehlike sorumluluğu hükmüne yer verilmesinin, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan doğan sorumluluğunun niteliğine yönelik tartışma alanının çerçevesini daralttığı ifade edilmiştir., **Ledün Akdeniz**, s. 19, 20.



dair bir düzenleme içermemektedir. TBK'nun 417. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemede doğacak zararların tazmini kapsamında açılacak davaların sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluk hükümlerine tabi olduğu ise sorumluluğun hukukî niteliğini değil borcun kaynağını belirten bir düzenlemedir. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk esasen kusur sorumluluğudur<sup>60</sup>.

Kusurlu davranış, sorumluluğu kuran davranıştır. Kusurlu davranışta bulunan işveren davranışın süjesini oluşturur. Kusursuz işveren, kusursuz sorumluluğu öngören hukukî bir olgu gerçekleşmediği müddetçe zararlardan sorumlu tutulamaz. Bu noktada sorumluluğun kurucu fonksiyonu söz konusudur<sup>61</sup>.

### B. Sorumluluğun Hukuki Sonuçları

İşverenin işçinin maddî ve manevî kişilik değerlerinin koruması borcu kapsamında TBK'nun 417. maddesinde yer alan hükme göre, kanuna ve

<sup>60</sup> **Sevimli**, s. 128, 129; İşverenin sorumluluğunun hukukî niteliğinin ne olduğuyla ilgili tartışmaların ötesinde günümüzde artık “*genel hükümlere göre*” ya da “*Borçlar Kanunu'na gitmek*” şeklinde yaklaşımlardan uzaklaşılması gerektiği ve özel iş kanunlarının, genel hükümlerden en az etkilenecek şekilde tasarlanması gerektiği belirtilmiştir. Yazara göre ideal iş hukukunun gerek yargı gerek maddî hukuk boyutuyla genel hukuktan mümkün merteye bağımsız olması gerekliliği belirtilerek, işverenin hukukî sorumluluğu gibi son derece önemli bir konunun borçlar hukuku alanına terk etmenin isabetli bir yaklaşım olmadığı belirtilmiştir. **Özdemir**, s. 506, 507, İşverenin kusursuz sorumluluğu açısından genel tehlike sorumluluğunun düzenlendiği TBK. m.71 hükmü bu anlamda istisnai bir düzenlemedir ve önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar meydana gelmelidir. Fakat burada kastedilen zarar herhangi bir zarar olmayıp, tehlike arz eden işletmenin faaliyetinin karakteristik riskinin gerçekleşmesinden kaynaklanan zarardır., **Nomer**, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 204, 205; İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğu, kusur sorumluluğu olarak nitelendirilecektir ancak işverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamı belirlenirken söz konusu olanın insan yaşamı olması göz önünde bulundurularak, borcun hiçbir sınırlamaya tabi kılınmaması ve işverenin bu borca en ufak aykırılığı neticesinde sorumluluğunun doğmasını gerekir., **Güzel**, Ali/**Ugan Çatalkaya**, Deniz: “Karar İncelemesi, İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları”, Çalışma ve Toplum, Cilt: 3, Sayı: 34, 2021, s. 181, 182.

<sup>61</sup> **Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V, 1, 2, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 67-71; **Nomer**, s. 172, Aynı kültür değerlerini paylaşan hukuk sistemleri için günümüzde kusur sorumluluğunun, sorumluluğun genel kuralını oluşturduğu diğer sorumluluk türlerinin ise bu kuralın istisnasını oluşturduğu belirtilmekteyse de çağdaş toplum düzeni ve uygarlıklardaki gelişmişlik seviyesi ile beraber çok fazla tehlike ve sebep sorumluluğu kabul edildiğinden gerçek bir değerlendirme neticesinde adeta istisnanın kural olmaya başladığı ifade edilmiştir. **Eren**, s. 556; **Sümer**, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 189, 190; **Süzek**, s. 433, 434.

sözleşme hükümlerine aykırı davranması halinde işçinin bu nedenle doğan zararlarının tazmini konusunda sözleşmeye aykırılıkla ilgili hükümler uygulanacaktır<sup>62</sup>. İşyerinde, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı fiilleri nedeniyle işçinin ölmesi ya da herhangi bir zarar görmesi halinde Sosyal Güvenlik Kurumu'nca karşılanmayan zararlar için işverene tazminat davası açılabilir. Mevzuatta işverenin sorumluluğunu sınırlayıcı ya da şarta bağlayıcı herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>63</sup>. Türk hukuk sisteminde iş kazası ve meslek hastalığı neticesinde işçinin bedensel veya ruhsal yönden uğradığı zararların giderilmesi konusunda 5510 sayılı Kanun dışında başka bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda sosyal güvenlik sistemi, söz konusu zararların ortaya çıkması durumunda zararların tamamını değil yalnızca bir bölümünü karşılamakla yükümlüdür. Zararların geri kalan kısmı açısından ise iş hukuku özelinde konulmuş bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle Kurum tarafından karşılanamayan zararların tazmini yönünden temel kanunların öngördüğü kurallardan yararlanılarak bir sonuca gidilmesi gerekir<sup>64</sup>.

İş kazası neticesinde bedensel veya ruhsal bir zarara uğrayan işçi ya da ölümle sonuçlanan iş kazasından sonra talep hakkı olan kimseler çeşitli alacak haklarına sahiptir. Bu alacak kalemlerinin ne olduğu çalışmanın devamında açıklanmaya çalışılmıştır. Talep hakkı olan kişiler bu taleplerini işverene yönelteceklerdir. Burada işverenin kusurunun ya da kusursuzluğunun bir sonuca varılmasında ne derece önemli olduğu alacak çeşitleri bakımından açıklanmaya çalışılacaktır. Ancak konunun özü işyerinin devri halinde iş kazasından doğan bu hukukî sorumluluğun akıbetinin ne olacağıdır. Çalışmanın devamında ilk olarak iş kazasından doğan hukukî sorumluluk kapsamında talep edilebilecek alacaklar ve kimlerin talep hakkına sahip olduğu

<sup>62</sup> TBK. m.417 ile düzenlenen işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin hükümler, hizmet sözleşmesi ile ilgili yani sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü düzenlediğinden 417. maddenin son fıkrası hükmünün gerekli olmadığı ileri sürülmüştür., **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Yayınları, Ankara 2020, s. 420, 421; **Sümer**, s. 189.

<sup>63</sup> Fransız, Alman ve İsviçre hukuklarında, işverenin sosyal güvenlik yardımları dışında sorumlu tutulması olağan bir yol olarak görülmemektedir. İşverenin zarardan sorumluluğu ancak önlem alma yükümlülüğünü ağır kusurla ihlal etmesi halinde kabul edilir. Bahsi geçen ülkelerde sosyal sigorta primlerini düzenli bir şekilde ödeyen işveren artık ek riziko ile karşılaşmaması gerektiği ve öylece işyeri barışının sağlandığı ileri sürülmektedir., **Üçışık**, Hasan Fehim: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ötügen Yayınları, İstanbul 2021, s. 286, 287.

<sup>64</sup> **Araslı**, Utkan: “Yeni Borçlar Yasası'nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi”, Sicil, Sayı: 24, 2011/IV, s. 142.

incelenecek ve sonrasında ise işyeri devri halinde bu alacakların hangi işveren tarafından talep edilebileceği açıklanacaktır.

### 1. Maddi Tazminat

İşverenin, iş sözleşmesinden doğan koruma ve gözetme borcunu ihlal etmesiyle işçi, malvarlığında oluşan azalmayı, işverenden talep edebileceği maddi tazminat yoluyla telafi etmeye çalışır. Maddi tazminatın belirlenmesi hususunda gerek İş Kanunu'nda gerekse 6331 sayılı Kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle maddi tazminat konusunda Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır<sup>65</sup>. Esasen bu zararların giderilmesi, her şeyden evvel insanı önemseyen ve korunması gereken en kutsal varlık olarak gören anayasal sistemin gereğidir. Anayasa, herkesin yaşama, maddi ve manevi bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenleyerek, devlete insanın maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için gerekli şartların hazırlanması konusunda görev vermiştir. Ayrıca Anayasa'da çalışma hayatı yönünden de ayrıca bir düzenleme yapılmış ve 60. madde kapsamında sosyal güvenliğin herkes için bir hak olduğu ve devletin bu güvenliği sağlama yönünden gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir<sup>66</sup>.

Maddi tazminat talebinin hukukî dayanağını TBK'nun 54. maddesinde yer alan düzenleme oluşturur. Zarar verici olay, zarar görenin bedensel bütünlüğünü zedelemiş olabilir. Söz konusu düzenleme bu ihlalden doğan zararın hesaplanmasına ilişkin özel bir hüküm içermektedir<sup>67</sup>. Maddi tazminat miktarı, ortaya çıkan zarar miktarıyla sınırlıdır. Bu tazminat ile amaçlanan işçinin ve diğer kimselerin iş kazasından önceki ekonomik durumuna getirilmesidir<sup>68</sup>.

#### *a. İş Kazası Halinde Maddi Tazminat Talebinin Koşulları*

İşverenin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması neticesinde iş kazasına maruz kalan ve bedensel veya ruhsal bütünlüğü ihlal edilen işçi, bu nedenle bir malvarlığı zararına uğramışsa, işverene karşı maddi tazminat talebinde bulunabilir. İşçinin söz konusu talebinin hukuksal dayanağının TBK'nun 54. maddesi olduğundan kısaca bahsedilmiştir. Söz konusu hüküm, bu ihlalden doğan zararın tazmin edilmesine ilişkin özel hüküm niteli-

<sup>65</sup> Özdemir, s. 301; Sümer, s. 203; Ledün, s. 3.

<sup>66</sup> Arash, s. 142; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, (İş Hukuku), s.1427; Cengiz, s. 123.

<sup>67</sup> Cengiz, s. 134; Eren, s. 843.

<sup>68</sup> Süzek, s. 443, 444; Cengiz, s. 134; Arash, s. 141.

ğindedir. Madde kapsamında zarara uğrayan kişinin (işçi) talep edebileceği alacak kalemleri sayılmıştır. TBK'nun 54. maddesi özel hüküm niteliğinde olduğu için genel hükümlerin uygulanmasını önler. Gerek sözleşme dışı sorumlulukta gerekse sözleşme sorumluluğunda uygulama alanı bulan hükmün iş sözleşmelerinde işverenin sorumluluğunda da uygulanması gündeme gelecektir<sup>69</sup>.

İş kazası neticesinde işçinin vücut veya ruh bütünlüğü maddi veya manevi bir zarar meydana gelecek şekilde bozulabilir. Bu ihlal bedensel bütünlüğün ihlali olarak adlandırılır. Bedensel bütünlüğü ihlal edilen kimse tamamen veya kısmen çalışmamasından doğan zarar ve ziyarı, ileride ekonomik yönden uğrayacağı zararları isteme hakkına sahiptir<sup>70</sup>. Tazminat miktarı hesaplanırken, işçinin geliri, sosyal sigorta mevzuatına göre saptanan maluliyet oranı, işverenin kusuru, işçinin müterafik kusuru, bakiye faal ömür süresi ve bakiye muhtemel ömür süresi gibi çeşitli kriterler dikkate alınır. Bununla birlikte işçinin iş kazası nedeniyle uygun illiyet içerisinde kalmak kaydıyla, malvarlığındaki gelir kayıpları tazmin edilir<sup>71</sup>.

İşçi iş kazası neticesinde işverenden bedensel zararlarının tazminini talep edebilecektir<sup>72</sup>. Bedensel zarar kapsamında, ilk olarak tedavi giderlerini (TBK m.54/I) talep edebilir. Hastaneye ulaşım, teşhis, tedavi, ameliyat gibi giderler maddi tazminat kapsamında değerlendirilecektir. Bedensel zararların yanında işçinin iş kazası neticesinde kazancında meydana gelen kazanç

<sup>69</sup> Eren, s. 843; TBK'nun 54/I düzenlemesinde sayılan zarar kalemlerinin "özellikle" ibaresinden dolayı sayılanlarla sınırlı olmadığı belirtilmiştir., Nomer, s. 237, 238; Antalya, s. 161.

<sup>70</sup> Araslı, s. 145; Eren, s. 843 vd.; Nomer, s. 238, 239; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, (İş Hukuku), s. 1517; Cengiz, s. 135.

<sup>71</sup> Cengiz, s. 135; Araslı, s. 145, 146; Yargıtay tarafından verilen kararda da iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünün kısmen veya tamamen kaybedilmesi halinde açılan tazminat davalarında hakim, kural itibarıyla zarar ve tazminata ilişkin tüm verileri özellikle cismani zarara uğrayan işçinin net gelirini, bakiye ömrünü ve iş görebilirlik çağını, iş göremezlik derecesini, karşılık kusur oranını, Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanan peşin sermaye değerini eksiksiz belirlemek zorundadır. Tazminatın miktarı, olay tarihindeki bakiye ömür esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından ibarettir. Yarg. 21. HD. T. 21.11.1997, E. 7308/144, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, (İş Hukuku), s. 1517.

<sup>72</sup> TBK. m.54 "özellikle" demek suretiyle zararları örneklemiştir. Bunun dışında "diğer bedensel" zararlar da söz konusu olabilir. Bu çerçevede tedavi giderleri dışında kalan diğer giderlerin de değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bedensel zarar görenin yakınının ziyaret desteği zarar gören tarafından karşılanmışsa sözü edilen durumun da tazmin edilmesi gerekir. Ancak öğretilerde bu durumda vekaletsiz işgörmeye kuralından da yararlanılabileceği belirtilmiştir. Antalya, s. 161.

kaybı (TBK m.54/II), çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar (TBK m.54/III) ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar (TBK m.54/IV) maddi tazminat davasının konusunu oluşturacaktır<sup>73</sup>.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda da bedensel zararların, “*tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar*” olduğu ifade edildikten sonra “(…) *cismani zarar halinde doğan bakım ihtiyacı ve bunun için yapılacak giderlerin de madde kapsamında olduğu açıktır. Uğranılan zarar nedeniyle yapılacak bakıcı giderinin doğru tespiti açısından ise, bakım ihtiyacının boyutunun belirlenmesi önem arz etmektedir*” ifadeleri kullanılarak TBK’nun 54. maddesinde sayılanlar dışında diğer bedensel zararların da söz konusu olabileceği belirtilmiştir<sup>74</sup>.

Tedavi giderleri, zarar gören işçinin kazaya uğramadan önceki sağlığına kavuşması için tıbben gereken muayene, tahlil, teşhis, tedavi için ödediği ya da ileride ödeyeceği giderleri ifade eder. Ancak tedavi giderlerinin istenebilmesi için bedensel bütünlüğün zedelenmesi ile uygun illiyet bağı içerisinde olması gerekir. Bakım zararı ise çalışma gücünü kaybeden kişinin düzenli olarak üçüncü bir kişinin bakımına muhtaç olması halinde yapılan giderleri ifade eder. Bakım zararının tazmini için bakıcı tutulması ya da bu hizmetin alınması şart değildir. Bakım ihtiyacında bulunulması yeterlidir<sup>75</sup>. Belirtmek gerekir ki, sigortalı işçinin tedavisi 5510 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlanmaktadır. Bu açıdan tedavi masrafları, sigortalı işçinin talep edeceği tazminat kalemleri arasında yer almaz. Ancak bu kalem içerisinde değerlendirilip de sosyal sigortalar tarafından karşılanamayan zararlar işçi tarafından talep edilebilir<sup>76</sup>.

Kazanç kayıpları da bedensel zarar kapsamında sayılmıştır. Kazanç kaybı, yapılan işin, harcanan emeğin karşılığında hem fiilen elde edilen hem de gelecekte elde edilebilecek parasal olarak ifade edilen gelir olarak tanımlanabilir. Başka bir ifadeyle kazanç kaybı, ücret kavramından daha geniş kapsamlıdır<sup>77</sup>. Kazancın belirlenmesinde zarar gören kişinin gerçek kazancı

<sup>73</sup> Eren, s. 844; Antalya, (Genel Hükümler), s. 466; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 521; Nomer, s. 237.

<sup>74</sup> Yarg. 17 HD., T. 15.10.2018, E. 17264/9039, (www.ictihatlar.com.tr, Erişim Tarihi 19.02.2024)

<sup>75</sup> Antalya, s. 163.

<sup>76</sup> Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal, (İş Hukuku), s. 1517; Süzek, s. 428.

<sup>77</sup> Antalya, s. 165.

esas alınır. Bu kapsamda kazanç kavramına ücret dışında mesai, ikramiye, prim, lojman yardımı gibi yardımlar da dahil olmak üzere geniş anlamda ücret esas alınır<sup>78</sup>.

Önemle belirtmek gerekir ki hesaplanan maddi tazminattan hakkaniyet nedeniyle indirim yapılmasına ilişkin TBK'nun 55. maddesi iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda hesaplanan zararı kapsamamaktadır. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da bu esas benimsenmekte ve TBK'na konulan bu hükümlerle hesaplanan tazminattan hakkaniyet indirimi yapılmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>79</sup>.

#### ***b. İş Kazası Halinde Maddi Tazminat Talebinde Bulunabilecek Kişiler***

Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde özel olarak sayılan alacak kalemlerini, kimlerin talep etme hakkına sahip olduğunun belirlenmesi gerekir. Söz konusu düzenleme kapsamında tedavi giderlerinin, çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesi zararının, ekonomik geleceğin sarsılması zararının ve kazanç kaybının olduğundan bahsedilmişti. Esasen bu alacak kalemlerini talep hakkının bedensel zarara uğrayan işçide olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak iş kazası ölümle sonuçlanmış olabilir. Ölüm halinde doğan zararların kimler tarafından talep edileceğinin de belirlenmesi gerekir.

Ölüm halinde doğan zararlara ilişkin düzenleme TBK'nun 53. maddesinde yer almaktadır<sup>80</sup>. Ölüm halinde doğan zararları; ölenin ölünceye kadarki zararları ve cenaze giderleri başlıkları altında ele almak gerekir. Ölünceye kadar gerçekleşen zararlar; tedavi giderleri ve çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplardır (TBK m. 53/b.2). Sözü edilen zararlar esasen ölenin sağlığında uğradığı bedensel zararlardır. Ölenin

<sup>78</sup> Dava açıldığı zaman zarar gören kişi iyileşmişse zarar gören hukuka aykırı fiille iyileştiği ana kadar geçen dönem içerisindeki kazanç zararını tazmin ettirebilecektir. Dava açıldığı esnada zarar gören iyileşmemişse, davacının talebine bakılarak karar verilecektir. Davacı gelecekteki tedavi süresine ilişkin kazanç kaybını talep etmişse, kazanç kaybı zararı çalışma gücünün tekrar elde edilmesi muhtemel ana göre hesaplanması gerekir., **Antalya**, (Genel Hükümler), s. 469.

<sup>79</sup> Yarg. 21. HD., T. 19.11.2012, E. 2011/13919, K. 2012/14603, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.07.2024); Yarg. 21. HD., T. 13.09.2012, E. 2012/13182, K. 2012/14603, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 28.07.2024); **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, (İş Hukuku), s. 427.

<sup>80</sup> Kanununun yapılış tekniğinde isabetsizlik bulunduğu ve düzenlenme sırası itibarıyla önce bedensel zararların sonra ölüm zararlarının hükme bağlanması gerektiği hakkında görüş için bkz: **Kılıçoğlu**, (Genel Hükümler), s. 523.

bu kapsamdaki zararları kişinin kendi şahsına ilişkin doğrudan doğruya uğradığı zararlardır. Bu nedenle bu zararların tazmininin istemi ölenin mirasçılarının intikal edecektir. *Bu ayırım ise ölenin desteğinden yoksun kalanların tazminat istemini, bu tür zararların tazmini isteminden ayırmaktadır.* Başka bir ifadeyle, ölenin ölünceye kadar gerçekleşen zararlarının tazminini istem hakkı mirasçılara ait bir hakken, ölenin desteğinden yoksun kalanların tazminat istemi mirasçılık sıfatıyla ilgili değildir. Söz konusu hak, destekten yoksun kalanların şahsından doğan ve kendilerine ait haktır<sup>81</sup>.

Cenaze giderleri ise terekeye dahildir ve bu giderler mirasçılar tarafından karşılandığından, tazminat hakkı mirasçılara aittir<sup>82</sup>. Ancak ölüm sebebiyle yapılan giderler terekeden ödenmemişse bu durumda giderleri isteme hakkının mirasçılara değil, gideri yapana ait olmasının daha pratik bir çözüm olduğu belirtilmiştir<sup>83</sup>.

## 2. Manevi Tazminat

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından iş kazasına uğrayan sigortalıya yapılan sağlık yardımları ile parasal ödemeler genellikle kaza sebebiyle vuku bulan tüm zararları karşılamaya yetmemektedir. İş kazasına uğrayan işçinin ya da ölümü halinde destekten yoksun kalan kimselerin manevi zararlarını giderecek bir ödeme Kurum tarafından yapılmamaktadır. İş kazası sonucunda ortaya çıkan zarar Kurum tarafından tam olarak karşılanırsa bile iş kazası ve meslek hastalıkları neticesinde manevi tazminat talepleri de gündeme gelmektedir. Manevi tazminata ilişkin kuralların belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>84</sup>. Manevi tazminatın

<sup>81</sup> **Kılıçoğlu**, (Genel Hükümler), s. 524; **Eren**, s. 852; **Karaç**, Serkan Taylan: “İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatına Etki Eden Hususlar ve Tazminat Hesabı”, Legal İSGDH, Cilt: 18, Sayı: 69, 2021, s. 218.

<sup>82</sup> **Eren**, s. 852; **Nomer**, s. 249.

<sup>83</sup> **Nomer**, s. 246; Esasen iş kazası neticesinde yapılan cenaze giderlerine ilişkin ödenek Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmaktadır. 5510 sayılı Kanununun 20. maddesinde göre iş kazası veya meslek hastalığı sonucu vefat eden sigortalının hak sahiplerine cenaze ödeneği verilir (m. 20/son). Ancak ödeneğin “hak sahiplerine” verilmemesi durumunda ve sigortalının cenazesinin gerçek veya tüzel kişiler tarafından kaldırılması halinde tarife ile belirlenen cenaze ödeneği miktarının masraf yapan kişilere ödenmesi gerekir. Söz konusu ödenek hakkı; hakkın doğduğu tarihten itibaren beş yıl içinde istenmezse düşer. **Tuncay/Ekmekçi**, s. 453.

<sup>84</sup> **Özdemir**, s. 555; Türk Medeni Kanunu (TMK.) m.25 kişilik hakkına saldırı halinde saldırıya uğrayanın manevi tazminat hakkını düzenlemiştir. TBK. m.58, kişilik haklarının zedelenmesinde manevi tazminatı düzenleyen genel kuraldır. Söz konusu düzenleme başka bir kanun özel olarak kişilik hakkının hukukî olgularını düzenlemiyorsa uygulanan genel kuraldır. TBK. m.56 ise bedensel bütünlüğün ihlali halinde manevi tazminat

amacı, esasen zararın giderilmesinden ziyade zarar gören işçinin keder ve üzüntüsünün elden geldiğince denkleştirilerek tatmin edilmesidir<sup>85</sup>.

Manevi zarar, hukukun en eski ve tartışmalı kurumlarından birisidir. Gerek TMK gerekse TBK kapsamında manevi tazminat konusunda düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak bedensel bütünlüğün ihlali halinde manevi tazminat TBK'nun 56. maddesi kapsamında düzenlenmiştir.

TBK'nun 56. maddesi<sup>86</sup> bedensel bütünlüğün ihlali durumunda manevi tazminatı düzenlenmişken, Kanununun 58. maddesinde<sup>87</sup> diğer kişilik haklarının ihlali halinde manevi tazminat talebi düzenlenmiştir. Her iki düzenleme manevi zararın giderilmesine yönelik hükümler olması nedeniyle sorumluluk hukukuna ilişkin diğer hükümlerden ayrılmaktadır<sup>88</sup>. TBK'nun 56. maddesi özel nitelikte hükümler içermektedir ve fiziki kişilik değerlerinin yani başta yaşam hakkı olmak üzere, sağlık hakkı ve beden bütünlüğü hakkının ihlalin-den kaynaklanan manevi zararların tazminini esas almaktadır. Genel nitelikte düzenleme olan TBK'nun 58. maddesinin uygulanabilmesi için özel nitelikte hüküm olan ve TBK'nun 56. maddesinin kapsamına girmeyen durumların gündeme gelmesi gerekir. Ancak bedensel bütünlüğün ihlali halinde gündeme gelecek manevi tazminatın belirlenmesinde özellikle kusur, ihlal gibi hususlarda TBK m.56, TBK m.58'den bağımsız değerlendirilemeyecektir<sup>89</sup>.

---

talebini özel olarak düzenlemiştir., **Antalya**, O. Gökhan: Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması (Manevi Tazminat), Legal Yayınları, İstanbul 2017, s. 11.

<sup>85</sup> **Antalya**, s. 209; Manevi tazminatın amacı, cezalandırmak değil, zarar görende manevi huzuru sağlamak ve zarara uğrayan kişinin bozulan ruh huzurunu, duyulan ve ileride duyulacak elem ve ıstırapı kısmen ve imkân oranında iade etmektir., **Nomer**, s. 267; **Kılıçoğlu**, (Genel Hükümler), s. 550.

<sup>86</sup> “*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.*

*Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*”

<sup>87</sup> “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.*

*Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.*”

<sup>88</sup> **Erlüle**, Fulya: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 107, 108.

<sup>89</sup> TBK. m.58'in genel nitelikte bir düzenleme olması, Kanununun 56.maddesinde düzenlenmiş olan bedensel bütünlüğün ihlalin-den doğan manevi tazminat talebine ilişkin değerlendirmeler çerçevesinde 58.maddenin dikkate alınmasını zorunlu kılar. **Erlüle**, s. 110, 111; TBK. m.56 kusur sorumluluğunda uygulanabileceği gibi, özen sorumluluğunda da



### *a. İş Kazası Halinde Manevi Tazminat Talebinin Koşulları*

İş kazası neticesinde meydana gelen durumdan hoşnut olmama, basit sinirlenme şeklinde gösterilen duygusal tepkiler manevi zarar olarak nitelendirilemez. Manevi bir zarardan bahsedebilmek için uzun süre tedavi görme, acı çekilmesi, operasyona katlanma, sakat kalma veya organ kaybı ya da işlevsel kayıplar neticesinde duyulan üzüntü ve acı gibi durumların varlığı aranır. Manevi tazminat ile kişinin maruz kaldığı psikolojik zararın bir nebze olsun dindirilmesi amaçlanmaktadır<sup>90</sup>.

#### *aa. Bedensel Bütünlüğün İhlal Edilmiş Olması*

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi kapsamında manevi tazminata karar verilebilmesi için tazminat talebinde bulunan kişinin bedensel bütünlüğünün zarara uğramış olması gerekir<sup>91</sup>.

Zarar görenin vücut veya ruhsal bütünlüğünün maddi veya manevi bir zarar meydana gelecek şekilde bozulması, bedensel bütünlüğün ihlali olarak adlandırılır. Bedensel bütünlüğün ihlali vücut bütünlüğünün veya ruh bütünlüğünün ihlali şeklinde gerçekleşir. Vücut bütünlüğünün ihlali durumunda, mekanik ya da psişik bir müdahale veya darbe neticesinde vücutta anatomik değişiklik ya da bozulma meydana gelmektedir. Ruh bütünlüğünün ihlali ise beden anatomisinde bir değişiklik meydana gelmemekteyse de mekanik ya da psişik bir müdahale ve güç sonucunda ruh bütünlüğü ihlal edilebilmektedir<sup>92</sup>.

---

uygulanır. Ayrıca tehlike sorumluluğunda TBK. m.56'ya atıfta bulunulan bir durum varsa bu hallerde de sözü edilen madde uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin tehlike sorumluluğuna ilişkin Karayolları Trafik Kanunu (KTK.) m.90'da durum böyledir., **Eren**, s. 893.

<sup>90</sup> **Antalya**, s. 233; Bu zararın esas sebebini bedensel bütünlüğün ihlali oluşturmaktadır. Yargıtay'a göre hâkimin özel koşulları göz önünde tutarak manevi zarar adı altında sigortalı ve yakınlarına verilmesine karar vereceği tutarın adalete uygun olması gerekir.

<sup>91</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47.maddesinde yer alan "*cismani zarar*" kavramı yerine, TBK. m.56'da "*bedensel bütünlüğün zedelenmesi*" ifadesine yer verilmiştir. Öğretide ve uygulamada hem bedensel hem de ruhsal bütünlüğü kapsayacak biçimde yerleşik olarak kullanılan "*bedensel bütünlük*" ifadesinin kullanılması isabetli bulunmuştur., **Eren**, s. 843 vd.; **Erlüle**, s. 126.

<sup>92</sup> **Eren**, s. 843, 844; Alman Hukukunda manevi tazminatın düzenlendiği Alman Medeni Kanunu'nun (*Bürgerliches Gesetzbuch BGB*) 253/II hükmünde manevi tazminatın talep edilebileceği haller sayılırken bedensel bütünlük ve sağlık ifadelerine ayrı ayrı yer verilmiştir. ([https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0770](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0770), Erişim Tarihi: 17.02.2024); Ancak Türk hukuku öğretisinde ise TBK. m.56/II hükmünde geçen "*ağır bedensel zarar*" ifadesinin hangi tür zararları kapsayacağını madde metninden açık bir şekilde anlaşılmadığı ancak bu konuda 6098 sayılı Kanuna dair Adalet

Beden bütünlüğünün ihlali ile sağlığın ihlali kavramları arasındaki farkın belirlenmesi esasen çok da kolay değildir. Bu nedenle uygulamada beden bütünlüğü ihlali ve sağlığın ihlali kavramları genellikle aynı anlama gelecek şekilde birlikte kullanılmaktadır. Kişinin beden bütünlüğü üzerindeki hakkı, haksız fiil neticesinde ihlal edilebileceği gibi sözleşmeye aykırı davranış sonucunda da ihlal edilmiş olabilir. Bedensel bütünlüğün ihlali sayısız tür ve şekillerde ortaya çıkabileceği için bu ihlal türünü sayım yoluyla sınırlamak mümkün değildir<sup>93</sup>.

Ruhsal bütünlüğün ihlali halinde de bedensel bütünlük ihlal edilmiş sayılır. Ancak ruhsal bütünlüğün ihlalinden dolayı tazminata hükmedilebilmesi için ihlalin ne zaman kişinin sağlığını bozacak boyuta ulaştığının yani ne zaman hastalık boyutuna ulaştığı sorusunun cevaplanması gerekir. Kişinin sağlığının bozulmasına neden olacak düzeydeki psikolojik rahatsızlığın tazmin edilebilmesi için ortaya çıkan zararın da objektif olarak tespit edilebilir olması gerekir<sup>94</sup>.

#### **bb. Manevi Zararın Bulunması**

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi uyarınca manevi tazminatın gündeme gelebilmesi için bedensel bütünlüğü zarar gören işçinin manevi zarara uğraması gerekir. Manevi zarardan bahsedebilmek için ise kişinin hukukten korunan kişisel değerlerinden birisinin objektif olarak ihlal edilmesi yeterli olup zarar gören kişinin subjektif olarak ihlali hissedebilecek durumda olup olmaması önemli değildir. Duygu zararları (subjektif unsur), manevi zararın zorunlu bir unsuru olmasa dahi manevi zararın miktarının belirlenmesinde de tamamen göz ardı edilemezler<sup>95</sup>. Manevi zararda, zarara uğrayan kişinin korunan çıkarı maddi bir değer değildir. Yaşamsal huzurda meydana gelen azalma olarak tezahür eden manevi değerler, manevi zararın konusudur. Manevi zarar, maddi zararın bir çeşidi de değildir. Maddi zarar ile ma-

---

Komisyonu Raporundan faydalanılabileceği belirtilmiştir. Ağır bedensel zararın takdirinde, zarara uğrayan organların önemi, oluşan iş göremezlik derecesi, ruhsal zararın niteliği ile diğer durumlar beraber gözetilecektir. Raporun ifadesinden yola çıkılarak bedensel zararın yalnızca kişinin bedenini oluşturan organ ve dokuların zarara uğraması değil ruhsal zarar olarak da ortaya çıkabileceğinin göz önünde bulundurulması gerekir. **Çakırca**, Seda İrem: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi" (Manevi Tazminat), Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt:8, Özel Sayı, 2013, s. 790, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179448>, Erişim Tarihi: 17.02.2024).

<sup>93</sup> **Honsell**, Heinrich: Schweizerisches haftpflichtrecht, Zürich 2005, s. 7.

<sup>94</sup> **Erlüle**, s. 131, 133.

<sup>95</sup> **Erlüle**, s. 134.

nevi zararı birbirinden ayıran husus, ihlal edilen değerden daha çok zararın malvarlığına ilişkin olup olmadığıyla ilgilidir. En genel tanımıyla manevi zarar, kişinin kişilik haklarının zedelenmesinden doğan acı, elem ve ıstırap zararıdır. Manevi zararın gerçekleşmesi için meydana gelen eksilmenin, zarar gören tarafından duyulması, hissedilmesi ya da yaşama sevincinin azalması şart değildir<sup>96</sup>.

*cc. Kusur ya da Kusursuzluk Hali veya Sözleşmeye Aykırı Davranış*

Manevi tazminata hükmedilmesi açısından kusurun aranıp aranmayacağı hususu önceki Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi TBK kapsamında da açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu durum kusursuz sorumluluk hallerinde manevi tazminatın talep edilip edilemeyeceği tartışmalarına yol açmıştır. 6098 sayılı TBK'nda, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi kusur sorumluluğunun koşullarının düzenlendiği 49. maddesinde (818 sayılı Kanunda m.41) kusur şartına açıkça yer verildikten sonra 49. maddenin devamı niteliğinde olan 56.maddede bir kez daha "kusur" ifadesine yer verilmemiştir. Çünkü kusur TBK'nun 56. maddesinin özel şartlarından birisini değil, kusur sorumluluğunun genel şartlarından birisini oluşturur. Dolayısıyla haksız fiille bir başkasına zarar veren kişinin kusur sorumluluğuna dayanılarak manevi tazminat talebinde bulunulabilmesi için kusur unsurunun bulunması şarttır. Zarar veren kişinin manevi tazminattan dolayı sorumlu tutulabilmesi için kastın, ihmalin (ağır ya da hafif olduğuna bakılmaksızın) bulunması yeterlidir<sup>97</sup>.

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun niteliği kusurlu sorumluluk olduğundan işçi, işverenin kusuru varsa maddi tazminat ve manevi tazminat talebinde bulunabilecektir. Ancak kusursuz bir sorumluluk hali söz konusu ise manevi tazminatın amacı göz önünde bulundurulduğunda esas olan zarar vereni cezalandırmaktan öte zarar görenin tatmin edilmesini sağlamak olduğundan işverenin kusursuz olduğu durumlarda dahi manevi tazminat talebinin ileri sürülebilmesi gerekir. Öğretide de aynı yönde görüşler bulunmaktadır. Meydana gelen olayda fail kusurlu olmasa dahi mağdurun ıstırapı yine de mevcuttur<sup>98</sup>. Ancak her ne kadar öğretide baskın olan görüş

<sup>96</sup> **Antalya**, (Manevi Tazminat), s. 6, 7; **Eren**, s. 894, Manevi tazminat aracılığıyla karşılanmak istenen manevi zarar, cismani zarar sebebiyle oluşan ruhsal ve bedensel ıstıraplar, duyulan elem ve acılar olarak tanımlanabilir., **Mollamahmutoglu/Astarlı/ Baysal**, s. 1521; Manevi zarar; haksız fiil neticesinde kişinin şahıs varlığında uğradığı kayıplar olarak da ifade edilebilir., **Kılıçoğlu**, (Genel Hükümler), s. 549.

<sup>97</sup> **Erlüle**, s. 148, 149.

<sup>98</sup> **Eren**, s. 899; **Erlüle**, s. 151; **Antalya**, (Manevi Tazminat), s. 236; **Nomer**, s. 263.

ve yargı kararları uyarınca manevi tazminat talebinin kabulü için iş kazası ya da meslek hastalığında işverenin kusurunun bulunması şart değilse de manevi tazminatın takdirinde kusurun dikkate alınamayacağı söylenemez; işverenin kusurunun azlığı ya da hiç bulunmaması gibi işçinin müterafik kusuru da tazminattan indirimi gerektirecektir. Olayın tamamen işçinin kusurundan kaynaklanması durumunda ise illiyet bağı kesilmiş olacağından işverenin sorumluluğuna gidilememesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>99</sup>. Maddi tazminata ilişkin koşullar her ne kadar kıyas yoluyla manevi tazminata da uygulanacaksa da manevi zarar, maddi zarardan farklı olarak kişinin malvarlığında değil kişi varlığı değerlerinde eksilme meydana getirdiğinden manevi tazminatın miktarının tayininde hâkimin takdiri büyük rol oynayacaktır<sup>100</sup>.

İşverenin sorumluluğunun niteliğinin ne olduğu sorusu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çerçevesinde de ele alınmalıdır. Öğretide yer alan görüşler doğrultusunda, gerek 6331 sayılı Kanunun 4. maddesi<sup>101</sup> hükümleri gerekse bu Kanuna uygun olarak çıkarılan iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yönetmeliklere aykırı davranışlar neticesinde ortaya çıkan bir zarar varsa bu zararın tazmin borcu doğuracağı belirtilmiştir. Ancak zararın hangi hukuki esaslara göre ve ne şekilde tazmin edileceği hususunda özel bir düzenleme bulunmadığından ve buna yönelik bir yaptırım getirilmediğinden, bu konuda TBK'nun 112. maddesi ve devamında yer alan düzenlemelere başvurma zorunluluğunun ortaya çıkacağı ve bahsedilen hükümlerin de kural olarak kusur sorumluluğu esasına dayandığı belirtilmiştir. Zira TBK'nda benimsenen esas, genel itibarıyla kusur sorumluluğudur. Bu sonuca, yalnızca belirli haller bakımından kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesi ger-

<sup>99</sup> **Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 1521, 1522; **Nomer**, s. 268, 269.

<sup>100</sup> **Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 1522.

<sup>101</sup> (1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.

(2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

(3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez.

(4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz.

çeğinden de ulaşılabilmektedir<sup>102</sup>. İşverenin sorumluluğunun tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmesi, her ne kadar iş hukukunun amaç ve gereklerine daha uygun düşecekse de Türk hukukunda bu nitelermeyi haklı kılacak kanuni bir düzenleme bulunmadığı ve bu nedenle de bu esasın benimsenmesinin de hukuki bir dayanağının olmayacağı ifade edilmiştir<sup>103</sup>.

6098 sayılı TBK'nun 114. maddesindeki düzenlemede haksız fiil sorumluluğuyla ilgili hükümlerin, kıyasen sözleşmeye aykırılık halinde de uygulanabileceği düzenlenmiştir (m.114/II)<sup>104</sup>. Sözleşmeye aykırılık durumunda, TBK'nun 114/II hükmünün atıfta bulunduğu haller bakımından TBK'nun 56. maddesinin bulunup bulunmadığı sorusunun cevaplanması gerekir. Söz konusu düzenlemede, "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır*" (TBK m. 114/II) ifadesi kullanılmıştır. Manevi zararın tazmininin haksız fiile mi yoksa sözleşmeye aykırılıktan doğan hükümlere mi dayandırılması gerekliliği hususu öğretilerde tartışılmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, sebeplerin yarışması söz konusu olduğunda yarışan sebeplere dayanan sorumluluk davasından bahsedebilmek için birtakım koşulların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, birden fazla sorumluluk sebebi bulunmalı ve zarar gören kişi tazminat istemini birden fazla sebebe dayandırmış olmalıdır. Ayrıca yasa hükmü ile zarar gören kişinin zararının tazmininde birden fazla sebebe dayanamayacağı, talebini bu sebeplerden yalnızca birisine dayandırması gerektiği öngörülmemiş olmalıdır<sup>105</sup>. İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğu esasen sözleşmeye aykırılıktan doğan kusur sorumluluğudur ancak öğretilerde işverenin sorumluluğunun sözleşmeye aykırılık dışında haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilebileceği de belirtilmiştir. Her iki durumda kusur sorumluluğu olduğu bir kez daha hatırlatılmalıdır<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> Benzer yönde: **Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca**, (İş Hukuku), s. 416; **Cengiz**, s. 131; **Süzek**, s. 430, 431; İşverenin iş sağlığı ev güvenliği önlemlerinin alınmasında gösterdiği kusurun her derecesinden sorumlu olduğu ifade edilmiştir. İşverenin bu kusurunun belirlenmesinde objektif ölçütlere göre hareket edilmeli ve işverenin kişisel özellikleri ve nitelikleri ekseninde değil aynı kategoride bulunan dürüst, makul ve özenli işveren dikkate alınarak kusur derecesi belirlenmelidir. **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 1514, 1515.

<sup>103</sup> **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 1514.

<sup>104</sup> Sözleşmeye aykırılık halleri, sözleşmeden doğan yükümlülüklerle hiç ya da gereği gibi uyulmaması olarak ifade edilir.

<sup>105</sup> **Kılıçoğlu**, (Genel Hükümler), s. 569, 570.

<sup>106</sup> **Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca**, (İş Hukuku), s. 416; İş kazasından doğan tazminat taleplerinin haksız fiile ya da sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandırılması

TBK'nun 56. maddesi kapsamında korunan kişisel değerler arasında sayılan kişinin bedensel bütünlüğü üzerindeki hakkı hem haksız fiil sonucunda ihlal edilebilir hem de sözleşmeye aykırı davranışla ihlal edilebilir. İşverenin koruma ve gözetme borcuna aykırı davranışı sonucu iş kazasına uğraması, bedensel bütünlüğün ihlaline verilebilecek temel örneklerdendir. Sözleşmeye aykırı davranışın neden olduğu maddi zarar; sözleşmeden doğan sorumluluk esaslarına göre tazmin edilirken, sözleşmeye aykırı davranışın neden olduğu manevi zararın yalnızca haksız fiil sorumluluğuna göre tazmin edilebileceğini ileri sürmek adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına neden olacaktır<sup>107</sup>. Haksız fiil sorumluluğunu ilgilendiren bir hükmün sözleşmeye aykırılık halinde doğrudan uygulanması mümkün değildir. Aksi durumun kabulü haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk arasındaki sınırların aşılması olarak nitelendirilir. Bu sınırın korunması için ise haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin sözleşmeye aykırılıktan doğan hükümlerin bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekir<sup>108</sup>. Ancak zararın tazmin edilmesini sağlayan birden fazla sorumluluk sebebinin bulunması doğrudan bir olayın haksız fiil sorumluluğunu ilgilendirdiğini göstermez. Söz konusu durum, “sebeplerin yarışması halinde sorumluluk” olarak ele alınmalıdır ve önceki Borçlar Kanunu'nda yer almayan ancak TBK'nun 60. maddesinde “Sebeplerin yarışması” kenar başlığıyla ele alınan bu durumda başka bir ifadeyle aynı zarara yol açan birden fazla sebebin bulunması ve zarar gören kişinin bu sebeplerden herhangi birine dayanarak zararının giderilmesini talep edebilmesi durumunda kişi manevi zararını haklarından herhangi birine dayanarak gidermek isteme hakkına sahiptir<sup>109</sup>.

#### *dd. Hukuka Aykırılık ve Nedensellik Bağı*

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi bedensel bütünlüğün ihlali durumunda manevi tazminat sorumluluğunu kuran değil, sorumluluğu düzen-

---

işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan sorumluluğunun kusur sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluk niteliği taşıdığından kabulü açısından yol gösterici değildir. **Ledün Akdeniz**, s. 8.

<sup>107</sup> **Ardemir**, Arzu: Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Doktora Tezi, 2008, s. 40 vd.

<sup>108</sup> Öğretide bir kısım görüşe göre manevi zarar sözleşmeye aykırı davranıştan kaynaklanan sorumluluk hükümlerine göre tazmin edilemeyecektir. Kişilik hakkının ihlalden kaynaklanan manevi zararda her zaman haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. Manevi tazminatın talebi için kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilebilmesi gerekir. **Ardemir**, s. 40.

<sup>109</sup> **Kılıçoğlu**, (Genel Hükümler), s. 566.

leyen bir maddedir. Genel hüküm niteliğinde olan TBK'nun 49. maddesiye tazminat yükümlülüğünün gündeme gelmesi için meydana gelen zararın hukuka aykırı bir fiille gerçekleştirilmiş olması gerekliliğini açıkça ifade etmiştir<sup>110</sup>.

### ***b. İş Kazası Halinde Manevi Tazminat Talebinde Bulunabilecek Kişiler***

#### ***aa. Zarar Gören***

6098 sayılı TBK'nun 56. maddesinde yer alan hükme göre bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi halinde açılacak manevi tazminat davalarında, tazminat talep etme hakkı esasen bedensel bütünlüğü ihlal edilene tanınmıştır. Zarar görenin ayırt etme gücünden yoksun kalması halinde ise manevi tazminat davası açıp açamayacağı hususu tartışmalıdır. İş kazası neticesinde ayırt etme gücünü kaybeden kimsenin manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı manevi zararı açıklayan objektif ya da sübjektif görüşün benimsenmesine bağlı olarak değişebilecektir. Çalışmanın içeriğiyle doğrudan ilişkisi bulunmadığından her iki teori hakkında ayrıntılı bilgi verilmeyecekse de kısaca manevi zararı açıklayan teorilerin birbirinden farkını açıklamakta fayda vardır. Sübjektif teoriye göre manevi zararı talep edebilmek için kişinin kişilik değerlerinde meydana gelen objektif eksilme tek başına yeterli değildir. Manevi zararın meydana geldiğinden söz edebilmek için objektif unsur olarak nitelendirilen ikinci bir sübjektif unsurun eklenmesi gerekir. Buna göre kişilik hakkı ihlal edilen kişi, objektif olarak meydana gelen eksilmeyi ve ortaya çıkan elem, acı, ıstırap gibi duyguları hissedebilmelidir. Bu teoriye bağlı olarak iş kazası neticesinde ayırt etme gücünden yoksun kalan işçi manevi tazminat talebinde bulunamayacaktır<sup>111</sup>. Objektif teoriye göre manevi zarar kişiden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Zarar gören kişi kişilik değerinin zedelenmesini bilmek zorunda olmadığı gibi, kişilik değerlerine saldırının etkisinin ne olduğu da önemsizdir. Manevi zararın ortaya çıkması için kişilik değerinin ihlali yeterlidir. Bu teoriye göre iş kazası neticesinde ayırt etme gücünden yoksun kalan işçi manevi tazminat talep edebilecektir<sup>112</sup>. Kişinin ne tür bir acı veya üzüntü hissettiğinin ispatı, bunu ölçen

<sup>110</sup> **Erlüle**, s. 154 vd.

<sup>111</sup> Zarar gören kişi bu teoriye göre objektif olarak gerçekleşen eksilmenin bilincine varmalıdır. Sübjektif görüş, kişinin duygusal yapısının değerlendirilmesinin gerçekten duygu zararına uğrayıp uğramadığının tam ve kesin olarak belirlenmesini engellediği için eleştirilmiştir., **Antalya**, (Manevi Tazminat), s. 15; **Erlüle**, s. 41.

<sup>112</sup> Manevi zararı objektif teoriye göre açıklayanlar ise kişilik değerlerinin ihlalinin bireyin üzüntü ve keder duymasıyla ilgili psikolojik sonuçlarına etki ve değer vermemesi yö-

somut bir kriter olmadığından mümkün değildir. Dolayısıyla objektif teo-  
rin manevi zararın belirlenmesi açısından daha isabetli olduğu savunulabilir.  
Ayırt etme gücünü kaybeden işçinin duyduğu acı, ruhsal çöküntü doğrudan  
tespit edilemese de işverenin hukuka aykırı davranışının manevi zarara ne-  
den olabileceği kabul edilmelidir<sup>113</sup>.

#### **bb. Zarar Görenin Yakınları**

6098 sayılı Kanununun 56. maddesindeki düzenlemeye sonradan eklenen  
fıkıyla ağır bedensel zararlar halinde zarar görenin yakınlarına manevi taz-  
minat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği dü-  
zenlenmiştir. Kanun koyucu eski Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak 6098  
sayılı Kanun'da zarar gören kişi dışında manevi tazminat talep edebilecek  
kişiler için "ailesi" kavramı yerine "yakınları" kavramını kullanmıştır.

İş kazasına uğrayanın yakınlarının tazminat talebinin "*sözleşme dışı  
sorumluluk hükümlerine*" tabi olduğu ifade edilmiştir. Sözleşme dışı sorum-  
luluk kuralları gereği yansıma zararların tazmin edilebilmesi için hukuka  
aykırı fiille zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının varlığı ve zarar ve-  
renin kusurlu ya da kusursuz sorumluluk nedeniyle sorumlu olması gerekir.  
Ayrıca hukuka aykırılık bağının bulunması da aranır<sup>114</sup>. Ancak öğretide ve  
Yargıtay kararlarında hem destekten yoksun kalma tazminatının<sup>115</sup> hem de  
manevi tazminatın yansıma zarar olarak değil doğrudan zarar olarak nitelen-  
dirilmesi gerektiği, çünkü ölen kişinin ölüm yüzünden zarara uğramadığını  
ve bunun yansımasının da olmayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla ağır be-  
densel zarara uğrayan işçinin yakınlarının manevi tazminat isteme hakkının,  
yansıma zarar olarak değil doğrudan zarar olarak nitelendirilmesinin gerek-  
tiği ifade edilmiştir<sup>116</sup>.

6098 sayılı Kanununun 56. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükmü ağır  
bedensel zarar halinde zarar gören kişinin yakınlarına da zararların gideril-

---

nünden eleştirilmiştir. **Arat**, Ayşe: "6098 Sayılı Borçlar Kanunu m.58'e Göre Manevi  
Tazminatın Belirlenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanunu m.49/II'nin Kaldırılmasının  
Etkisi", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı:  
3, 4, 2013, s. 185-188.

<sup>113</sup> Objektif teo-  
rinin de eleştirilebilir yanları olduğu hakkında bakınız. **Antalya**, (Manevi  
Tazminat), s. 17 vd.; **Arat**, s. 188.

<sup>114</sup> **Çakırca**, (Manevi Tazminat), s. 787.

<sup>115</sup> Çalışmanın II. 3. bölümünde incelenmiştir.

<sup>116</sup> **Çelik**, Ahmet Çelik: Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, Seçkin Yayınları, Ankara  
2021, s. 58, 59.



mesi talebinde bulunma hakkı tanımıştır. Bu talebin olmazsa olmaz içeriğini “ağır bedensel zarar” unsuru oluşturmaktadır. Sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin, özel olarak sözleşmeye aykırı davranış sonucunda ölen ya da ağır bedensel zarara uğrayan kişilerin yakınlarının sözleşme sorumluluğu hükümlerine göre manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacakları öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler, sözleşmeye aykırı davranış neticesinde ölen ya da ağır bedensel zarara uğrayanın yakınları olarak haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat talebinde bulunabilirler. Sözleşmeye taraf olanla, olmayan bir kişinin farklı sorumluluk tipine tabi olmaları adaletsiz sonuç doğurmaz aksine, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk ayrımının olduğu sistemde farklı konumdaki iki kişinin aynı statüye tabi olmalarının adaletsiz yaratacağı belirtilmiştir<sup>117</sup>.

TBK'nun 417. maddesinin son fıkrasında yer alan düzenlemede açıkça “(...) işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir” ifadeleri kullanıldığından ölenin yakınlarının ve destekçilerinin de sözleşmesel sorumluluk esaslarına tabi olarak tazminat talepleri doğacaktır.

#### *cc. Yakınları Kavramının Destek Kavramından Farkı*

6098 sayılı Kanunun 53. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hükümde ölenin desteğinden yoksun kalanların bu sebeple uğramış oldukları zararın tazmini özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede bir kişinin bakıp gözettiği kişiler, o kişinin haksız fiil sonucunda ölmesi üzerine desteklerini kaybettikleri için zarara uğramaktadırlar<sup>118</sup>. Destek sayılan bir kimsenin ya fiilen ilgili kişiye bir yardımda bulunması gerekir ya da ileride böyle bir yardım veya bakma ihtimalinin ciddi olarak muhtemel olması gerekir<sup>119</sup>. Başka bir ifadeyle bir kişinin ölümünden önce birine bakması şart değildir, eğer ölmeseydi ileride destek olma ihtimali varsa da destekten yoksunluk

<sup>117</sup> **Çakırca**, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar Kuramı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011, s. 153.

<sup>118</sup> **Erlüle**, s. 243.

<sup>119</sup> **Gürsoy**, Kemal Tahir: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 29, 1972, s. 146, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/631994>, Erişim Tarihi: 18.02.2024); Hukukî bir kavram olan destek kavramının esasen İsviçre Borçlar Hukukuna ait bir kavram olduğu, Almanya ve Avusturya Hukukunda destek kavramlarına yer verilmediği belirtilmiştir.; **Erlüle**, s. 243.

durumu ortaya çıkabilecektir<sup>120</sup>. “Yakınları” kavramı ise ilk defa Alman Federal Mahkemesi tarafından 1971 yılında verilen ilke kararına konu olmuş ve ilk zarar gören kişinin eşinin yakını olduğu konusunda en ufak bir tereddüt bulunmadığı ancak ilk zarar gören arasında özel bir kişisel ilişki bulunmayan veya herhangi bir akrabalık bağı bulunmayan kişilerin “yakınları” kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir<sup>121</sup>. 6098 sayılı Kanunun Adalet Komisyonu Raporu’nda yürürlükte olan yasada yer alan aile kavramının, “yakınları” olarak düzenlendiği ifade edilmiş yakın kavramının belirlenmesinde; ölen ya da ağır bedensel zarara uğrayanla yakın olduğu iddia olunan kişi arasında düzenli ve yoğun bir ilişkinin ve yaşanan olay sebebiyle ilişkilendirilecek ağır bir üzüntünün varlığının gözetilmesi gerekliliği belirtilmiştir<sup>122</sup>.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda ölen işçinin nişanlısının manevi tazminat isteminde bulunma hakkı olmadığı ifade edilmiştir. Nişanlılık ilişkisinin BK.’nin öngördüğü biçimde manevi tazminatı gerektirecek yakınlığı içermediği belirtilmiştir<sup>123</sup>. Türk hukuk öğretisinde “yakınları” kapsamına giren kişilerin öleni derin bir sevgiyle gören ve gözeteni ya da ölenin derin bir sevgiyle görüp gözettiği kişilerin anlaşılması gerekir<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> **Karaç**, s. 220; Destek kavramı bir başkasının ya da başkalarının geçimini kısmen ya da tamamen sağlayan kimse şeklinde tanımlanmaktadır. Kimlerin “destek” kavramı içerisinde yer alacağı belirlenmesi ve bu konuda sınırlayıcı bir sayım yapılması olanaksız olduğundan Türk Hukuk öğretisinde en önemli destek tiplerinin eş, anne-baba, anne-babalar içinse çocukları, birbirleri açısından kardeşler ve nişanlılar olduğu kabul edilmiştir. Destek sayılma açısından sözleşmesel ya da yasal bir bakma yükümlülüğü gerekmemektedir. Bunun gibi mirasçılık ya da akrabalık ilişkisinin varlığı da zorunlu bir unsur değildir. **Erlüle**, s. 243-246.

<sup>121</sup> Eşinin ölüm haberi neticesinde çok zarara uğradığını iddia eden kişinin tazminat talebine ilişkin kararın ayrıntılı metni için; BGH 56, 163, NJW 1971, 1883 (www.beck-online.de, Erişim Tarihi: 18.02.2024).

<sup>122</sup> 818 sayılı BK.’nin 47.maddesinde “ölünün ailesi” kavramına yer verilmişse de Türk hukuk öğretisine göre kavramın İsviçre Borçlar Kanunu’na uygun olacak şekilde “yakınları” olarak anlaşılması gerekir., **Erlüle**, s. 263.

<sup>123</sup> Yarg. 21 HD., T. 06.02.2003, E. 519/837, **Özdemir**, s. 558.

<sup>124</sup> **Antalya**, s. 262, 263; Ölenin yakını ile anlaşılması gereken miras veya nafaka yakınlığı değildir. Ölen kişiyle güçlü duygusal bağı bulunan ancak herhangi ailevi ya da hukuki ilişkisi olmayan kişiler de ölenin yakını olarak kabul edileceğinden bu madde kapsamında manevi tazminat talebinde bulunabileceklerdir. **Sulu**, Muhammed: “Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2744.

### 3. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

#### a. Genel Olarak

Destekten yoksun kalma tazminatı, hak sahipleri bakımından doğrudan doğan, bağımsız bir talep hakkı<sup>125</sup> niteliğine sahip olduğundan bir miras hakkı değildir<sup>126</sup>. Bu nedenle de destek gören kimseler arasında kabul edilmek için mirasçı<sup>127</sup> olmak ya da kan bağıının bulunması da aranmaz<sup>128</sup>.

Söz konusu tazminat, istisnai bir tazminat türü olarak kabul edilir. Zira hukukumuzda esas itibariyle tazminatı talep etme hakkı, direkt olarak zarara uğrayan kimselere aittir. Bunun bir sonucu olarak da doğrudan zarar gören kimse haricindeki üçüncü kişi/kişilerce tazminat talebinin ileri sürülmesi mümkün olmamaktadır. Fakat TBK'nun 53.maddesi ekseninde ölümden dolayı bir şekilde zarar<sup>129</sup> gören kimselere destekten yoksun kalma tazminatını talep imkânı sunulmuştur<sup>130</sup>.

İş sağlığı ve güvenliği kapsamında belirlenen tedbirlerin alınmaması dolayısıyla iş akdi hilafına davranış sergileyen işverenden, destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için bu hakka imkân tanıyan kılan açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır<sup>131</sup> ki TBK'nun 53. ve 55. maddeleri arasındaki hükümleri bu hususu düzenleme altına almıştır.

Tıpkı yukarıda ayrı bir başlıkta etraflıca ifade edildiği gibi destekten yoksun kalma tazminatı da bir maddi tazminat niteliğindedir. Esasen bahse konu zarar, malvarlığında meydana gelen ölümden önceki ve sonraki durum

<sup>125</sup> **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 776; **Kılıçoğlu**, Mustafa: Tazminat Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara 2016, s. 278.

<sup>126</sup> **Narter**, Sami: İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 118; Yarg. HGK., T. 25.05.1984, 9-301/619, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.02.2024); **Kılıçoğlu**, Mustafa: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı (Destekten Yoksun Kalma), Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 24.

<sup>127</sup> Mirasçı olma halinde karşılaşılabilecek çeşitli durumlar için bakınız. **Karaç**, s. 218-219.

<sup>128</sup> **Kılıçoğlu**, s. 281.

<sup>129</sup> Gerçekleşen zarar, yansıma bir zarar niteliğindedir. **Demircioğlu**, Murat/**Balsever**, Sergül: "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sonrası Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 74, Özel Sayı, 2016, s. 1171, 1172, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/316560, Erişim Tarihi: 26.02.2024); **Kılıçoğlu**, (Destekten Yoksun Kalma), s. 33; **Kılıçoğlu**, (Genel Hükümler), s. 391 vd.

<sup>130</sup> **Narter**, s. 534; **Kılıçoğlu**, s. 281.

<sup>131</sup> **Eren**, s. 777; **Narter**, s. 534; **Çelik**, Ahmet Çelik: Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk (Destekten Yoksunluk), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 217.

arasında gerçekleşen farktır. Dolayısıyla gelecekte gerçekleşecek bir zararın tazmin durumu gündeme gelmektedir.

Belirtilmesinde fayda bulunmaktadır ki, İcra ve İflas Kanunu'nun 82/XI hükmü gereği destekten yoksun kalma tazminatının haczi ihtimal dışıdır. Destekten mahrum kalan kimseler, irat talebini peşin sermayeye dönüştürme gayesiyle bunu bir başkasına alacağın devri hükümleri doğrultusunda devredebilmektedir.

### ***b. Destek Kavramı, Tazminat Şartları ve Talep Hakkı Tanınan Kişiler***

#### ***aa. Destek Kavramı***

Fiili olarak süreklilik ve bir düzen<sup>132</sup> içerisinde bir başkasının geçimini kısmen ya da tümüyle sağlayan veya bir kişiye gelecekte bu şartlarda bakma olasılığı muhtemel olan kimseye, *destek* denir<sup>133</sup>. Dolayısıyla bir kişinin ölümünden önce birine destek olması şart değildir. Ölüm hadisesi gerçekleşmeseydi bahsedilen türde desteklik ilişkisinin kurulma olasılığı bulunuyorsa yine destekten yoksunluğun söz konusu olabileceği kabul edilmektedir<sup>134</sup>.

Bahsedilen bu ayrım, gerçek ve farazi destek kavramlarıyla açıklanmaktadır<sup>135</sup>. Gerçek destek, ölümün meydana geldiği sürece kadar birine fiili bir biçimde ve düzenli bir şekilde kısmi olarak ya da tamamen destek olan kimseye denir<sup>136</sup>. Farazi destek ifadesi ile ise, ölen kişinin ölüm anına kadar geçen süre içinde destekten yoksun kalan ile herhangi bir bakım ilişkisi içerisinde olmamasına karşılık eğer yaşasaydı gelecekte destek gören ile aralarında bir bakım ilişkisinin olma olasılığı muhtemel olan kişi kastedilir<sup>137</sup>. Doktrinde müstakbel veya varsayılan destek ifadeleri de aynı kavram için kullanılmaktadır<sup>138</sup>. Örneğin küçük çocukların gelecekte anne/babaya yardım edeceği varsayımından hareketle farazi destek ilişkisi belirlenebilir<sup>139</sup>. Diğer

<sup>132</sup> **Tekinay**, Selahattin Sulhi: Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Fakülteler Matbaası, 1963, s. 18 vd.

<sup>133</sup> **Gürsoy**, s. 146; Tazminat isteminde bulunan kişiye fiilen, sürekli ve düzenli kişiye bakan ya da ileride bakması kuvvetle muhtemel kişiye destek denir. Bu tanım "gerçek destek" tanımıdır. "Gerçek destek" dışında "farazi destek" kavramı da bulunmaktadır ki "farazi destek" ölmeydi ileride başkasına bakması kuvvetle muhtemel olan kişiye denilmektedir. **Eren**, s. 855.

<sup>134</sup> **Narter**, s. 6; **Eren**, s. 857, 858; **Gürsoy**, s. 147; **Demircioğlu/Balsever**, s. 1174.

<sup>135</sup> **Gökcan**, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 706.

<sup>136</sup> **Tandoğan**, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 300.

<sup>137</sup> **Tandoğan**, s. 6; **Eren**, s. 758; **Demircioğlu/Balsever**, s. 1175.

<sup>138</sup> **Eren**, s. 780.

<sup>139</sup> **Eren**, s. 758; **Narter**, s. 8; **Tekinay**, s. 28, 29.

yandan desteğin mutlak suretle parasal bir değer olması zorunlu değildir. Bedensel desteklik de söz konusu olabilir<sup>140</sup>.

#### *bb. Tazminat Şartları*

Tazminatının gündeme gelebilmesi için ilk olarak destek kabul edilen ya da destek olan işçinin, iş kazası/meslek hastalığı nedeniyle ölmüş olması gerekir<sup>141</sup>. Diğer bir ifade ile destek hayatta ise destekten yoksun kalma tazminatı söz konusu olamaz<sup>142</sup>. Fakat önemle belirtilmelidir ki, ölümün derhal gerçekleşmesi zorunlu olmayıp bir süre tedavi görülmesinin ardından sonra ölümün gerçekleşmesi, söz konusu tazminatı talep edebilmeyi mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla desteğin ölümü halinde söz konusu olabileceğinden tedavi süresince de bahse konu tazminatı talep etmek ihtimal dışıdır<sup>143</sup>.

Destekten yoksun kalanla destek arasında farazi/gerçek bir destek ilişkisinin bulunması ve desteğin bakım gücünün varlığı da şarttır. Bakım gücü, desteğin maddi bakımdan fiili ve düzenli şekildeki bakımı karşılamaya yetecek seviyede gücünün bulunmasıdır. Ancak maddi yani ekonomik güç, destekten yoksun kalanların tüm ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek ölçüde bir güç olarak anlaşılmamalıdır. Zira destek tarafından ihtiyaçlar kısmi olarak da olsa karşılanabiliyorsa destek ilişkisinin mevcut olduğu sonucuna ulaşılır<sup>144</sup>. Diğer yandan destek tarafından yapılacak yardım olmadan sosyal yaşantısını devam ettirmeye yetecek ölçüde geçimini sürdüremeyecek kimselerin, *bakım ihtiyacı* içerisinde bulunduğu kabul edilir<sup>145</sup>. Bu nedenle bakım ihtiyacı mevcudiyetinin kabul edilebilmesi bakımından destek görececek kimselerin yoksulluğa düşmeleri/düşme ihtimalleri bir şart olarak aranmaz<sup>146</sup>. Fakat iş kazası/meslek hastalığı nedeniyle destekten yoksun kalan kimsenin, ölümden önceki hayat standardını muhafaza ediyor olması halinde bu tazminattan bahsedilemeyecektir<sup>147</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatının gündeme gelebilmesi için bir zararın bulunması de aranan şartlar arasındadır. Destek kaybı dolayısıyla her-

<sup>140</sup> Tekinay, s. 21; Eren, s. 856.

<sup>141</sup> Çavuş, Özgür Hakan: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kapsamında Çocuğun Durumu”, Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 10, 2010, s. 50, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1148656>, Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>142</sup> Aladağlı, Ayşe Nur/Pıtırılı, Burak: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 12, 2017, s. 155, 156, (<https://www.jurix.com.tr/article/8099>, Erişim Tarihi: 26.02.2024); Kılıçoğlu, s. 28.

<sup>143</sup> Narter, s. 19.

<sup>144</sup> Narter, s. 7; Gürsoy, s. 147, 148; Eren, s. 855-857.

<sup>145</sup> Çavuş, s. 53.

<sup>146</sup> Narter, s. 8.

<sup>147</sup> Karaç, s. 222-223.

hangi bir zarar söz konusu değilse bu durumda bir tazmin borcundan da bahsedilemez. Ölen kişinin yoksun kalınan destek, yardım ve bakımından mahrum kalan kimselerin karşılaştıkları zararlara ise *destek kaybından kaynaklanan zarar* denmektedir.

*cc. Talep Hakkı Tanınan Kişiler*

Konu ile ilgili yasal düzenlemelerimiz içeriğinde kimlerin bahse konu tazminatı talep edebileceği belirtilmemiş, sadece ölen kişinin desteğinden yoksun kalma ifadesi yer almıştır. Dolayısıyla yukarıda kısaca bahsedildiği üzere destekten mahrum kalanların, mutlaka aile bağı olan veya mirasçı sıfatına sahip kimselerden oluşması gerekmez<sup>148</sup>. Destek kavramıyla hedeflenen, fiili bir durumun ortaya konmasıdır.

Evlilik birliğinin tesis edilmesiyle birlikte eşler (nikahlı) arasında TMK'nun 185. ve 186. maddesindeki hükümleri gereği, karşılıklı bakım borcu gündeme gelmektedir. Bunun bir sonucu olarak da eşlerin, evlilik süresince birbirlerine her açıdan destek olmaları beklenmektedir. Eşlerden yalnızca birinin veya her ikisinin de çalışması, destek olmak bakımından bir şart olarak aranmaz. Yardımın bir destek olarak kabul edilmesi sayesinde ev işleriyle ilgilenen eş bakımından da bir destek olma durumu mevcut olmaktadır<sup>149</sup>.

Tazminatı talep etme hakkı bakımından herhangi bir kan bağı ya da resmi evlilik aranmadığından fiilen birlikte yaşayan (uzun süredir resmi nikah olmadan birlikte yaşayan) eşlerden birinin ölmesi halinde, sağ kalan eş destekten yoksun kalma tazminatını talep edebilir<sup>150</sup>. Yani tazminat için nikahlı eş olmak zorunlu değildir<sup>151</sup>. Ancak hâkim tarafından her olay özelinde değerlendirme yapılması, birlikte yaşama olgusu ve bu olgunun ilerleyen süreçte de aynı/benzer şekilde devam edeceği yönünde güçlü bir irade olduğuna dair kanaatin oluşması gerekmektedir<sup>152</sup>.

Henüz evlilik birliği kurulmamış olsa da nişanlılar, evlilik hazırlığı içerisinde iseler ve hak sahibi olacak kişi bunu ispat edebiliyorsa sağ kalan

<sup>148</sup> **Sulu**, s. 2745; Yarg. 17. HD., T. 26.05.2016, E: 8996/6423, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.02.2024); Yarg. 4. HD., T. 25.05.1976, E. 1976/5263, K. 1976/5405, **Eren**, s. 858.

<sup>149</sup> **Eren**, s. 857; Yarg. 4HD., T. 22.09.1987, E. 5458/6462, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>150</sup> **Uygur**, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 427.

<sup>151</sup> **Narter**, s. 10; **Eren**, s. 858; **Gürsoy**, s. 150.

<sup>152</sup> **Narter**, s. 11; **Eren**, s. 859.

nişanlı da tazminat talep hakkına sahiptir<sup>153</sup>. Diğer yandan sağ kalan nişanlının bu iddiasına karşılık aslında evlenmenin gerçekleşmeyeceği ispatlanırsa sağ kalan nişanlı bakımından tazminat söz konusu olmayacaktır<sup>154</sup>.

Ölen kimsenin anne ve/veya babası ile kardeşleri de talep edebilir. Anne ve/veya babasına fiili olarak bakan işçi, iş kazası/meslek hastalığı dolayısıyla ölmesi halinde gerçek desteğin kaybı söz konusu olur. Farazi desteğin söz konusu olduğu hallerde ise ilerleyen süreçte destek ilişkisinin olup olmayacağı tespit edilmelidir. Gelecekte anne ve/veya babanın bakım ihtiyaçlarının bulunup bulunmayacağı, müteveffa işçinin ise bakım yapma imkânına sahip olup olmayacağı belirlenmelidir<sup>155</sup>. Kardeşler bakımından ise ölen kardeşin, sağ kalan kardeşe destek olduğunun ya da ilerleyen süreçte sürekli ve düzenli bir şekilde destek olacağının açık bir biçimde anlaşılması gerekir<sup>156</sup>. Bu halde, kardeşlerle ölen kardeş arasında ölüm gerçekleşmeden önce bakım ilişkisi kurulmuş olmalıdır<sup>157</sup>.

Anne ve babaların çocuklarına bakma ve destek olma yükümlülüğü, TMK'nun 328. maddesinde yer alan hükmünden yani yasal düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Genel kural bakımından, anne ve babanın çocuklarına destek olacağı, ispata gerek olmaksızın kabul edilir<sup>158</sup>. Çocuğun evlilik dışı olması, evlat edinilmiş olması ya da sağ ve tam doğmuş olmak şartıyla cenin olması durumlarında çocukla anne ve baba arasında destek ilişkisi kurulmuş olur<sup>159</sup>. Çocuğun ihtiyaç süresinin belirlenmesi, her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilir<sup>160</sup>. Ancak temel bir yaklaşımla çocuğun bakım ihtiyacının, kendi imkanları doğrultusunda ihtiyaçlarını giderdiği zamana kadar devam edeceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Çocuklar bakımından önem arz eden husus, cinsiyeti noktasında kendini göstermektedir. Çünkü erkek çocukların 18, kız çocukların 22 yaşına gelene kadar destekten yararlanacağı

<sup>153</sup> Narter, s. 11; Gürsoy, s. 151.

<sup>154</sup> Yargıtay 4.HD., T. 10.06.2014, E. 15109/9623, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>155</sup> Aladağlı/Pıtrlı, s. 130; Sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil sonucunda açılan destekten yoksun kalma tazminatı davasında çocukların anne-babaya destek olduklarının karine olarak kabulünün gerektiği yönündeki karar için; Yarg. İBBGK, T. 22.06.2018, E. 2016/5, K. 2018/6, (Lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.07.2024).

<sup>156</sup> Yarg. 11.HD., T. 12.05.2005, E. 8290/5023, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>157</sup> Gürsoy, s. 153; Yarg. 21.HD., T. 02.11.2015, E. 8859/19323, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>158</sup> Yarg. 17.HD., T. 14.04.2016, E. 2010/4825, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>159</sup> Narter, s. 13.

<sup>160</sup> Kılıçoğlu, s. 35-36.

belirtilmiştir<sup>161</sup> Fakat burada da her somut olay özelinde değerlendirme yapılarak bir sonuca ulaşılmalıdır<sup>162</sup>.

Çalışmanın bu bölümüne kadar işverenin iş kazasından doğan hukuki sorumluluğu ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılmıştır. Çalışmanın konusu, esasen iş kazasından doğan ve işverenin hukukî sorumluluğu kapsamındaki taleplerin işyeri devri neticesinde akıbetini açıklamaktır. Dolayısıyla çalışmanın devamında işyeri devri gerektiği ölçüde açıklanmaya çalışılacak ve hukuken geçerli bir işyeri devri neticesinde işçi veya yakınları/destekten yoksun kalanların taleplerini ileri sürüp süremeyecekleri veya kime karşı ileri sürebilecekleri hususu açıklanmaya çalışılacaktır.

### III. İŞ KAZASINDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUN İŞYERİ DEVRİ BAKIMINDAN SONUÇLARI

#### A. İşyeri Devri

İş güvencesini tehlikeye sokan önemli nedenlerden birinin işçilerin çalıştıkları yerin el değiştirmesi, devir gibi sebeplerle bir işverenden başka bir işverene geçmesi olduğundan çalışmanın başlangıcında söz edilmişti. İşverenin *iradesiyle* işyerini satması, kiralaması, intifa hakkını kurması gibi yollarla devretmesi ya da *iradesi dışında* işverenin ölümü, işyerinin özelleştirilmesi gibi durumlar işverenin değişmesi sonucunu doğurur. Tüm bu durumlar esasen iş güvencesini tehlikeye sokmaktadır<sup>163</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin ilk fıkrasında yer alan hükme göre, "*İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.*" Her ne kadar işyeri devriyle ilgili temel düzenleme İŞK m.6 hükmü ise de mevzuatımızda yer alan tek düzenleme bu hükümden ibaret değildir. TBK'nun 428. maddesindeki hükmü de hemen hemen paralel bir düzenleme olarak karşımıza çıkar. Bu iç düzenlemelerin yanı sıra AB 2001/23 sayılı Yönergesi ve Avrupa Adalet Divanı kararları da konuya dair önemli hususlarda yol gösterici niteliktedir<sup>164</sup>.

<sup>161</sup> Kılıçoğlu, s. 38.

<sup>162</sup> Karaç, s. 226.

<sup>163</sup> Süzek, (İşyeri Devri), s. 311; Özkaraca, s. 61 vd.

<sup>164</sup> Avrupa Birliği'nin 2001/23 sayılı Yönergesi'ne göre işyeri devrinde ekonomik bütünlüğün korunması esastır. Ekonomik bütünlüğün korunarak işyeri devrinin gerçekleştiğinden bahsedebilmek içinse özellikle devirden önceki ve devirden sonraki faaliyetin benzerlik derecesi, söz konusu işletme veya işyerinin tipi, devralan işveren tarafından personelin önemli bir kısmının çalıştırılmaya devam edilip edilmediği konusu önem taşı-



İş Kanunu'nun 6. maddesinin ilk fıkrasında yer alan hükmün açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere işyeri devri söz konusu olduğunda iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçerek varlığını sürdürür. Bu durumda iş sözleşmeleri sona ermez. Yalnızca yasadaki kaynaklanan bir taraf değişikliği söz konusudur<sup>165</sup>. Mevcut durumda sözleşme varlığını korurken, sözleşmenin işveren tarafı değişmektedir. Dayanağı yasal bir düzenleme olduğundan iş hukuku anlamında bir esaslı değişiklik anlamı taşımaz ve bu nedenle de işçinin rızası aranmaz<sup>166</sup>. Fakat önemle belirtilmelidir ki, her ne kadar İşK. hükümleri arasında bu yönde bir düzenleme yer almıyorsa da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 178. maddesindeki hükmü, ticaret şirketlerinin yalnızca birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerini kapsayacak şekilde işçinin istemediği bir işverenle çalışmama özgürlüğünü korumuş ve işçiye, *itirazı* halinde iş ilişkisini belli bazı haklarına kavuşacak biçimde sona erdirmeye hakkı tanınmıştır.

Hem ulusal hem de uluslararası düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda işyeri devri ile ilgili olarak iki temel koşulunun ön planda tutulduğu görülmektedir. Bunlar; ekonomik birliğin (kimliğin) korunması<sup>167</sup> ve hal böyle iken işverenin değişimi.

### B. İşyeri Devrinin Koşulları

Her ne kadar İş Kanunu'nun 6. maddesinde yer almasa da AB yönergelerinde ve Avrupa Adalet Divanı kararlarında<sup>168</sup> devrin konusunu oluş-

---

maktadır. **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 266; **Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca**, (İş Hukuku), s. 145; **Özkaraca**, s. 299 vd.; **Süzek**, (İşyeri Devri), s. 312; ABAD tarafından verilen "Ayşe Süzen" davası ile ilgili karar, işletmelerin, işyerlerinin veya bunların bir kısmının devri halinde işçi haklarının korunmasına yönelik üye devletlerin iç hukuklarının uyumlaştırılmasını hedefleyen AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesinin ilk maddesinin yorumuyla ilgilidir. **Bodur**, Mehtap Yücel: "Avrupa Birliği Adalet Divanının C-463/09 Sayılı Kararı İle Alt İşveren İlişkisi-İşyerinin Bir Bölümünün Devri Tartışması", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXIII, Sayı: 2, 2019, s. 39.

<sup>165</sup> **Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca**, (İş Hukuku), s. 146; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 261; **Özkaraca**, s. 312. **Demir**, Kübra: "İşyeri Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:2, Sayı: 25, 2019, s. 654, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/910062>, Erişim Tarihi 26.02.2024).

<sup>166</sup> **Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca**, (İş Hukuku), s. 149; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 267; **Süzek**, s. 204.

<sup>167</sup> **Demir**, s. 655; **Özkaraca**, s. 19.

<sup>168</sup> Süzen, v. Zehnacker Krankenhausservice, Case 13/95, 1997, ECR I-1259; Spijkers v. Benedik, Case 24/85, 1986, ECR 1119, Yarg. HGK, T. 11.12.2018, E. 2015/2597, K.

turan işyeri/işyeri bölümü, “ekonomik birlik” kavramıyla ifade edilmiştir. Buna göre, hukuken bir netice doğuracak işyeri devri için ekonomik birliğin, bu kimlik korunarak devri gerekmektedir<sup>169</sup>. Yüksek mahkeme de bu ölçütleri benimseyerek ve söz konusu kavramı dikkate alarak hüküm kurmaktadır<sup>170</sup>. Ayrıca yüksek mahkeme kararlarında belirtilen tüm ölçütlerin bir arada gerçekleşmesine ihtiyaç yoktur. İşyeri ya da bir bölümünün devri için ekonomik birliğin devri yeterlidir. Diğer bir ifade ile işyerini karakterize etmesi şartıyla ölçütlerden bir kısmının devri yeterli görülmektedir<sup>171</sup>. Dolayısıyla işyeri ya da bir bölümünün devri halinde devredilen işyeri yapısı göz önünde bulundurularak devralan aynı veya aynı türden ekonomik faaliyeti sürdürüyorsa hukuken devir gerçekleşmiş kabul edilecektir<sup>172</sup>.

Diğer yandan temel düzenleme dikkate alındığında işverenler arasında işyerinin değişmesi, işyeri devrinin diğer koşulunu oluşturmaktadır. İlgili düzenlemede işyeri devrinin “hukukî bir işleme dayalı” olarak devrinden bahsedildiği görülmektedir. Dolayısıyla satış ya da kira ilişkisinin tesis edilmesi halinde işyeri hukukî bir işleme dayalı olarak devredilirken ölüm halinde tüm hak ve borçlar, külli halefiyet gereği herhangi bir hukukî işlem aranmaksızın mirasçılara geçtiğinden böyle bir örnekte işyeri devrinden bahsetmek mümkün değildir.

### C. Mütessesil Sorumluluk

Doğuş dinamiği itibariyle işçiyi koruma ilkesi çerçevesinde şekillenen iş hukuku mevzuatı, işyeri devri gündeme geldiğinde de işçinin korunmasına yönelik bazı düzenlemeleri ihtiva etmektedir. İşK m.6/III hükmü gereği, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar bakımından devreden ile devralan işveren birlikte sorumlu tutulmuşlardır.

Devreden işverenin sorumluluğu, devirden önce doğan ve devir zamanında ödenmesi gereken borçlarla sınırlandırılmıştır. Diğer yandan bir başka sınırlama sorumluluğun süresi ile ilgilidir. Aynı düzenlemenin ikinci cümle-

---

2018/1871, (www.fullegal.com Erişim Tarihi: 28.07.2024); **Bodur**, s. 49; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 266; **Urhanoglu**, İhtar: “İşyeri Devrinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 30, 2022, s. 129, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2147559>, Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>169</sup> **Süzek**, s. 205.

<sup>170</sup> Yarg. 9. HD., T. 14.09.2021, E. 7416/11709, (www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>171</sup> **Süzek**, s. 205.

<sup>172</sup> Devrin gerçekleşme ölçütlerine yönelik örnekler için bakınız. **Süzek**, s. 206.

siyle devreden işverenin sorumluluğunun, devir tarihinden itibaren işleyecek iki yıllık<sup>173</sup> bir süre ile azami haddi belirlenmiştir. TBK'nun 428. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hükümde de paralel bir düzenleme yer almaktadır.

Son olarak İş Kanunu'nun m. 6/III hükmünde geçen "birlikte sorumluluk" ifadesinden, söz konusu sorumluluğun müteselsil sorumluluk olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>174</sup>. Nitekim yüksek mahkeme tarafından verilen kararlarda sorumluluğun, müteselsil sorumluluk olduğu hükme bağlanmaktadır<sup>175</sup>.

Kanunda işyeri devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla devralan yeni işverene geçerek varlığını koruması ve devir sebebiyle iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği açık bir şekilde düzenlenmemiş olsaydı bile bu durumun, kabul edilmesi gereken hukuksal bir sonuç olduğu ifade edilmiştir<sup>176</sup>. Ancak buna rağmen sözü edilen durum, İş Kanunu'nun 6. maddesinin 5. fıkrası hükümlerinde açıkça düzenlenmiştir. Bununla beraber devreden ya da devralan işverenin ekonomik ve teknolojik nedenlerin ya da iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih haklarıyla, işçinin ve işverenin haklı fesih nedenleri saklıdır<sup>177</sup>. Fesih yasağı hususunda işçilerin iş güvencesi kapsamında dahil bulunup bulunmamasının bir önemini olmadığını belirtmek gerekir<sup>178</sup>.

#### D. İşyeri Devrinde İşverenlerin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu

##### 1. Devirden Önce Sona Ermiş İş Sözleşmeleri Açısından Değerlendirme

İş Kanunu'nda işyeri devrine ilişkin düzenlemede "(...) devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri(...)" ifadesinden

<sup>173</sup> Söz konusu sürenin nisbi emredici olduğu ve işçinin korunması düşüncesiyle artırılabilirliği yönündeki görüş için bkz. **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 155.

<sup>174</sup> **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s. 155.

<sup>175</sup> Yarg. 9 HD., T. 14.06.2011, E. 23098/18032, (<https://calismatoplum.org/tr/yargitay-karari/isyeri-devri>, Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>176</sup> **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 267; **Demir**, s. 677; Öğretide söz konusu düzenlemenin isabetli olduğu ve iş güvencesi sistemine uygun bir şekilde hükme bağlandığı ifade edilmiştir. **Çelik/Caniklioğlu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 149; Avrupa Birliği'nin işyeri devrine ilişkin 2001/23 sayılı Yönergesinde işyeri devrinin fesih için haklı bir sebep olamayacağı belirtilmiştir, **Bodur**, s. 40; **Özkaraca**, s. 279.

<sup>177</sup> **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 268.

<sup>178</sup> **Demir**, s. 677.

çıkan sonuca göre, devirden önce sona ermiş bir iş sözleşmesi varsa devralan işverenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır (İşK m.6/I). Bu açıdan devirden önce var olan bir iş sözleşmesi, iş kazası neticesinde ölümle sona ermiş olabileceği gibi iş sözleşmelerini sona erdiren diğer hallerden biri ile de sona ermiş olabilir. Bu halde, sona ermiş iş sözleşmelerinden doğan sorumluluk devreden işverene ait olacaktır<sup>179</sup>. Her ne kadar İş Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hükümde devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan birlikte sorumluluktan söz edilse de bu fıkra hükmünün yine 6. maddenin ilk fıkrası ile değerlendirilmesi gerekir. Bu düzenleme ise devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmeleri açısından hüküm ifade etmektedir<sup>180</sup>. Örneğin devirden önce iş kazası gerçekleşerek iş sözleşmesi sona ermişse veya iş kazası ölümle sonuçlanmışsa bu durumda iş sözleşmesi sona ereceğinden devir işleminden sonra devralan işverenin, işçinin yakınlarının talepleri bakımından bir sorumluluğunun olmayacağını kabulü gerekir.

Devreden ve devralan işverenin birlikte sorumluluğu, devir tarihindeki iş sözleşmeleri açısından geçerlidir ve devralan işverenin bu hususta herhangi bir taahhütte bulunmasına gerek olmaksızın ve TBK'nun 202. maddesinde yer alan şartlar aranmaksızın devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumluluğu söz konusudur<sup>181</sup>. Ancak devirden önce sona eren iş sözleşmeleri bakımından özel olarak durumun incelenmesi gerekirse; öğretide ve Yargıtay kararlarında işyeri devrine ilişkin koşulların gerçekleşmesi halinde TBK'nun işletme devrine ilişkin hükümleri uygulanarak bu alacaklar bakımından bir koruma sağlanabileceği ifade edilmiştir. TBK'nun 202. maddesinde, "*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan (...) onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur*" ifadelerine yer verilmiş ancak düzenlemede sona eren iş sözleşmeleri ve devam eden iş sözleşmeleri bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır<sup>182</sup>. TBK'nun 202. maddesinde yer alan şartların varlığı halinde işyerini aktif ve pasifleriyle devralan işverenin, devirden önce sona eren sözleşmelerden doğan alacaklardan da *cüz'i halefiyet*

<sup>179</sup> **Çankaya**, Osman Güven/Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 482; Yargıtay'ın aksi yönde vermiş olduğu karar için bakınız. Yarg. 9 HD., T. 03.04.2008, E. 7304/15619, **Çankaya/Çil**, s. 571.

<sup>180</sup> **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 271, 272.

<sup>181</sup> **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 270.

<sup>182</sup> **Yıldız**, Muhammed Enes: "İş Kazasından Doğan Mütessesil Sorumluluk Halleri", TBB Dergisi, Sayı: 161, 2022, s. 295 (<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2022-161-2067>, Erişim Tarihi: 26.02.2024); **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 271.

*ilkesi gereği* sorumlu tutulabilmesinin mümkün olabileceği belirtilmiştir<sup>183</sup>. Yargıtay tarafından son dönemde verilen kararlarda da, şartların sağlanması halinde anılan hükümlere dayanılarak müteselsil sorumluluk ilişkisinin kurulabileceğinin ihtimal dahilinde olduğu ifadeye yer bulmuştur<sup>184</sup>. Yargıtay'ın önceki Borçlar Kanunu döneminde verdiği başka bir kararda da, “(...) devralan şirket olarak devirden önceki bir tarihte meydana gelen iş kazası neticesinde davacının manevi tazminat alacağından sorumlu olduğu (...)” şeklindeki ifadelerle yer verilmiştir<sup>185</sup>.

İşyerinin devredilmesinden önce ölümle sonuçlanan bir iş kazası varsa bu durumda işçinin geride kalan yakınları için manevi tazminat ya da ölenin desteğinden yoksun kalan kimseler için destekten yoksun kalma tazminatı talebi gündeme gelecektir. Öğretide yer alan bir görüşe göre, bu halde iş sözleşmesi ölüm nedeniyle sona erecektir ve işçinin işyeri devrine katılma imkânı tamamen ortadan kalkacaktır. İş sözleşmesi bu halde yeni işverene geçmeyeceğinden sonraki bir tarihte işyerini devralan işverenden İş Kanunu'nun 6.maddesine dayanılarak tazminat talebinde bulunulamayacaktır. Ancak ölenin yakınları ya da desteğinden yoksun kalan kimseler, TBK'nun 202. maddesinde yer alan düzenlemesine dayanarak her iki işyeri de tazminat talepleri bakımından müteselsil sorumlu tutabileceklerdir<sup>186</sup>.

## 2. Devreden İşverenin Sınırlı Sorumluluğu Üzerine Değerlendirme

İşyeri devrinde devreden işverenin sorumluluğu devirden itibaren iki yıl süre ile sınırlandırılmıştır (İŞK m. 6/III). Devreden işverenin müteselsil olarak sorumlu olduğu iki yıllık süre, zamanaşımı süresi olmayıp hak düşürücü süre niteliğindedir<sup>187</sup>. Türk hukukunda işyeri devri konusunda işçinin rıza-

<sup>183</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, (İş Hukuku), s. 271.

<sup>184</sup> “Davacı işçinin iş akdi devir tarihinde önce sona erdiğinden... Plastik Metal San ve Tic. AŞ'nin sorumluluğu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında değerlendirilemez. İşyerini, davacının iş akdinin sona erdiği tarihten sonra devralan... Plastik Metal San ve Tic. AŞ'nin sorumluluğu 6098 sayılı TBK'nun 202. Maddesine göre değerlendirilmelidir.” Yarg. 9 HD., T. 11.03.2020, E. 15573/4215; Yıldız, s. 295; Mollamahmutoglu/ Astarlı/Baysal, (İş Hukuku), s. 272.

<sup>185</sup> Yarg. 21 HD., T. 19.10.2010, E.3450/10172, Eski Borçlar Kanunu döneminde de madde düzenlenmesinde ilan ve ihbar gibi şartlardan bahsedilmişse de Yargıtay 9 HD.'nin pek çok kez bu şartları aramadan işyeri ya da işletmenin aktif ve pasifleriyle beraber bütün olarak devrini yeterli gören kararları bulunmaktadır. Yarg. 9 HD., T. 12.10.2004, E. 13687/22962; TBK. m.202'de yer alan bildirme ve ilanla duyurma yükümlülüğünde ise bildirme veya duyurmanın yapılmamasının yalnızca devreden sorumluluğunun sınırlandırılması açısından sonuca etkili olduğu kabul edilmiştir., Çankaya/Çil, s. 483, 484.

<sup>186</sup> Yıldız, s. 296.

<sup>187</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, (İş Hukuku), s. 273.

sının alınmaması, işçinin devre itiraz etme imkanının iş hukuku açısından düzenlenmemesi ve bu nedenle 4857 sayılı Kanunda yer alan, devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olduğu ancak devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren 2 yıl ile sınırlandırıldığına ilişkin hükümün yürürlükten kaldırılması gerektiği savunulmuştur<sup>188</sup>.

TBK'nun genel hükümlerinden doğan maddi tazminat, manevi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatı açısından devreden işverenin sorumluluğunun devirden sonra iki yıl süre ile sınırlandırılmasının, söz konusu alacakların niteliği bakımından değerlendirilmesi gerekir. Esasen işyeri devrine ilişkin İş Kanunu kapsamında öngörülen düzenlemelerin TBK'ndan (Önceki BK m.179) esinlenilerek hazırlandığı söylenebilirse de işçiyi koruma amacı ön planda olan iş hukuku açısından İş Kanunu'nda yer alan böyle bir sınırlamanın yerindeligi tartışılabilir. İş kazası neticesinde işçinin devralan işveren yanında çalışmaya devam ettiği durumlarda devreden işveren döneminde doğmuş bir alacağını talep etmesi, işini kaybetme endişesi taşıyan işçi açısından pek mümkün olmayabilir. Bu bakımdan, devreden işveren açısından sorumluluğa ilişkin belirli bir süre sınırlaması olmaması gerektiği ve zamanaşımı def'ini öngören kuralların bu yönde yeterli bir koruma sağlayabileceği belirtilmiştir<sup>189</sup>. Öğretide yer alan başka bir görüşe göre, devreden işverenin devirden önce doğan çeşitli alacaklardan sorumlu tutulması isabetli bir tercihse de bu durumu iki yıl ile sınırlandırmanın olumsuz sonuçlara yol açabileceği ve işçinin hak kaybına uğrama riskiyle karşı karşıya kalabileceği belirtilmiştir<sup>190</sup>. Örneğin işyerinin devredilmesinden 2 yıl sonra devralan işverenin herhangi bir sebeple ödeme aczine düşmesi durumunda işçinin devirden önceki döneme ait alacaklarını devreden işverenden talep etme imkânı ortadan kalkacaktır. İşyeri devredilmemiş olsaydı işçi bu alacağını devreden işverenden talep etme imkanına sahipken devirle beraber Kanunda öngörülen süreyle sınırlı sorumluluktan dolayı artık talep etme söz konusu olamayacaktır. Söz konusu durum ise düzenlemenin amacıyla bağdaşmaktadır. Olması gereken hukuk açısından değerlendirme yapmak gerekirse; devreden işverenin kendi döneminde doğan alacaklar bakımından sorumluluğunun söz konusu alacakların tabi olduğu zamanaşımı süresine bırakılması gerekliliği öğretide isabetli olarak belirtilmiştir<sup>191</sup>. İş kazası bakımından da

<sup>188</sup> **Özkaraca**, s. 355; **Baysal**, Ulaş: "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinin Devri Halinde Devreden Birlikte Sorumluluğu", Sicil, Sayı: 25, 2012, s. 58.

<sup>189</sup> **Çankaya/Çil**, s. 482.

<sup>190</sup> **Baysal**, s. 58.

<sup>191</sup> **Baysal**, s. 58, 59; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, (İş Hukuku), s. 274.

devreden işveren nezdindeki çalışma sürecinde meydana gelen iş kazası söz konusu ise bu durumda işverenin hukukî sorumluluğu kapsamında yer alan alacaklar bakımından, zamanaşımı süresince devreden işverenin de sorumlu tutulması, hakkaniyete ve işçiyi koruma prensibi çerçevesinde gelişen iş hukukunun amacına daha uygun olacaktır.

### **3. Yakınların veya Destekten Yoksun Kalanların Talep Haklarının Devirden Sonra Doğması**

İşyerinin devrinden önce meydana gelen bir iş kazası bakımından devreden işverenin sorumluluğu kuşkusuzdur. Ancak devirden önce iş kazası meydana gelmiş, kaza neticesinde işçi yaralanmış olabilir. Bu süreçte işyeri devredildiğinde ve dolayısıyla iş sözleşmesinin sona ermediği ihtimalde devirden sonra ölüm gerçekleşmişse işçinin yakınlarının ya da destekten yoksun kalanların tazminat talepleri bakımından, işverenlerin sorumluluklarının ne olacağı akla gelmektedir. Devreden işveren, hem TBK hem İşK hükümleri gereği kural olarak devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumludur. Ancak iş kazasının devirden önce meydana gelmesi ve işverenin hukuki sorumluluğunu gündeme getiren ve kusurlu kabul edildiği bir ihtimalde, devirle beraber devreden işverenin sorumluluğunun iki yıllık bir süre ile sınırlı olduğu ve hatta sonrasında herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını söylemek hakkaniyete aykırı olduğu gibi normun koruma amacına da aykırılık teşkil eder. Kaldı ki kusur sorumluluğunu ortadan kaldıran haller bakımından işyeri devrinin bir etkisi de bulunmamaktadır.

Önem arz eden bir diğer husus ise muvazaalı devir işlemleridir. Sorumluluğu bertaraf etmek için işyeri devri bakımından bu yönde işlemlerin de gündeme gelebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle iş hukukunun temel ilkeleri ve doğuş dinamikleri de dikkate alındığında kanaatimizce devirden sonra doğacak tazminat talepleri bakımından devreden ve devralan işverenin müteselsil sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu sorumluluğun hukukî dayanağı işyeri devrine ilişkin kurallardan ziyade sözleşmeden doğan borca aykırılık olarak nitelendirilmelidir. Dolayısıyla alacakların zamanaşımına ilişkin işyeri devri kurallarının değil, sözleşmeye aykırılıktan doğan alacaklara ilişkin genel zamanaşımı kurallarının işlemesi gerektiği kabul edilmelidir.

## SONUÇ

İşçi ve işveren arasındaki ilişkinin varlığını sürdürmesi, iş hukukunun temel amaçlarından ancak sözleşme ilişkisi içerisinde bu ilişkinin devamını tehlikeye sokabilecek birtakım durumlar meydana gelebilir. İşyeri devri de söz konusu durumlardan birini oluşturmaktadır. Devirle beraber işyerinin bir kısmında ya da tamamında işverenin değişmesi gündeme gelmektedir. Böyle bir değişiklik neticesinde işçilerin gerek sözleşmeden doğan haklarının ne olacağı ve borçlarını kime karşı yerine getirecekleri gerekse sözleşme ilişkisinin akıbetinin ne olacağı başka bir ifade ile işyeri devrinin işveren tarafına ya da işçi tarafına bir fesih hakkı verip vermeyeceği gündeme gelecektir.

4857 sayılı Kanunun 6. maddesinde devir halinde işyerinde var olan tüm sözleşmelerin hak ve borçları ile beraber yeni işverene geçeceği ve esasen işyeri devrinin fesih sebebi oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, her ne kadar net bir ifadeye sahipse de uygulamada birtakım alacakların kimden talep edilebileceği hususu tartışmalı hale gelebilmektedir. Bu alacak kalemlerinden bir kısmı da iş kazası neticesinde işverenin hukuki sorumluluğu kapsamında talep edilen alacaklardır. İşyerinde iş kazası meydana geldiğinde işverenin kusuru oranında sorumluluğu gündeme gelecek ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanamayan zararların işverenden talep edilmesi gerekecektir. İş kazası neticesinde kusuru bulunan işveren, şartların oluşması halinde gerek işçiye gerekse işçinin yakınları veya desteğinden yoksun kalanlara çeşitli tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu tazminatlar; maddi tazminat, manevi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatıdır. Dolayısıyla işyerinde yaralanma veya ölümle sonuçlanan bir iş kazası meydana geldiğinde ve bu hadise bakımından işverenin de kusuru bulunuyorsa işçi ya da yakınları bu alacak kalemlerinden birini işverene yöneltmiş olabilirler. Ancak zarara uğrayan ya da zarara uğrayanın yakınları işverene karşı henüz böyle bir talepte bulunmamışken işyeri devri gündeme gelebilir. Bu aşamada talebin devreden işverene mi yoksa devralan işverene mi yapılacağı belirlenmesi gerekir. Diğer yandan işverenler arasında müteselsil bir sorumluluk bulunup bulunmadığı da açıklığa kavuşturulmalıdır. Zira bu ihtimalde hak sahipleri her iki işverene birden başvurma hakkını haizdirler.

İş kazasının meydana gelmesinden sonra işverenin hukukî sorumluluğu kapsamında talep edilebilecek alacaklar bakımından her bir somut olayın özelinde bir değerlendirme yapılması icap eder. Şöyle ki, esasen İş Kanunu kapsamında devirden önce sona eren iş sözleşmeleri açısından devralan



işverenin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı düzenlenmiştir. Dolayısıyla iş kazasının ölümle sonuçlanması ve akabinde işyerinin devredilmesi halinde devralan işverene herhangi bir talebin ileri sürülemeyeceği akla gelebilir. Ancak öğretide yer alan görüşlerde ve Yargıtay tarafından verilen kararlarda birtakım şartların gerçekleşmesi halinde devralan işverenin devirden önce sona ermiş iş sözleşmelerinden doğan alacaklar bakımından sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda, külli halefiyet durumunda veya genel hüküm niteliğindeki TBK'nun 202. maddesinde yer alan şartların gerçekleşmesi halinde, işyerini aktif ve pasifleriyle devralan işverenin devirden önce sona ermiş sözleşmelerden de cüz'i halefiyet ilkesi gereğince sorumlu olabileceğinin mümkün olduğu belirtilmiştir.

Ele alınması gereken bir diğer durum ise işyeri devrinde devreden ve devralan işverenin müteselsil sorumluluklarının sınırlı süreli olması hususudur. İş hukuku, işçiyi koruma amacı ekseninde gelişen bir hukuk dalıdır. Devreden işveren nezdinde gerçekleşen bir iş kazası neticesinde işçi işini kaybetme endişesiyle devredenden herhangi bir talepte bulunmamış olabilir. Devirle beraber eski ve yeni işverenin müteselsil sorumluluğunu düzenleyen İş Kanunu hükmünde (m. 6/III) sorumluluğun devirden itibaren 2 yıllı sınırlı olduğu belirtilmiştir. Hükümden çıkan sonuç dolayısıyla işçi, devirden önce iş kazasına uğramışsa bu kazadan doğan taleplerini en geç devirden itibaren 2 yıl içerisinde devreden işverene de yöneltmelidir ki olası bir hak kaybı durumu yaşanmasın. Öğretide söz konusu durumun olması gereken hukuk açısından isabetli olmadığı ifade edilmektedir. Herhangi bir nedenle işyerinin devrinden sonra ödeme aczine düşen işveren, işçinin taleplerini karşılayamayabileceği gibi sınırlı süre ile sorumluluk esasını uyarınca devirden itibaren 2 yılın geçmesi ihtimalinde devreden işverene de herhangi bir talep yöneltilemeyecektir. Söz konusu durumun ise işçiyi korumayla bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır.

İş kazası neticesinde gündeme gelebilecek hakları talep edebilecek kimselerin yalnızca sözleşmenin tarafı olan işçilerle sınırlı olmadığından söz edilmişti. Bu kapsamda işçinin yakınları veya desteğinden yoksun kalan kimselerin taleplerinin işyeri devri halinde ne olacağı sorusunun da cevaplanması gerekir. Devreden işverenin sorumluluğu hem TBK hem İşK hükümleri gereği, kural olarak devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarla sınırlıdır. Ancak iş kazasının devirden önce meydana gelmesi ve işverenin hukuki sorumluluğunu gündeme getiren, kusurlu kabul edildiği bir ihtimalde devirle beraber devreden işverenin sorumluluğunun iki yıllık bir süre ile sınırlı olduğu ve sonrasında herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını söylemek hakkaniyete aykırı olduğu gibi

normun koruma amacına da aykırıdır. Sözü edilen durum ise devreden ve devralan işverenin müteselsil sorumluluğu konusu içerisinde da ele alınmıştı. Muvazaalı bir devir işlemi olduğunda ya da devirden önce gerçekleşen bir iş kazası, devirden sonra işçinin ölümüne sebebiyet vermişse bu durumda da işçinin yakınlarının ya da destekten yoksun kalanların, 2 yıl süre ile sınırlı olmaksızın söz konusu taleplerini genel hükümler uyarınca zamanaşımı süreleri dikkate alınarak devreden ve devralan işverene yöneltebilmelerinin kabul edilmesi isabetli olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akın**, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- Aladağlı**, Ayşe Nur/**Pıtırılı**, Burak: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 12, 2017, s. 115-163.
- Alpagut**, Gülsevil: İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010.
- Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V, 1, 2, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Antalya**, O. Gökhan: Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul 2017. (Manevi Tazminat)
- Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1 (Genel Hükümler), Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- Araslı**, Utkan: “Yeni Borçlar Yasası’nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi”, Sicil, Sayı: 24, 2011/IV, s. 141-153.
- Arat**, Ayşe: “6098 Sayılı Borçlar Kanunu m.58’e Göre Manevi Tazminatın Belirlenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanunu m.49/II’nin Kaldırılmasının Etkisi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 3, 4, 2013, s. 185-206.
- Arıdemir**, Arzu: Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Doktora Tezi, 2008.
- Balcı**, Mesut: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Baloğlu**, Cem: “İşverenlerin İş Kazalarından Doğan Hukukî Sorumluluğu”, Kamu-İş, Cilt: 13, Sayı: 3, 2014, s. 107-123.
- Baysal**, Ulaş: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinin Devri Halinde Devredenin Birlikte Sorumluluğu”, Sicil, Sayı: 25. 2012, s. 54-59.
- Bodur**, Mehtap Yücel: “Avrupa Birliği Adalet Divanının C-463/09 Sayılı Kararı İle Alt İşveren İlişkisi-İşyerinin Bir Bölümünün Devri Tartışması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXIII, Sayı: 2, 2019, s. 37-77.
- Cengiz**, İhtar: “İşverenin İş Kazasından Doğan Hukukî Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 34, 2018, s. 123-142.

- Centel**, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil, Cilt: IV, Sayı: 24, 2011, s. 13-18.
- Çakırca**, Seda İrem: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi”, Yaşar Üniversitesi E- Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, s. 790, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179448>, Erişim Tarihi 17.02.2024). (Manevi Tazminat), s. 785-807.
- Çakırca**, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar Kuramı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011.
- Çankaya**, Osman Güven/Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Çavuş**, Özgür Hakan: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kapsamında Çocuğun Durumu”, Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 10, 2010, s. 41-58.
- Çelik**, Ahmet Çelik: Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk (Destekten Yoksunluk), 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Çelik**, Ahmet Çelik: Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, Seçkin Yayınları, 3. Bası, Ankara 2021.
- Çelik**, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri (İş Hukuku), Yenilenmiş 36. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2023.
- Çelik**, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021.
- Çenberci**, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 3. Bası, Sevinç Yayınları 1976.
- Demir**, Kübra: “İşyeri Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:2, Sayı: 25, 2019, s. 653-681.
- Demircioğlu**, A. Murat/Balsever, Sergül: “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sonrası Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:74, Özel Sayı, 2016, s. 1171-1187.
- Demircioğlu**, A. Murat/Şen Kalyon, Arzu: “İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu ve Kusur Hakkında Karar İncelemesi”, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 33-50.
- Elma**, Ramazan: Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.

- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017. (Genel Hükümler).
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 344, Ankara 1974. (İşverenin Sorumluluğu).
- Erlüle**, Fulya: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- Gerek**, Nüvit: "6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu", Sicil, Sayı: 24, 2011.
- Gökcan**, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 706.
- Gürsoy**, Kemal Tahir: "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 29, 1972, s. 143-193.
- Güzel**, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.
- Güzel**, Ali/Ugan Çatalkaya, Deniz: "Karar İncelemesi, İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları", Çalışma ve Toplum, Cilt: 3, Sayı: 34, 2021, s. 157-188.
- Honsell**, Heinrich: Schweizerisches haftpflichtrecht, 4. Bası, Zürich 2005.
- Karaç**, Serkan Taylan: "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatına Etki Eden Hususlar ve Tazminat Hesabı", Legal İSGDH, Cilt: 18, Sayı: 69, 2021, s. 215-258.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 24. Bası, Turhan Yayınları, Ankara 2020.
- Kılıçoğlu**, Mustafa: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı (Destekten Yoksun Kalma), 1. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.
- Kılıçoğlu**, Mustafa: Tazminat Hukuku, 6. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2016.
- Kurt**, Resul: Herkes İçin İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

- Ledün Akdeniz**, Ayşe: “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği”, İÜHFİM, Cilt: LXXII, Sayı: 2, 2014, s. 3-30.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku (İş Hukuku), Güncellenmiş 7. Bası, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Narter**, Sami: İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezaî Sorumluluk, 2. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2015.
- Nomer**, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- Özdemir**, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, 1. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2020. (İş Sağlığı ve Güvenliği).
- Özdemir**, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 1. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2014.
- Özkaraca**, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Sabet**, Pejman Ghasemi Poor/**Aadal**, Hamid/**Jamshidi**, Mir Hadi Moazen/**Rad**, Kiyanoosh Golchin: “Application of Domino Theory to Justify and Prevent Accident Occurance in Construction Sites”, IOSR Journal of Mechanical and Civil Engineering (IOSR-JMCE), Cilt: 2, Sayı: 6, 2013. (www.iosrjournals.org, Erişim Tarihi 13.02.2024), s. 72-76.
- Saraç**, Coşkun: “İşyeri Dışında Meydana Gelen İş Kazası Nedeniyle Sorumluluk-İşverenin Önlem Alma Yükümlülüğü-Uygun İlliyet Bağı”, Sicil, Cilt: II, Sayı: 18, 2010, s. 202-213.
- Sevimli**, K. Ahmet: “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, Cilt: 1, Sayı: 36, 2013, s. 110-148.
- Sözer**, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2023.
- Sümer**, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- Sulu**, Muhammed: “Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel

Sayı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2737-2756.

**Süzek**, Sarper: “İşyerinin Devri ve Hukukî Sonuçları” (İşyeri Devri), Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 311-330.

**Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 21. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.

**Tandoğan**, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

**Tekinay**, Selahattin Sulhi: Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, 1. Bası, Fakülteler Matbaası, 1963.

**Tuncay**, A. Can/**Ekmekçi**, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.

**Urhanoglu**, İftar: “İşyeri Devrinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı: 30, 2022, s. 123-159.

**Uygur**, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

**Üçışık**, Hasan Fehim: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 1. Bası, Ötüken Yayınları, İstanbul 2021.

**Yıldız**, Gaye Burcu: “İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Toprak İşveren, Sayı: 86, 2010, s. 8-16.

**Yıldız**, Muhammed Enes: “İş Kazasından Doğan Mütessesil Sorumluluk Halleri”, TBB Dergisi, Sayı: 161, 2022, s. 277-307.

**Yılmaz**, Aslı: “Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası Kavramı: Kıta Avrupası ve Anglosakson Hukuk Sistemlerinden Birer Örnek İle Türk Hukuku Karşılaştırması”, Sosyal Güvence Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 11, 2017, s. 107-127.

### **Elektronik Kaynaklar**

<https://calismatoplum.org/>

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

<https://gesetze-im-internet.de/>

<https://ilostat.ilo.org/>

<https://iosrjournals.org/>

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

<https://kazanci.com.tr/>

<https://kms.kaysis.gov.tr/>

<https://legalbank.net/>

<https://sicil.mess.org.tr/>

<https://www.jurix.com.tr/>

<https://www.tuhis.org.tr/>





**“5953 SAYILI BASIN MESLEĞİNDE ÇALIŞANLARLA  
ÇALIŞTIRANLAR ARASINDAKİ MÜNASEBETLERİN  
TANZİMİ HAKKINDA KANUN” UYARINCA  
GAZETECİLERİN KIDEM TAZMİNATI**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1525251>

**Dr. Öğr. Üyesi Nazlı ELBİR\***

**Öz**

*Gazetecilik mesleğinde bir işverene bağımlı olarak çalışanların, başka bir ifadeyle basın iş sözleşmesiyle çalışan gazetecilerin iş ilişkileri, bu mesleğin icrasının demokratik toplum, ifade ve basın özgürlüğü ile ilişkisi, ayrıca çalışma koşullarının arz ettiği özellikler (bağımlılığın zayıf olması, işin belli bir yerde yapılma zorunluluğu bulunmaması, çalışma saatlerinin değişken olması) gereği, iş mevzuatındaki genel kurallardan ayrı özel düzenlemelere konu edilmiştir. Türk hukukunda bu düzenlemeler özel bir kanunda, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da yer almaktadır. Anılan kanunda gazeteciler için diğer bireysel iş mevzuatından farklı öngörülmüş bir konu da kıdem tazminatıdır. Kıdem tazminatına ilişkin hükümlerde kıdem süresi hem kavramsal olarak hem de hesaplanması bakımından farklı düzenlenmiştir. Dahası, bu düzenlemedeki tartışmalı bazı hususlar yakın tarihte Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Ayrıca, kıdem tazminatına hak kazanmanın bir diğer koşulu olan iş sözleşmesinin sona ermesi de ilgili kanunda tartışmalı ve açık olmayan biçimde düzenlenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler**

*Gazeteci, Basın İş Kanunu, Kıdem Tazminatı, Meslek Kıdemi, İş Sözleşmesinin Sona Ermesi*

\* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eskişehir (nazli.elbir@ogu.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7167-7949 (Gönderim Tarihi: 31.07.2024-Kabul Tarihi: 07.11.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**SEVERANCE PAYMENT OF JOURNALISTS UNDER  
“THE LAW NO. 5953 ON THE REGULATION OF RELATIONS  
BETWEEN EMPLOYEES AND EMPLOYERS  
IN THE PRESS PROFESSION”**

*(Research Article)*

**Abstract**

*The labour relations of journalists who are employed in the profession of journalism as dependent on an employer, in other words, journalists working under a press employment contract, are subject to special regulations separate from the general rules in the labour legislation, due to the relationship between the execution of this profession and democratic society, freedom of expression and freedom of the press, as well as the characteristics of the working conditions ( i.e. weak subordination, no obligation to perform the work in a particular place, variable working hours), In Turkish law, these regulations are included in a specific legislation, the Act No. 5953 on the Regulation of Relations Between Employees and Employers in the Press Profession. A subject foreseen for journalists in the aforementioned act, which is different from other individual labour legislation, is severance payment. In the provisions on severance payment, seniority period is regulated differently both conceptually and in terms of calculation. Moreover, some controversial issues in this regulation were recently cancelled by the Constitutional Court. Moreover, the termination of the employment contract, which is another condition for entitlement to severance payment, is also regulated in a controversial and unclear manner in the relevant act.*

**Keywords**

*Journalist, Press Labour Act, Severance Payment, Professional Seniority, Termination of Employment Contract*

## GİRİŞ

Kıdem tazminatı, bireysel iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçilere tanınan en önemli haklardandır. Hukukumuzda en geniş uygulama alanı bulan kıdem tazminatı düzenlemesi olan, 1475 sayılı İş Kanunu'nun<sup>1</sup> (“1475 sayılı İK”) 14. maddesi -aksi bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle öngörülmedikçe- sadece 4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>2</sup> (“İK”) kapsamındaki işçiler bakımından uygulanmaktadır. İK'nın kapsamı dışında kalan ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>3</sup> (“TBK”) hizmet sözleşmesi (TBK m. 393 vd.) hükümlerine tabi işçiler hakkında ise kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun<sup>4</sup> (“DİK”) uygulama alanına giren iş ilişkilerinde gemi adamları için, 1475 sayılı İK'dakine paralel bir biçimde kıdem tazminatı düzenlemesine yer verilmiştir. Çalışmamızın konusunu oluşturan, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un<sup>5</sup> (“Basın İş Kanunu”) 6. maddesinde ise 1475 sayılı İK ve DİK'tekinden önemli farklılıkları bulunan bir kıdem tazminatı düzenlemesi öngörülmüştür. Şu hâlde, bir işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için öncelikle kıdem tazminatı düzenlemesine yer veren bir bireysel iş kanunu kapsamında olması gerekmektedir. Bu doğrultuda, çalışmamızda ilk olarak, Basın İş Kanunu uyarınca işçi, başka bir ifadeyle “gazeteci” olma kavramı irdelenecektir.

Kıdem tazminatını düzenleyen diğer kanunlarda olduğu gibi Basın İş Kanunu'nun ilgili maddelerinde de kıdem tazminatına hak kazanma koşullarını “işçinin (gazetecinin) belirli bir kıdem süresine sahip olması” ve “iş sözleşmesinin (belirli şekillerde) sona ermiş olması” şeklinde iki ana başlık altında ele almak mümkündür. Dolayısıyla, bu iki şart da ayrı ayrı değerlendirilecektir. Kıdem tazminatına hak kazanmada aranan belirli süreli kıdeme sahip olma şartı, 1475 sayılı İK ve DİK'te işe başlama tarihinden itibaren iş

<sup>1</sup> RG. 01.09.1971/13943. 4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 6. maddesi: “Kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulur. Kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı hakları saklıdır.” Dolayısıyla, her ne kadar 4857 sayılı Kanun, 1475 sayılı İş Kanunu'nu yürürlükten kaldırmışsa da 4857 sayılı Kanun'a tabi işçilerin kıdem tazminatları bakımından hâlen 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi yürürlüktedir.

<sup>2</sup> RG. 10.06.2003/25134.

<sup>3</sup> RG. 04.02.2011/27836.

<sup>4</sup> RG. 29.04.1967/12586.

<sup>5</sup> RG. 20.06.1952/8140.

sözleşmesinin devam ettiği bir yıl olarak düzenlenmiştir. Konu, Basın İş Kanunu bakımından ise ayrıca önemlidir, zira Basın İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 6. maddesinin ilk fıkrasındaki “*Meslekte en az beş yıl çalışmış olan gazetecilere kıdem hakkı tanınır*” hükmü ile kıdem tazminatına esas sürenin hesabına ilişkin “*yıllık hizmetin altı aydan az kısmı nazara alınmaz*” hükmü Anayasa Mahkemesi (“AYM”) tarafından yakın tarihte iptal edilmiştir<sup>6</sup>. Son olarak, Basın İş Kanunu'nda, iş sözleşmesinin sona ermesi şartı da İK ve DİK'tekinden farklı ve üstelik muğlak bir düzenlemeye sahiptir.

## I. BASIN İŞ KANUNU'NA GÖRE KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANMA KOŞULLARI

### A. Basın İş Kanunu Kapsamında “Gazeteci” Olmak

Basın İş Kanunu bir bireysel iş yasası olması nedeniyle, iş ilişkilerini düzenlemektedir. Ancak, bu kanun anlamındaki iş ilişkisinin kapsamı, İK ve TBK'dakinden çok daha dardır. Dolayısıyla, Basın İş Kanunu'ndaki diğer düzenlemeler gibi, bu kanundaki kıdem tazminatı düzenlemesi de sadece bu dar kapsamdaki iş ilişkilerine uygulanmaktadır. O hâlde, Basın İş Kanunu'nda öngörülen kıdem tazminatı hakkından yararlanmanın ön koşulu, bu kapsama dahil olmaktır.

Basın İş Kanunu'nun kapsamı, 1. maddesinin ilk fıkrasında “*Bu Kanun hükümleri Türkiye’de yayınlanan gazete, internet haber siteleri ve mevkutelelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki “işçi” tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır*” olarak belirlenmiştir. Şu hâlde, kanunun uygulama alanına giren iş ilişkilerinin, bu ilişkilerin “işçi” tarafı esas alınarak belirlendiğini söylemek mümkündür. Nitekim aynı maddenin ikinci fıkrasında da söz konusu işçilerin “gazeteci” olarak nitelendirilecekleri vurgulanmıştır.

Esasen, Basın İş Kanunu kapsamına girmek, başka bir ifadeyle, “gazeteci” sıfatına sahip olmak için gerekli koşullara ayrı bir maddede değil, ancak kanunun kapsamını düzenleyen ilk maddede yer verilmiştir. Buna göre gazeteci her şeyden önce -her ne kadar açıkça bu kavram kullanılmamış olsa da hem “*İş Kanunundaki “işçi” tarifi şümulü haricinde kalan*” hem de “*bunların işverenleri*” ibarelerine yer verildiği dikkate alındığında- “işçi” olmalıdır. İşçi, bir iş sözleşmesine dayanarak dolayısıyla, bir işverene ba-

<sup>6</sup> AYM, E. 2021/62, K. 2023/89, 04.05.2023, RG. 14.06.2023/32221.

ğimli olarak ve ücret karşılığında iş görme edimini yerine getiren gerçek kişidir<sup>7</sup>. Basın İş Kanunu kapsamındaki gazetecileri diğer işçilerden ayıran ise hem yaptıkları işin hem de çalıştıkları işletmenin faaliyetlerinin niteliğidir. Zira yukarıda yer verilen maddede açıkça öngörüldüğü üzere ancak “Türkiye’de yayımlanan gazete, internet haber siteleri, internet haber siteleri ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan” kişiler gazeteci olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere, anılan kanundaki gazeteci tanımı, mevzuatımızdaki bir başka gazeteci tanımı olan Basın Kartı Yönetmeliği’nin<sup>8</sup> 4. maddesinde yer alan “13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Müna-sebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun kapsamında fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar ile 6112 sayılı Kanun kapsamında kurulan radyo ve televizyonların haber birimlerinde çalışanları ve Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun haber birimlerinde çalışanlar” düzenlemesinden daha dar kapsamlıdır.

Basın İş Kanunu’nun 6. maddesi hükmüne göre, bir kimsenin bu kanun kapsamında gazeteci olabilmesi için iş ilişkisinde aranan nitelikler şunlardır:

- Yapılan iş bir “fikir ve sanat işi” olmalıdır.
- Bu fikir ve sanat işi “Türkiye’de yayımlanan gazete, internet haber siteleri ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında” yapılmalıdır.
- Bu ilişki, bir iş sözleşmesine dayanmakla birlikte İK haricinde olmalıdır.

### 1. Fikir ve Sanat İşinde Çalışmak

Fikir ve sanat işiyle kastedilen, ilgili kanunun tam adında da yer alan “basın mesleği”ne ilişkin faaliyetlerdir. Türk Dil Kurumu tarafından, “basın” sözcüğü “Gazete, dergi gibi belirli zamanlarda çıkan yazılı yayınların bütünü; matbuat” ve “Bu tür iş yerlerinde görevli kimselerin tümü” şeklinde tanımlanmıştır<sup>9</sup>. Öğretide ise basın; “bir toplumda yaşayan kimselerin,

<sup>7</sup> **Ekonomi**, Münir: İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku, 8. Baskı, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul 1984, s. 40-41; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 139; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 87; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022, s. 165.

<sup>8</sup> RG. 10.04.2023/32159.

<sup>9</sup> Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 28.06.2024).

olayların kendilerine duyurulmasıyla mümkün olan öğrenme ve bilme ihtiyaç ve hakları ile ilgili duyurma ve bildirme görevini en iyi ve geniş biçimde sağlayabilen araç”<sup>10</sup>, “düşünceyi açıklama özgürlüğüne bağlı olarak haber verme, etkileme, eğitme, eğlendirme vb. amaçlarla haberlerin ve fikirlerin toplanıp değerlendirildiği, bilgi ve görüşlerin kamuoyuna iletildiği süreklilik gösteren yazılı ve işitsel-görsel araçlar”<sup>11</sup> olarak açıklanmıştır. Dahası basın, demokrasilerde hayati bir öneme sahip olup “basın özgürlüğü” insan hakları bakımından “ifade özgürlüğü” kapsamında değerlendirilmektedir: Bu durum, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiş olan “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi”nin<sup>12</sup> 19. maddesinde “Herkesin düşünce ve ifade özgürlüğü hakkı vardır; bu hak, müdahale olmaksızın düşüncelere sahip olma ve herhangi bir iletişim aracıyla ve sınırlara bakılmaksızın bilgi ve düşünce talep etme, edinme ve verme özgürlüğünü içerir” olarak ifade edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinde ise açıkça “basın özgürlüğüne” yer verilmemişse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihadıyla basının, anılan maddedeki özgürlüklerden yararlanacağı kabul edilmiştir<sup>13</sup>. Zira basın özgürlüğü, “topluma, siyasi liderlerin fikirleri ve davranışları hakkında bilgi ve görüş sahibi olmak için en önemli araçlardan biridir ve böylece, siyasi tartışma özgürlüğünü sağlayarak demokratik toplum kavramının özünde yer alır”<sup>14</sup>. Anayasamızın<sup>15</sup> “Basın ve yayımla ilgili hükümler” başlıklı onuncu bölümündeki 28. maddesinde de “basın hürriyeti” düzenlenmiştir. Gazetecilerin yaptıkları işi diğer işçilerin iş görme faaliyetlerinden ayıran ve ayrıca düzenlenmesini gerektirmiş olan özelliklerinden biri, çalışma alanları olan basının bu niteliğidir<sup>16</sup>. Bu nedenle, gazeteci sıfatının kazanılmasında basının bu niteliğiyle doğrudan ilişkili bir iş görme edimi ifa ediyor olması gerekmektedir. “Fikir

<sup>10</sup> Tuncay, Can: Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, Evrim Yayınevi, İstanbul 1989, s. 2.

<sup>11</sup> Gökçek Karaca, Nuray: Basın İş Hukuku Medya Çalışma İlişkileri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 17.

<sup>12</sup> Universal Declaration of Human Rights, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Erişim Tarihi: 28.06.2024).

<sup>13</sup> Bychawska-Siniarska, Dominika: Protecting The Right to Freedom of Expression Under The European Convention on Human Rights, A Handbook for Legal Practitioners, Strasbourg, 2017, s. 87.

<sup>14</sup> Bychawska-Siniarska, s. 88.

<sup>15</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG. 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

<sup>16</sup> Ayrıca bkz. Şakar, Müjdat: Basın İş Hukuku Gazetecilerin Çalışma İlişkileri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, s. 39-40; Sümer, Halük Hâdi: Bireysel Basın İş Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 4-5; Tuncay, s. 3 vd.; Gökçek Karaca, s. 22.

ve sanat işi” ifadesi ile, böyle bir iş görme edimine işaret edilmektedir. Nitekim öğretide de bu kavramın “gazetecilik mesleğini anlatan bir ifade olarak” kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>17</sup>. Dahası, bu kavramda “ve” bağlacının kullanılmış olması gazeteci sayılmak için fikir ve sanat işinin bir bütün olarak anlaşılmasını gerektirmemektedir<sup>18</sup>.

“Fikir ve sanat işi”nden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili çeşitli Yargıtay kararlarında şu ifadelere yer verilmiştir:

- “Fikir ve sanat işlerinde çalışma zihinsel bir faaliyeti ve giderek üstün yaratıcılık yeteneğini gerektirmektedir<sup>19</sup>”;
- “Fikir ve sanat işinde çalışma ölçütü, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine dair ve doğrudan doğruya ilgili alanlarda çalışmayı ifade eder. Buna göre, yazar, muhabir, redaktör, düzeltmen, çevirmen, fotoğrafçı, kameraman, ressam, karikatürist gibi çalışanlar gazetecilik mesleği ile doğrudan doğruya ilgili olup, gazeteci olarak değerlendirilmelidir. Ancak aynı tür işyerlerinde teknik sorumlu, şoför, sekreter, muhasebe elemanı, satış ve pazarlama gibi işlerde çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilemezler<sup>20</sup>”;
- “Davacının, gazetenin koordinatörü olması sebebiyle fikir ve sanat işi yaptığı kabul edilmelidir<sup>21</sup>”;
- “Basın İş Kanunu kapsamına sadece gazetecilik mesleğini yerine getirenler girer. Basın İş Kanunu bu hususu yasanın uygulama alanına gazete, dergi ve ajanslarda “fikir ve sanat işlerinde” çalışanların gireceğini ve bu işlerde çalışanlara gazeteci denileceğini belirtmek sureti ile hükme bağlamıştır (m.1/1-2). Başka bir deyişle, gazetenin redaksiyonuna (yazımına) doğrudan ve sürekli olarak düşünsel veya sanatsal

<sup>17</sup> Sümer, s. 39.

<sup>18</sup> Başterzi, Süleyman: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Kamu-İş, Ankara 2011, s. 30; Şuğle, Mehmet Ali: İş Hukuku Açısından Gazeteci, ÇGD, Ankara 2001, s. 65; Tuncay, 31-32. Ayrıca bkz. Göktaş, Seracettin/Çil, Şahin: Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2003, s. 6; Soyer, Polat: “Basın İş Kanunu’nun Kapsamı ve Yargıtay Uygulaması”, Legal İSGHD, 13, 50, 2016, s. 619.

<sup>19</sup> Yarg. 10. HD, T. 22.01.1996, E. 1996/134, K. 1996/112 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 24.06.2024).

<sup>20</sup> Yarg. 9. HD, T. 31.03.2009, E. 2008/30660, K. 2009/8953; Yarg. 9. HD., T. 24.01.2013, E. 2010/38725, K. 2013/2897; Yarg. 9. HD., T. 17.02.2009, E. 2007/34332, K. 2009/2754, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 26.06.2024).

<sup>21</sup> Yarg. 9. HD., T. 17.04.2007, E. 2006/33909, K. 2007/11104 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 24.06.2024).



*katkıda bulunanlar gazeteci sayılarak yasanın kapsamında kabul edilirler.<sup>22</sup>”*

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluşları ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un<sup>23</sup> 23. maddesi uyarınca, medya hizmet sağlayıcılarının haber birimlerinde çalıştırılacak basın kartı sahibi personel de Basın İş Kanunu'na tâbidir<sup>24</sup>. Burada, fikir ve sanat işi ölçütüne yer verilmemişse de anılan kanundan önce yürürlükte bulunan 3984 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluşları ve Yayınları Hakkında Kanun” döneminde verdiği kararlarda Yargıtay, haber biriminde çalışma kavramının “*haber oluşumuna doğrudan katkı sağlama olarak*” anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Yarg. HGK, T. 15.10.2019, E. 2016/22-2085, K. 2019/1057 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 24.06.2024).

<sup>23</sup> RG. 03.03.2011/27863.

<sup>24</sup> 6112 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan 3984 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluşları ve Yayınları Hakkında Kanun”da Basın İş Kanunu'na tâbi olmaya ilişkin benzer bir düzenleme, 38. maddede “radyo ve televizyon kuruluşlarının haberle ilgili birimlerinde çalışanlar” için, basın kartına sahip olmaları şartı aranmaksızın öngörülmüştü.

<sup>25</sup> “3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanununun 38. maddesinde, Özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanların da 5953 sayılı Kanunun kapsamında olduğunu açıklamıştır. Özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanlar yönünden fikir ve sanat işi yapma koşulu söz konusu değildir. Ancak haberle ilgili birimde çalışma kavramı, haberin oluşumuna doğrudan katkı sağlama olarak değerlendirilmelidir Buna göre haber müdürü, muhabir, foto muhabiri, spiker, haber kameramanı gibi çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, uplink görevlisi, şoför, diğer teknik ve idari personel haberin oluşumuna doğrudan katkısı olmadıklarından gazeteci kavramına dahil değildir”, Y. 9. HD., 31.03.2009, E. 2008/30660, K. 2009/8953 ve aynı yönde Y. 9. HD., 17.02.2009, E. 2007/34332, K. 2009/2754, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 26.06.2024); YHGK, 26.02.2014, E. 2013/9-592, K. 2014/183, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.06.2024). Bir başka kararda, bu hususun altı çizilerek “Anılan düzenleme ile 5953 sayılı yasada yazılı olan işyerlerine Radyo ve Televizyon Kuruluşlarının da eklendiği açıktır. Bu belirlemeden sonra “fikir ve sanat işi” yapmış olması koşulu da gerçekleşmelidir. Bir başka anlatımla Radyo ve Televizyon Kuruluşlarının haberle ilgili birimlerinde çalışanların tamamının 5953 sayılı yasa kapsamında değerlendirilmesi olanağı yoktur. Fiilen yapılan işin de bu konuda dikkate alınması gerekir” şeklinde hüküm kurulmuştur (Y. 9. HD., 19.03.2002, E. 2001/19623, K. 2002/5369, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 26.06.2024 ve aynı yönde; Y. 9. HD., 19.03.2002, E. 2001/19623, K. 2002/4369, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 24.06.2024). Öğretide, Yargıtay kararlarında “haber oluşumuna doğrudan katkı sağlama” unsurunun dikkate alınması, hem “içeriği tamamen belirsiz bir ölçüt” olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş (Soyer, s. 625) hem de “fikir ve sanat işi yapma, başka bir ifadeyle enformasyon alanında çalışma koşulu üstü örtülü olarak aranmış” olmak şeklinde değerlendirilmiştir (Başterzi, s. 32) (Aksi yönde, Sümer, s. 33-34).

Kanaatimizce de gazetecinin yaptığı fikir ve sanat işiyle kastedilen, yukarıda bahsedildiği üzere, basının özgürlüğünün temel bir hak olarak korunmasını gerektiren, toplumun haber alma, bilgi sahibi olma ve kanaat oluşturma özgürlüğüne hizmet eden her türlü -sözlü, yazılı, görsel, sanatsal, bilimsel- ifade biçimidir. Bu ifade biçimlerini diğer sanatsal ve bilimsel ifade biçimlerinden ayırdeden unsur ise bunun bir basın-yayın aracı ile gerçekleştirilmesidir. Uluslararası Çalışma Örgütü (“ILO”) tarafından yapılan<sup>26</sup> tanımında da gazetecilerin, “haberler ve toplumsal olayları gazeteler, televizyon, radyo ve diğer basın araçları yoluyla araştırdıkları, soruşturdukları, yorumladıkları ve ilettikleri” ifade edilmiştir. Kaldı ki Basın İş Kanunu’nun 1. maddesinde, gazeteci olmak için aranan diğer koşul da, daha önce de belirtildiği gibi, söz konusu fikir ve sanat işinin gazete, internet haber sitesi, mevkute, fotoğraf ve haber ajansı bünyesinde yürütülüyor olmasıdır. Ayrıca öğretide, yapılan işin fikir ve sanat işi olmasına rağmen düzenlilik ve süreklilik göstermediği takdirde, işi yapan kişinin gazeteci sayılmaması gerektiği belirtilmiştir<sup>27</sup>. Gerçekten de bağımlılık unsuru da dikkate alındığında bu görüşe katılamamak mümkün değildir. Zira yukarıda da vurgulandığı üzere, Basın İş Kanunu kapsamındaki gazeteci bir iş ilişkisi dahilinde çalışmaktadır, dolayısıyla işçidir ve bu iş ilişkisi bir iş sözleşmesine dayanmaktadır. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin, basın iş hukukuna özgü “fikir ve sanat işi (gazetecilik faaliyeti)” niteliğindeki iş görme unsuruna ilaveten “bağımlılık” ve “ücret” unsurları da bu ilişkide mevcuttur.

Basın İş Kanunu’nun ilk maddesindeki gazeteci tanımında “ücretle çalışma” unsuruna açıkça yer verilmiştir. Bağımlılık ise, TBK m. 393 ve İK m. 8’deki iş sözleşmesi tanımlarındaki aksine, Basın İş Kanunu’nda herhangi bir maddede açıkça belirtilmemiştir. Gazetecilere ilişkin özel hükümleri İş Kanunu (*Code du travail*) kapsamında düzenleyen Fransız hukukunda<sup>28</sup>,

<sup>26</sup> **ILO**: International Standard Classification of Occupations- ISCO 08 Volume 1, International Labour Office, Geneva 2012, s. 165.

<sup>27</sup> **Şuğle**, s. 76; **Gökçek Karaca**, s. 83.

<sup>28</sup> Fransız İş Kanunu’nun (*Code du travail*, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), Erişim Tarihi: 08.07.2024) L. 7111-3 maddesinde gazeteci kavramı “profesyonel gazeteci” olarak şu şekilde tanımlanmıştır: “Birincil, düzenli ve ücret karşılığında yerine getirilen faaliyet olarak, mesleğini bir veya birden fazla basın kuruluşunda, günlük ve süreli yayınlarda veya basın ajanslarında ifa eden ve temel geçim kaynağını bu şekilde elde eden herkes profesyonel gazetecidir”. L. 7111-4 maddesinde ise açıkça “reklam ajansları ve her ne sıfatla olursa olsun sadece ara sıra yardımcı olanlar hariç, doğrudan yazı işleri personeliyle çalışan redaktör-çevirmenler, stenograf-redaktörler, redaktör-düzeltilenler, muhabir-çizerler, foto-muhabirlerin” de profesyonel gazeteci sayılacakları belirtilmiştir.

profesyonel gazeteci tanımına giren kişinin sözleşmesinin iş sözleşmesi olduğu vurgulanırken (L7112-1), bağımlılık unsuru, gazeteciliğin “*birincil, düzenli ve ücretli (faaliyet)*”, “*bir veya birden fazla basın kuruluşu bünyesinde*” ve “*temel gelir kaynağı*” (L7111-3) olarak yerine getiriliyor olması gerektiğinin altı çizilmiştir<sup>29</sup>. Şu hâlde, Fransız hukukunda, gazetecilerin iş sözleşmesindeki bağımlılığın daha çok ekonomik ve zamana yönelik (*birincil ve düzenli*) bir bağımlılık olup, diğer iş sözleşmelerindeki gibi işverenden emir-talimat almaya yönelik bir bağımlılık olmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Nitekim Türk iş hukuku öğretisinde de gazetecilerin iş sözleşmesindeki bağımlılığın, gazetecilik mesleğinin niteliği, başka bir ifadeyle basın özgürlüğü gereği çok daha zayıf bir bağımlılık olduğu ve bunun tespitinde “*meslek edinilmiş olma, başlıca geçim kaynağı olma*” ölçütlerinin dikkate alınması gerektiği<sup>30</sup> haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>31</sup>. Dahası, Basın İş Kanunu’nun 1. maddesindeki, gazeteci sayılma şartlarından olan, “*Türkiye’de yayınlanan gazete, internet haber siteleri, internet haber siteleri*<sup>32</sup> ve *mevkutelerle*<sup>33</sup> *haber ve fotoğraf ajanslarında*” çalışma şartı da ilgili kişinin

(\*Fransızca ve İngilizce metinler, bu makalenin yazarı tarafından Türkçe’ye çevrilmiştir.)

<sup>29</sup> Nitekim 2020 tarihli bir kararında Fransız Yargıtayı, bir foto-muhabirin, bir gazetenin haberlerine salt fotoğraf çekmek suretiyle “teknik destek sağladığını” ifade ederek ve temel gelir kaynağının bu faaliyeti olmadığından yola çıkarak bu kişinin gazeteciliği “profesyonel” olarak değil ancak serbest biçimde ifa ettiğine karar vermiştir (Cour de cassation, Chambre sociale, 12 février 2020, n° 17-31.662, Inédit, www-labase-lextenxo-fr, Erişim Tarihi: 07.07.2024).

<sup>30</sup> **Tuncay**, s. 37.

<sup>31</sup> **Şakar**, s. 49-50; **Sümer**, s. 66; **Şuğle**, s. 95 vd., **Soyer**, s. 627; **Sevimli**, Ahmet: “Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı”, İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, 2, 1, 2000, <https://www.isguc.org/?p=article&id=90&cilt=2&sayi=1&yil=2000>, Erişim Tarihi: 10.06.2024. Buna karşılık, Basın İş Kanunu’nda, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde gazetecinin başka iş de yapabileceği düzenlendiği için “başlıca geçim kaynağı olma” ölçütünün isabetli olmadığı da öğretide ileri sürülmüştür (**Akyiğit**, s. 935). Ayrıca bkz. **Birinci Gemici**, Nur/**Gemici**, Cihat: “5953 Sayılı Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı Düzenlemesi”, İş ve Hayat Dergisi, 3, 5, 2017, s. 276.

<sup>32</sup> “[...] *Günlük veya çok kısa aralıklarla yayımlanan, günlük haber ileten nispeten büyük boyutta basılı eser olarak tanımlanabilen gazetenin umuma hitap etmesi ve devamlılık göstermesi gerekir. Gazetenin yayınlanması bir başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de, günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla, gazetenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür*”, Y. 9. HD. 17.04.2007 gün 2006/33909 E, 2007/11104 K.; Y. 21. HD., 14.03.2011, E. 2010/9667, K. 2011/2190, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.06.2024).

<sup>33</sup> Mevkute: Süreli yayın (Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 28.06.2024).

kimin (nasıl bir işletmenin) nezdinde, yani kime/neye bağlı çalışması gerektiğine işaret etmektedir. Sonuç olarak, böyle bir bağımlılığı bulunmaksızın gazetecilik mesleğini ifa eden gazeteciler iş sözleşmesi olmaksızın çalışan “serbest gazeteci” sayılır ve Basın İş Kanunu kapsamına değil ancak, eser veya yayım sözleşmesine tâbi olarak TBK kapsamına dahildir<sup>34</sup>. Yargıtay, Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılmak için bağımlılık unsurunun varlığının bulunup bulunmadığını değerlendirdiği bir kararda bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “[...] İş sözleşmesini ve bu kapsamda basın iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden olan eser (telif) sözleşmesinden ayırt edici en önemli unsur ise bağımlılık ilişkisidir. Her iki sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye karşı ekonomik bağılılığı vardır. Ancak iş sözleşmesinde bağımlılık ilişkisini bir ekonomik ya da teknik bağımlılık olarak değil, hukuki-kişisel bağımlılık olarak anlamak gerekir. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur. [...] Eser (telif) sözleşmesine ilişkin hükümlerde, iş sözleşmesinin aksine sosyal nitelikte edimlere ve koruma yükümlülüklerine rastlanmaz”<sup>35</sup>.

## 2. Türkiye’de Yayınlanan Gazete, İnternet Haber Siteleri ve Mevcuteler ile Haber ve Fotoğraf Ajanslarında Çalışmak

Gazetecinin fikir ve sanat işini hangi işyeri/işletme bünyesinde veya hangi işveren nezdinde yerine getiriyor olduğu, yukarıda da ifade edildiği üzere Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılmanın koşullarındandır. Maddedeki “gazete, internet haber siteleri, mevcuteler, haber ve fotoğraf ajansları” ifadesi, gazetecinin işini yürüttüğü, iş hukuku anlamındaki işyeri olarak anlaşılabilmesi gibi, işletmenin türü/niteliği/faaliyet alanı olarak da anlaşılabilir. Görüldüğü üzere söz konusu düzenleme, iş hukuku mevzuatında, literatüründe veya uygulamasındaki işyeri veya işletme kavramlarının hangisine işaret ettiğinin anlaşılabilmesi nedeniyle açık değildir<sup>36</sup>. Basın İş

<sup>34</sup> Tuncay, s. 39; Şakar, s. 49-50; Sümer, s. 44-45; Soyer, s. 626.

<sup>35</sup> Y.9. HD. 03.02.2021, E. 2020/1924, K. 2021/3388, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 26.06.2024).

<sup>36</sup> 4857 sayılı Kanun’da işyeri “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.

Kanunu'ndaki bu ifade "işyeri" olarak kabul edilirse bunun öğretide "*teknik amaç doğrultusunda yürütülen faaliyetler bütünü*"<sup>37</sup> veya "*sürekli ve örgütlenmiş bir faaliyetin gerçekleşmesinin (konusunu oluşturduğu)*"<sup>38</sup> şeklinde tanımlanan işyeri kavramını kasteder biçimde anlaşılması yerinde olacaktır. Zira buradaki işyerinin ayırdedici özelliği hem teknik hem de ekonomik amaç olarak esas alınan gazetecilik faaliyetinin yürütülüyor oluşudur. Öğretide de Basın İş Kanunu'nun 1. maddesindeki bu ifadenin "*Basın İş Kanunu anlamında işyeri*" olarak tanımlanabileceği belirtilmiştir<sup>39</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken husus, söz konusu ifadelerde ön plana çıkan organizasyona esas olan faaliyetin ekonomik amacı, yani gazetecilik faaliyetinin temel alınmasıdır. Bir işyeri organizasyonunda, yürütülen faaliyetin ekonomik amacının esas alındığı asıl kavram işletmedir. Her ne kadar işletme bireysel iş mevzuatında açıkça tanımlanmamışsa da öğretide işyeri ile işletme arasındaki temel fark, işyerinin teknik bir amaca özgülennmiş birim, işletmenin ise ekonomik bir amacı temel alan birim olması olarak açıklanmıştır<sup>40</sup>. Basın İş Kanunu'nun 1. maddesindeki tanımda gazetecinin yerine getirdiği iş görme ediminin fikir ve sanat işi olmasına vurgu yapılmış olması, bu işlerin yürütüldüğü ve yine maddede sayılan işyerlerinin, gazetecilik faaliyetinin yerine getirilmesine özgülennmiş işletmeleri işaret ettiği çıkarımı yapılabilir<sup>41</sup>. Bu durumun sonucu olarak da maddede sayılan gazete, internet haber siteleri ve mevkutelerin salt basılı olarak veya internet/radyo/televizyon üzerinden yayınlamış nesnelere değil de birer işletme olarak

---

*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"* (m. 2, f. 1-3) ve işveren "*işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar"* (m. 2, f. 1) olarak tanımlanmışken işletme kavramının tanımına yer verilmemiştir.

<sup>37</sup> **Doğan Yenisey**, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 386.

<sup>38</sup> **Aydınlı**, İbrahim: Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Demiryol-İş Eğitim Yayınları, Ankara 2001, s. 10.

<sup>39</sup> **Tuncay**, s. 42.

<sup>40</sup> **Doğan Yenisey**, s. 35; **Aydınlı**, s. 10-12 ve 16-17.

<sup>41</sup> Maddenin lafzında önce bu tür işyerlerinin daha sonra da yapılacak işin niteliğinin belirtilmiş olması, kanımızca, hukuki bir kavram olmasa bile, ekonomik anlamda "gazetecilik sektöründe" çalışanların ilgili kanun kapsamına alınmak istendiğini ortaya koymaktadır.

anlaşılması gerekmektedir<sup>42</sup>. Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>43</sup>. Bunun sonucu olarak da gazetecilik (basın) işletmesinin niteliğinin de Basın İş Kanunu'nun kapsamının tespitinde önem taşımaktadır ve ekonomik faaliyet alanı gazetecilik (basın) olmayıp reklam, halkla ilişkiler, bir derneğin/vakfın/sendikanın/kurumun mensuplarıyla aralarındaki bağı kuvvetlendirmek ve kendi aralarında bilgi paylaşımında bulunmak gibi gayelerle çıkarılan gazete ve süreli yayınlardaki çalışmalar Basın İş Kanunu kapsamında değerlendirilmemelidir<sup>44</sup>. Dahası, basın işletmesinin, hitap ettiği kitlenin geniş olması, düzenli biçimde yayın yapması ve haber niteliği taşıyan güncel bilgilere (enformasyona) yer vermesi gerekir<sup>45</sup>.

Gerçekten de Basın İş Kanunu'yla amaçlananın, ifade özgürlüğü, haber alma özgürlüğü, basın özgürlüğü çerçevesinde meslek olarak gazetecilik faaliyeti gerçekleştiren kişilere genel bireysel iş mevzuatındakinden daha özel bir koruma sağlamak olduğu dikkate alındığında bu faaliyetin bir gazetecilik (basın) işletmesi bünyesinde yürütülmesi gerektiği açıktır. Böyle bir yaklaşımın benimsendiği Fransız hukukunda<sup>46</sup>, 2016 senesinde verilmiş bir Yargıtay kararında bu durum şu şekilde değerlendirilmiştir: “[...] AREION şirketinin, Ekim 2008'den ve Mösyö (O)'nun 10 Ekim 2009'da tam zamanlı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle işe alınmasından önce bir basın işletmesi olmaması nedeniyle İş Kanunu'nun L. 7112-1 maddesindeki yasal karine<sup>47</sup>, Ocak 2005 ve 9 Ekim 2009 arasındaki dönemde, taraflar arasındaki ilişkinin nitelendirilmesinde uygulama alanı bulamayacaktır”<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> Sümer, s. 30-31; Tuncay, s. 28; Gökçek Karaca, s. 74-75; Soyer, s. 618. Yine maddede yer alan “haber ve fotoğraf ajansları” birer yayın olmadıkları için her hâlükârda bu şekilde anlaşılacaktır.

<sup>43</sup> “[...] Kanunun kapsamında kalan işyerleri Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelelerle haber ve fotoğraf ajansları olarak sıralanabilir. Kanunda bahsi geçen “gazete” ve “mekute” gibi kavramların nesne anlamında olmadığı günlük gazete ya da daha uzun dönemsel yayınların basıldığı yer olan işletmenin anlaşılması gerektiği açıktır.”, Y. 9. HD, 01.07.2020, E. 2016/20501, K. 2020/6789; Y. 9.HD., 24.06.2020, E. 2019/7422, K. 2020/6254; Y. 9. HD, 17.12.2019, E. 2016/11451, K. 2019/22530, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.06.2024).

<sup>44</sup> Ayrıca bkz. Sümer, s. 31.

<sup>45</sup> Başterzi, s. 29; Şuğle, s. 48-49; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 314.

<sup>46</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Chauvy, Yves: “La publication: une entreprise plus qu’une oeuvre dans la détermination du statut de journaliste professionnel”, Recueil Dalloz, 27, 1993, s. 389.

<sup>47</sup> Fransız İş Kanunu L. 7112-1 maddesinin ilk fıkrası: “Bir basın işletmesinin, profesyonel bir gazetecinin hizmetlerini ücret karşılığında üstlendiği her türlü sözleşme, iş sözleşmesi sayılır”.

<sup>48</sup> Cour de cassation, Chambre sociale, 11 mai 2016, n° 14-26.507, Inédit, www-labase-lextenxo-fr, Erişim Tarihi: 07.07.2024. Bununla birlikte, 2013 tarihli başka bir kararında

Basın İş Kanunu kapsamında çalışıyor olmanın çalışılan işletmeye ilişkin bir diğer şartı da ilgili basın işletmesinin (gazete, mevkute, internet haber sitesi, haber ve fotoğraf ajansı) Türkiye’de yayın yapıyor olmasıdır (BİK m. 1, f.1). Buna göre, gazetecinin çalıştığı işletme ve yaptığı iş anılan kanunun birinci maddesindeki koşulları sağladığı takdirde gazetecinin uyuşu veya yayının dili önemli olmayacak, Basın İş Kanunu kapsamında sayılacaktır. Öyleyse, örneğin Türkiye’de yayın yapan bir gazetenin yurt dışı muhabiri Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılacakken, yurt dışında yayınlanan bir yabancı gazetenin Türkiye muhabiri (temsilcisi) Türk basın iş mevzuatı kapsamında değerlendirilemeyecektir<sup>49</sup>. Ancak bu düzenleme öğretilde haklı olarak eleştirilmiştir: Öncelikle, “yayınlanma” kavramının kullanılmış olması yerinde olmamıştır, zira günümüzde bu kavram “basılı” olarak gerçekleştirilen bir eylemle sınırlı olmaktan çıkmış özellikle de internet aracılığıyla yapılan yayınlara tüm dünyadan erişim mümkün hâle gelmiştir<sup>50</sup>. Ayrıca maddedeki “Türkiye’de yayınlanma” şartının haber ve fotoğraf ajanslarını da kapsar biçimde kaleme alınmış olmasının da -bu ajansların yayınlanması söz konusu olamayacağından- Türkiye Cumhuriyeti merkezli olmak gibi anlaşılması gerektiği, aksinin kabulünün eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir<sup>51</sup>.

Basın İş Kanunu’nun 2. maddesinde, 1. maddede sayılan işletmelerden olmakla birlikte “Devlet, vilayet ve belediyeler ve İktisadi Devlet Teşekkül ve müesseseleriyle sermayesinin yarısından fazlası bu teşekküllere ait şirketlerde istihdam edilen memur ve hizmetliler” kanun kapsamından istisna tutulmuştur. Dolayısıyla, çalışanın gazetecilik faaliyetini bünyesinde gerçekleştirdiği işletmenin bir kamu tüzel kişisi olması hâlinde bu kişi Basın İş Kanunu kapsamında bir gazeteci olarak kabul edilmeyecektir ve Basın İş Kanunu anlamında bir işverenin kamu tüzel kişisi olması mümkün değildir<sup>52</sup>.

---

Fransız Yargıtayı, “profesyonel gazeteci” sayılmak için mutlaka bir basın işletmesinde çalışmanın zorunlu olmadığı, bu koşulun, sözleşmenin bir “basın iş (gazetecilik) sözleşmesi” sayılması karinesinden yararlanmak için gerekli olduğu, gazetecilik faaliyetinin basın işletmesi niteliğinde olmayan bir işletmenin editoryal bağımsızlığı bulunan bir yayını bünyesinde gerçekleştirildiği takdirde de profesyonel gazetecilik olarak kabul edileceğine hükmetmiştir (Cour de cassation, Chambre sociale, 25 septembre 2013, n° 12-17.516, www.dalloz.fr, Erişim Tarihi: 07.07.2024).

<sup>49</sup> Tuncay, s. 27; Sümer, s. 29; Şuğle, s. 41-42.

<sup>50</sup> Başterzi, s. 28.

<sup>51</sup> Başterzi, s. 29. Kanımızca benzer bir değerlendirme, internet üzerinden erişimin tüm dünyadan mümkün olduğu dikkate alındığında, internet haber siteleri bakımından da yapılabilir.

<sup>52</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sümer, s. 35-36; Gökçek Karaca, s. 94.

Bir Yargıtay kararında yapılan değerlendirmede bu hükmün “gazeteci kavramı ile bağımsızlık ve tarafsızlık unsuru arasında bir bağ”<sup>53</sup> kurulmuş olduğu belirtilmiştir.

### 3. 4857 sayılı İş Kanunu Kapsamı Dışında Kalmak

Son olarak, Basın İş Kanunu’ndaki gazeteci tanımında yer alan “İş Kanunu şümulü dışında kalan” ifadesi esasen kanunun yasalaştığı dönemde yürürlükte bulunan 3008 sayılı İş Kanunu’nun<sup>54</sup> fikir işçilerini kapsamı dışında tutmuş olmasından kaynaklanmaktadır<sup>55</sup>. Şimdi yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu’nda ise kapsam bakımından beden ve fikir işçileri arasında bir ayırım yapılmadığı gibi, gazeteciler de kapsam dışında tutulmamıştır (İK m. 4). Bununla birlikte, Basın İş Kanunu’nun özel bir işçi grubunu kapsayan ve özel bir iş ilişkisini düzenleyen bir kanun olduğu dikkate alındığında Basın İş Kanunu m. 1 tanımına giren çalışanlar bakımından bu özel kanun uygulanacaktır<sup>56</sup>.

### B. Basın İş Kanunu’na Göre “Kıdem Süresi”

Kıdem süresi, yukarıda da belirtildiği üzere hem İK, 1475 sayılı İK ve DİK hem de Basın İş Kanunu düzenlemelerinde, kıdem tazminatına hak kazanma koşullarından biridir. Bu kavram, mevzuatta tanımlanmamış olmakla birlikte, bir işçinin bir veya birden fazla işveren nezdindeki tâbi çalışmasının/çalışmalarının toplam süresi şeklinde açıklanabilir. Aşağıda ele alınacağı üzere Basın İş Kanunu bakımından ise kıdem süresinin tanımı da farklılık göstermektedir. Kıdem süresinin hesaplanmasına ilişkin gerek kıdeme bağlı haklar bakımından ayrı ayrı gerekse bireysel iş mevzuatındaki farklı kıdem tazminatı düzenlemeleri bakımından açıklığa kavuşturulması gereken mese-

<sup>53</sup> Y. 9.HD., 24.01.2013, E. 2010/38725, K. 2013/2897, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 26.06.2024) ve YHGK, 26.02.2014, E. 2013/9-592, K. 2014/183, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 24.06.2024). Ayrıca aynı yönde bkz. Y. 9. HD., 22.09.2014, E. 2012/24828, K. 2014/27340 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 24.06.2024): “[...] Kanun kamu ve kuruluşlarında istihdam edilenlerin ister memur ister ise iş sözleşmesi ile çalışanlar, gazetecinin bu işverenlerde bağımsız çalışamayacağını düşünerek, bu işverenlerde gazeteci, basın çalışanı olarak iş sözleşmesi ile çalışanların işverenleri yönünden kanun kapsamında olmayacaklarını belirtmiştir. Belirtmek gerekir ki kanunun memurlara yer vermesi sonuca etkili değildir. Zira zaten çalışan memur statüsünde ise arada iş ilişkisi bulunmadığından, çalışan hakkında iş kanunlarının uygulanması mümkün değildir.”

<sup>54</sup> RG. 15.06.1936/3330.

<sup>55</sup> Şakar, s. 67; Sümer, s. 46, dn. 217; Tuncay, s. 38; Gökçek Karaca, s. 90; Soyer, s. 622.

<sup>56</sup> Şakar, s. 67; Sümer, s. 46; Tuncay, s. 38; Gökçek Karaca, s. 90.



leler vardır. Kıdem süresinin esas alındığı hakların her birinde bu sürenin hesabı farklılık gösterebilmektedir. Ayrıca, bu süreye ilişkin kurallar, çalışmamızın konusunu oluşturan kıdem tazminatı için 1475 sayılı İK ve DİK’da farklı, Basın İş Kanunu’nda farklı düzenlenmiştir. Bu nedenle aşağıda öncelikle, çalışmamızın konusuyla ilgili olduğu ölçüde, kıdem süresi kavramı genel olarak açıklanacak, daha sonra Basın İş Kanunu’nda ve basın iş hukuku uygulamasında kıdem süresi incelenecektir.

### 1. Genel Olarak “Kıdem Süresi” Kavramı

İş sözleşmesinin ani edimli değil de sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşme olması, bu sözleşmeden doğan ilişkide, taraflar arasında sağlam bir güvenin varlığını gerektirir<sup>57</sup>. İşçinin çalıştığı sürenin uzunluğu, işverenle arasındaki güven temelini de olumlu olarak etkileyecektir. Nitekim kıdem varlığının hem işçiler hem de işverenler için fayda sağladığı belirtilmiştir. Şöyle ki; işçilerin, iş ilişkisinin bir sözleşme ilişkisi olması nedeniyle, kariyer sahibi olma beklentisiyle örtüşmeyen bir kavram olması karşısındaki memnuniyetsizlikleri, kıdem dikkate alındığı haklarla bir nebze de olsa giderilmekte, işverenler ise işçilerin işyerine bağlılıklarını teşvik etmiş olmaktadır<sup>58</sup>. Dolayısıyla, işçinin, işyerinde bir süre sadakatle çalıştıktan sonra bunun ödüllendirilmesi beklentisine gireceği kabul edilmektedir<sup>59</sup> ve bir işverenle çalışılan süre, *hakkaniyet gereği*<sup>60</sup>, işçinin bazı haklarının belirlenmesinde ona avantaj sağlayacak şekilde dikkate alınmaktadır<sup>61</sup>: İş güven-

<sup>57</sup> **Ekonomi**, s. 78; **Süzek**, s. 244; **Mollamahmutolu/Astarlı/Baysal**, s. 386.

<sup>58</sup> **Savatier**, Jean/**Fin-Langer**, Laurence: “Ancienneté Dans l’Entreprise”, Recueil Dalloz; Janvier 2023, www.dallozbibliotheque.fr (Erişim Tarihi: 14.02.2024), s. 5.

<sup>59</sup> **Güzel**, Ali/**Ertan**, Emre: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, Legal İSGHD, 16, 2007, s. 1232; **Arslan Durmuş**, Seda: İş Hukukunda Kıdem Kavramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 7. AYM de dn. 6’da künyesi verilen kararında kıdem tazminatının, işçilerin “[...] işverene sağladıkları katkının bir karşılığı” olduğuna vurgu yapmıştır. Yargıtay da kıdem tazminatını şu şekilde açıklamıştır: “İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dahilinde verilen toplu paraya “kıdem tazminatı” denilmektedir.”, Y. 9. HD, 21.01.2021, E. 2020/8030, K. 2021/1774; Y. 22. HD, T. 20.1.2020, E. 2016/28518, K. 2020/650, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.02.2024).

<sup>60</sup> Benzer yönde, **Ekonomi**, s. 230.

<sup>61</sup> **Lyon-Caen**, Gérard: Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, LGDJ, Paris, 1955, s. 246; **Auzero**, Gilles/**Baugard**, Dirk/**Dockès**, Emmanuel: Droit du Travail, 37<sup>e</sup> Édition, Lefebvre Dalloz, Paris 2023, s. 488; **Arslan Durmuş**, s. 7-8.

cesi hükümlerinden yararlanma şartları arasında “en az altı aylık kıdemi” bulunma yer almakta (İK m. 18, f. 1), ihbar süresinin ve dolayısıyla ihbar tazminatının belirlenmesinde işçinin *işinin sürdüğü süre* (İK m. 17, f. 2), ayrıca, yıllık ücretli izne hak kazanmada ve sürelerinin belirlenmesinde *çalışılan süre* veya *hizmet süresi* (İK m. 53, f. 1 ve 4) başka bir ifadeyle işçinin kıdemi esas alınmaktadır. Tabii ki, işçinin kıdemine bağlı haklarından en önemlisi de 1475 sayılı İK m. 14’te, DİK m. 20’de ve Basın İş Kanunu m. 6’da düzenlenmiş bulunan “kıdem tazminatı”dır. Bütün bu düzenlemelerdeki ifadeler birlikte değerlendirildiğinde kıdem kavramı ile kastedilenin işçinin *işyerindeki* veya *işteki* veya bir *işveren yanındaki* “eskiliği”nin kastedildiği görülmektedir<sup>62</sup>. Kıdem işçinin eskiliği olarak nitelendirildiği dikkate alındığında, kıdeme bağlı haklarda, bir işçinin aynı işveren nezdindeki veya aynı işyerindeki birden fazla çalışmasının bir bütün olarak değerlendirilmesi yerindedir. Bu husus, Yargıtay kararlarında<sup>63</sup> da kıdem tazminatının “*İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaştacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dahilinde verilen toplu para*” olarak tanımlanmasında açıkça görülmektedir.

Kıdem tazminatı için dikkate alınacak kıdem süresinin hesabında önem arz eden bir nokta işçinin fiili çalışmasının mı yoksa iş sözleşmesinin devam etmiş olduğu sürenin mi dikkate alınacağıdır. Bu konuda, yıllık ücretli izne esas kıdem süresinin hesabında hem iş sözleşmesinin askıya alındığı -dolayısıyla sözleşmenin varlığını sürdürdüğü ancak fiili çalışmanın bulunmadığı bazı hâllerin- hem de İK m. 66’daki farazi çalışma sürelerinin dikkate alınacağı açıkça düzenlenmiştir (İK m. 55). Yine hak kazanılmasında ve uzunluğunun belirlenmesinde kıdem esas alındığı ihbar süresi hakkında ise, bu konuyu düzenleyen İK m. 17’de işçinin “işinin sürdüğü” süreler göre deği-

<sup>62</sup> **Çenberci**, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara 1986, s. 375. Nitekim Fransız hukukunda, işçinin kıdemine esas alındığı haklarda bu husus, *işçinin eskiliği (l’ancienneté du salarié)* olarak ifade edilmektedir, **Savatier/Fin-Langer**, s. 5. **Lyon-Caen**, s. 246; **Auzero/Baugard/Dockès**, s. 488. Türk iş hukuku öğretisinde de bu eskiliği işaret eder biçimde “*kıdemli işçi olmak*” ifadesi kullanılmıştır (**Narmanhoğlu, Ünal**: “Gazeteciyeye Kıdem Tazminatı Talep Hakkı Sağlayan Sona Erme Durumları Üzerinde Düşünceler”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, Özel Sayı, 2017, s. 1732).

<sup>63</sup> Bu tanımın yer aldığı örnek kararlar için bkz.: Y. 9. HD, 13.10.2020E. 2016/27098, K. 2020/11592; Y. 22. HD, 20.01.2020, E. 2016/28518, K. 2020/650; Y. 9. HD, 14.12.2015, E. 2014/24235, K. 2015/35261; Y. 7. HD, 22.06.2015, E. 2015/5625, K. 2015/12663 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 10.02.2024).

şen asgari ihbar sürelerine yer verilmiştir. İşçinin işinin sürmesinden ne anlaşılması gerektiği, fiili çalışma süresi üzerinden mi hesaplama yapılacağı hususunda, anılan maddede bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yargıtay'ın gerek kıdem süresinin başlangıcı gerekse tamamının hesabında fiili çalışmayı esas aldığı görülmektedir<sup>64</sup>. 1475 sayılı İK m. 14'te ise kıdem tazminatına esas süresinin "*işçinin işe başladığı tarih*"te başlayacağı ve "*hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl*"ın bu süreden sayılacağı öngörülmüştür. Şu hâlde, 1475 sayılı Kanun'un kıdem tazminatına esas sürenin başlangıcı için fiili çalışmayı, sürenin toplamının hesabı içinse fiili çalışma olmasa dahi iş sözleşmesinin varlığını koruduğu süreleri -askı süreleri dahil- dikkate aldığı söylenebilir. 1475 sayılı Kanun'dakinden farklı olarak, sadece 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun<sup>65</sup> (STİSK) 67. maddesinde açıkça, iş sözleşmesinin askıda kaldığı kanunî grev ve lokavt sürelerinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı öngörülmüştür. Buna karşılık Yargıtay'ın yerleşik uygulaması kıdem tazminatına esas süreyi işçinin fiili çalışması üzerinden hesaplamak, askıda geçen tüm süreleri hariç tutmak yönündedir<sup>66</sup>.

Kıdem süresinin belirlenmesinde özellik gösteren bir durum da aralıklı (fasıllı) çalışmalardır. İş kanunlarımızda aralıklı (fasıllı) çalışmanın tanımı

<sup>64</sup> "Kıdem ve ihbar tazminatına esas süre, davacının fiilen çalıştığı zamanların toplamı olup, davacının çalışırken çeşitli sebeplerle işine ara vermesi halinde çalışılmayan günlerin kıdem süresinden indirilmesi gerekmektedir.", Y. 22. HD, 16.07.2017, E. 2013/14458, K. 2014/22462; "Kanunda kıdem esas alındığı haklarda, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izinlerde kıdem başlangıcı için, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil; işçinin eylemli olarak işe başladığı tarih gözönünde tutulduğu için iş güvencesine dair kıdem başlangıcında da işe başlama tarihinin dikkate alınması uygun olacaktır.", Y. 9. HD, 09.11.2017, E. 2016/28920, K. 2017/14307; Y. 9. HD. 21.10.2015, E. 2015/20137, K. 2015/29340 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 04.05.2024). Ayrıca bkz. **Çenberci**, s. 338.

<sup>65</sup> RG. 07.11.2012/28460.

<sup>66</sup> Yüksek mahkemenin çeşitli kararlarında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: "*İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresine eklenmesi gerekir. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini altı hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır. İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.*", Y. 9. HD, 24.06.2020, E. E. 2016/18182, K. 2020/6283; Y. 9. HD, 05.04.2024, E. 2024/5138, K. 2024/6724; Y. 9. HD, 19.10.2021, E. 2021/7988, K. 2021/14483 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 15.07.2024). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan Durmuş**, s. 170 vd.; **Akyiğit**, Ercan: Kıdem Tazminatı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 496 vd.

bulunmamakla birlikte, aşağıdaki hükümlerde bu kavrama ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir:

- 1) İK m. 18, 4: “İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir.”
- 2) İK m. 54, 1: “Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır.”
- 3) İK m. 112, 2, a: “Alt işverenlerinin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunur.”
- 4) 1475 s. İK m. 14, 2: “İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır.”
- 5) DİK m. 20: “Gemi adamlarının kıdemleri hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik gemilerinde ve hizmetinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır.”
- 6) DİK m. 40: “Aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet aktine dayanarak en az altı ay çalışmış olan gemiadamı, yıllık ücretli izine hak kazanır.”
- 7) Basın İş Kanunu m. 6, f. 3: “Birinci maddenin şümulüne giren bir işyerinde işverenle arasındaki hizmet münasebeti bir veya müteaddit mukaveleye istinaden fasilasız olarak en az beş yıl sürmüş olan gazetecinin işine son verilmesi yapılacak yazılı ihbardan itibaren üç ay geçtikten sonra muteber olur. Beş seneden az hizmeti olanlar için bu ihbar müddeti bir aydır.”

Bir işçinin, işveren tarafı aynı olan ve farklı zaman dilimlerini kapsayan birden fazla iş sözleşmesiyle çalışması halinde, o işveren nezdindeki kıdemi için aralıklı (fasılalı) çalışma söz konusu olur. Nitekim Yargıtay’ın 2019 senesinde verdiği bir karardaki<sup>67</sup> karşı oyda da bu kavram “Fasılalı çalışma, iş sözleşmelerine dayanan aynı işverenle aralıklı olarak yapılan ve geniş anlamda iş ilişkisinin hiç mevcut olmadığı, dolayısıyla çalışılmayan boş zamanlarla birbirinden ayrılmış ve her biri yeni bir iş sözleşmesiyle kurul-

<sup>67</sup> YHGK, E. 2016/7-2656, K. 2019/1075, 17.10.2019 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 15.07.2024).

*muş farklı çalışma sürelerinden oluşan bir çalışmadır. Fasilalı çalışmada birden fazla sözleşme vardır ve fasılalar arasında iş sözleşmesi feshedilmiş olup askı hali sözkonusu değildir”* şeklinde açıklanmıştır. Buna göre, aralıklı çalışma kavramı hakkında şu sonuçlara ulaşmak mümkündür: İş mevzuatındaki, yukarıda yer verilen maddeler anlamında bir aralıklı çalışmanın varlığından söz edebilmek için, aynı işçi ve işveren arasında, farklı zaman dilimlerinde akdedilmiş farklı iş sözleşmeleri mevcut olmalıdır. Dolayısıyla, bir işçinin aynı işverenle aynı anda birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışması hâlinde aralıklı çalışma söz konusu olmayacaktır, çünkü bu olgunun varlığı için aranan “farklı zaman dilimlerinde” gerçekleşme şartı bulunmamaktadır. Yine, işyeri veya iş sözleşmesi devri hâllerinde, işverenler değişmekle birlikte, iş sözleşmeleri kesintisiz olarak devam ediyor kabul edildiğinden<sup>68</sup> işçi farklı işverenler nezdinde ancak tek bir iş sözleşmesiyle kesintisiz olarak çalışmış sayılmaktadır.

Yargıtay’ın yerleşik içtihadı, kıdem süresinin ve dolayısıyla kıdem tazminatının hesabında birden fazla iş sözleşmesi dahilinde aralıklı çalışılan sürelerin birleştirilmesinde sadece kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde sona ermiş olan iş sözleşmeleriyle çalışılan sürelerin dikkate alınması gerektiği yönündedir<sup>69</sup>. 1475 sayılı İK m. 14’e göre bir iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erme hâlleri şunlardır: iş sözleşmesinin işveren tarafından İK m. 25/II’deki nedenlerden birine dayanılmaksızın feshedilmesi, iş sözleşmesinin işçi tarafından İK m. 24’teki nedenlerden birine dayanılarak feshedilmesi, iş sözleşmesinin işçi tarafından muvazzaf askerlik ödevini yerine getirmek için veya yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla veya yaşlılık aylığına

<sup>68</sup> İK m. 6, f. 1 ve 2: “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.”

<sup>69</sup> “Mülga 1475 Sayılı İş Kanunu’nun 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında, işçinin daha önceki fasıllı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi, hizmet birleştirmesi için şarttır. [...] Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz.”, Y. 9. HD, 03.06.2021, E. 2021/5562, K. 2021/9893 ve aynı yönde Y. 9. HD, 2.11.2021, E. 2021/8663, K. 2021/15273; Y. 9. HD, 21.12.2020, E. 2016/32987, K. 2020/19369 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 04.04.2024). Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Durmuş, s. 324-326; Akyiğit, s. 541-544.

hak kazanmanın yaş hariç (sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı) koşullarını sağladığı için ya da kadın işçi tarafından evlenmesini izleyen bir yıl içinde feshedilmesi. Ayrıca, STİSK m. 23'te de “İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır. Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır” hükmüne yer verilmiştir. Öyleyse Yargıtay’a göre, yukarıda belirtilen şekillerden biriyle sona erdiği takdirde, ilgili dönem, kıdem süresine dahil edilecektir. Yine yüksek mahkemenin yerleşik içtihadı gereği, aynı dönem için mükerrer kıdem tazminatı ödemesi yapılmaması amacıyla, daha önce kıdem tazminatının eksiksiz olarak ödenerek süreler de tasfiye edilmiş sayılacak ve kıdem süresiyle kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmayacaktır<sup>70</sup>.

## 2. Basın İş Kanunu’nun 6. Maddesine Göre “Kıdem Süresi” Kavramı

Basın İş Kanunu’nun “Aktin işveren tarafından feshi ve kıdem tazminatı” başlıklı 6. maddesinin gazetecinin kıdem tazminatına esas kıdem süresine ilişkin hükümlerinde “kıdem tazminatı” ifadesinin yanında “kıdem hakkı” ifadesine de yer verilmiş olması terim birliği açısından isabetli olmamış ve haklı olarak eleştirilmiştir<sup>71</sup>. Düzenlemeyi 1475 sayılı İK ve DİK’-daki kıdem tazminatı düzenlemelerinden ayıran önemli bir de özelliği söz konusudur: Gazetecinin, kıdem tazminatına esas süre için “kıdem hakkı gazetecinin mesleke ilk giriş tarihinden itibaren hesaplanır” demek suretiyle, meslekte geçirdiği süre esas alınmaktadır. Dolayısıyla Basın İş Kanunu kapsamına giren gazeteciler için “meslek kıdemi” kavramı açıkça bu isimle olmasa bile mevzuatta yer bulmuştur. Nitekim gerek yukarıda bahsedilen

<sup>70</sup> “İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı, fesih tarihindeki ücret ve ekleriyle birlikte tam olarak ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden, tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. [...] Ancak önceki dönem için fesih tarihindeki ücret ve ekleriyle birlikte yapılan hesaba göre kıdem tazminatı hiç ödenmemiş ya da eksik ödenmişse, çalışma döneminin tasfiyesinden söz edilemez. Bu durumda, işçinin zamanaşımı def’i süresi içinde yeniden işe girerek aynı işveren nezdinde işe başlaması ve kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde iş ilişkisinin sonlanması halinde 1475 Sayılı Kanun’un 14/2. maddesi hükmü gereği her iki dönem birleştirilerek son dönem ücretiyle hesaplamaya gidilir. Daha önce ödenen kıdem tazminatı da yasal faizi ile birlikte mahsup edilir.”, Yarg. 9. HD., T. 21.12.2020, E. 2016/32987, K. 2020/19369 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.06.2024). Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Durmuş, s. 324-326; Akyiğit, s. 537-540.

<sup>71</sup> Şakar, s. 109; Birinci Gemici/Gemici, s. 281.

AYM kararında<sup>72</sup> gerekse çeşitli Yargıtay kararlarında da bu kavram kullanılmıştır<sup>73</sup>. Bu bakımdan Basın İş Kanunu dahilinde kıdem süresi hesaplanırken aralıklı çalışmaların birleştirileceği, ancak yukarıda açıklanmış bulunan, diğer bireysel iş kanunlarındaki aralıklı çalışmaların birleştirilmesinden farklı olarak “aynı işveren” şartı aranmadığı, gazetecilik mesleği icra edilerek geçirilen sürelerin birleştirileceği görülmektedir.

Meslek kıdeminin hesabında başlangıç tarihinin nasıl belirleneceği, sadece fiili olarak bu mesleğin ifa edildiği sürelerin mi dikkate alınacağı, askı sürelerinin durumu hakkında Basın İş Kanunu’nda bir açıklık bulunmamaktadır. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları meslek kıdemi süresinin belirlenmesinde eski adıyla Başbakanlık Basın Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü’nün, şimdiki adıyla Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı’nın kayıtları ve Basın İş Kanunu’nun 9. maddesine göre işverenin verdiği beyannamedeki bilgilerin işlendiği sicil kayıtları dikkate alınacaktır, ancak “*gazetecinin meslek kıdemini daha önce başladığını her türlü yazılı belge ile kanıtlaması mümkündür. Gazeteci ile işveren arasında yazılı bir sözleşme yapılmaması ya da işe başladığının ilgili kurumlara bildirilmemesi hallerinde dahi, meslek kıdemini her türlü delille ispatı mümkündür*”<sup>74</sup>. Nitekim yine yüksek mahkemenin bir kararında, gazeteciyle işvereni arasındaki yazılı sözleşmede kıdem başlangıç tarihi açıkça kararlaştırılmış olduğundan, sürenin hesabında bu tarihin esas alınacağı kabul edilmiştir<sup>75</sup>. Deneme süresinin (Basın İş Kanunu m. 10) de kıdem süresine dahil edileceği konusunda şüphe yoktur. Burada açıklığa kavuşturulması gereken iki husus daha bulunmaktadır: İlk olarak, meslek kıdeminde kesinti olmuşsa hesabın hangi sürelerle göre yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu kesinti, gazetecinin çalışmamış olması veya gazetecilik dışındaki bir meslekte faaliyet göstermiş olması nedeniyle gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda söz konusu kesintiler kıdem süresine dahil edilmemelidir<sup>76</sup>. Bu görüş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da kabul edilmiştir<sup>77</sup>. Yukarıda da belirtildiği gibi, Cumhurbaşkanlığı İletişim

<sup>72</sup> Anılan kararın künyesi için bkz. dn. 6.

<sup>73</sup> Yarg. 9. HD., T. 19.03.2009, E. 2007/39490, K. 2009/7473; Yarg. 9. HD., Yarg. 9. HD., T. 12.01.2016, E. 2014/24106 K. 2016/352; Yarg. 7. HD., T. 19.06.2014, E. 2014/4713 K. 2014/13812; Yarg. 9. HD., T. 12.11.2012, E. 2010/27243 K. 2012/37150 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 25.06.2024).

<sup>74</sup> Bkz. dn. 72’de künyesi verilen kararlar.

<sup>75</sup> Yarg. 9. HD., T. 15.02.2022, E. 2022/30, K. 2022/1796 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 08.06.2024).

<sup>76</sup> Şakar, s. 110; Sümer, s. 216; Gökçek Karaca, s. 188.

<sup>77</sup> Yarg. HGK., T. 09.02.2011, E. 2010/9-713; K. 2011/51 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 08.06.2024).

Başkanlığının kayıtları ve Basın İş Kanunu'nun 9. maddesindeki sicil kayıtları meslek kıdeminin başlangıcı için dikkate alınacaksa da kaydın kesinti olmaksızın devam etmesinin, gazetecinin aralıksız olarak mesleğini ifa etmeye devam ettiği şeklinde anlaşılması ve hatta, bunun karine olarak kabul edilmesi gerektiği görüşüne<sup>78</sup> karşı öğretide salt kayıtların kesintisiz olmasının gazetecinin kesintisiz çalıştığı anlamına gelmeyeceği ve bu durumda ispat yükünün gazetecide olduğu da görüşü de ileri sürülmüştür<sup>79</sup>. Yüksek mahkemenin içtihadında da meslek kıdeminin başlangıcında, aksi ispatlanabilir olmakla beraber, sicil ve sair resmi kayıtların esas alınacağı kabul edildiği gözetildiğinde, bu kayıtlarda kesinti bulunmadığı takdirde gazetecinin mesleki faaliyetinin devam ettiğinin karine sayılması, aksinin, bunu iddia eden işveren tarafından ispatlanması gerektiğinin kabulü yerinde olacaktır.

Askı sürelerinin kıdem süresine dahil edilip edilmeyeceği meselesine yönelik de mevzuatta, STİSK m. 67'ye göre grev ve lokavt sürelerinin hariç tutulacağı dışında bir açıklık bulunmamaktadır. Diğer askı süreleri için aksine bir düzenleme olmadığı ve askı hâllerinin esasen iş sözleşmesinin varlığını sürdürdüğü ama fiili çalışmanın gerçekleşmediği geçici durumlar olduğu, dolayısıyla gazetecinin fiilen geçici olarak çalışmasa bile bir basın kuruluşu bünyesinde gazeteci olma sıfatını koruduğu düşünülürse, bu sürelerin de meslek kıdemine dahil edilmesinin yerinde olacağı söylenebilir<sup>80</sup>.

Meslek kıdeminin süresinin hesabıyla ilgili ortaya çıkabilecek bir diğer sorun da gazetecinin aynı işveren nezdindeki çalışmalarının bir kısmının Basın İş Kanunu kapsamında bir kısmının ise bu kanun dışında gerçekleştiği durumlarda ortaya çıkacaktır. Çalışmasının Basın İş Kanunu kapsamı dışında kaldığı sürelerde ilgili kişi gazeteci sıfatını haiz olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, bu çalışmaların Basın İş Kanunu'nda düzenlenen kıdem tazminatına esas meslek kıdemine dahil edilmemesi gerekir. Böyle bir durumda, her iki çalışmanın ayrı ayrı iş sözleşmelerine tâbi olduğu kabul edilerek kıdem tazminatı bakımından, her bir sözleşmenin kapsamına girdiği bireysel iş yasasına göre sonuca gidilebilir<sup>81</sup>.

Anılan AYM kararı ile, ilgili maddenin, gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanması için beş yıllık kıdem süresine sahip olmasını öngören ilk

<sup>78</sup> Tuncay, s. 84; Şakar, s. 19; Narmanhoğlu, s. 1736; Sümer, s. 216.

<sup>79</sup> Göktaş/Çil, s. 51; Akyiğit, s. 941.

<sup>80</sup> Öğretide de gazetecinin iş sözleşmesinin askıda olduğu sürelerin meslek kıdemine dahil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir; bkz. Sümer, s. 217; Akyiğit, s. 941.

<sup>81</sup> Benzer bir görüş için bkz. Şakar, s. 110.



fıkrası iptal edilmiştir<sup>82</sup>. Kararda, gazetecilik mesleğinin demokratik toplumdaki önemi vurgulanarak, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen<sup>83</sup> kıdem tazminatı bakımından, Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinde gazetecilerin bu haktan yararlanmasının şartları düzenlenirken, kıdem süresinin hesabında gazeteciler için diğer bireysel iş mevzuatındaki düzenlemelerden daha avantajlı kurallar öngörülmüş olması ve kıdem tazminatına esas ücret için bir tavan belirlenmemiş olmasının bu öneme uygun düştüğü ancak asgari kıdem süresinin beş yıl olarak düzenlenmiş olmasının gazeteciler için "aşırı bir külfet" yarattığı ve ölçülü olmayıp Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda da Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinde beş yıl olarak belirlenmiş bulunan asgari kıdem süresi hükmünün Anayasa'nın 10. ve 35. maddelerine aykırılığı sebebiyle iptaline karar verilmiştir (§ 19, 20, 21)<sup>84</sup>.

Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin ilk fıkrası iptal edilmiş olmakla birlikte, maddenin kalanında kıdem tazminatın hak kazanma koşulları düzenlenirken yer verilen kıdem süresine ilişkin 2., 3. ve 7. fıkradaki düzenle-

<sup>82</sup> Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin 2023 tarihli AYM kararıyla iptal edilen ilk fıkrası şöyledir: "Meslekte en az beş yıl çalışmış olan gazetecilere kıdem hakkı tanınır."

<sup>83</sup> AYM'nin kıdem tazminatını mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirdiği başka bazı kararlar için bkz.: AYM, *Adnan Alver* Başvurusu, T. 9/11/2017, B. 2014/5800 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 28.06.2024); AYM, T. 22.02.2024, E. 2023/49, K. 2024/54, RG. 02.04.2024/32508; AYM, T. 01.02.2024, E. 2021/38, K. 2024/25, RG. 05.06.2024/32567.

<sup>84</sup> AYM iptal kararından sonra verilen bir Yargıtay kararında, söz konusu kararın somut norm denetimi neticesinde verilmiş olması nedeniyle sadece itirazı gerçekleştiren mahkeme için değil ancak tüm mahkemeler için bağlayıcı olarak geriye yürüyeceği belirtilmiştir: "[...] geriye yürümezlik ilkesinin en önemli istisnası, Anayasa'nın 152. maddesindeki somut norm denetimidir. Madde uyarınca mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi görür ve Anayasa Mahkemesine iptal için başvuru yaparsa; Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararı verildiğinde, iptal kararına uymak zorundadır. Özellikle Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümeyecekse somut norm denetimine başvurunun bir anlamı olmayacaktır. [...] İtiraz yoluna başvuran mahkemenin verilecek olan iptal kararı ile bağlı olması, diğer mahkemeler bakımından da aynı etkiyi haizdir. Sadece başvuran mahkeme açısından iptal kararının geriye yürüyeceğinin kabulü, uygulanacak olan norm bakımından mahkemeler arasında eşitsizlik doğuracaktır. Tüm mahkemelerin itiraz yoluna başvurusu da beklenemeyeceğinden, uyuşmazlığa dair iptal kararının diğer mahkemelerde derdest olan davalar bakımından da uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.", Yarg. 9. HD., T. 21.09.2023, E. 2023/11975, K. 2023/12541 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 25.06.2024). Kaldı ki iptal edilen hükmün yürürlükte bulunduğu dönemde de uygulamada, böyle bir eşitlik, toplu iş sözleşmeleriyle söz konusu sürenin bir yıla indirilmesiyle sağlanmaktaydı, **Şakar**, Müjdat: "Gazeteci ile İşveren Arasındaki Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları", Halid Kemal Elbir'e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 494.

meler hâlâ yürürlüktedir. Dolayısıyla, kanımızca, diğer bireysel iş kanunlarında olduğu gibi, Basın İş Kanunu bakımından da kıdem süresi hâlen, kıdem tazminatına hak kazanmanın bir koşuludur<sup>85</sup>. Bununla birlikte, iptal edilen hüküm neticesinde gazetecilerin kıdem tazminatı hakkı için aranacak asgari kıdem süresinin ne olduğu konusunda Basın İş Kanunu’nda bir kanun boşluğu meydana gelmiştir. Basın İş Kanunu’ndaki boşlukların doldurulması için öncelikle genel kanun niteliğindeki TBK’ya başvurulmalıdır<sup>86</sup>. Ancak TBK’da da kıdem tazminatı düzenlemesi bulunmadığından bu durumda diğer bireysel iş mevzuatındaki kıdem tazminatı düzenlemelerinden kıyasen yararlanılarak bu boşluk doldurulmalıdır. Kaldı ki, AYM iptal kararının gerekçesinin asgari beş yıllık kıdem şartıyla diğer kıdem tazminatı düzenlemelerine tâbi işçilerle gazeteciler arasında ölçsüz ve ağır bir fark yaratılması ve böylece eşitlik ilkesinin ihlal edildiği dikkate alındığında<sup>87</sup>, ortaya çıkan boşluğun bu farklılık giderilecek şekilde doldurulması yerinde olacaktır. Sonuç olarak, kanaatimize göre, gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanması için aranacak asgari meslek kıdemi bir yıl olarak uygulanmalıdır.

Basın İş Kanunu’nda gazetecinin kıdem süresiyle ilgili bir diğer kural da gazeteciye bir defa kıdem tazminatı ödemesi yapıldıysa kıdeminin “yeni işine girişinden itibaren” hesaplanacağı yönündedir (m. 6, f. 8). Böylece, meslek kıdemi belirlenirken, gazetecinin ayrı ayrı çalışmalarının nasıl birleştirileceğine ilişkin bir kural da saptanmış olmaktadır. Bu kuralın uygulanması bakımından Yargıtay’ın en güncel görüşü şu şekildedir: “Anılan hüküm, uygulamada gazetecinin kıdemini sıfırlanması olarak bilinse de, en az beş yıllık meslek kıdemini sıfırlanması söz konusu olmaz. Bahsi geçen düzenleme, gazetecinin aynı dönem için birden fazla kıdem tazminatı almasını öngörmektedir. Başka bir anlatımla, gazetecinin önceki işverenden kıdem tazminatını alması durumunda, son işverenin önceki döneme ait meslek kıdeminden sorumlu tutulamayacağı kabul edilmelidir.”<sup>88</sup>. Her ne kadar

<sup>85</sup> Karş. **Bulun Tokkaş**, Sevde: “Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı Hakkı: Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, 1, 2024, s. 171.

<sup>86</sup> Öğretide bizim de katıldığımız baskın görüş bu şekildedir (**Göktaş/Çil**, s. 10; **Şakar**, s. 42-45; **Tuncay**, s. 26; **Süzek**, s. 44; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 18; **Çenberci**, s. 22)). Yargıtay’ın görüşü de aynı yöndedir, bkz. Yarg. 9. HD., T. 01.04.2009, E. 2007/40865, K. 2009/9116 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 08.06.2024). Ayrıca bkz. **Ekonomi**, s. 23.

<sup>87</sup> Aynı yönde, **Bulun Tokkaş**, s. 171.

<sup>88</sup> Yarg. HGK., T. 12.11.2019, E. 2016/34834, K. 2019/19627; Yarg. 9. HD., T. 28.04.2011, E. 2011/10206, K. 2011/12712 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 08.06.2024). Bu kararlarda, yine Yargıtay’ın 9. Hukuk Dairesi’nin 2008 yılında vermiş olduğu bir karardaki (Yarg. 9. HD., T. 15.07.2008, E. 2008/3638, K. 2008/20448) şu ifadelerle atf ya-

öğretide, böyle bir durumda gazetecinin tekrar kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için yeniden beş yılı doldurması gerekirse de 6. maddenin 7. fıkrasındaki “*Ancak, yıllık hizmetin altı aydan az kısmı nazara alınmaz*” cümlesi gereği altı aylık kıdem şartı aranması gerektiği belirtilmişse<sup>89</sup> de anılan cümlenin da 2023 tarihli AYM kararıyla iptal edildiği dikkate alındığında artık böyle bir olasılığın da geçerliliğini yitirdiği sonucuna ulaşılabacaktır.

Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin 8. fıkrasının uygulanmasıyla ilgili tartışmalı bir husus, önceki dönemler için kıdem tazminatı ödemesinin yapılmış olduğunun ve bu bağlamda, meslek kıdemini ispatı noktasındadır. Eğer gazetecinin daha önceki çalışmaları için kıdem tazminatını aldığı ispatlanırsa<sup>90</sup>, son işveren sadece kendi dönemine ait süreye ilişkin tazminattan sorumlu olacaktır. Üstelik 8. fıkranın açık düzenlemesine göre, bunun aksinin taraflarca kararlaştırılması ve böylece son işverenin daha önce ödeme yapılmış dönemler dahil tüm meslek kıdemi üzerinden tazminat ödemesi de mümkündür. Buna karşılık, gazeteciye daha önceki çalışmaları neticesinde kıdem tazminatı ödenmemişse son işveren her halükârda tüm meslek kıdemine ait kıdem tazminatı miktarından sorumlu olacaktır ve önceki dönemlerle ilgili eski işverenlere rücu etmesine ilişkin bir kurala mevzuatta yer verilmemiştir<sup>91</sup>. Bu durum öğretide, haklı olarak, adaletsiz olması nedeniyle eleştirilmiştir<sup>92</sup>.

pılmıştır: “*Ancak, bir defa beş yıllık kıdem kazanılması durumunda her bir işveren yanında yeni bir beş yıl kıdem şartı aranmaz*”. Yüksek mahkemenin 2003 yılına kadarki içtihadı aksi yönde, 2003 yılından itibaren, görüş değiştirmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi ve Yargıtay'ın 2003 yılından önceki içtihadı için bkz. **Göktaş/Çil**, s. 52 ve dn. 90-91'de künyesi verilen kararlar; **Sümer**, s. 217-220; ayrıca bkz. **Şakar**, s. 114). Buna rağmen, 9. Hukuk Dairesi'nin 2007 tarihli bir kararında “*Davacının gazeteci olarak 5 yıldan fazla kıdemi var ise de önceki süre sıfırlandıktan sonra işverenle yaptığı sözleşmede aksi kararlaştırılmadığından kıdemi yeni işe giriş tarihinden itibaren hesaplanacaktır. Buna göre, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı 7 ay 12 gün için Basın İş Kanunu 6/VII. maddesi uyarınca kıdem tazminatına hak kazanılamaz*” (Yarg. 9. HD., T. 30.10.2007, E. 2007/5797, K. 2007/31895, www.kazanci.com.tr, E.T.: 08.06.2024) şeklinde hüküm kurulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan Durmuş**, s. 334-335.

<sup>89</sup> **Göktaş/Çil**, s. 52; **Sümer**, s. 221.

<sup>90</sup> Yarg. 9. HD., T. 09.12.2003, E. 2003/6795, K. 2003/20418 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 08.06.2024): “*Somut olayda gazetecinin kıdem başlangıcının 1976 olduğu sözleşmede belirtilmiş olmakla birlikte daha önce çalıştığı işyerlerinden kıdem tazminatının ödenmediği kanıtlanabilmiş değildir. İş sözleşmesinde davacının meslek kıdemini bu şekilde belirlenmiş olması, kıdem tazminatı hesabında bu kıdem süresinin esas alınacağına dair taraflar arasında yapılmış bir anlaşmayı gösterir.*”

<sup>91</sup> Öğretide, buna rağmen, son işverenin eski işverenlere rücu edebileceği görüşü mevcuttur, **Arslan Durmuş**, s. 336.

<sup>92</sup> **Şakar**, s. 114-115; **Şakar**, Sona Erme, s. 497; **Tuncay**, s. 94; **Narmanhoğlu**, s. 1734; **Oğuzman**, s. 877. *Göktaş ve Çil*, bu düzenlemeyle amaçlananın “*kademli bir gazeteciye*

### C. Basın İş Kanunu’na Göre İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

Basın İş Kanunu’nda, kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının bir bütün olarak düzenlenmemiş olması da bu koşulların tespiti bakımından tereddüt yaratmaktadır. Dolayısıyla, gazetecinin iş sözleşmesinin ne şekilde sona ermesinin kıdem tazminatına hak kazandıracağı belirlenmesi Basın İş Kanunu’ndaki düzenlemede yeterince açık olmadığından hem öğretide hem de Yargıtay kararlarında tartışmalı bir konu olagelmıştır.

#### 1. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi

Basın İş Kanunu’nun 6. maddesinin başlığında “akdin işveren tarafından feshi” ifadesi kullanılmışsa da maddenin içeriğinde sadece, işveren tarafından yapılan süreli fesihler düzenlenmiştir. Buna göre, gazetecinin iş sözleşmesinin işveren tarafından süreli fesih bildiriyle feshedildiği her durumda -kıdem süresi şartı da sağlandığı takdirde- kıdem tazminatına hak kazanılacağı anlaşılmaktadır. İşverenin gazetecinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshi ise anılan kanunun 11. maddesinin 3. fıkrasında “*Vazifesinin ifasıyla ilgili hususlarda gazetecinin bilerek veya ağır bir ihmali neticesi olarak mevketenin itibar veya şöhretine hanel verecek fiil ve harekette bulunması*” ifadeleriyle yer almaktadır ve gerek 11. maddede gerekse 6. maddede, bu şekilde sona ermenin gazeteciye kıdem tazminatına hak kazandıracağına dair bir ifade yoktur. Nitekim iş sözleşmesinin işveren tarafından, İK m. 25/II uyarınca (işçinin) ahlâk ve iyi niyet kurallarına aykırı eylemlerine dayanan haklı nedenle feshi de kıdem tazminatı hakkı doğurmayan bir sona erme hâli olarak düzenlenmiştir. Öyleyse basın iş hukuku bağlamında da işveren tarafından yapılan fesihlerden sadece süreli fesihler -ulusüz fesih dahi olsa- gazeteciye kıdem tazminatı talep hakkı doğuracaktır<sup>93</sup>.

Gazetecinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine ilişkin özel bir kural da Basın İş Kanunu’nun 12. maddesinde yer bulmuştur. Buna göre, normalde gazetecinin hastalanması işveren lehine bir fesih sebebi oluşturmayacaktır. Ancak, hastalık ve buna bağlı iş görmeme durumu<sup>94</sup> -zira madde başlığı “akdin tatbik edilemediği hâller” olduğuna göre sadece hastalık nedeniyle gazeteci iş görme edimini yerine getiremiyorsa uygulanmalıdır- altı ayı geçtiği takdirde işveren gazetecinin iş sözleşmesini, tazminatını ödeyerek feshedebilecektir. Bu düzenlemede, gazetecinin çalışmasına engel olan has-

---

*çalıştıran işverenin, gazetecinin kıdem ile ilgili bazı yükümlülüklerine katlanması*” olduğunu ifade etmişlerdir, **Göktaş/Çil**, s. 53.

<sup>93</sup> **Şakar**, s. 111; **Şakar**, Sona Erme, s. 495; **Tuncay**, s. 85; **Narmanlıoğlu**, s. 1742; **Sümer**, s. 210 ve 214; **Göktaş/Çil**, s. 54; **Akyiğit**, s. 939.

<sup>94</sup> **Şakar**, s. 97; **Gökçek Karaca**, s. 177.

talığın altı ayı aşması haklı fesih nedeni, feshin işverence gerçekleştirilecek haklı nedenle fesih<sup>95</sup>, ödenmesi öngörülen tazminat da kıdem tazminatı olarak anlaşılmalıdır<sup>96</sup>.

İşveren tarafından gazetecinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin sadece Basın İş Kanunu'nun 11 ve 12. maddelerindeki iki durumla sınırlı biçimde düzenlenmiş olması karşısında öğretide, genel kanun niteliğindeki TBK'nın 435. maddesinin 2. fıkrasındaki “sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır” hükmüne göre de gazetecinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği belirtilmiştir<sup>97</sup>. Buna karşılık, yine öğretide, işverenin gazetecinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkının sadece Basın İş Kanunu'nda açıkça düzenlenen nedenlerle sınırlı biçimde kullanabileceği de belirtilmiş ve bu durum, çelişkili bir durum, önemli bir eksiklik ve kanunun kötü kaleme alınmış olması gerekçeleriyle eleştirilmiştir<sup>98</sup>. Kanımızca, Basın İş Kanunu'nda gazetecinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle derhal feshine ilişkin düzenlemenin dar tutulmuş olması kanunda boşluk bulunduğu şeklinde anlaşılabilir ve bu boşluğun genel kanun (TBK) hükümleri ile ve İK m. 25'in kıyasen uygulanması yoluyla doldurulması gerektiği söylenemez. Zira bu şekilde bir kabul gerek “işçi lehine yorum” ilkesiyle gerekse Basın İş Kanunu'nun özel bir işçi grubu olarak değerlendirilmesi sebebiyle özel bir kanuna tâbi kılınan gazetecileri koruma amacıyla bağdaşmayacaktır.

## 2. İş Sözleşmesinin Gazeteci Tarafından Feshi

İş sözleşmesinin gazeteci tarafından feshedilmesi hâlinde kıdem tazminatı hakkı doğup doğmayacağı anılan kanunda yeterince açık değildir. Zira

<sup>95</sup> Tuncay, s. 80; Göktaş/Çil, s. 174; Şakar, s. 97; Şakar, Kıdem Tazminatı, s. 17; Gökçek Karaca, s. 177; Narmanlıoğlu, s. 1745; Sümer, s. 213; Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 211. Basın İş Kanunu'nun sistematigi de -11. maddede haklı nedenle (“ihbar mülhetini beklemeksizin fesih hakkı”) feshin düzenlendiği dikkate alındığında- 12. maddedeki feshin bu şekilde nitelendirilmesine elverişlidir.

<sup>96</sup> Öğretideki baskın görüş de (Göktaş/Çil, s. 174; Şakar, s. 111; Gökçek Karaca, s. 186; Sümer, s. 213) bu yöndedir. Karş. Oğuzman, Kemal: “Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 32, 2-4, 1966, s. 879; Sevimli.

<sup>97</sup> Göktaş, s. 212; Tuncay, s. 79; Sevimli, Dahası öğretide, işverenin İK'daki (m. 25'teki) haklı fesih nedenleriyle de iş sözleşmesini derhal feshedebileceği savunulmuştur (Şakar, s. 98; Gökçek Karaca, s. 177).

<sup>98</sup> Göktaş/Çil, s. 157.

Basın İş Kanunu'nun, sözleşmenin gazeteci tarafından bir sebebe dayalı olmaksızın feshedilmesini düzenleyen 7. maddesinde kıdem tazminatına ilişkin bir kurala yer verilmemiştir. Bundan yola çıkılarak öğretide iş sözleşmesini bir neden bulunmaksızın fesheden gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı görüşü baskındır<sup>99</sup>. Nitekim Yargıtay da bu durumda gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağını kabul etmektedir<sup>100</sup>.

Haklı nedenle derhal feshi düzenleyen 11. maddede ise “*Bir mevketenin veçhe ve karakterinde gazeteci için şeref veya şöhretini veya umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdas edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde, gazeteci ihbar mühletini beklemeden akdi feshedebilir. İş akdini birinci fıkranın verdiği hakka dayanarak fesheden gazeteci, işverenin kusuru neticesinde iş akdini feshetmiş olsa idi ne miktar tazminat alacak idiyse, o miktar tazminat isteyebilir*” hükümlerine yer verilmiş olup yine kıdem tazminatı konusunda bir ifade yoktur.

Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirtilen “sürelî yayında gazetecinin şeref veya şöhretini veya manevi menfaatlerini ihlal edici değişiklik” meydana gelmesi özel olarak düzenlenmiş bir haklı fesih nedeni olup<sup>101</sup> buna göre iş sözleşmesini böyle bir haklı nedenle fesheden gazetecinin de kıdem tazminatına hak kazanması kanımızca, mümkündür: Her ne kadar 11. maddede “[...] işverenin kusuru neticesinde iş akdini feshetmiş olsa idi ne miktar tazminat alacak idiyse, o miktar tazminat isteyebilir” şeklinde bir ifadeye yer verilmişse de Basın İş Kanunu'nda bu duruma özel bir tazminat düzenlemesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, buradaki “(işverenin kusuru neticesindeki fesihte talep edilecek) tazminat”ı öğretide “kıdem tazminatı” olarak kabul eden görüşler<sup>102</sup> bulunsa da bunun, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 345. maddesindeki tazminat (günümüzde yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu maddenin karşılığı bulunmamaktadır) olarak değerlendirilmesi gerektiği benimseyen görüşler<sup>103</sup> de mevcuttur. Yargıtay da 11. maddedeki tazminatı kıdem tazminatı olarak kabul etmektedir<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> Şakar, s. 112; Tuncay, s. 85; Narmanhoğlu, s. 1741-1742; Sümer, s.210; Göktaş/Çil, s. 139; Akyiğit, s. 938-939. Aksi yöndeki baskın olmayan görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Narmanhoğlu, s. 1739-1740.

<sup>100</sup> Yarg. HGK, s. T. 12.03.1997, E. 1996/9-914, K. 1997/170 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 08.06.2024).

<sup>101</sup> Oğuzman, s. 878.

<sup>102</sup> Şakar, s. 112; Şakar, Müjdat: “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 17, 2008, s. 15; Akyiğit, s. 938.

<sup>103</sup> Oğuzman, s. 878; Göktaş/Çil, s. 156.

<sup>104</sup> Göktaş/Çil, s. 158 vd. yer alan kararlar ve ayrıca Yarg. HGK, T. 20.01.2022, E. 2019/9-354, K. 2022/27; Yarg. 9. HD., T. 3.3.2003, E. 2003/1376, K. 2003/2719 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 08.06.2024).

Belirttiğimiz üzere, 11. maddedeki haklı fesih nedeni özel bir haklı neden olup diğer haklı fesih nedenlerini kapsamamaktadır. Bu durumda da gazetecinin başka bir haklı nedenle iş sözleşmesini feshettiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı belirsiz kalmaktadır. 11. madde-deki açık düzenlemeye karşı, gazetecinin iş sözleşmesini haklı bir neden bulunmaksızın feshetmesine ilişkin 7. maddede kıdem tazminatı hakkında değinilmemiş olması nedeniyle öğretide, bu durumlarda gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanmayacağı ifade edilmiştir<sup>105</sup>. Yine öğretideki başka bir görüş<sup>106</sup> ise, gazetecinin, 11. maddedekinden başka bir haklı nedenle iş sözleşmesini feshettiği durumlarda da kıdem tazminatına hak kazanması gerektiğini savunmaktadır.

Yargıtay'ın bu konudaki kararları çeşitlilik göstermektedir. 2001 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında “*Yine 5953 sayılı Basın İş Kanununun önelsiz (Haklı nedenle) feshi düzenleyen 11. maddesindeki fesih nedenleri, aynı konuda düzenleme içeren 1475 sayılı İş Yasasının 16. ve 17. maddelerine göre çok dar ve sınırlı tutulmuştur [...] Görüldüğü üzere; önelsiz feshi düzenleyen 11. maddenin açıklanan bu sınırlı ve dar düzenlemesi karşısında maddede yer almayan ücretin zamanında ödenmemesi hususunun işçiye haklı nedenle fesih hakkı vereceğini kabule olanak bulunmamaktadır*” denmiştir<sup>107</sup>. Başka kararlarda aynı gerekçeyle, “*bu konu Kanunun bir boşluğu şeklinde değerlendirilip kıyas yoluyla doldurma yoluna gidilmesi de imkansızdır*” şeklinde hüküm kurulmuştur<sup>108</sup>. Buna karşılık, gazetecinin iş sözleş-

<sup>105</sup> Oğuzman, s. 875; Tuncay, s. 90.

<sup>106</sup> Sümer, s. 214; Akyiğit, s. 939-940.

<sup>107</sup> Yarg. HGK., T. 16.05.2001, E. 2001/9-417, K. 2001/419 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 08.06.2024). Burada altı çizilmesi gereken bir husus da şudur: Yargıtay'ın, gazetecinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip kıdem tazminatına hak kazanamayacağı yönündeki kararlarının çoğunda, ücretin ödenmemesinin yaptırımının Basın İş Kanunu'ndaki “*Gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemeye mecburdurlar*” kuralı olup, buna ilaveten haklı nedenle fesih yoluna başvurulmasının kanunda düzenlenmemiş olmasına dayandırmıştır. Halbuki, ücretin geç ödenmesine yüzde beş fazla ödeme yaptırımı öngören 14. maddenin 2. fıkrası, AYM'nin 25.12.2019 tarihli, E. 2019/108 ve K. 2019/101 sayılı kararıyla (RG. 14.02.2020/31039) iptal edilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla artık, gazetecilerin ücretlerinin ödenmemesinin/geç ödenmesinin Basın İş Kanunu'nda haklı nedenle fesih dışında özel bir yaptırıma tâbi tutulduğunu savunmak da mümkün olmayacaktır.

<sup>108</sup> Yarg. 9. HD., T. 01.04.2009, E. 2007/40865, K. 2009/9116; Yarg. 9. HD., T. 27.12.2011, E. 2011/14892, K. 2011/9912; Yarg. 9. HD., T. 31.01.2013, E. 2010/38715, K. 2013/3706; Yarg. 9. HD., T. 31.01.2013, E. 2010/34017, K. 2013/3748; Yarg. 9. HD., T. 20.03.2014, E. 2012/3001, K. 2014/9215; Yarg. 9. HD., T. 29.09.2014, E. 2012/29539, K. 2014/28464 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 08.06.2024).

mesini ücretinin ödenmemesi nedeniyle feshettiği bir olayda yüksek mahkeme, işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ödeme borcunu yerine getirmemesinin Basın İş Kanunu karşısında genel kanun niteliğinde olan Borçlar Kanunu’na göre işçi lehine tazminat hakkı doğuracağını ve özel kanun olan Basın İş Kanunu’nda boşluk bulunması sebebiyle genel kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini, ayrıca özel kanundaki açık boşluk nedeniyle kıyas yapılması gerektiğini vurgulamıştır<sup>109</sup>. Buradan da yola çıkarak kararda, “açık boşluk halinde somut olaya uygulanacak kuralın tespiti için yorum yapıldığında ve kıyas yoluna başvurulduğunda, öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu’nun 24/II, e maddesinin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Basın İş Kanunu’na tabi çalışan işçinin ücretinin zamanında ödenmemesi nedeni ile iş sözleşmesini bildirimsiz feshinde belirtilen hükümler nedeni ile kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir. Mahkemece haklı nedenle basın iş çalışanının iş sözleşmesini feshettiği ve kıdem tazminatına hak kazanması gerektiği yönündeki gerekçesi açıklanan hukuksal olgular nedeni ile doğru bulunmuştur” şeklinde değerlendirme yapmıştır.

Son olarak, 1475 sayılı İK m. 14’te, Basın İş Kanunu’ndaki kıdem tazminatı düzenlemesinde bulunmayan, işçi için haklı neden oluşturmamakla birlikte işçi lehine kıdem tazminatı hakkı doğuran bazı özel fesih sebepleri öngörülmüştür<sup>110</sup>. Anılan özel fesih sebeplerinden “yaşlılık aylığı almak (veya sigortalılık süresi ile prim ödeme gün sayısı koşulunu sağlamak)” nedeniyle işten ayrılma durumunda kıdem tazminatına hak kazanılması kuralının Basın İş Kanunu kapsamındaki gazeteciler hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı çeşitli Yargıtay kararlarına konu olmuş ve bu kararlarda “1475 Sayılı Kanun’un 14. maddesinde işçiye yaşlılık aylığı tahsisi halinde kıdem tazminatı ödeneceği öngörülmüş olmakla, aynı hüküm emeklilik sure-

<sup>109</sup> Yarg. 9. HD, T. 14.04.2008, E. 2007/14130, K. 2008/8314 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 08.06.2024). Yine gazetecinin ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshederek kıdem tazminatını talep ettiği bir davada yüksek mahkeme bu talebi kabul etmiştir (Yarg. 22. HD., T. 22.01.2020, E. 2016/28546, K. 2020/999 ve aynı yönde Yarg. 22. HD., T. 31.05.2016, E. 2015/12686, K. 2016/15624, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 26.06.2024).

<sup>110</sup> Söz konusu düzenleme; “muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla/ Bağlı buldukları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla/506 Sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle feshedilmesi/kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi [...] hallerinde [...] kıdem tazminatı ödenir” şeklindedir.



*tiyle ayrılan gazeteci yönünden de uygulanmalıdır” yönünde hüküm verilmiştir<sup>111</sup>. Bu kararlarda Basın İş Kanunu’nda çok dar düzenlenmiş olan -sadece yaşlılık aylığı almak için iş sözleşmesinin feshi için değil ama genel olarak- kıdem tazminatına hak kazanma hâllerleriyle, özellikle de iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshiyle ilgili önemli bir değerlendirme de yapılmıştır: “[...] 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrasında, “Bu Kanun, 4. maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır” şeklinde kurala yer verilmiştir. İş Kanunu’nun 4. maddesinde istisnalar arasında 5953 Sayılı Kanun kapsamında çalışanlar gösterilmediğine göre, basın çalışanlarıyla ilgili 5953 Sayılı Kanun kapsamında çalışanlar bakımından istisnaen İş Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün görülmelidir. 5953 Sayılı Yasa’da boşluk bulunan hallerde boşluğun, her iki kanun arasındaki denge ve çalışma yaşamı gereklerine uygun olarak 4857 Sayılı İş Kanunu hükümleri ile doldurulması gerekir. Başka bir anlatımla, 5953 Sayılı Yasada düzenlenmemiş olan her konu için boşluğun, doğrudan 4857 Sayılı İş Kanunu ile doldurulması yerine, konunun çalışma yaşamıyla ilgili gerçek bir ihtiyaca cevap vermesi aranmalıdır. Somut olayda olduğu gibi yaşlılık aylığı tahsisine bağlı kıdem hakkı buna örnek olarak verilebilir. Yine gazetecinin işyerinde cinsel tacizde bulunması, işyerinde hırsızlık yapması gibi haller, bu defa da işverenin haklı feshine imkân veren örnekler olarak açıklanabilir”.*

### 3. Diğer Sona Erme Hâlleri

Gazetecinin iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılmış olması mümkündür. Belirli süreli basın iş sözleşmeleri Basın İş Kanunu’nda düzenlenmemişse de 6. maddenin 4. fıkrasındaki “bir veya müteaddit mukaveleye istinaden” ifadesinden, gazetecilerle belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği anlaşılmaktadır<sup>112</sup>. Şu hâlde, gazetecilerin belirli süreli iş sözleşmelerine genel kanun niteliğindeki TBK’nın belirli süreli iş sözleşmelerini düzenleyen hükümleri (m. 430) uygulanacaktır. Buna göre “Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir”.

<sup>111</sup> Yarg. 9. HD., T. 22.01.2015, E. 2013/8444, K. 2015/1828; Yarg. 9. HD., T. 25.11.2014, E. 2013/2104, K. 2014/35348 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 08.06.2024).

<sup>112</sup> Sümer, s. 67.

Gazetecinin belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitiminde kendiliğinden sona ermesi bir fesihle sona erme, dolayısıyla Basın İş Kanunu’ndaki kıdem tazminatına hak kazandırıcı sona erme hâli değildir. Buna göre de belirli süreli sözleşmeyle çalışan gazetecinin bu sözleşmenin kendiliğinden sona ermesiyle kıdem tazminatına hak kazanması mümkün olmayacaktır<sup>113</sup>. Gazeteci ile işvereni arasındaki iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla, yani ikale yoluyla sona ermesi de İK ve 1457 sayılı İK’da olduğu gibi Basın İş Kanunu’nda da yer bulmamıştır. Dolayısıyla, bu durumda da Basın İş Kanunu’nda düzenlenen, kıdem tazminatına hak kazandırır bir sona erme şekli değildir<sup>114</sup>. Burada vurgulanmalıdır ki, taraflar, yasaya göre hak kazanılmasa bile kıdem tazminatı ödeneceğini sözleşmeyle kararlaştırabilirler, zira Basın İş Kanunu’ndaki kıdem tazminatına ilişkin hükümler nispi emredici nitelikte olup gazetecinin daha lehine uygulamaların kararlaştırılması mümkündür<sup>115</sup>.

İş ilişkisinin son bulmasında basın iş hukukuna özgü bir durum da çalışılan basın işletmesinin yayın faaliyetinin sona ermesidir. Basın İş Kanunu m. 17’nin son fıkrasında yayını durdurulan “*mevkutede*” çalışan gazetecilerin bu tarihten itibaren iki ay daha ücretlerini alacakları ve kanuni tazminatlarının da “*tercihan*” ödeneceği belirtilmiştir. Öncelikle, her ne kadar anılan hükümde sadece “*mevkute*” (süreli yayın) ifadesi kullanılmışsa da bu, Basın İş Kanunu kapsamındaki her türlü basın işletmesi olarak anlaşılmalıdır. Ayrıca, bu durumda iş sözleşmesinin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğinden bahsedilmemişse de iki ay ücret ödeneceğinin öngörülmesi, bu iki ay sözleşmenin askıda kalıp iki ayın sonunda faaliyet yeniden başlamadığı takdirde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği kabul edilmelidir. Bu durumda ödenmesi öngörülmüş bulunan tazminat da 6. madde uyarınca hesaplanacak kıdem tazminatı olarak anlaşılmalıdır<sup>116</sup>. Ancak tazminatın ödenmesi konusunda “*tercihan*” ifadesinin kullanılmış olması nedeniyle, bu ödemenin yapılmasının zorunlu olmadığı, işverenin tercihine bırakıldığı ve aksi için bir yaptırım öngörülmediği anlaşılmaktadır<sup>117</sup>.

1475 sayılı İK m. 14’te işçinin ölümü de kıdem tazminatına hak kazandıran bir sona erme biçimi olarak düzenlenmişse de Basın İş Kanunu’nun “ölüm tazminatı” başlıklı 18. maddesinde gazetecinin ölümüyle basın iş

<sup>113</sup> Sümer, s. 209; Akyiğit, s. 938.

<sup>114</sup> Akyiğit, s. 938.

<sup>115</sup> Akyiğit, s. 940; Narmanhoğlu, s. 1735 ve 1737.

<sup>116</sup> Aynı yönde Gökçek Karaca, s. 153-154; Sümer, s. 209; Tuncay, s. 76; Şakar, s. 94; Oğuzman, s. 879.

<sup>117</sup> Göktaş/Çil, s. 251.

sözleşmesinin sona ermesinde gazetecinin “eşi ve çocuklarına ve bunlar bulunmadığı takdirde geçimi kendisine terettüp eden ailesi efradına müteveffanın aylık ücretinin üç mislinden az olmamak üzere, kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı” ödeneceği belirtilmiştir. Öğretide bu tazminatın niteliği tartışmalıdır<sup>118</sup>. Kanaatimizce buradaki tazminat, kıdem tazminatı olarak değil, madde başlığında da adlandırıldığı gibi, “ölüm tazminatı” isimli özel bir tazminat olarak anlaşılmalıdır. Bu ölüm tazminatı, maddenin lafzına göre, ölen gazetecinin kıdemine göre, başka bir ifadeyle meslek kıdemi kaç yıla her tam yıl için bir aylık ücreti tutarı olacak şekilde ancak beş yıllık kıdem şartı aranmadan, hatta kıdemi üç yıldan az bile olsa en az üç yıllık kıdemi varmış gibi üç yıl üzerinden (“aylık ücretinin üç mislinden az olmamak üzere” ifadesi nedeniyle) hesaplanarak ödenmesi gereken bir tazminat olarak düzenlenmiştir<sup>119</sup>. Ancak bu durumda ayrıca bir kıdem tazminatı ödenmeyecektir, çünkü gazetecinin ölümü sadece bu özel olarak düzenlenmiş bulunan ölüm tazminatına hak kazandırmaktadır.

## II. BASIN İŞ KANUNU’NA GÖRE GAZETECİNİN KIDEM TAZMİNATININ MİKTARININ HESAPLANMASI

Basın İş Kanunu’na göre gazetecilere ödenecek kıdem tazminatı miktarının hesabı, 6. maddenin 7. fıkrasında hüküm altına alınmıştır. İlgili fıkranın, daha önce açıklandığı üzere AYM iptal kararından sonra yürürlükteki hâli şöyledir: “Hizmetine bu madde hükümlerine göre son verilen gazeteciye feshi ihbar edilen mukaveleli taallük ettiği her hizmet yılı veya kûsuru için, son aylığı esas itihaz olunmak suretiyle her yıl için bir aylık ücreti miktarında tazminat verilir. İlk mukavele yılında bu miktar hesaplanmaz”. Buna göre gazetecinin kıdem tazminatı, yukarıda açıklanan şekilde belirlenen meslek kıdemindeki her bir tam yıl için, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki en son bir aylık brüt çıplak ücreti<sup>120</sup> ve bir yıldan artan süreler için de

<sup>118</sup> Çoğunluk görüşü bunun kıdem tazminatı olmadığı yönündedir (Tuncay, s. 81; Gökçek Karaca, s. 182; Sümer, s. 207; Göktaş/Çil, s. 254). Buna karşılık Şakar, bunun da esasen alt sınırı belirlenmiş bir kıdem tazminatı olduğunu ileri sürmüştür (Şakar, s. 108). Narmanlıoğlu ise, eskiden bunun bir kıdem tazminatı türü olduğunu ileri sürmüşken, TBK’nın yürürlüğe girmesi ve ayrıca bir “ölüm tazminatı” düzenlemesine yer vermesi karşısında Basın İş Kanunu m. 18’deki tazminatın da artık bir kıdem tazminatı türü değil, ayrı bir ölüm tazminatı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir (Narmanlıoğlu, s. 1746).

<sup>119</sup> Gökçek Karaca, s. 182; Sümer, s. 207; Göktaş/Çil, s. 254.

<sup>120</sup> 1475 sayılı İK m. 14’teki “kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında [...] ücrete ilaveten işçiyeye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler”in de göz önünde bulundurulacağı açıkça belirtilmişken Basın İş

buna göre oranlama yapılarak bulunacak miktar üzerinden hesaplanacak, sözleşmenin ilk yılında ise bu hesaplama yapılmayacaktır. AYM'nin 2023 senesinde vermiş olduğu kararlar<sup>121</sup>, 7. fıkranın “yıllık hizmetin altı aydan az kısmı nazara alınmaz” cümlesi iptal edilmiş olduğundan gazetecinin kıdeminde tam yılların küsuratları altı aydan az olsa bile tazminatın hesabında dikkate alınacaktır.

1475 sayılı İK m. 14'ten farklı olarak Basın İş Kanunu'nda kıdem tazminatının hesabı için bir tavan öngörülmemiştir<sup>122</sup>. Dolayısıyla, basın iş sözleşmesiyle veya toplu iş sözleşmeleriyle gazetecinin kıdem tazminatının hesabı için hem herhangi bir üst sınır olmaksızın son ücretten daha yüksek bir miktarın esas alınması hem de çıplak ücret yerine giydirilmiş ücretin göz önünde bulundurulacağının kararlaştırılması mümkündür.

### III. BASIN İŞ KANUNU'NA GÖRE GAZETECİNİN KIDEM TAZMİNATININ ÖDENMESİNE İLİŞKİN ESASLAR

Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin 9. fıkrası gazetecinin kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin önemli esaslar belirlemiştir: “İşverenin maddi imkânsızlık sebebiyle gazetecinin tazminatını bir defada ödeyememesi halinde, tediye en çok dört taksitte yapılır ve bu taksitlerin tamamının süresi bir yılı geçemez. Ancak, bu bölünme o iş yerinin mali vergisini tahakkuk ettiren maliye şubesinin, müessesenin zarar etmekte olduğu kararı üzerine yapılabilir.” Buna göre, sadece işverenin maddi imkânsızlık içinde bulunduğu maliye şubesi kararıyla sabit olduğu hâllerde gazetecinin kıdem tazminatının ödemesi bir yıl içinde tamamlanmak koşuluyla en fazla dört taksitte gerçekleştirilebilir.

1475 sayılı İK m. 14'ten farklı olarak gazetecilerin kıdem tazminatı alacakları için özel bir gecikme faizi öngörülmediği gibi yine gazetecilerin

---

Kanunu m. 6'da böyle bir kural öngörülmemiştir. Dolayısıyla gazetecinin kıdem tazminatı giydirilmiş değil çıplak ücret üzerinden hesaplanmalıdır (aynı yönde; **Göktaş/Çil**, s. 57; **Sümer**, s. 224; **Şakar**, s. 113; **Birinci Gemici/Gemici**, s. 285). Nitekim Yargıtay'ın da -aksi yönde 2003 tarihli bir kararı bulunsa da (bkz. **Göktaş/Çil**, s. 57)- yerleşik içtihadı bu yöndedir (Yarg. 9. HD., T. 06.10.2003, E. 2003/2920, K. 2003/16216; Yarg. 9. HD., T. 08.01.2024, E. 2023/14771, K. 2024/21; Yarg. 9. HD., T. 22.06.2004, E. 2003/20058, K. 2004/15437, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 23.07.2024).

<sup>121</sup> Kararın künyesi için bkz. dn. 6.

<sup>122</sup> Yarg. 9. HD., T. 20.03.2018, E. 2017/27800, K. 2018/5816; Yarg. 7. HD., T.27.06.2014, E. 2014/3958, K. 2014/14716; Yarg. 9. HD., T. 27.10.2009, E. 2008/10226, K. 2009/29415; Yarg. 9. HD., T. 20.10.2003, E. 2003/4705, K. 2003/17372 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 23.07.2024).

kıdem tazminatı hakları bakımından yasada herhangi temerrüt tarihi de belirlenmemiştir. Bu durum Yargıtay kararlarında şu şekilde ifade edilmiştir: “5953 Sayılı Basın İş Kanunda iş sözleşmesinin feshi üzerine kıdem tazminatı yönünden temerrüdün oluşacağına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır”<sup>123</sup> ve “yine anılan Yasada fesih tarihinden itibaren faiz ödeneceği ve bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize hükmedileceği yönünde bir düzenleme de yer almamıştır. Bu itibarla gazetecinin kıdem tazminatı için fesih tarihinden itibaren bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi doğru olmaz. İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih ya da dava tarihinden itibaren yasal faize karar verilmelidir”<sup>124</sup>.

Yüksek mahkemenin gazetecilerin kıdem tazminatların hesaplanması ve ödenmesi hakkındaki esaslara yer veren bir kararında da şu ifadeler bulunmaktadır: “Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı Yasada kıdem tazminatı hesabında gydirilmiş ücret üzerinden hesaplama yapılacağı öngörülmemiştir. Bu nedenle kıdem tazminatı brüt ücret üzerinden hesaplanmalı ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 25/7 maddesine göre kıdem tazminatının yirmidört aylığı aşmayan tutarı için gelir vergisi uygulanmamalıdır. 5953 sayılı Kanunda kıdem tazminatı tavanı öngörülmediğinden, hesap yönünden bir üst sınırlama da bulunmamaktadır. Yine anılan Yasada kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacakları açısından fesih tarihinden itibaren faiz ödeneceği ve bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize hükmedileceği yönünde bir düzenleme de yer almamıştır. Bu itibarla gazetecinin kıdem tazminatı için fesih tarihinden itibaren bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi doğru olmaz. İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih ya da dava tarihinden itibaren yasal faize karar verilmelidir”<sup>125</sup>.

Son olarak, gazetecilerin kıdem tazminatı alacaklarına uygulanacak zamanaşımı süresi, beş yıldır (İK Ek m. 3)<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> Yarg. 9. HD., T. 02.06.2015, E. 2015/11720, K. 2015/20050; Yarg. 22 HD., T. 26.12.2019, E. 2016/26226, K. 2019/24513 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 10.07.2024).

<sup>124</sup> Yarg. 9. HD., T. 10.02.2015/E. 2013/8954, K. 2015/5477 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 10.07.2024).

<sup>125</sup> Yarg. 9. HD., T. 22.05.2014, E. 2012/11971, K. 2014/16430 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 10.07.2024).

<sup>126</sup> İK Ek Madde 3: “İş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun, yıllık izin ücreti ve aşağıda belirtilen tazminatların zamanaşımı süresi beş yıldır: a) Kıdem tazminatı, b) İş sözleşmesinin bildirim şartına uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat, c) Kötüniyet tazminatı, d) İş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat.”

## SONUÇ

Basın, güçlü bir demokrasi için olmazsa olmaz bir unsurdur. Bu özelliği gereği de “basın özgürlüğü”, gerek ifade özgürlüğünün de bir uzantısı gerek başlı başına bir temel hak olarak insan hakları metinleri ve anayasalarda yer bulmuştur. Zira basın aracılığıyla toplumun ülke ve dünyadaki siyasi, sanatsal, sosyal, ekonomik, bilimsel gelişmeler hakkında bilgi ve dolayısıyla fikir sahibi olması sağlanır. Basın bunu, emekçilerinin yerine getirdikleri “gazetecilik” faaliyetinin gazete, dergi, internet yayıncılığı, radyo ve televizyon olmak üzere çeşitli araçlar yoluyla gerçekleştirir.

Basın özgürlüğünün gerçekleşmesinde en önemli unsurlardan biri, söz konusu gazetecilik faaliyetini yerine getiren çalışanlara bu faaliyetin özelliklerine uygun güvenceler sağlanmasıdır. Bu faaliyeti bir meslek olarak ifa eden gazeteciler, serbest olarak çalışabilecekleri gibi bir basın işletmesine bağlı, başka bir ifadeyle işçi olarak da çalışabilirler. Gazeteciliğin “işçi” olarak gerçekleştirildiği durumlarda da hem bu mesleğin demokrasi ve temel haklarla yakın ilişkisi hem de başka iş ilişkilerinden farklı çalışma koşulları gerektirmesi nedeniyle (bağımlı) gazetecilerin, genel iş hukukunun öngörüklerinden daha sıkı kurullarla korunmaları ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda da pek çok Batı ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de ayrı ve özel bir “basın iş” mevzuatı olarak Basın İş Kanunu hazırlanarak yürürlüğe konmuştur. 1952 tarihli Basın İş Kanunu yürürlüğe girdiğinden beri pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin en olumlularının başında şüphesiz, 2002 yılında yapılan eklemeye, bu kanun kapsamındaki gazetecilerin iş güvencesinden yararlandırılmaları gelmektedir.

Basın İş Kanunu kapsamındaki gazeteciler için öngörölmüş en önemli haklardan biri, esasen bireysel iş hukukunun işçilere sağladığı en önemli kazanımlardan olan, kıdem tazminatı düzenlemesidir. Çalışmamızın konusunu oluşturan Basın İş Kanunu’ndaki kıdem tazminatı düzenlemesi ise maalesef hem yetersiz hem de çok muğlak bir düzenlemeye sahiptir. Basın İş Kanunu’nun 6. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanma şartlarından kıdem süresinin, diğer bireysel iş yasalarındakilerden farklı olarak “meslek kıdemi” esas alınacak şekilde belirlenmiş olması bu düzenlemenin en isabetli özelliği olarak kabul edilebilir. Dahası, 2023 tarihli AYM kararıyla, yine 6. maddede, kıdem tazminatına hak kazanmak için gazetecinin en az beş yıl meslek kıdemine sahip olmasını arayan koşulun ve “*yıllık hizmetin altı aydan az kısmı nazara alınmaz*” ifadesinin iptal edilmiş olması da olumlu ve basın iş mevzuatının amacıyla uyumlu bir gelişmedir.

Basın İş Kanunu'ndaki kıdem tazminatı düzenlemesiyle ilgili sorunlu hususlar şu şekilde sıralanabilir: Öncelikle, kanunun sistematığı bakımından ele alındığında, 6. maddenin başlığında sadece "kıdem tazminatı" terimine yer verilmiş olmasına rağmen madde metninde kıdem tazminatına ilaveten, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağına ödenmesi düzenlenmiştir. Ayrıca başlıkta "akdin işveren tarafından feshi" ifadesi kullanılmışsa da metinde, işveren tarafından yapılan sadece süreli fesihlere yer verilmiştir. Bunu izleyen 7. maddede ise yine genel bir başlıkla ama salt süreli feshi içerecek biçimde, gazetecinin iş sözleşmesi feshi düzenlenmiştir. Gazetecinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshi ise, işçi tarafından yapılacak haklı nedenle feshe ilişkin düzenlemeyle birlikte, 11. maddede yer bulmuştur. Üstelik 11. maddede, kanunda başka bir yerde geçmeyen ve bu nedenle niteliği tartışmalı olup kıdem tazminatı olarak değerlendirilebilen bir tazminattan bahsedilmiştir. 11. maddede açıkça "kıdem tazminatı" ifadesinin kullanılmamış olması, sözleşmenin işveren veya gazeteci tarafından haklı nedenle feshedilmesi hâlinde kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılmayacağı konusunda belirsizlik yaratmaktadır. 12. maddede ise sözleşmenin işveren tarafından feshedileceği özel bir duruma yer verilmişse de bu durumda sadece "tazminat" ödeneceğinin öngörülmüş olması yine bunun kıdem tazminatı olup olmadığı hususunu muğlak bırakmaktadır. Bu düzensizliğin ve muğlak ifadelerin yol açtığı belirsizlikler, çalışmamızda ele aldığımız öğreti görüşleri ve yargı kararlarıyla açıklığa kavuşturulmaya ve giderilmeye çalışılmaktadır.

Basının ve gazeteciliğin yukarıda açıklanan önemi ve bu nedenle özel bir kanuna konu edilmiş olduğu dikkate alındığında gazetecilerin kıdem tazminatı haklarına yönelik kuralların tartışmaya ve gazetecilerin aleyhine sonuçlar doğurmaya açık olmayacak biçimde düzenlenmesi ihtiyacı ortadadır. Bu doğrultuda, mevzuatta değişiklik yapılarak, öncelikle iş sözleşmesinin gazeteci ve işveren tarafından feshi başta olmak üzere basın iş sözleşmesinin sona ermesi hâllerinin ayrı ayrı düzenlenmesi, daha sonra kıdem tazminatının kendi içinde ayrı bir başlık olarak kıdem süresi, hak kazandırıcı sona erme durumları ve hesaplanması ile ilgili esaslar açık biçimde ortaya konarak hüküm altına alınması faydalı olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akyiğit**, Ercan: Kıdem Tazminatı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- Arslan Durmuş**, Seda: İş Hukukunda Kıdem Kavramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Auzero**, Gilles/**Baugard**, Dirk/**Dockès**, Emmanuel: Droit du Travail, 37<sup>e</sup> Édition, Lefebvre Dalloz, Paris 2023.
- Aydınlı**, İbrahim: Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Demiryol-İş Eğitim Yayınları, Ankara 2001.
- Başterzi**, Süleyman: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Kamu-İş, Ankara 2011, s. 5-131.
- Birinci Gemici**, Nur/**Gemici**, Cihat: “5953 Sayılı Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı Düzenlemesi”, İş ve Hayat Dergisi, 3, 5, 2017, s. 272-289.
- Bychawska-Siniarska**, Dominika: Protecting The Right to Freedom of Expression Under The European Convention on Human Rights, A Handbook for Legal Practitioners, Strasbourg, 2017.
- Bulun Tokkaş**, Sevde: “Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı Hakkı: Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, 1, 2024, s. 149-175.
- Chauvy**, Yves: “La publication: une entreprise plus qu’une oeuvre dans la détermination du statut de journaliste professionnel”, Recueil Dalloz, 27, 1993, s. 389.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Çenberci**, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara 1986.
- Doğan Yenisey**, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Ekonomi**, Münir: İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku, 8. Baskı, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul 1984.
- Gökçek Karaca**, Nuray: Basın İş Hukuku Medya Çalışma İlişkileri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.



- Göktaş**, Seracettin: Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Göktaş**, Seracettin/Çil, Şahin: Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2003.
- Güzel**, Ali/Ertan, Emre: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, Legal İSGHD, 16, 2007, s. 1219-1305.
- ILO**: International Standard Classification of Occupations- ISCO 08 Volume 1, International Labour Office, Geneva 2012.
- Lyon-Caen**, Gérard: Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, LGDJ, Paris, 1955.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022.
- Narmanhoğlu**, Ünal: “Gazeteciye Kıdem Tazminatı Talep Hakkı Sağlayan Sona Erme Durumları Üzerinde Düşünceler”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, Özel Sayı, 2017, s. 1719-1751.
- Oğuzman**, Kemal: “Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 32, 2-4, 1966, s. 858-883.
- Savatier**, Jean/Fin-Langer, Laurence: “Ancienneté Dans l’Entreprise”, Recueil Dalloz; Janvier 2023, www.dallozbibliotheque.fr, Erişim Tarihi: 14.02.2024.
- Sevimli**, Ahmet: “Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı”, İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, 2, 1, 2000, <https://www.isguc.org/?p=article&id=90&cilt=2&sayi=1&yil=2000>, Erişim Tarihi: 10.06.2024.
- Soyer**, Polat: “Basın İş Kanunu’nun Kapsamı ve Yargıtay Uygulaması”, Legal İSGHD, 13, 50, 2016, s. 609-629.
- Sümer**, Halûk Hâdi: Bireysel Basın İş Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Şakar**, Müjdat: Basın İş Hukuku Gazetecilerin Çalışma İlişkileri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002.
- Şakar**, Müjdat: “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 17, 2008, s. 11-29. (Kıdem Tazminatı)

**Şakar**, Müjdat: “Gazeteci ile İşveren Arasındaki Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, Halid Kemal Elbir’e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 488-498. (Sona Erme)

**Şuğle**, Mehmet Ali: İş Hukuku Açısından Gazeteci, ÇGD, Ankara 2001.

**Tuncay**, Can: Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, Evrim Yayınevi, İstanbul 1989.



## ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN HUKUKA AYKIRI KAYIT VE YAYINLARA KARŞI KORUNMASINDA MEVCUT HUKUKİ YOLLARIN İŞLEVSELLİĞİ VE ALINMASI GEREKLİ YENİ TEDBİR ÖNERİLERİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1513683>

**Dr. Öğr. Üyesi Bedia GÜLEŞ\***

### Öz

Teknolojinin hızlı gelişimi sosyal hayata pek çok kolaylık katmakta, mesafeler ve zaman kısıtlılığı gibi engeller dolayısıyla yapılamayan işlemler, kısa zamanda gerçekleştirilebilir hâle gelmektedir. Ancak işlenen verileri dolayısıyla insanların daha ulaşılabilir hâle gelmesi de bir dezavantaj olarak korutucu bir boyuta ulaşmakta, bu erişilebilirlik en çok da çocukları tehdit etmektedir. Zira dijital mecralardaki çocuk içerikli paylaşımlar, en çok çocuğun yakınları tarafından yapılmakta, söz konusu veriler kötü amaçlarla kullanılabilmekte ve çocuk paylaşımlara karşı korumasız kalmaktadır.

Çalışmada çocuğun dijital alanda korunması ve buna yönelik çözüm önerileri incelenmiştir. Bu doğrultuda ilk bölümde, çocuk hakkında yapılan kayıt ve paylaşımların ihlal ettiği hukuki yararlar irdelenmiştir. Sonrasında söz konusu ihlallere karşı mevcut hukuk sistem içerisinde başvurulabilecek hukuki yollar ve bunların ne kadar işlevsel olduğuna yer verilmiştir. Çalışmanın son bölümünde de devam eden ihlallerin durması için alınması gereken önlemler ve yapılması gereken kanuni değişikliklere dair çözüm önerileri sunulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

Çocuğun Kişisel Verileri, Çocuğun Özel Hayatı, Çocuğun Kişisel Verilerinin Kaydı ve Yayını, Çocuğun Yüksek Yararı, Koruma Tedbirleri

\* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Konya (bedia.gules@hotmail.com) ORCID: 0000-0002-9036-7572 (Gönderim Tarihi: 10.07.2024-Kabul Tarihi: 31.07.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**FUNCTIONALITY OF CURRENT LEGAL REMEDIES AND  
RECOMMENDATIONS FOR NEW MEASURES TO BE  
TAKEN IN PROTECTING THE CHILD'S PERSONAL DATA  
AGAINST ILLEGAL RECORDING AND  
GIVING FORTH OF CHILD'S PERSONAL DATA**

*(Research Article)*

**Abstract**

*The rapid development of technology adds many conveniences to social life, transactions that can not be performed due to obstacles such as distances and time constraints can be performed in short time. However, as a result of the processed data, people become more broken and as a disadvantage, it reaches a point of expansion and this accessibility poses a threat mostly to children. Because child content shares in digital media are mostly made by the child's relatives, the data can be used with malicious elements and the child remains unprotected against sharing.*

*In this study, child's protection in digital media and solution suggestion against this problem has been examined. In this context in first chapter, the legal interests violated by the records and shares made about child have been examined. Afterwards, the legal remedies that can be used within the current legal system against these violations a how functional they are shown. In last chapter of study, solution suggestions regarding the measures to be taken for the stocks of ongoing violations and the legal changes that need to be made are presented.*

**Keywords**

*Personal Data of Child, Private Life of Child, Recording and Give Forth of Child's Personal Data, Best Interests of the Child, Protective Measures*

## GİRİŞ

İnternet üzerinden gerçekleştirilen iletişim, günlük hayatta büyük kolaylık sağlamaktadır. Ticaretten eğitime, iletişimden yönetime kadar pek çok alanda bu kolaylığın eserini görmek mümkündür. Fakat kişisel verilerin isteyerek veya zorunlu olarak dijital alana aktarılıyor olması pek çok tehlikeyi de beraberinde getirmektedir. Çünkü bu veriler çeşitli kötü amaçlarla kullanılmaktadır. Söz konusu durum en çok çocuklar için tehlike oluşturur. Nitekim çocuklara ait pek çok veri başta ebeveynler olmak üzere çeşitli kimseler tarafından dijital mecrada paylaşmakta, sonra da bu veriler dolandırıcılık, çocuk kaçırma, sahte kimlik oluşturma gibi suçlar için araç olmaktadır.

Çocuklara ait kişisel veri paylaşımı tehlikesinin ne kadar büyük boyutlara ulaşabileceği, Alman telekomünikasyon şirketi Deutsche Telekom'un Temmuz 2023'te yayınladığı ürpertici reklam videosu ile dünyanın gözleri önüne serilmiş oldu<sup>1</sup>. Reklam filminde dokuz yaşındaki Ella'nın anne-babasının, Ella ile ilgili sosyal medyadan görüntü ve video paylaştığı anlaşılmaktadır. Yayımlanan fotoğraflardan birisi deepfake olarak değiştirilip yetişkin bir Ella hâlinde tasarlanır ve Ella'nın fotoğraf, görüntü ve sesiyle neler yapılabileceği anne-babasına bir sinema salonunda izletilir. Videoda fotoğraf yaşlandırılarak ya da cinsiyeti değiştirilerek sahte kimliklerde kullanılmakta, başka bir ses Ella'nın ses tonuna benzetilerek Ella kaçırılmış gibi ailesinden para istenmekte, görüntüleri uygunsuz vaziyette servis edilmektedir.

Kurgulanan bu olaylar maalesef gerçekleşmesi uzak ihtimaller değildir. İngiltere merkezli İnternet İzleme Vakfı (IWF)'nin 27.09.2023'te yaptığı açıklamaya göre, cinsel istismara uğrayan çocukların görüntülerinin paylaşımı son on yılda %1800 artmıştır<sup>2</sup>. Aynı vakfın paylaştığı verilere göre, ya-pay zekâ kullanan pedofiller tarafından ünlülere ait fotoğraflar çocuklaştırılarak kullanılmıştır<sup>3</sup>. İngiltere'de yakalanıp hapse atılan bir pedofilinin evinde 12.529 uygunsuz görüntü bulunmuş, 200'den fazla da dijital cihaz ele geçirilmiştir<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> [https://www.youtube.com/watch?v=F4WZ\\_k0vUDM](https://www.youtube.com/watch?v=F4WZ_k0vUDM) (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

<sup>2</sup> <https://www.trthaber.com/haber/cocuk/cocuklarin-internetteki-istismar-goruntulerinin-paylasimi-yuzde-1800-artti-798895.html> (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

<sup>3</sup> <https://www.bbc.com/turkce/articles/c97m2n4y079o> 25 Ekim 2023 tarihli haber (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

<sup>4</sup> <https://www.cumhuriyet.com.tr/dunya/bir-pedofilinin-evinde-12-binden-fazla-uygunsuz-cocuk-goruntusu-ortaya-cikti-2023394> 20 Ocak 2023 tarihli haber (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

Söz konusu paylaşımların devam etmesi ve suçların artması, çocuğun verilerinin paylaşımı konusunda tutum değiştirme gerekliliğine açıkça işaret etmektedir. Fakat anne-babalar ya da bunları paylaşan diğer kimseler, maalesef bu ciddiyetin farkında değildirler. Çocukların anne-babalarına karşı korunması gerekmektedir. Bazı ülkelerde bu amaçla mevzuat değişikliğine gidildiği gözlenmiştir. Örneğin Fransa, çocukların görüntülerini ebeveynlerin yayınlamalarına yönelik kısıtlama getiren bir yasa tasarısı hazırlamıştır<sup>5</sup>. Yine Amerika Birleşik Devletleri'nde 13 yaşından küçük çocukların internet üzerinde korunmasıyla ilgili olan, "Children's Online Privacy Protection Rule (COPPA)" adında bir kanun bulunmaktadır<sup>6</sup>. Ayrıca Illionis Eyaleti'nde de çocukların bu tür yayınlardan korunması ve "kidfluencer" denilen çocuk üzerinden sosyal mecrada para kazanma olayları gerçekleştiği zaman, ilgili kazancın bir kısmının çocuğa verilmesiyle ilgili yasa tasarısı meclise sunulmuştur<sup>7</sup>.

Çalışmada çocuklara ait verilerin internet üzerinden paylaşılması ve bunun için alınması gereken hukuki önlemler incelenmektedir. Bu kapsamda ilk olarak çocukla ilgili verilerin paylaşılması ve bunların çocuğa ait hangi hukuki yararları ihlal ettiği incelenmiştir. Sonrasında Türk Hukuku'nda çocuğun söz konusu yararlarını koruyan hükümler ve bu hükümler doğrultusunda açılacak davalar ifade edilmiştir. Bu başlık altında ayrıca, ilgili hükümlerin neden çocuğu korumada yetersiz kaldığı da belirtilmektedir. Son olarak ise çocuğu internet üzerinde koruma açısından atılması gereken hukuki adımların neler olabileceği tartışılmaktadır.

## I. ÇOCUKLARA AİT VERİLERİN İNTERNET ÜZERİNDEN PAYLAŞIMI VE BU PAYLAŞIMLARIN İHLAL ETTİĞİ HUKUKİ YARARLAR

Çocuklar hakkında internet üzerinden yapılan paylaşımlar kimi zaman hukuka uygun olabiliyorsa da ekseriyetle ihlale yol açmaktadır. Aşağıda paylaşımlar hakkındaki genel durum, sonrasında da söz konusu paylaşımların hangi yararları ihlal edebileceği incelenmektedir.

<sup>5</sup> <https://sputniknews.com.tr/20230307/fransada-ebeveynlere-cocuklarin-fotografini-paylasma-yasagi-geliyor-1067934765.html> 07.03.2023 tarihli haber (Erişim tarihi: 30.12.2023).

<sup>6</sup> İlgili kanunun metni için <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-C/part-312> (Erişim Tarihi: 30.12.2023).

<sup>7</sup> <https://www.csmonitor.com/USA/Justice/2023/0515/Kidfluencers-are-on-the-rise.-But-who-is-cashing-in> 15 Mayıs 2023 tarihli haber (Erişim Tarihi: 30.12.2023).

### A. Çocuklara Ait Veri Paylaşımının Günümüzdeki Genel Durumu ve Sonuçları

Dünyanın her yerinde olduğu gibi Türkiye’de de sosyal medya bağımlılık artışı baş döndürücü bir hızla devam etmekte<sup>8</sup> ve bu artış çocuklar için büyüyen bir tehlike oluşturmaktadır. 1 Nisan 2018-1 Temmuz 2018 arası tarihlerde 50 blogger ve 50 ünlü anne üzerinde yapılan bir araştırmada<sup>9</sup>, sosyal medyada bu süre içinde paylaşılan toplam fotoğrafların 10.300 olduğu, bunlardan 4695’nin çocuk içeren fotoğraf olduğu saptanmıştır. Bu araştırmanın beş yıl önce yapıldığı ve beş yıldan bu yana sosyal medya kullanımındaki artış düşünüldüğünde, sosyal medyada çocuklara ait veri paylaşımının ne kadar ciddi boyutlara ulaştığı tahmin edilebilir.

Tahmin edilemeyen durum ise söz konusu verileri paylaşmanın çocuklar açısından oluşturduğu tehlikedir<sup>10</sup>. Çocuk verilerinin internet üzerinden paylaşılması pek çok zarara neden olmaktadır. Her şeyden önce, özellikle fotoğraf, video ve seslerinin paylaşımı, onların kişisel gelişimleri üzerinde zararlı sonuçlara yol açabilir. Görüntüsünün beğenilmesi kendisini güzel hissetmesiyle, aksi ise fiziksel özellikleriyle barışık olmamasıyla sonuçlana-

<sup>8</sup> Türkiye İstatistik Kurumu 2023 yılı Hanehalkı Bilişim Teknolojileri Kullanım Araştırması Sonuçlarına göre, internet kullanan bireylerin oranı 2022 yılında %85 iken, 2023 yılında %87,1’e yükseldi. Bu sonuçlara göre erkeklerin en fazla %88,7’sinin WhatsApp, %72,6’sının YouTube ve %63,5’inin Instagram uygulamalarını; kadınların ise %81,1’inin WhatsApp, %65,4’ünün YouTube ve %59,3’ünün Instagram uygulamalarını kullandıkları tespit edildi, [https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-\(BT\)-Kullanim-Arastirmasi-2023-49407](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2023-49407) (Erişim Tarihi: 31.12.2023).

<sup>9</sup> **Duygulu**, Serap: “Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafi Paylaşımlarının Mahremiyet İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Değerlendirilmesi”, TRT Akademi Dergisi, Cilt: 04, Sayı: 08, Temmuz 2019, s. 428-487, s. 478, Tablo: 1.

<sup>10</sup> Aynı yönde, **Steinberg**, Stacey B.: “Sharenting: Children’s Privacy in the Age of Social Media”, Emory Law Journal, Volume: 66, Issue: 4, Year: 2017, s. 847, 848; **Girgin**, Ömer Ali/**Gönel**, Seray: “Çocuğun Kişisel Verilerinin Sosyal Medyada Ebeveyn Tarafından Paylaşılmasının Hukuki Sonuçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 44, Yıl: 11 (Ekim 2020), s. 107; **Akdi**, Murat: “Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, Cilt: 22, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 130; **Ertuğrul**, Meltem: “Çocuğun Kişisel Verilerinin Velisi Tarafından Sosyal Medyada Kullanılmasının Kişilik Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2021, s. 516.



bilir<sup>11</sup>. Çocuklara ait verileri üçüncü kişilerle paylaşmanın bir diğer zararı da çocuğun mahremiyetinin ihlal edilmesidir. Paylaşılan fotoğraf veya videolar, çocuğun rencide olması ve kendisiyle alay edilmesine yol açabilir; onun özel hallerini üçüncü kişilere açık hâle getirebilir<sup>12</sup>. Nitekim Avusturya’da 18 yaşındaki genç, kendisi çocukken paylaşılan fotoğrafları kaldırmaları için anne ve babasına karşı talepte bulunmuş, onlar kabul etmeyince de dava açmıştır<sup>13</sup>. Genç, “*Hiç utanmaları, hiç sınırları yok. Tuvalette otururken, karyolada çıplak yatarken fotoğraflarımı bile paylaşmışlar. Hayatımın her aşaması fotoğraflanmış ve kamuya açılmış*” beyanlarında bulunmuştur. Türkiye’de de 850 katılımcıyla yapılan bir araştırmada, kendi çocukluk fotoğraflarının paylaşılmasından rahatsızlık duyan katılımcı oranı yaklaşık %95’e ulaşmıştır<sup>14</sup>.

Veri paylaşımının çocuklar açısından ileride sebep olabileceği bir başka sakınca ise çocuk paylaşımlardan rahatsızlık duymasa bile, paylaşılan bilgilerin sonradan kendisi için birtakım olumsuzluklara yol açabilmesidir. Amerika’da bir sigorta şirketiyle hayat sigortası sözleşmesi yapmaya giden kişi, hastalandığı zamanlarda paylaştığı fotoğraflar sebebiyle şirketten, “*siz çok sık rahatsızlanıyorsunuz, ne zaman öleceğiniz belli olmaz, biz sizin hayat sigortanızı yapmıyoruz*” cevabını almıştır<sup>15</sup>. Çocuklar henüz doğmadan aile-

<sup>11</sup> Sosyal medyada beğenilmeyeceği hissine kapılan gençlerde, yeme bozuklukları, anoreksiya nervoza, bulimia nervoza gibi hastalıkların meydana geldiği hakkında, bkz. **Türk**, Gül Dilek/**Bayrakçı**, Serkan: “Sosyal Medya ve Toplumda Değişen Estetik İşlem Yaptırma Algısı”, Bilişim Teknolojileri Online Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 39, Yıl: 2019, s. 122; **Bazancir**, Melis: Sosyal Medyada Kadın Bedeninin İnşası: Instagram Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Denizli 2022; “Sosyal medyadaki güzellik algısı psikolojik sorunlara neden olabiliyor”, AA haber ajansının 11.03.2021 tarihli haberi, <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/sosyal-medyadaki-guzellik-algisi-psikolojik-sorunlara-neden-olabiliyor/2172216> (Erişim Tarihi: 31.12.2023).

<sup>12</sup> **Baştemur**, Şule/**Borucu**, Dilara Hatice/**Bulut**, Sezer: “Ebeveynlerin Çocuklarının Fotoğraflarını Sosyal Medyada Paylaşmasının (Sharenting) Psikolojik Sonuçları: Bir Sharenting Olgu İncelemesi”, Çocuk ve Genç Ruh Sağlığı Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 2, Yıl: 2021, s. 171; **Yavuz**, Can: “Sosyal Medya Ebeveynliği ve Çocukların Unutulma Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 85 (Ocak 2020), Sayı: 1, s. 21; **Steinberg**, s. 347.

<sup>13</sup> <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/avusturyada-iliginc-dava-ailesini-facebook-fotograflari-yuzunden-mahkemeye-verdi-40223889> 15 Eylül 2016 tarihli haber (Erişim Tarihi: 1.1.2024).

<sup>14</sup> **Duygulu**, s. 485, Tablo 15.

<sup>15</sup> Av. Faruk Çayır’la yapılan kişisel görüşmeden yapılan alıntıdır, (Aktaran: **Öztürk**, Şerife: “Facebook’ta Çocuklarının Fotoğraflarını Yayımlayan Ebeveynler ve Çocuklarının Kişilik Hakları”, Yeni Medya Çalışmaları III. Ulusal Kongre İfade Özgürlüğü, s. 269).

leri tarafından yapmaya başlanan paylaşımlar dikkate alındığında, bunların ne gibi güçlüklerle sebep olacağı tahmin edilemez.

Tüm bunlardan daha ağır olan sonuç ise çocuğa ait verilerin üçüncü kişilerce kötüniyetli olarak kullanılmasıdır. Özellikle pedofiller tarafından görüntülerin kullanılarak çocuk pornosu oluşturulması, izlenmesi ve yayılması, çocuk istismarlarında artışa yol açmaktadır<sup>16</sup>. Çocukların diğer kişisel verileriyle dijital çocuk kaçırmaya<sup>17</sup>, sahte kimlik oluşturma, bu verilerin dolandırıcılık, hırsızlık gibi suçlar veya ticaret<sup>18</sup> için kullanılması da çocuklarla ilgili kişisel veri paylaşımında ortaya çıkabilecek diğer sakıncalardan sadece birkaçıdır.

## B. Çocuklara Ait Veri Paylaşımının Neden Olduğu İhlaller

Çocuklara ait kişisel verilerin paylaşımı, paylaşan ebeveynler ya da diğer kimseler farkında olmasa da pek çok normu ihlal etmektedir. İhlal edilen bazı normlara aşağıda değinilmektedir.

### 1. Anayasal Bağlamda Meydana Gelen İhlaller

<sup>16</sup> Şiddeti Önleme ve Rehabilitasyon Derneği ile Acıbadem Üniversitesi Suç ve Şiddetle Mücadele Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin hazırladığı 2016 Çocuk İstismarına Yönelik Rapor, s. 7, 8, [https://imdat.org/media/raporlar/COCUK\\_ISTISMARINA\\_YONELIK\\_RAPOR.pdf](https://imdat.org/media/raporlar/COCUK_ISTISMARINA_YONELIK_RAPOR.pdf) (Erişim Tarihi: 10.01.2024); **Girgin/Göнал**, s. 111, 112; **Yavuz**, s. 25; **Steinberg**, s. 848, 849.

<sup>17</sup> **Girgin/Göнал**, s. 112; New York'ta yaşayan bir adamın, Danica Paterson'ın kızına ait fotoğrafları alarak kendi kızı gibi tanıttığı Facebook paylaşımı hakkında, <https://www.cbsnews.com/news/child-digitally-kidnapped-by-man-posing-as-father/> (Erişim Tarihi: 23.06.2024).

<sup>18</sup> “...Regülatörler, Google'a ait olan YouTube'un, zaman içinde web gezinmesini izlemek için kullanılan kimlik kodları da dahil olmak üzere, çocukların verilerini ebeveynlerinin rızası olmadan yasa dışı bir şekilde topladığını açıkladı. Regülatörlere göre YouTube, çocuklardan toplanan verileri reklamlarla hedeflemek için milyonlarca dolar para kazandı. YouTube, suçlamaları gidermek için 136 milyon dolar ticaret komisyonuna (trade commission) ve 34 milyon dolar New York Eyaleti'ne gidecek şekilde, 170 milyon dolar para cezasını kabul etti. Bu, çocukların gizlilik davasında komisyon tarafından şimdiye kadar elde edilen en büyük ceza olup; sosyal video paylaşım uygulaması TikTok'un sahibine karşı açılan 5.7 milyon dolarlık para cezasını gölgede bıraktı...”, <https://www.nytimes.com/2019/09/04/technology/google-youtube-fine-ftc.html> (Erişim Tarihi: 22.06.2024), (Çev: **Koral**, İlayda: “Büyük Medya Şirketlerinin Yeni Suç Dosyası: Çocuk Mahremiyeti”, <https://dijitalmedyavecocuk.bilgi.edu.tr/2020/02/26/buyuk-medya-sirketlerinin-yeni-suc-dosyasi-cocuk-mahremiyeti/> (Erişim Tarihi: 22.06.2024).

Hukuka aykırı şekilde yapılan veri kaydı ve paylaşımları ilk olarak kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlali anlamına gelebilir. 1982 tarihli Anayasa'nın İkinci Kısmı'nda yer verilen temel hak ve hürriyetlerden herkes gibi çocuklar da yararlanır<sup>19</sup>. Belirtmek gerekir ki anayasada temel hak ve hürriyetlerin yer alması esasında, devletin eylem ve işlemlerine karşı kişilerin korunmasını amaçlar. Fakat günümüz anlayışı artık devletin, kişiler arası ihlali engelleme yükümlülüğü olduğuna, bununla ilgili alınması gereken tüm tedbirleri alması gerekliliğine dönüşmüştür<sup>20</sup>. Dolayısıyla çocuklarla ilgili yapılan veri paylaşımlarında devlet, bizzat veya gerekli önlemleri almadığı için ihlalcı olabilir.

Çocuklar hakkında yapılan hukuka aykırı veri paylaşımı ilk olarak Anayasa m. 20 ile korunmuş olan özel hayatın gizliliğini ihlal eder. Çünkü çocukla ilgili yapılan çoğu paylaşımda onun hayatında meydana gelen tüm olaylar yer almaktadır. Oysa bu hâllerden çoğu, çocuğun özel ya da gizli alanına müdahale oluşturur. Yapılan paylaşımlar aynı zamanda, çocuğun verilerinin kaydedilmesiyle de sonuçlanmaktadır. Çocuğa ait görüntüler, okul veya ev adresi, kimlik numarası gibi bazı veriler, ultrason görüntüsü<sup>21</sup>

<sup>19</sup> **Serozan**, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 261; aynı yöndeki değerlendirmeler için, **Konaç**, Esin: Türk Hukukunda Çocuğun Korunması, Ankara 1989, s. 28 vd.; kişinin sağ ve tam doğumuyla birlikte ortaya çıkan haklar olduğu yönünde, **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rifat Murat: İnsan Hakları El kitabı, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 28; insan haklarının herkese yönelik haklar olduğu, **Gözler**, Kemal: Anayasa Hukununun Genel Teorisi, Cilt: II, 1. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Bursa 2011, s. 527.

<sup>20</sup> Devletin bireyler arasında gerçekleşen ihlaller için gerekli önlemleri almadığı takdirde sorumlu olmasını anlatan bu durum insan haklarının yatay etkisi olarak adlandırılmaktadır, **Eren**, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, (**Eren**, A.), s. 453; (yatay etkisinin "insan haklarının özel kişilere karşı ileri sürülebilirliği" olarak tanımlanması hakkında, **Gözler**, s. 538); **Algan**, Müberra: Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 571, 572, 595; Devletin temel hak ve özgürlükleri gerçekleştirme konusunda pozitif yükümlülüğü olduğuna dair, **Anayurt**, Ömer: Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 369; yaşam hakkı özelinde verilen tanım için, **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 100.

<sup>21</sup> Kişiliğin başlangıcı sağ ve tam doğmak kaydıyla çocuğun anne rahmine düşmesi anına kadar geriye yürütüldüğü (TMK m. 28) için çocuk sağ ve tam doğduğu takdirde ultrason görüntülerinin de kişilik hakkı kapsamında korunması kabul edilmelidir. Aynı yöndeki fikir ve bu konudaki kapsamlı bir çalışma için, **Badur**, Emel: "Kişisel Verilerin Kişiliğin Başlangıcı ve Sonu Ötesinde Korunması", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXVII, Sayı: 3, Yıl: 2023, (Kişiliğin Başlangıcı ve Sonu), s. 13.

ya da tahlil sonuçları gibi birtakım sağlık verileri çeşitli mecralarda paylaşılmaktadır. Bu durum da Anayasa m. 20/3'te korunan kişisel veri gizliliğinin ihlalini oluşturur. Çünkü hükme göre kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde ya da kişinin rızasıyla işlenebilir. Oysa verilerin ebeveyn ya da üçüncü kişi tarafından paylaşılmasında veya kaydedilmesinde, çoğu zaman ne geçerli bir rızadan bahsedilebilir ne de bu durum kanunun verdiği yetkiyle bağdaştırılabilir.

Anayasa'da çocukların korunmasıyla ilgili özel hükümler de mevcuttur. 41. maddenin 2. fıkrasında, ailenin huzur ve refahı, özellikle ana ve çocuğun korunması konusunda Devlet'in gerekli tedbirleri alma ve teşkilatı kurma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Aynı hükmün dördüncü fıkrasına göre de çocukların her türlü istismar ve şiddetten korunması için Devlet koruyucu tedbirleri alır. Çocuklara dair görüntü paylaşımının kötü amaçla kullanılabilirdiği, özellikle çocuk pornosu için veri olarak kaydedildiği, kullanıldığı ya da satıldığı ise bugün yadsınamayacak bir gerçektir. Devlet ihlallere karşı mevcut hukuki mekanizmaları işletmediği veya mevcut yollar yetersiz kaldığı için daha ağır tedbirler almadığı takdirde, maddede yer alan yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır.

## **2. Uluslararası Anlaşmalar Açısından Meydana Gelen İhlaller**

Çocuk haklarını koruyan uluslararası anlaşmalardan ilki, Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan ve Türkiye'nin de 4 Kasım 1950 tarihinde imzalayarak taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Sözleşme'de yer alan haklar, taraf devletlerde yaşayan herkese yöneliktir; dolayısıyla çocuklar da bu haklardan yararlanır. Sözleşme'nin 1. bölümünün 8. maddesinde yer alan hükme göre, herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmelidir. Çocuğun kişisel verileri ve özellikle görüntüleri üçüncü kişilerle paylaşıldığında, ilgili veriler özel hayat veya aile hayatına dair içerikler taşıyorsa -ki ekseriyetle böyledir- çocuğun özel hayatı ya da aile hayatı ihlal edilmiş olur. Somut olayda Sözleşme'deki diğer hakların da ihlal edilmesi mümkündür.

Konuyla ilgili diğer bir anlaşma, Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'dir. Bildirge 1931 yılında Türkiye tarafından imzalanmıştır<sup>22</sup>. Metin çocukların korunmasına yönelik beş genel maddeyi içermektedir. 4. maddesine göre de

<sup>22</sup> **Akyüz**, Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, 8. Baskı, Pegem Akademi Yayınları, Ankara 2021, s. 43; ayrıca bkz. **Özdemir**, Hayrunnisa/**Ruhi**, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 15.

çocuk her türlü istismardan korunmalıdır. Çocuklara ait görsel yayınlar istismara sebep olabildiği için durum, hüküm gereklerinin yerine getirilmediği anlamına gelebilir.

Çocuk hakları konusunda önemli olan bir diğer metin Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'dir. Bildirge, Birleşmiş Milletler Üye Devletleri tarafından 20 Kasım 1959'da kabul edilmiştir<sup>23</sup>. Bildirge'nin 9. maddesi, çocuğun her türlü ihmal, istismar ve sömürüye karşı korunması gerekliliğine işaret eder. Aynı hüküm, çocuğun ticaret konusu yapılamamasını içermesi açısından da dikkat çekicidir. Çocuklarla ilgili yapılan veri paylaşımlarının istismara ve sömürüye zemin hazırlaması, hükmün gereklerini dolaylı olarak ihmalî gösterir. Ayrıca internette çocuk fotoğraf veya videoları vasıtasıyla kazanç elde edilmesi de çocuğun ticaret konusu yapılamayacağı hükmüne aykırılık oluşturur.

Doğrudan çocuk haklarına yönelik olması dolayısıyla günümüzde en etkin sayılabilecek anlaşma ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. Türkiye Anlaşma'yı 9 Aralık 1994 tarihinde imzalamış, Anlaşma Türkiye için 27 Ocak 1995'te bağlayıcı hâle gelmiştir<sup>24</sup>. Sözleşmenin 16. maddesinin 1. fıkrasına göre çocuğun özel yaşantısına, ailesine, konutuna ya da iletişimine keyfi veya haksız olarak müdahale edilemez, onur ve itibarına haksız olarak saldırılamaz. Hükmün 2. fıkrasında ise çocuğun bu müdahale ve saldırılara karşı kanun tarafından korunma hakkı olduğuna işaret edilmektedir. İnternet üzerinden yapılan veri paylaşımı, özellikle görüntü paylaşımları, çocuğun hükümde işaret edilen özel hayat ve gizli hayat alanlarına ekseriyetle müdahale oluşturmaktadır.

Sözleşmenin 19. maddesi de veri paylaşımı sebebiyle meydana gelen ihlalleri doğrudan ilgilendirmektedir. Hükmün 1. fıkrasına göre, çocuğa anne-babasından, vasisinden ya da bakımını üstlenen diğer kişilerden herhangi bir saldırı, şiddet, suiistimal, kötü muamele veya ihmal meydana geldiği zaman, devlet bunlara karşı, kanuni, idari, toplumsal ya da eğitsel her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Çocuğa ilişkin veriler paylaşıldığı zaman da özel hayatının ihlali, çocuk üzerinden para kazanılması ya da onun istismar edilmesi gibi pek çok ihlal meydana gelmektedir. Böylece devlet söz konusu hüküm açısından da çocuğun korunması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü altındadır. Çocuk sosyal medyada takipçi toplayarak gelir elde

<sup>23</sup> Özdemir/Ruhi, s. 16; Akyüz, s. 44; Özcan Büyüktanır, Burcu G.: Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 29.

<sup>24</sup> Akyüz, s. 45; Özdemir/Ruhi, s. 17; Özcan Büyüktanır, s. 29.

etme aracı olarak da kullanılabildiği için<sup>25</sup> çocuğun ekonomik sömürüden korunması amacıyla ihdas edilen Sözleşme'nin 32. maddesi açısından ve çocuğun genel olarak sömürüye karşı korunmasını amaçlayan 36. maddesi açısından da devletin benzer yükümlülükleri söz konusudur.

Pornografik içeriklerde çocuğun kullanılmasını engellemeyi amaçlayan 34. madde de çocuğun verilerinin paylaşılmasını doğrudan ilgilendiren bir hükümdür. Zira paylaşımı yapanlar tarafından her ne kadar böyle bir amaç güdülmese de üçüncü kişilerce çocuğun görüntülerinin pornografik içeriklerde kullanıldığı, günümüzde defalarca tecrübe edilmiş bir gerçektir. Bu madde gereğince de devlet her türlü önlemi almakla yükümlüdür.

Çocuklara dair veri paylaşımı Sözleşme'nin diğer hükümlerini de doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edebilir. Hangi hükmü ihlal edilirse edilsin, önemli olan çocuğun korunması, ihlallerin önlenmesi ve mevcut ihlallerin bir an önce ortadan kaldırılması için devletin gerekli önlemleri almasıdır.

### 3. Türk Medeni Kanunu Açısından Meydana Gelen İhlaller

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) bir yandan kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemesi diğer yandan kişiliğe, aile düzenine ve çocuğa yönelik çeşitli hükümler barındırması, onu çocuklar hakkındaki veri paylaşımı ile doğrudan ilgili kanun hâline getirmektedir. Çünkü ihlal oluşturan paylaşımlar ekseriyetle özel kişiler tarafından yapılmakta, çoğunlukla ebeveyn paylaşım fiilini icra etmekte, bunun sonucu olarak da çocuğun kişilik hakkı zarar görmektedir.

Çocuğa ait verilerin hukuka aykırı paylaşımı onun kişiliğine ait değerlerin üçüncü kişilere açılması anlamına gelir. Bu durum da TMK m. 23 ve devamında koruma altına alınan kişilik hakkının ihlalini oluşturur<sup>26</sup>. Kişilik

<sup>25</sup> Bu durumun çocuğu ekonomik yönden istismar etme olduğu yönünde, **Girgin/Göнал**, s. 109; anne-babaların sosyal medyada çocuk üzerinden yaptığı çeşitli ekonomik faaliyetler hakkında, **Yavuz**, s. 19; çocuğun aile yardım ölçüsünün dışına çıkan influencer faaliyetleri için ebeveyn ile çocuk arasında iş sözleşmesinin dahi ortaya çıkabileceğiyle ilgili, **Özer**, Hatice Duygu/**Alpsoy**, Fatma Nazlıcan: "Çocuk İşçiliğinin Yeni Görünümü: Kidfluencer", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Yıl: 2024, s. 259.

<sup>26</sup> **Girgin/Göнал**, s. 109, 113; **Şengöz**, Çağrı: "Çocuğun Kişilik Hakkının Korunması", Prof. Dr. Ali Naim İnan Anısında Çocuk Hukuku Armağanı, (Editör: Doç. Dr. Yıldız Abik, Editör Yardımcısı: Arş. Gör. Seher Bağaç İçen), Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 90; rızasız resim ve film çekmenin, aile ilişkilerini ifşanın, bu tür bilgileri sırf öğrenmenin bile kişilik hakkına hukuka aykırı müdahale olduğuna dair, **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt: II Kişiler Hukuku, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul

hakkı, bireyin benliğini oluşturan bütün değerler üzerindeki hakkı ifade eder<sup>27</sup>. Kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, ismi, resmi, sesi, özel ve gizli yaşam alanları bu değerlere dâhildir<sup>28</sup>. Çocuk hakkında yapılan paylaşımlarda da çocuğun görüntüsü, sesi, aile yaşantısı, sağlık verileri gibi kişilik değerleri üçüncü kişilere açık hâle getirilmektedir. Bu sebeple durum çocuğun kişilik değerlerine bir müdahale oluşturur.

Çocukla hakkında yapılan paylaşımları ilgilendiren diğer hükümler, velayete ilişkin hükümlerdir. TMK m. 335'e göre ergin olmayan çocuk üzerinde anne ve babanın velayet yetkisi vardır. Bu yetki doğrultusunda anne-baba, çocuğun bakımı ve eğitimiyle ilgili her türlü kararı alıp uygulayabilir (TMK m. 339). Anne-baba çocuğu eğitmek, bedensel, zihinsel, ahlâki, toplumsal gelişimini sağlamakla ve onu korumakla yükümlüdür (TMK m. 340). Hükümlerden de anlaşıldığı üzere velayet yetkisi anne-babaya çocuk üzerinde oldukça geniş yetkiler tanır. Bu esasa dayanarak anne-babalar da yaptıkları paylaşımlar hakkında velayet yetkisi gereği böyle bir haklarının olduğunu ve herkesin de buna saygı göstermesi gerektiğini ileri sürmekte-

---

2022, s. 140; **Akdi**, s. 129; **Ertuğrul**, s. 523; **Badur**, Emel: Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması, KVKK, GVKT ve AİHM Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, (Çocuğun Kişisel Verileri), s. 52; kişinin resmi üzerindeki hakkı olarak değerlendirilmesi gerektiğiyle ilgili, **Özdemir/Ruhi**, s. 81; çocuğun kişisel bilgilerinin onun sosyal kişilik değeri kapsamında olduğu yönünde, **Özcan Büyüktanır**, s. 38, 206, 211.

<sup>27</sup> Benzer tanımlar için **Dural/Öğüz**, s. 100; **Serozan**, Rona/**Engin**, B. İlkay/**Atamer**, Yeşim M.: Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 458; **Serozan**, s. 102; **Helvacı**, Serap/**Erlüle**, Fulya: Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 87; **Özdemir/Ruhi**, s. 66; **Akyüz**, s. 128; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medeni Hukuk Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, (**Kılıçoğlu**, Kişiler), s. 301; **Keskin**, A. Dilşad: Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht), Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 52; **Badur**, s. 37, 38; **Acabey**, Mehmet Beşir: "Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Sayı: Özel, Yıl: 2013, s. 13; çocuğun kişilik hakkı özelinde bir tanım için, **Şengöz**, s. 74.

<sup>28</sup> **Dural/Öğüz**, s. 104 vd.; **Kılıçoğlu**, Kişiler, s. 303; **Helvacı/Erlüle**, s. 88 vd.; **Serozan/Engin/Atamer**, s. 458; **Özdemir/Ruhi**, s. 66; **Serozan**, s. 102; **Keskin**, s. 55, 56; **Akyüz**, s. 129; **Badur**, Çocuğun Kişisel Verileri, s. 38; kişilik hakkı kapsamında değerlendirilen kendi geleceğini belirleme hakkının, kişiyi yalnız Devletten gelen müdahalelere karşı değil, aynı zamanda kişinin iradesi dışında bilgilerinin kamuya açık hale getirilmesine karşı da koruduğu yönünde, **Götting**, Peter-Horst/**Schertz**, Christian/**Seitz**, Walter (Herausgeben von): Handbuch des Persönlichkeitsrechts, Verlag C. H. Beck, München 2008, s. 332.

dirler<sup>29</sup>. Ancak velayet yetkisinin anlamı, sonucu her ne olursa olsun çocukla ilgili her şeyi yapabilmek değildir. Velayet yetkisinin sınırı çocuğun yüksek yararındır<sup>30</sup>. Bu yarara uygun düşmeyen hiçbir fiil ve işleme anne-baba yetkili değildir. Söz konusu paylaşımların da çocuğa, maddi ve manevi açılardan zarar verdiği, onun kişilik değerlerini ihlal ettiği, dolayısıyla yüksek yararına uygun düşmediği açıktır.

Çocuk üzerindeki yetkisi bağlamında veri paylaşımı yapma hakkı olduğunu ileri sürebilecek diğer bir kimse ise vasiidir. TMK m. 348/II'ye göre velayet hem anneden hem babadan kaldırılırsa çocuğa vasi atanır. TMK m. 403'e göre ise vasi küçüğün kişiliğiyle malvarlığını korumak ve onu hukuki işlemlerde temsil etmekle yükümlüdür. Vasi seçilirken çocuğun hısımları arasından olmasına gayret edildiği (TMK m. 414) ve bu bağın da daha fazla yakınlık getirdiği düşünüldüğünde çocuk hakkında paylaşım yapılması daha olasıdır<sup>31</sup>. Bu ihtimal gerçekleştiği takdirde de durum vasilik görevinin hukuka aykırı şekilde kullanılmış olmasıyla sonuçlanabilir.

Velayet veya vesayet gibi bir bağ olmasa dahi üçüncü kişilerin de çocukla ilgili veri paylaşımında bulunmaları mümkündür. Bunlar, çocuğun bakıcısı, öğretmeni, komşusu gibi yakın çevresindeki insanlar veya çocukla hiç tanışmamış kimseler de olabilir. Söz konusu paylaşımlar TMK açısından kişilik hakkının ihlali ile sonuçlanabileceği gibi, bunların özel hukuki ilişki gereği bir sözleşme hükmünü (örneğin öğretim sözleşmesi, çocuk bakım sözleşmesi) ve kamu görevinin gereğini ihlal etmesi de mümkündür.

<sup>29</sup> "...Eleştirilere bir Instagram annesi şu cevabı vermiştir: Sosyal medya hepimizin hayat görüşüyle, yaşam tarzıyla, düşünce özgürlüğü ile var olma hakkının olduğu bir dünya. Herkesin farklı kullanma amaçları var. Bunlar bir diğerimize direkt zarar vermiyorsa, genel toplum kurallarını ihlal etmiyorsa, hukuka aykırı değilse herkes dilediği gibi var olabilir. Bu en tabii kişilik haklarından. Sen çocuğunun fotoğraflarını paylaşmayı o ya da bu nedenle doğru bulmuyor olabilirsin, saygı duyuyorum. Ben de çocuğumun fotoğraflarını paylaşmayı o veya bu nedenle doğru buluyorum, saygı duyacaksın.", **Öztürk**, s. 269, 270, 273.

<sup>30</sup> **İmamoğlu**, S. Hülya: "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54, Sayı: 2, Yıl: 2005, s. 192; **Serozan**, s. 160; bu yetkinin çocuğun yararına kullanılması gerektiğine dair, **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt: III Aile Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 367; **Girgin/Gönel**, s. 110; **Şengöz**, s. 96; **Akdi**, s. 125 AİHM'e göre de çocuk üzerinde anne-babanın yetkisi sınırsız değildir ve Devlet suiistimallere karşı gerekli önlemleri almakla yükümlüdür, bkz. **Algan**, s. 604.

<sup>31</sup> Çocuklarla ilgili temel hak ve özgürlük ihlallerinin daha çok yakınlarından kaynaklandığı hakkında, **Algan**, s. 568.



#### 4. Türk Ceza Kanunu Açısından Meydana Gelen İhlaller

Çocukla ilgili veri paylaşımı Türk Ceza Kanunu'ndaki (TCK) pek çok hükmü ihlal anlamına gelebilir. Aynı fiille birden fazla suçun işlenmiş olması da mümkündür. Çalışma konusu geniş şekilde işlemeye elverişli olmadığından, bu başlık altında yalnızca çocuğun kişisel verileriyle ilgili doğrudan ortaya çıkabilecek suçlara yer verilmiştir.

İlk olarak çocukla ilgili veri paylaşımının çocuğun cinsel istismarı suçunu (TCK m. 103) oluşturması mümkündür. Çocuğun cinsel istismarı, çocuğun rızası olmadan veya fesada uğratılmış rızası alınarak ya da fiziksel veya psikolojik baskıya maruz bırakılarak cinsel amaçlarla kullanılmasıdır<sup>32</sup>. Bedensel temas içermeyen cinsel davranışlar da suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla çocuğun kişisel verileri, özellikle görüntüleri çocuğun cinsel istismarı için kaydedilmişse TCK m. 103/1 oluşabilir<sup>33</sup>. Fakat bu suçu müstehcenlik suçundan ayırmak gerekir. Cinsel istismar suçunda çocuğa karşı cinsel hareketler yapılmaktadır. Hâlbuki müstehcenlik suçunda çocuk, ya müstehcen görüntü, yazı veya sözleri okumakta ya bunlar çocuğa okunmakta, dinletilmekte veya gösterilmekte (TCK m. 226/1-a, b), söz konusu içeriklerin oluşturulmasında çocuk kullanılmakta (TCK m. 226/3) ya da cinsel yönden istismar edilmiş bir başka çocuk hakkındaki müstehcen görüntüler ile diğer müstehcen içerikleri görmeye, dinlemeye, okumaya maruz bırakılmaktadır (TCK m. 226/5). Elbette bir olayda hem TCK m. 226/3'teki hem de TCK m. 226/5'teki suçun oluşması mümkündür<sup>34</sup>.

Çocuğa dair veri kaydı veya paylaşımıyla işlenebilecek bir başka suç, TCK m. 132'de yer verilen haberleşmenin gizliliğini ihlaldir. Haberleşmenin gizliliğini ihlalden, haberleşme içeriğinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi anlaşılır<sup>35</sup>. Hükmün birinci fıkrasında yer verilen suç serbest hareketli bir suçtur; fakat ekseriyetle duyarak veya görerek işlenir<sup>36</sup>. TCK m. 132/1

<sup>32</sup> **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 351; **Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 400.

<sup>33</sup> Yargıtay 9. CD, T. 11.11.2021, E. 2021/1614, K. 2021/9148, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 07.07.2024).

<sup>34</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 885.

<sup>35</sup> **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 514; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 548; aynı yönde, **Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 350.

<sup>36</sup> **Koca/Üzülmez**, s. 518; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 549; dinleme, okuma veya izlemeyle işlendiği hakkında, **Soyaslan**, s. 351.

yalnızca öğrenme neticesiyle işlenmiş olacağı için, çocuğun haberleşme içeriğinin öğrenilmesi her ne kadar bu suç oluşturursa da kaydedilmediği veya yayınlanmadığı sürece çalışmanın konusu açısından ilgisizdir. Fakat haberleşme içeriği kaydedilirse TCK m. 132/1'e göre suçun ağırlaştırılmış hâli oluşur. Yine içerik hukuka aykırı olarak ifşa edildiğinde 2. fıkradaki; ifşa edenin haberleşmenin tarafı olduğu ve içeriği de diğer tarafın rızası olmadan alenen ifşa ettiği hallerde de 3. fıkradaki suç oluşur. 3. fıkra açısından ifade etmek gerekir ki somut olayda çocuğun rıza açıklamasının ne kadar geçerli olduğu araştırılmalıdır<sup>37</sup>. TCK m. 139'a göre suç şikâyete bağlı olarak soruşturulur ve kovuşturulur.

Çocuğun kişisel verilerini ihlalle ilgili değerlendirilmesi gereken bir diğer suç özel hayatın gizliliğini ihlaldır. TCK m. 134/1'in 1. cümlesinde özel hayatın gizliliğini ihlal, 2. cümlesinde bu suçun görüntü veya ses kayda almak suretiyle gerçekleştirilmesi, hükmün 2. fıkrasında da özel hayata dair görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşası yaptırıma bağlanmıştır. Özel hayattan ne anlaşılması gerektiği kanunda açık değildir. Genel olarak özel hayat, kişinin hayatının üçüncü kişilerce öğrenilmesini istemediği kısmını oluşturur<sup>38</sup>. Böylesi geniş bir tanım olduğu için özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu, haberleşmeye, konuşmaya ve kişisel verilere karşı işlenen suçların dışındaki alanda aramak gerekir<sup>39</sup>. Dolayısıyla çocuğun özel hayat gizliliğini ihlal suçu TCK m. 132, 133, 135, 136 ve 138. maddelerde düzenlenen suçların oluşmadığı hallerde ortaya çıkar<sup>40</sup>. Çalışmanın konusu çocuğa dair kişisel verilerin kaydı veya yayınına ilişkin olduğu için ekseriyetle diğer

<sup>37</sup> Çocuğun rızasının geçerli olup olmadığı konusunda bkz. I, C, 1.

<sup>38</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 571; **Koca/Üzülmez**, s. 542; **Götting/Schertz/Seitz**, s. 342; benzer bir tanım için **Erdoğan**, Canan: "Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması (Sosyal Medya Örneği Kapsamında)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, Yıl: 2019, s. 2454; **Soyaslan**, s. 349, 357.

<sup>39</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 573; haberleşme ve konuşmaların dışında kalan özel hayat alanını korumak için bu suçun ihdas edildiğine dair, **Koca/Üzülmez**, s. 541;

<sup>40</sup> Bir görüşe göre özel hayatın gizliliği suçunun kişisel verilerin kayda alınması suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, TCK m. 134/1'in ikinci cümlesindeki suç oluşur, bu yüzden söz konusu suç özel hükümdür ve öncelikle uygulanması gerekir, **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 561. TCK m. 135'te yer verilen kişisel verilerin kaydı suçunda bilginin niteliğinin kişisel veri olması gerekir. Hâlbuki ev ortamı gibi kişinin özel hayat alanında kişisel veri olmayan bilgiler de vardır. O halde kişisel veri niteliğinin taşıyan bilgilerin kaydında TCK m. 136, bunun dışında kalan özel hayat alanlarının kayıtlı ihlal edilmesi hâlinde TCK m. 134/1-c.2'yi uygulamak gerekir.

suçlar oluşacaktır. Fakat yine de özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun hiç oluşmayacağına dair bir önyargıyla hareket etmeyip, diğer suçların oluşmadığı hallerde bu suçun uygulama alanı bulabileceğini kabul etmek gerekir.

Kişisel verilerin kaydı (TCK m. 135) da çalışma konusu bağlamında en çok ortaya çıkabilecek diğer bir suç tipidir. Kişisel veri, belirlenebilir bir kimseye ait olan ve paylaşılmadığı müddetçe başkaları tarafından bilinmeyen bütün bilgilerdir<sup>41</sup>. Bir bilginin kişisel veri olması için doğrudan kimliği ortaya koyması gerekmez<sup>42</sup>. Hâl böyle olunca, çocuğun kimliğini doğrudan ortaya koymuş olmasa da onu belirlenebilir kılan bütün verilerin hukuka aykırı olarak kaydı TCK m. 135'teki suçu oluşturabilecektir. Suçun faili herkes olabileceğinden<sup>43</sup>, çocuğun anne-babasının veri kaydı da unsurları taşıdığı takdirde suç teşkil edebilir. Bir görüşe<sup>44</sup> göre kayıt fiilinden, hafızaya alma, ezberleme veya kâğıda yazma şeklindeki bir kayıt değil, elektronik veya manyetik bir alana araçla kayıt anlaşılmalıdır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) m. 17, kişisel verilerin suç oluşturduğu haller için TCK'nın yollamada bulunduğundan, her iki kanunu birlikte değerlendirerek "kayıt"ın anlamını yorumlamak gerekir. KVKK anlamında kayıt sadece veri sistemine işlemleri anlatır<sup>45</sup>. Buradan hareketle sadece veri sistemine yapılan hukuka aykırı kayıtlar suç olarak anlaşılabilir. Fakat daha geniş bir koruma sağlanması adına, sistemsel veya fiziksel her türlü kaydın, her iki kanun açısından da "kayıt" sayılması daha uygun olurdu.

Kişisel verilerin sadece kaydı veya yayılması değil, hukuka aykırı surette verilmesi ya da ele geçirilmesi de suçtur. TCK m. 136'da yer bulan bu suçun da çocuklara ait kişisel veriler hakkında işlenmesi mümkündür. Çocuğun sağlık verileri elinde olan hastane görevlilerinin bu bilgileri yetkisiz

<sup>41</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 583, 585; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 544; **Soyaslan**, s. 365; ayrıca bkz. I, B, 5.

<sup>42</sup> "...Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kulan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır...", Anayasa Mahkemesi, T. 9.4.2014, E. 2013/122, K. 2014/74, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2014-74-nrm.pdf> (Erişim Tarihi: 10.6.2024).

<sup>43</sup> **Soyaslan**, s. 366; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 586; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 552.

<sup>44</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 587; kâğıda yazmanın da kişisel veri kaydı olduğunu kabul ederek aksi yönde **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 550.

<sup>45</sup> Bkz. I, B, 5.

kimselerle paylaşımları ya da söz konusu bilgilere vâkıf olmaması gereken görevlilerin bu bilgilere erişmesi<sup>46</sup> TCK m. 136'da düzenlenen suçun oluşumuna meydan verebilir.

Cinsel amaçlarla kullanılması için çocuğun kişisel verileri kaydedilmiş veya yayınlanmış olabilir. Böyle bir durumda yukarıda bahsi geçen suçların oluşması daha olasıdır; ancak unsurları olduğu zaman TCK m. 227/I de düzenlenen suç da oluşabilir. Hükme göre çocuğun fuhşa teşviki, fuhuş yolunun kolaylaştırılması, çocuğun bu amaçla tedarik edilmesi veya buna aracılık edilmesi suçtur. Bunlar arasında “fuhuş yolunu kolaylaştırmak” veya “aracılık etmek” fiilleri, çocuğun kişisel verilerini yayınlamak şeklinde gerçekleştirilirse, fail hem TCK m. 227/I'deki hem de TCK m. 135'teki, 136'daki, 103'teki veya 226/3'teki suçlarından birini işlemiş olabilir. Söz konusu durumda fail içlerinden en ağır cezayı gerektiren suçun cezasıyla cezalandırılır (TCK m. 44).

Çocuğa dair kişisel veri kaydı veya yayınının kötü muamele suçu için araç olup olamayacağı da değerlendirilmelidir. Kötü muamele, kişiye bedenen veya ruhen zarar veren fakat yaralama oluşturmayan fiillerdir<sup>47</sup>. Suç, bağlı hareketli bir suç olmadığından, çocuğu rencide eder şekilde fotoğraflarının yayınlanarak kötü muamele suçunun işlenmiş olması mümkündür. Böyle bir halde aynı fiille diğer suçlar da işlenmiş olabilir. Söz konusu durumda da yine fikri içtima hükümleri uygulanır (TCK m. 44). AİHM kararı çerçevesinde de kötü muamele halleri için mevzuat oluşturulmaması ya da kötü muamelenin devlet tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği hallerde önleyici makul idari tedbirler alınmaması ihlal göstergesidir<sup>48</sup>.

Kamu görevlisinin görevi dolayısıyla bildiği çocuğa ilişkin kişisel verileri açıklaması halinde de görevi kötüye kullanma (TCK m. 257) veya göreve ilişkin sırrın açıklanması (TCK m. 258) suçu oluşabilir. Fakat TCK m. 257'ye göre görevi kötüye kullanma suçunun oluşması, kanundaki diğer suçların oluşmamasına bağlıdır. Bu sebeple kişi görevi dolayısıyla sahip olduğu yetkileri kötüye kullanarak çocuk hakkındaki birtakım kişisel verileri

<sup>46</sup> TCK m. 135'te kaydetme yer aldığı için buradaki ele geçirmeyi kaydetme dışındaki bütün haller olarak anlamak gerektiğine dair, **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 598; kayıt halinde hem TCK m. 135 hem de TCK m. 136'daki suçun işlenmiş sayılacağı hakkında, **Soyaslan**, s. 370.

<sup>47</sup> **Tezcan/Erdem/ Sancakdar/Önok**, s. 171; ayrıca bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 907.

<sup>48</sup> Mahmut Kaya & Türkiye, (Başvuru No: 22535/93), 28.3.2000, paragraf 115, karar için bkz. **Algan**, s. 584.

başkasına verirse, TCK m. 136'da düzenlenen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi suçu oluşacağı için görevi kötüye kullanma dolayısıyla fail ayrıca cezalandırılmaz.

Çocuğa dair kimlik bilgilerinin kullanarak işlenen suçta failin kendisini gizlemesi de TCK m. 268'de düzenlenen suçun oluşumuna sebebiyet verebilir. Hükme göre böyle bir durumda kişi iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır.

### 5. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Açısından Meydana Gelen İhlaller

Çocuklara dair verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması, KVKK'ye de aykırılık oluşturabilir. Ulusal mevzuattaki dayanağını Anayasa m. 20/3'te bulan Kanun'da, gerçek kişilere ait verilerin hangi şartlar altında bir sisteme işlenebileceği düzenlenmiştir. Kanuna aykırı veri işleme halinde de KVKK m. 17, 5237 sayılı TCK hükümlerinin uygulanacağını ifade etmiş, 18. madde de kabahatleri yaptırma bağlamıştır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun uygulanabilmesi için her şeyden önce verisi işlenen kimse gerçek bir kişi olmalıdır; tüzel kişilere dair işlenen veriler bu kişiler nezdinde görev yapan gerçek kişiye dair verileri oluşturmadıkça ihlal konusu olmaz<sup>49</sup>. İkinci olarak işlenen bilgi kişisel veri niteliği taşımalıdır. KVKK m. 3/1-d'ye göre kişisel veri "*belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi*" ifade eder. Bu tanım çerçevesinde kişinin adı, soyadı, kimlik numarası gibi temel verilerinden sağlık bilgileri, yönelimleri, ırkı, dini, cinsiyeti gibi özel alanındaki bilgilere kadar her şey kişisel veri oluşturur. Kanun çerçevesinde koruma isteyebilmenin bir diğer şartı da verinin bir veri kayıt sistemine işlenmiş olmasıdır (KVKK m. 3/1-e); fiziksel veri işlemleri Kanun kapsamında değerlendirilmemektedir<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından yayınlanan "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması" isimli rehber, s. 27, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024); Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından yayınlanan "Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması" isimli rehber, KVKK Yayınları No: 29, Haziran 2019 Ankara, s. 1, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF> (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

<sup>50</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından yayınlanan "6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Amacı ve Kapsamı" isimli rehber, s. 6; <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/8e9b520e-0581-4cfb-8535-f6d6fc2b8206.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

Son olarak Kanun'a göre veri işleyenler gerçek ya da tüzel kişi olabilir (KVKK m. 3/1-ğ). Ancak hukuka uygun bir veri işlemeyen bahsedilebilmesi için veri sorumlularının veri sorumluları siciline kaydolmaları (KVKK m. 16), veri işleyenlerin de veri sorumlusundan aldıkları yetki çerçevesinde kalmak kaydıyla veri işlemleri ve Kanun'da öngörülen diğer yasak ve sınırlara uygun davranmaları gerekmektedir.

Kanun'un amacından ve düzenleniş şekliyle de anlaşıldığı üzere kural, açık rızası olmaksızın hiç kimsenin kişisel verilerinin işlenememesi, kaydedilememesi ve paylaşılabilmesidir (KVKK m. 5). Ancak Kanun'un 5. maddesinde sayılan durumlardan biri varsa o zaman kişisel veriler rıza olmasa da işlenebilir. Maddeye göre kanunda açıkça öngörülen durumlarda, hayat ve beden bütünlüğünün korunması, sözleşmenin kuruluşu ya da ifası, veri sorumlusunun yükümlülüğünü yerine getirebilmesi, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması ya da veri sorumlusunun meşru menfaatleri için gerekiyorsa veya ilgili kişi veriyi kendisi alenileştirdiyse veri işlemek için rızaya gerek yoktur. Özel nitelikli verilerin işlenmesi ise ancak Kanun'un 6. maddesinde sayılan şartlar çerçevesinde mümkündür. Nihayet 28. maddede sayılan istisnaların varlığı durumunda, belirtilen şartlara uygun bir veri işleme gerçekleşirse de bu durum hukuka uygun kabul edilir.

Çocuklar hakkında yapılan veri paylaşımının KVKK kapsamında bir ihlal oluşturup oluşturmadığını da sayılan şartlar çerçevesinde değerlendirmek gerekir:

- Her şeyden önce çocuk bir gerçek kişidir ve kendisi hakkında paylaşılan fotoğraf, video, aile veya okul hayatına dair bilgiler birer kişisel veri oluşturur<sup>51</sup>. Hatta bir velayet davasında çocuğa yaptırılan çizim bile kişisel veri olarak değerlendirilmektedir<sup>52</sup>.
- İşlemenin Kanun açısından ihlal oluşturması için verinin veri kayıt sistemine işlenmesi gereklidir. Veri kayıt sistemi tanımlanırken sistemin amacı açısından Kanun'da bir ayrıma gidilmemiştir. Dolayısıyla resmi bir kurumun verileri işlediği sistem veri kayıt sistemi olduğu gibi, tamamen iletişim kurmak, dış dünyaya açılmak gibi amaçlar taşıyan sosyal medya araçları da veri kayıt sistemi kabul

<sup>51</sup> Erdoğan, s. 2452.

<sup>52</sup> Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, s. 2.

edilebilir<sup>53</sup>. O hâlde çocuğun verilerinin sosyal medyada paylaşılması veya sırf veri işlemek için oluşturulmuş başka bir sisteme işlenmesi, diğer şartlar da olduğu takdirde KVKK'nin ihlali anlamına gelir.

- Kanunda veri işleyen kimsenin gerçek veya tüzel kişi olabildiği düzenlendiğine göre, çocuğun verilerini anne-babasının, diğer üçüncü kişilerin ya da bir kurumun işlemesi Kanun kapsamında veri işleme olarak değerlendirilir. Bununla birlikte KVKK m. 28/I kapsamında aile fertlerinin veri işlemesiyle ilgili bir istisna öngörülmüştür. Hükme göre aile bireyleri, kendisiyle aynı konutta yaşayan diğer aile bireyleriyle ilgili kişisel verileri, üçüncü kişilere vermeden ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerle uyarak ilgili faaliyetler kapsamında işlerlerse bu durum KVKK'yi ihlal olarak yorumlanamaz. Örneğin, çocuğun mezuniyet töreninde anne-babasının ya da kardeşinin çektiği fotoğraf bir sosyal mecraada yayınlanmazsa ihlal oluşturmayacaktır. Kanun aile bireyleri şeklindeki bir ifade tercih ettiği için veri paylaşan ile verisi paylaşılan arasında hısımlık bağı aranmaz; ancak aile hâlinde yaşamının gerektirdiği manevi bir yakınlık oluşmalıdır. Fakat günümüzde bunun tam aksi gerçekleşmekte olup, çocuklara dair veriler, özellikle fotoğraf, video şeklindeki görüntüler çocuğu tanımayan pek çok insanla paylaşılmakta, bütün dünyaya açık hâlde getirilmektedir. Dolayısıyla günümüzde yapılan paylaşımlar ekseriyetle KVKK'yi ihlal etmektedir<sup>54</sup>.

İster gerçek ister tüzel kişi olsun, KVKK kapsamında kişinin hukuka uygun veri işlenmesinden bahsedilmesi için Veri Sorumluları Sicili'ne kaydolması (KVKK m. 16) ve onun emir ve talimatıyla veri işleyenlerin de Kanun'un çizdiği çerçeve içerisinde kalarak veri işlemesi gerekir. O hâlde bu şartlara uygunluk taşınmadan çocuğun verilerini işlemek de KVKK'ye aykırı hâlde gelecektir.

<sup>53</sup> 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Amacı ve Kapsamı isimli rehberde verilen örnekte (s. 8), bir annenin çocuğunun doğum gününe dair fotoğrafı sosyal medyada üçüncü kişilerle paylaşması, ihlal oluşturmayan istisna hâlleri düzenleyen m. 28 kapsamında görülmeyerek ihlal sayılmıştır. Kişisel veri işlemesi olduğuna dair, **Erdoğan**, s. 2452. Buna karşılık otomatik veri işleme veya veri kayıt sisteminin parçası olmayan veri işlemlerinin KVKK kapsamında değerlendirilmediği hakkında, **Girgin/Göнал**, s. 120.

<sup>54</sup> **Girgin/Göнал**, s. 113; **Ertuğrul**, s. 553; sharenting kapsamında yapılan işlemlerin KVKK kapsamında olduğuna dair, **Badur**, Çocuğun Kişisel Verileri, s. 53.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre bir kimseye ait kişisel verinin işlenebilmesi için aranan temel şart, veri sahibinin rızasının olması ya da rızasına gerek duyulmayan istisnalardan birinin gerçekleşmesidir. Çocuğun rızası bu konuda geçerli bir rıza kabul edilmemelidir. Çocuğun rızası hususu hukuka uygunluk sebepleri başlığı altında incelendiği için burada tekrar değinmek istemiyoruz<sup>55</sup>. Geriye kanunun istisnai nitelikte gerçekleşmesi gereken hâllerden birinin varlığı ihtimali kalmaktadır. Bunlar arasında da çocuğun alenileştirdiği bilgiler seçeneğini yine elemek gerekir. Zira çocuğun yaptığı kişisel veri paylaşımlarında da bu paylaşımı yaparken yeter derecede ayırt etme gücü olduğundan bahsedilemez<sup>56</sup>. Oyun sitelerinde çocuğun verilerini paylaşması buna örnek verilebilir. Ancak çocuk hastalandığında bir sağlık kuruluşunda verilerinin işlenmesi veri işlemeyi hukuka uygun hâle getiren bir sebep olarak nitelenebilir. Yine seyahat, okula kaydolmak veya resmî kurumlarda çocuk hakkındaki işlemleri gerçekleştirebilmek için bazı bilgilerin verilmesi hukuka aykırı veri paylaşımı olmaz.

Son olarak KVKK m. 28'de sayılan istisna durumlar gerçekleştiğinde de veri işleme hukuka aykırılık oluşturmaz. Böylece resmi istatistik oluşturma kapsamında kalan (m. 28/1-b), sanat, tarih, edebiyat, bilimsel amaç veya ifade özgürlüğü çerçevesinde yapılan<sup>57</sup> (m. 28/1-c), kamu kurum ve kuruluşlarının, önleyici, koruyucu veya istihbari faaliyetlerini yürütmek için (m. 28/1-ç) ve soruşturma, kovuşturma, yargılama ya da infaz faaliyetleri kapsamında yapılan veri işlemleri KVKK'ye aykırılık sayılmaz. Örneğin, anonimleştirilmek kaydıyla çocuğa ait verilerin okuma-yazma istatistiklerinde kullanılması, çocuğun yer aldığı bilimsel projede proje sahibi olarak adının geçmesi ya da suça sürüklenen çocukların soruşturma amacıyla bilgilerinin kaydı, bu hüküm dolayısıyla hukuka aykırı olarak nitelenemez. Aynı şekilde çocukların İş Kanunu m. 71 ve bu madde doğrultusunda çıkarılan Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve

<sup>55</sup> Bkz. I, C, 1.

<sup>56</sup> Kimi zaman çocuk paylaşım yaparken verisini alenileştirdiğinin ve bunun sonuçlarının fiil olarak farkında olabilir. Ancak teknolojik dünyada bunun ilerleyen zamanlarda kendisi için ne gibi tehlikelere yol açacağını kavrayamayabilir veya kendisine anlatılsa bile bunu yeterli olgunlukla değerlendiremeyebilir. Bu noktada çocuğun kendisine karşı da korunması ve rızasının geçerli kabul edilmemesi, amaçsal yorum açısından daha uygun bir çözüm olur.

<sup>57</sup> Fakat bentte bu amaçlarla veri işlemenin hukuka aykırı olmaması için "millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydı" konulmuştur.



Esasları Hakkında Yönetmelik gereği film, dizi, reklam gibi birtakım faaliyetlerde, İş Kanunu'nda ve Yönetmelik'te belirtilen şartlara uygun kalmak kaydıyla verilerinin işlenmesi de KVKK'yi ihlal etmez.

### C. Çocuklar Hakkındaki Veri Paylaşımında Hukuka Uygunluk Sebeplerinin İrdelenmesi

Hangi çevre paylaşımında bulunmuş olursa olsun çocuklar hakkındaki tüm paylaşımlarda ortak problem, paylaşımcıların buna yetkili olduklarını düşünmeleridir. Bu da özellikle velayet ya da vesayet yetkisini kullanmanın veya kamu görevini icranın paylaşım konusunda hukuka uygunluk sebebi olup olamayacağına irdelenmesini gerektirir.

#### 1. Rıza

Hukuka aykırı fiilden önce yetkili kimse tarafından fiile gösterilen rıza fiili hukuka uygun hâle getirir. Fakat bunun için rızanın fiilden önce verilmesi<sup>58</sup>, rızayı açıklayanın ayırt etme gücüne sahip olması<sup>59</sup> ve zarar görmesine rıza gösterilen konunun tasarrufa elverişli<sup>60</sup> bir konu olması gereklidir. Ayrıca hukuka ve ahlâka, konu bağlamında özellikle kişilik hakkına aykırı rıza geçersiz olur (TBK m. 27). Verilerinin paylaşımı konusunda rıza gösterenin çocuk olduğu düşünüldüğünde, ekseriyetle bu konuda ayırt etme gücünün olmadığı açıktır. Büyük ihtimalle çocuk bu paylaşımları, oyun, olağan, zararı olmayan bir durum ya da beğenilmesine zemin hazırlayacağı için avantajlı bir iş olarak algılayacaktır. Diğer yandan çocuk ayırt etme gücüne

<sup>58</sup> **Serozan/Engin/Atamer**, s. 472; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (**Eren**, F.), s. 693; **von Tuhr**, Andreas: (Çeviren: Cevat Edege) Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Yargıtay Yayını No: 15, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 371; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Cilt-2, Vedat Kitabevi, İstanbul 2022, s. 28; **Akıncı**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2021, s. 215; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altıp**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 1993, s. 490; **Kılıçoğlu**, Kişiler, s. 353; **Kaneti**, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 2007, s. 244.

<sup>59</sup> **Serozan/Engin/Atamer**, s. 472; **Akyüz**, s. 132; **Furrer**, Andreas/**Muller-Chen**, Markus/**Çetiner**, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 359; **Akıncı**, s. 216; **Özcan Büyüktanır**, s. 199; bilinçli bir iradeyle rıza verilmesi gerektiğine dair, **Helvacı/Erlüle**, s. 98; fiil ehliyeti aranacağına dair, **Eren**, F., s. 691.

<sup>60</sup> **Kılıçoğlu**, Kişiler, s. 352; **Ertuğrul**, s. 531; malvarlığı haklarının rızaya elverişli konu olduğuna dair, **Eren**, F., s. 692; **Akıncı**, s. 216; tasarrufa elverişli olmayan bazı konular için, **Serozan/Engin/Atamer**, s. 473.

sahip olsa bile paylaşım yapan kimse çoğu zaman çocuğun bu konudaki fikrini almamaktadır. Ayrıca çocuk tüm farkındalığı ile duruma rıza gösterse bile, bunun rıza gösterilebilecek bir konu olup olmadığı tartışılır. Çünkü kişilik değerlerinin ihlali konusunda verilen rıza kural olarak geçersizdir (TBK m. 27). Çocuğun çıplak hâldeyken çekilmiş fotoğrafının yayınlanması gibi durumlarda verilen rıza, ahlâka aykırılık sebebiyle de geçersiz olur. Bu yüzden çocuğun verdiği rızanın durumu hukuka uygun hâle getirmediği kabul edilmelidir<sup>61</sup>.

Veli ve vasinin çocuk hakkındaki veri paylaşımını konusundaki verdiği rıza da paylaşım bir zorunluluk gerektirmediği müddetçe geçersiz rıza olarak addedilmelidir<sup>62</sup>. Çünkü velayet veya vesayet yetkisi çocuğun zararına yol açacak şekilde kullanılamaz. İkinci olarak yetişkin insanların kendileri hakkında yaptıkları paylaşımlarda bile aleyhlerine doğabilecek sonuçları gözetmemeleri karşısında, bu hassasiyeti çocukları için göstermelerini beklemek tartışılabilir bir konudur. Dolayısıyla anne-babayı ya da vasiyi bu paylaşımları yapma veya paylaşımına izin verme konusunda yetkili kabul etmemek gerekir.

Rızanın farklı hukuk dallarına göre farklı sonuçları doğabilmektedir. Ceza hukuku alanında rıza TCK m. 26/II'ye göre fiili suç olmaktan çıkarır; fakat bunun için kişinin suç konusu değer üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Çocuk hakkında yapılan veri paylaşımı sonucu, çocuğun cinsel istismarı, müstehcenlik, fuhuş, çocuğa kötü muamele suçlarının işlenmesi durumunda verilen rıza fiili hukuka uygun hâle getirmez. Kişisel

<sup>61</sup> Çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse verdiği rızanın geçersiz olduğuna dair, **Girgin/Göнал**, s. 114; **Akdi**, s. 134, 135; **Ertuğrul**, s. 532; **Özcan Büyüktanır**, s. 209; kişisel veri işlemesi için çocuğun verdiği rızanın geçersiz olduğu, yasal temsilcisinden rıza almak gerektiği, fakat onların da yetkilerini kötüye kullanmamaları gerektiğine dair, **Erdoğan**, s. 2463; aynı yönde, **Kılıçoğlu**, *Kişiler*, s. 354; çocuğun kişisel haklarına verdiği rızanın geçerliliğine, her somut olaya için araştırılarak karar verilmesi gerektiğine dair, **Şengöz**, s. 86; fotoğrafın çekilmesine rıza gösterilen rızanın yayını hukuka uygun hale getirmediği bir karar için, Yargıtay 4. HD, T. 14.12.2021, E. 2021/439, 2021/10344, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 07.07.2024).

<sup>62</sup> İhlalcinin bizzat yasal temsilci olduğu hallerde temsilcinin verdiği rızanın geçersiz olduğu hakkında, **Girgin/Göнал**, s. 114; **Akdi**, s. 135; **Badur**, *Çocuğun Kişisel Verileri*, s. 53; ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün özel alanına dair haber yapılmasına, yasal temsilcinin veya küçüğün rıza gösteremeyeceğine dair, **Şengöz**, s. 89; kişinin kendi sır alanına dair verdiği rızanın geçersiz olduğu (**Kılıçoğlu**, *Kişiler*, s. 338, 339) düşünülürse, çocuğun sır alanına ilişkin kişisel bilgileri yasal temsilcinin bizzat yayınlaması veya bir başkasının yayınlamasına rıza göstermesi evleviyetle geçersiz sayılmalıdır. Çocuğun menfaatine uygun verilen rızanın geçerli olduğu hakkında, **Ertuğrul**, s. 535.

verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme suçlarının kovuşturulması TCK m. 139'da şikâyete bağlanmamıştır. Dolayısıyla belirtilen suçlar için kişisel veri tasarrufa elverişli konu olmaktan çıkarılmıştır. Buna karşılık özel hayatın gizliliğini, haberleşmenin gizliliğini ihlal gibi suçların konusu tasarrufa uygun olduğu için rıza suçun oluşumunu engeller<sup>63</sup>. Ancak çocuğun rızanın ekseriyetle geçersiz sayılması gerektiği görüşümüzü burada da yinelemek istiyoruz.

Temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalelere rızanın olumlu etkisi de oldukça sınırlıdır. Anayasa'nın 12. maddesine göre herkes kişiliğine bağlı, devredilemez, dokunulamaz ve vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Bunların sınırlanması ancak Anayasa m. 13'te sayılan koşullar çerçevesinde mümkündür. 20. maddede ise kişisel verilerin sadece kanunda öngörülen hallerde ve ancak kişi rıza gösterirse işlenebileceği belirtilmiştir. Şu hâlde çocuğun kişisel verilerinden kanun gereği işlenmesi gerekli olanlar ve bu amaçla yasal temsilcisinin verdiği rıza ancak veri işlemlerini hukuka uygun hale getirebilir. Bunun haricinde kanunen gerekli olmayan, geçersiz rızayla işlenen veya yasal temsilcinin yetkisini aşarak verdiği rızayla yapılan veri işlemleri temel hak ve hürriyetlerin ihlaliyle sonuçlanabilir.

Kişisel verilerin işlenmesinde rıza KVKK m. 5'te yer almakta olup, hükme göre kişisel veri işleme ya kişinin rızasıyla ya da kanunun öngördüğü durumlarda mümkündür. Hükümde her ne kadar veri sahibinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak nitelenmiş olsa da bizzat çocuktan alınan rıza ekseriyetle geçerli olmaz<sup>64</sup>; çünkü bu konuda ayırt etme gücü çoğunlukla yoktur<sup>65</sup>. Yasal temsilcinin rızasıysa velayet yetkisinin çocuğun yüksek

<sup>63</sup> Soyaslan, s. 351, 359.

<sup>64</sup> Kişisel verilerin kaydına dair verilen rızanın, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu, bu sebeple ayırt etme gücüne sahip küçüklerin KVKK kapsamındaki haklarını bizzat kullanabilecekleri, fakat KVKK'nda bununla ilgili açık bir yaş düzenlemesine ihtiyaç olduğu yönünde, **Dülger**, Murat Volkan/**Kahraman**, Cansu Ceren/**Yalçın**, Simay: "GDPR ve KVKK Bakımından Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması ve Konuya İlişkin Kurul Kararının Değerlendirilmesi", s. 7, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3792410](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792410) (Erişim Tarihi: 27.06.2024). Ayırt etme gücüne sahip olduğu takdirde küçüğün bizzat rıza verebileceği, bunun dışındaki hâllerde de yasal temsilcinin rızasının ancak çocuğun yararına uygunsuzsa geçerli olduğu yönünde, **Ertuğrul**, s. 554.

<sup>65</sup> Türkiye her ne kadar Avrupa Birliği üyesi olmasa da Türkiye'deki veri işleyen veya veri sorumlusu Avrupa Birliği üye ülkeleri dâhilindeki faaliyetlerinde veri işlerken Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation (GDPR))'ne uygun hareket etmek zorundadır (GDPR. m. 3/2). GDPR m. 8'göre de çocuklara dair işlenmesinde, çocuk 16 yaşından küçükse yasal temsilcisinden izin alınması gerekir. Hükümün ikinci fıkrasına göre üye ülkeler bu sınırı 13'ten az olmayacak biçimde daha alt bir sınırdan kararlaştırabilirler. <https://gdpr-info.eu/art-8-gdpr/> (Erişim Tarihi: 23.06.2024).

yararı ilkesi çerçevesinde yorumlanmasıyla çözümlenmelidir. Çocuğun yararıyla bağdaşmayan hiçbir veri işleme, rıza verilse de fiili hukuka uygun hâle getirmemelidir.

## 2. Haklı Savunma (Meşru Müdafaa)

Bir kimsenin kendisinin veya başkasının, şahıs ya da malvarlığına yönelik hemhâl bir tehlikeyi bertaraf etmek için tehlikenin kaynağı olan kimsenin şahıs veya malvarlığını ihlal etmesi durumuna haklı savunma denir<sup>66</sup>. TBK m. 64/I'e göre haklı savunmada bulunan verdiği zarardan sorumlu olmaz. TCK m. 25/I'e göre de haklı savunma cezasızlık sebebidir.

Çocuğun kişisel verilerini paylaşmanın haklı savunma sayılması ihtimali gerçekleşmesi zor bir olasılıktır. Zira burada tehlikenin kaynağı çocuk olmalı, veriyi paylaşanın da tehlikeden kurtulmak için tek çaresi bu veriyi paylaşmak olmalıdır. Fotoğrafi paylaşmadığı takdirde, elindeki silahı ateşleyeceği tehdidi altında paylaşım yapan bir ebeveynin durumu buna örnek olabilir. Böyle bir örneğin gerçekleşme ihtimali düşük olsa da haklı savunmanın hiç hukuka uygunluk sebebi olmayacağı gibi bir çıkarım yapmak doğru olmaz. Her olay özelinde haklı savunma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır.

## 3. Zorunluluk (Zaruret) Hâli

Kişinin kendisini ya da başkasını, açık ve yakın bir zarar tehlikesinden korumak için tehlikenin kaynağı olmayan kimseye ait malvarlığına zarar vermesi durumunda zorunluluk hâlinde bahsedilir<sup>67</sup>. Zorunluluk hâlinde zarar verilen değer malvarlığı değeri olması gerektiği ve çocukla ilgili veri paylaşımında çocuğun kişilik değerleri zarar gördüğü için bu hukuka uygunluk hâlinin gerçekleşmesi mümkün görünmemektedir.

## 4. Özel Hukuktan veya Kamu Hukukunda Doğan Bir Yetkinin Kullanılması

Çocuklar hakkında veri paylaşımı konusunda yetkisinin olduğunu anne-baba velayete, vasi vesayete, sözleşmeyle çalışan öğretmen, bakıcı gibi

<sup>66</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 486; von Tuhr, s. 372; Akyüz, s. 133; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 357; Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre: (Çev. Salim Özdemir) Sorumluluk Hukuku, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1983, s. 45; Eren, F., s. 694; Oğuzman/Öz, s. 30, 31; Kaneti, s. 255.

<sup>67</sup> Deschenaux/Tercier, s. 46; von Tuhr, s. 375; Eren, F. s. 696, 697; Akıncı, Borçlar, s. 218; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 357; Kaneti, s. 257; Oğuzman/Öz, s. 33.

kimseler sözleşme hükmüne dayanarak ileri sürebilir. Ancak ne velayet ne de vesayet yasal temsilciye çocuğun kişilik değerlerine zarar verme ya da tehlikeye atma yetkisi verir. Aynı şekilde sözleşme hükümleri ile şeref, hay-siyet gibi kişilik değerlerinden vazgeçilmesi söz konusu değildir (TMK m. 23/I). Hangi durum olursa olsun burada kıstas çocuğun yüksek yararı olmalıdır. Çocuğun yüksek yararı diğer yararların hepsinden önce gelir<sup>68</sup>. Anne-babanın, ebeveynlik duygularını tatmin etmek istedikleri için söz konusu paylaşımları yaptıkları, bunun kendi kişilik hakkının uzantısı olduğu gibi bir savunma da dinlenemez<sup>69</sup>. Dolayısıyla çocuk verilerinin paylaşılmasında, paylaşım zorunluluk arz etmedikçe<sup>70</sup>, velayet ya da vesayet yetkisi veya sözleşmeden kaynaklanan bir yetki, çocuğun kişilik değerlerine zarar vermek için hukuka uygunluk sebebi değildir.

Kamu hukukundan doğan bir yetkinin kullanılması kapsamında veri paylaşımı, çocuğun eğitim-öğretimi, tedavisi veya ıslahı amacıyla yapılmış olabilir. Örneğin, öğretmen, okul müdürü gibi kimseler çocuğun vesikalık veya okulda çekilmiş fotoğrafını, notlarını ya da diğer bilgilerini ilgili sistemde üçüncü kişilerle paylaşmış olabilirler. Bunun gibi çocuğun tedavisiyle ilgilenen hastanede, çocuğun yaşı, fotoğrafı, tahlil ve görüntüleme sonuçları sisteme kaydedilerek üçüncü kişilerin bilgisine açılmış olabilir. Böyle hâller mevzuatta gösterilen sınır içinde kalıyorsa durumun hukuka aykırılık oluşturduğundan bahsedilemez. İlgili verilerin anne-baba veya vasi tarafından sağlık görevlilerine verilmesi de hukuka aykırı değildir. Fakat kanunda tanı-

<sup>68</sup> **Staudingers**, J. Von (Erläutert von: Coester, Michael/ Frank, Rainer/ Göppinger, Horst): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Dr. Arthur L. Sellier & Co. - Walter de Gruyter & Co., 12. Auflage, Berlin 1992, s. 287; **Götz**, Isabell: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, (Kommentierung zu §§ 1616-1921 BGB), Band 7, 76. Auflage, C. H. Beck, Münih 2017, s. 2111; **Serozan**, s. 65 vd.; **Abik**, Yıldız: “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 8, 9; **Grassinger**, s. 79; **Özdemir/Ruhi**, s. 5; **Akyüz**, s. 53; **Badur**, Çocuğun Kişisel Verileri, s. 52; AİHM’e göre de çocuğun menfaatiyle anne-baba veya toplum gibi diğer öznelerin menfaati yarıştığı zaman, aralarında adil bir denge kurulması Devletin görevidir, bkz. **Algan**, s. 591, 592; velayetin de esasen çocuğun yararı ilkesine dayandığına dair, **Hatemi**, Hüseyin: Aile Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 183.

<sup>69</sup> Çocuğun anne-babası karşısında yaşına ve kapasitesine göre belirlenen bir mahremiyet hakkının olması gerektiğiyle ilgili, **Shmueli**, Benjamin/**Blecher-Prigat**, Ayelet: “Privacy For Children”, Columbia Human Rights Law Review, Volume: 42, Year: 2011, s. 273; aynı yönde, **Steinberg**, s. 862.

<sup>70</sup> Örneğin, çocuğun tedavisi için ilgili bilgilerinin sisteme girilmesi ya da eğitimi için zorunlu olduğu ölçüde kullanılması.

nan yetki kapsamında kalmayan paylaşımlar hukuka aykırı olur. Örneğin, bir hemşirenin serum taktığı bebeği fotoğraflayarak “bugünkü küçük hastam” diye sosyal medyada paylaşması kamu hukukundan doğan yetkinin kapsamında değildir. Ayrıca yapılan paylaşım kanundan doğan yetkinin kapsamında kalsa bile, mümkün olduğu kadar sisteme veri işlemeden kaçınılmalıdır. Zira günümüz teknoloji dünyasından anlaşılmaktadır ki kaydedilen hiçbir veri silinse dahi kaybolmamaktadır<sup>71</sup> ve kötü amaçlarla ele geçirilebilmektedir<sup>72</sup>.

### 5. Basın Özgürlüğü

Hukuka uygunluk sebebi olabilecek diğer bir durum da basın özgürlüğüdür. Bir konunun haber değeri taşıyarak kamuyla paylaşılmasının hukuka uygunluk sebebi olması için haberin gerçek, konunun güncel olması, kamunun bu konuyu öğrenmekte yararının bulunması ve haberin uygun bir araçla yapılması gerekir<sup>73</sup>. Diğer yandan basın özgürlüğünün sınırını kişilik hakları oluşturur (Anayasa m. 26/II). Özellikle şeref ve haysiyet rencide edilerek, aslında haber değeri oluşturmayan konular servis edilerek, kişilerin özel alan ve gizli alanlarına müdahale edilerek yapılan haberler ekseriyetle hukuka aykırı bir fiil oluşturur.

Çocukla ilgili yapılan haberlerin hukuka uygunluk sebebi oluşturup oluşturmadığı da her olayda değerlendirilmelidir. Bu bakımdan ilk olarak olaydan konunun haber yapılmasında kamunun bir menfaati olmalıdır<sup>74</sup>. Söz konusu menfaat salt birtakım merak duygularına hizmet edecek türden olmamalı, durumu öğrenmekte objektif kriterler çerçevesinde toplumun korunmaya değer bir yararı bulunmalıdır. Böyle bir menfaat tespit edildikten sonra haberde çocuk hakkında verilen bilgi, toplumun haberdar edilmesine yetecek seviyede bırakılmalıdır. Örneğin, bir çocukta görülen hastalığın bulaşıcı olması durumunda toplumun bunu öğrenmekte menfaati bulunabilir. Fakat çocuğun adının soyadının açıkça verilmesi, hastanedeki fotoğraflarının paylaşılması gereksizdir. Çocuk hakkındaki haberin yapılmasında gerçeklik ve güncellik unsurları da gözetilmeli, çocuğun kişilik değerleri, özellikle

<sup>71</sup> Aynı yönde, **Girgin/Gönel**, s. 111; **Yavuz**, s. 23; **Steinberg**, s. 878.

<sup>72</sup> Mahremiyet Kılavuzu, <https://www.guvenliweb.org.tr/dosya/bLA5J.pdf> (Erişim Tarihi: 18.02.2024).

<sup>73</sup> **Dural/Öğüz**, s. 133 vd.; ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 37; **Acabey**, s. 38 vd.

<sup>74</sup> **Acabey**, s. 28; **Dural/Öğüz**, s. 136, 137; **Oğuzman/Öz**, s. 36; **Ertuğrul**, s. 537, 538; **Özcan Büyüktanır**, s. 201.

şeref ve haysiyeti zedelenmemelidir<sup>75</sup>. Az önceki örnekte yıllar önce hasta olmuş çocuğun yeniden haber yapılmasında güncellik unsuru bulunmadığı gibi, “uyuz”, “cüzzamlı” gibi sözlerle fotoğrafının paylaşılmasında da çocuğun kişilik hakkı zedelenmektedir.

Çocuklarla ilgili yapılan haberlerin hangi çerçevede kalması gerektiği hâlâ tartışılmaktadır<sup>76</sup>. Bu da konuyla ilgili ciddi şüphelerin olduğunu gösterir. Dolayısıyla çocukla haber yapıldığında mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüntüleri, açık şekilde ismi ve diğer kişisel bilgileri paylaşılmamalıdır. Çünkü haber çocuğu onore eden nitelik taşısa bile görüntülerinin kötü amaçlarla kullanılması tehlikesi her zaman mevcuttur.

### 6. Üstün Bir Özel Yarar ya da Kamu Yararının Bulunması

Bir fiille başkasının hakkına zarar verilmesi daha üstün bir yararı korumak amacıyla icra edilmişse söz konusu durum haksız fiil ya da suç teşkil etmez. Üstün olan yarar özel hukuk veya kamu hukukundan kaynaklanmış olabilir. Çocukla ilgili kişisel verilerin paylaşımının da daha üstün bir yararı korumak için yapılmış olması mümkündür. Toplumun haber alma hakkı basın özgürlüğünün bir uzantısı olduğu gibi sınırlarına riayet edilmek kaydıyla üstün bir kamu yararı da oluşturur<sup>77</sup>. Fakat özel hukuk alanında üstün bir yarar olması sebebiyle çocuklara ait kişisel verilerin paylaşılmasını savunmak oldukça güç görünmektedir. Bunun ilk sebebi, çocukla ilgili veri paylaşımının ekseriyetle zaruri olmayan sebeplerden kaynaklanmasıdır. İkinci olaraksa çocuğun üstün yararı ilkesinin etkisi özel hukuk alanında daha açık

<sup>75</sup> Aynı yönde, Şengöz, s. 89; Acabey, s. 31; Türkiye Gazeteciler Cemiyeti tarafından yayımlanan “Medya ve Çeşitlilik Kılavuzu”na göre de çocukla ilgili yapılan haberlerde “Medya, çocukları istismar, suç ve yoksulluğun çaresiz kurbanları, suçlu kişiler veya zavallı masumlar olarak göstererek çocuk sömürüsüne ortam hazırlamamalıdır. Haberciliğin, olumsuzluklara odaklanan yaygın anlayışının dışına çıkılarak, çocuklarla ilgili olumlu gelişmelere ve onların başarı öykülerine yer verilmelidir. Çocuklardan politik konularda görüş ve değerlendirme alınmamalı; suç ile ilişkili olaylarda mağdur ya da fail çocukların yüz görüntüleri ve kimlikleri asla yayımlanmamalıdır.”, <https://www.tgc.org.tr/bildirgeler/medya-ve-cesitlilik-kilavuzu.html> (Erişim Tarihi: 30.06.2024); Özcan Büyüktanır, s. 205; hasta ve bakıma muhtaç insanların fotoğrafı, kişilik hakkına müdahale olduğuna dair, Götting/Schertz/Seitz, s. 340.

<sup>76</sup> Çocukla ilgili yapılan haberlerin sınırı hakkında bir politika belgesi çalışması için, Suntekin, Ceren: Medyada Çocuk Hakları, <https://www.sivilsayfalar.org/wp-content/uploads/2022/01/Medyada-Cocuk-Haklari.pdf> (Erişim Tarihi: 22.06.2024); Turgut, Cemile: “Dijital Medya ve Haberlerdeki ‘Mağdur Çocuklar’ Üzerine Bir Değerlendirme”, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/53> (Erişim Tarihi: 22.06.2024).

<sup>77</sup> Dural/Öğüz, s. 137; basın özgürlüğünün hangi çerçevede kalması gerektiğine I, C, 5 başlığında işaret edilmiştir.

gözlenmektedir. Dolayısıyla durum çoğunlukla hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacaktır. Örneğin, anne-babanın ebeveyn olmalarından kaynaklanan kişilik haklarına sahip olduklarını, bu sebeple çocuklarıyla ilgili anılarını paylaşma haklarının olduğunu söylemek, çocuğun üstün yararı ile bağdaştırılamaz.

### 7. Vekâletsiz İş Görme

Hukuka uygunluk sebebi olan vekâletsiz iş görme türü gerçek<sup>78</sup> veya caiz<sup>79</sup> olarak adlandırılan vekâletsiz iş görmedir<sup>80</sup>. Bu vekâletsiz iş görme türünde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin aksine, iş gören kimse iş sahibinin yararını gözeterik fiilini gerçekleştirir. Gerçek vekâletsiz iş görmeden bahsedilebilmesi için ayrıca işin görülmesinin zorunlu olması, iş görenin bu konuda vekâletinin bulunmaması ve iş görenin başkasının işini görme iradesiyle hareket etmesi de gereklidir<sup>81</sup>. Gerçek vekâletsiz iş görme hâllerinde yapılan masraflar iş sahibinden talep edilebilir (TBK m. 530).

Çocuğun kişisel verilerini paylaşma konusunda gerçek vekâletsiz iş görmenin hukuka uygunluk sebebi olması için kayıt veya paylaşım yapılmadığı takdirde çocuk zarar görecektir olmalıdır. Dolayısıyla ancak acil bir sınav başvurusunun yapılması örneğinde olduğu gibi istisnai durumlar veri paylaşımını gerçek vekâletsiz iş görme olarak haklı gösterebilir. Söz konusu hâl, kanunun verdiği yetkinin kullanılması oluşturduğu ya da çocuğun yüksek yararı gerektirdiği için de hukuka aykırı değildir.

## II. ÇOCUKLARA AİT VERİ PAYLAŞIMIYLA MEYDANA GELEN İHLALLERİN ORTADAN KALDIRILMASI İÇİN BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

<sup>78</sup> Eren, F., s. 693; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan (Bilimsel Katkılarıyla: Arş. Gör. Ö. Oğuzhan Meral/Arş. Gör. Şeymus Darcan): Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 822; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2022, s. 1480; caiz gerçek vekaletsiz iş görme-caiz olmayan gerçek vekaletsiz iş görme-iyiniyetli-kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme şeklindeki farklı bir ayırım için, Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 225, 226.

<sup>79</sup> Akıncı, s. 223; Zevkililer, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 678.

<sup>80</sup> Akıncı, s. 223; Eren, F., s. 693.

<sup>81</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 1481 vd.; Gümüş, s. 228 vd.; Aydoğdu/Kahveci, s. 822, 823; Zevkililer/Gökyayla, s. 679; von Tuhr, s. 372.



Çocuklara dair veri paylaşımıyla gerek kamu hukuku gerek özel hukuk alanında pek çok hükmün ihlal edilmiş olabileceği, bir önceki bölümde yapılan incelemeyle görülmüş oldu. Bu noktada toplum tarafından kabul edilmesi gereken ilk durum, olağan ve zararsızmış gibi görülen paylaşımların, aslında çoğu zaman ihlal oluşturduğudur. Bu farkındalık kadar önemli olan ikinci adım ise soruna karşı başvurulabilecek çözümler ve söz konusu çözümlerin etkin işleyip işlemediğidir. Gerçekten de ihlal gerçekleştiğinde başvurulabilecek hukuki yöntemler, Türk Hukuku Mevzuatı'nda tüm açıklığıyla yer almaktadır. Ancak buna rağmen ihlaller hâlâ devam etmektedir. Aşağıda Türk Hukuku açısından ihlal edilen norma göre başvurulabilecek hukuki mekanizmalar ve bunların yeterli şekilde işleyip işlemediği konusu değerlendirilmiştir.

#### A. Anayasa ve Bazı Uluslararası Anlaşmalar Kapsamında Meydana Gelen İhlallere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler

Bir temel hak veya hürriyetin anayasal bağlamda ihlali, kural olarak ilgili hak veya hürriyetin devletin kurum veya kuruluşu tarafından hakkın ihlalini anlatır. Devletin negatif yükümlülüğünü ifade eden bu klasik anlayışa göre, devlet kişilerin temel hak ve hürriyetlerine saygı göstermekle yükümlüdür<sup>82</sup>. Fakat bu anlayış zamanla değişmiş; devletin sadece temel hak ve hürriyeti ihlalden kaçınmakla değil, aynı zamanda özel kişiler tarafından temel hak ve hürriyetlere yönelik meydana gelebilecek ihlalleri önleme şeklinde pozitif bir yükümlülüğünün de olmasına evrilmiştir<sup>83</sup>. Çocuklar hakkında kişisel veri paylaşımı yoluyla meydana gelen anayasal ihlalleri de söz konusu iki bakış açısıyla birlikte değerlendirmek gerekir.

#### 1. İhlallere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar

<sup>82</sup> Eren, A., s. 450; Kalabalık, Halil: İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 45, 441; yaşam hakkı özelinde, Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 100.

<sup>83</sup> Anayurt, s. 369; Eren, A., s. 450; Kalabalık, s. 441; yaşam hakkı özelinde, Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 100, 112, 113. Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahsedilebilmesi için yasal, idari, yargısal ve diğer tüm gerekli önlemleri alması gerektiği yönünde, Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, p. 6-7, <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/2004/en/52451> (Erişim Tarihi: 7.06.2024); AIHM'e göre Devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahsedilebilmesi için ihlal ihtimalini Devletin bilmesi veya bilmesinin gerekmesi ve buna rağmen gerekli önlemleri almaması olduğu hakkında, Algan, s. 595, 596.

Temel hak ve hürriyetlere aykırılık açısından ilk ihtimal devletin bizzat ihlalcisi olmasıdır. Bu ihtimalde devlet, çocukların kişisel verilerini hukuka aykırı şekilde işleyerek ya da yayarak negatif yükümlülüğünü ihlal etmiş olur. Hasta olan bir çocuğa dair kişisel verilerin gereksiz yere kayıt altında tutulması veya yok edilmesi gerekliken yok edilmemesi bu ihtimale örnek verilebilir. Bahsi geçen fiiller idare hukuku açısından hizmet kusuru teşkil ederken, anayasal anlamda da özel hayatın gizliliğinin devlet tarafından ihlali anlamına gelmektedir. Anayasa m. 148/3'e göre, Anayasa'da veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan bir hakkın kamu gücü tarafından ihlali durumunda, kişi Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilir; fakat bunun için olağan kanun yollarını tüketmiş olmalıdır. İdare hukuku hükümleri gereğince kişiler bir idari işlemin iptali, idare tarafından uğratıldıkları zararın tazmini ya da idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların halli için dava açabilirler (İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m. 2). Fakat zararlarının giderilmesi için açmak istedikleri tam yargı davası öncesinde, ilgili idareye başvurmak zorundadırlar (İYUK m. 13). Dolayısıyla çocuk hakkındaki kişisel verilerin bir kamu otoritesi tarafından hukuka aykırı olarak kaydı ya da yayılması söz konusu olduğunda idari işlemin iptali için dava açılabilir; bundan bir zarar doğduğu takdirde de tazmini için ilk olarak ilgili idareye başvurmak kaydıyla tam yargı davası açılabilir. Bu yargı yolları tüketildikten sonra bir sonuç alınamamışsa, o zaman Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma imkânı doğar. Bireysel başvuru yoluyla da hakka ulaşılamaması durumunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru imkânı da bulunmaktadır. Zira böyle bir hâlde başvuru için zorunlu olan iç hukuk yolları tüketilmiş olması şartı gerçekleşmiştir (AİHS m. 35).

İkinci olarak ise kişisel verilerinin yayınlanması ya da kaydı yoluyla çocuğun özel hayatı gerçek ya da özel hukuk tüzel kişileri tarafından ihlal edilmiş; fakat hakkın korunması için devlet görevini yerine getirmemiş olabilir. Yeni anlayış çerçevesinde bu durum devletin pozitif yükümlülüğünün ihlalini oluşturur. AİHM kararları ışığında değerlendirildiğinde bu ihlal, mevzuatın etkin şekilde uygulanmaması veya kötü uygulanması şeklinde olabileceği gibi, gerekli yasal düzenlemeleri yapmama şeklinde de ortaya çıkabilir<sup>84</sup>. Çocuğa ilişkin fotoğrafların anne-babası, öğretmeni veya bir baş-

<sup>84</sup> **İnceoğlu**, Sibel (Editör)/**İnceoğlu**, Sibel/**Boyar**, Oya/**Karan**, Ulaş/**Akbulut**, Olgun/**Arslan Öncü**, Gülay/**Tokuzlu**, Lami Bertan: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 57; çocuk haklarıyla ilgili yaşamaya düşen bir görevin de Devletin çocuk haklarının tanınmasından doğan edimlerini nasıl

kası tarafından amaçsız ve hukuka aykırı şekilde yayınlanıyor olmasına rağmen buna karşı herhangi bir şey yapılmaması, mevzuatın etkin şekilde uygulanmamasına örnek oluşturur. Durumla ilgili yargısal süreçlerin başlatılmaması veya başlamış olmasına rağmen hak ihlaliyle ilgili etkin bir sonuca ulaşmaması da devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğini gösterir.

Devletin pozitif yükümlülüğünün bir parçası olan yasama ihmali konusu, sadece çocuğun özel hayatıyla ilgili olmayıp, Türk Hukuk Düzeni'ni uzun zamandan beri meşgul eden, fakat açık çözümü bulunamayan bir meseledir. Yasama ihmali, devletin yasama organının yapması gereken yasal düzenlemeleri yapmayarak kişiler açısından zarara, hak ihlallerine sebep olmasını anlatır<sup>85</sup>. Anayasaya aykırılık dolayısıyla iptal edilen bir hükmün yerine yenisinin yapılmaması, boşluk olan bir alanda kanun oluşturulmaması gibi durumlar yasama ihmaline örnektir. Yasama ihmali dolayısıyla devletin sorumlu olup olmayacağına Türk Hukuku açısından tartışılabilir<sup>86</sup> olması, esasında kuvvetler ayrılığı ilkesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim ilke gereğince devletin organları birbirinin yerine geçerek karar veremez, işlem yapamaz<sup>87</sup>. Dolayısıyla yargı organı kanun hükmünü anayasaya aykırılık dolayısıyla iptal etse bile, yasamayı yeni bir düzenleme yapmaya zorlayamaz. AİHM'e göreyse yasama ihmali, devletin pozitif yükümlülük ihlalinin bir görünümüdür<sup>88</sup>. Buna göre kişilerin Sözleşme'de korunmuş bir hakkının

---

yerine getireceğini göstermek olduğu yönünde, **Algan**, s. 574; AİHM'e göre hak ihlallerini önlemek için önleyici mekanizma oluşturulmamasının sözleşmeyi ihlal olduğu yönünde, s. 582.

<sup>85</sup> **Anayurt**, s. 817; yasama organının Anayasada çıkarılması öngörülen kanunların çıkarılmadığı durumlarda yasama ihmalinin olduğu, Türkiye'de buna ilişkin doğrudan norm denetimi olmasa da bireysel başvuru yoluna gidilebileceği hakkında, **Eren**, A., 1031, 1032; yasama ihmali kavramı tanımı için, XIV. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, "Anayasa Yargısında Yasama İhmali Sorunları" Konulu Anket Hakkında Türkiye Raporu, s. 2 [https://www.confuconstco.org/reports/rep-xiv/report\\_Turkey\\_tu.pdf](https://www.confuconstco.org/reports/rep-xiv/report_Turkey_tu.pdf) (Erişim Tarihi: 27.06.2024) .

<sup>86</sup> Eksik yasal düzenleme kişiler arasında eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara neden olursa anayasaya aykırı kabul edilmesi gerektiğine dair, **Eren**, A., s. 400, 1069; kanunun bir konuyu eksik düzenlemesi halinde anayasaya uygunluktan da aykırılıktan da bahsedilemeyeceği hakkında, **Teziç**, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Tıpkı 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 242. **Eren**, A., s. 1069.

<sup>87</sup> Çeşitli devlet fonksiyonlarının birbirinden bağımsız kullanılmasını anlattığı yönünde, **Teziç**, s. 489; aynı yönde, **Eren**, A., s. 109 vd.; **Anayurt**, s. 402.

<sup>88</sup> **İnceoğlu/Boyar/Karan/Akbulut/Arslan Öncü/Tokuzlu**, s. 63; bu konudaki ilgili AİHM kararları için bkz. **Algan**, s. 582.

zarar görme sebebi devletin ilgili yasama faaliyetini yapmamasıysa devlet bundan sorumludur<sup>89</sup>.

Gerek mevzuatın etkin uygulanmamasında gerekse yasama ihmali yoluyla kişilerin temel hak ve hürriyetleri zarar gördüğünde, kişiler öncelikle iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'e başvuruda bulunabilirler. Çocuklara dair kişisel verilerin özel hayatın ihlaline sebep olacak şekilde devlet dışındaki kişiler tarafından kaydedildiği ya da yayınlandığı takdirde de öncelikle idari yargı yolunun tüketilmesi gerekecektir. Zira burada devlet yapmama şeklindeki bir fiili ile zarara sebep olmaktadır. Yine de istenilen sonuca ulaşılamazsa AİHM'e başvurulabilmesi için bireysel başvuru yolunun denenmesi şarttır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin uygulama denetimi açısından ise bir yargı yolu bulunmamaktadır. Taraf devletlerin gösterdiği adaylar arasından seçilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, yalnızca ulusal raporları inceleme, değerlendirme ve tavsiyelerde bulunma yetkisine sahiptir (ÇHS m. 43). Dolayısıyla sözleşmede yer alan haklar ihlal edildiği zaman, bunu yaptırıma bağlayan sözleşmeye özgü bir yargı yolu yoktur.

## **2. Başvurulabilecek Hukuki Yolların Etkinliği**

Çocuğa dair kişisel verilerin işlenmesi veya yayını yoluyla çocuğun hakları ihlal edildiğinde, anayasal anlamda ve AİHS çerçevesinde gerekli hukuki yolların oluşturulduğu, yukarıdaki başlıkta incelenmiş oldu. Bu kapsamda çocuk veya yasal temsilcisi, temel hak ve hürriyetleri, özellikle özel hayatı ihlal edildiği zaman yargı yoluna başvurabilir, bireysel başvuruda bulunabilir veya AİHM'e gidebilir.

Günümüz şartları değerlendirildiğinde gerçek kişiler tarafından yapılan ihlallerin daha fazla olduğu yorumu yapılabilir. Her gün çocuklara dair pek çok kişisel veri, özellikle yakın çevresindeki kimseler tarafından sosyal medyada paylaşılmaktadır. Bunun en temel sebebi, söz konusu veri akışının sıradanlaşması ve bir tehlike ya da zarar olarak görülmemesidir. Diğer yandan çocukların kişisel verilerinin kaydı ve yayınıyla ilgili yasaklar, ancak herkes açısından geçerli olan emredici hükümler çerçevesinde mevcut olup; çocuğun kişisel verilerinin hukuka aykırı kaydı ve yayını yasaklayan doğru-

---

<sup>89</sup> Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Davası, **İnceoğlu/Boyar/Karan/Akbulut/Arslan Öncü/Tokuzlu**, s. 63.

dan bir emredici hüküm bulunmamaktadır. Esasında mevcut emredici hükümler, sadece çocukların değil, herkesin söz konusu temel hak ve özgürlüklerini koruyacak yeterliliğe sahiptir. Fakat etkin işletilmemesi hakların korunamamasını ve mevzuatın yetersiz kalmasını sonuçlamaktadır. Dolayısıyla problem temel olarak şu noktada ortaya çıkmaktadır: Çocuğa dair kişisel veri kaydı veya yayınının sıradanlaşarak hukuka uygun görülmesi. O hâlde ya bu algının yıkılması ve ihlallere karşı harekete geçilmesi yoluyla sorun çözüme kavuşturulmalı ya da çocuklara ait kişisel verilerin kayıt ve yayınına doğrudan yasaklayan hükümler ihdas edilmelidir.

## B. Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Meydana Gelen İhlallere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler

Türk Medeni Kanunu, gerek kişilik hakkının korunmasıyla ilgili genel anlamda, gerekse çocuk özelinde alınabilecek önlemlerle ilgili ayrıntılı hükümler içermektedir. Fakat çocuğun kişisel verileri hakkındaki uygulama problemi bu hükümler açısından da mevcuttur.

### 1. İhlallere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar

Çocuğa ait kişisel verilerin kaydı veya yayını hâlinde, çocuğun resmi, görüntüsü, sesi, ismi, biyolojik verileri gibi kişiliğinin parçasını oluşturan birtakım kişilik değerleri zarar görmektedir. Kişilik hakkına yönelik bir saldırı bulunduğu takdirde kişi, TMK m. 24 vd. gereğince hâkimden koruma talep edebilecek olup; söz konusu koruma elbette çocuk için de geçerlidir. Bu kapsamda TMK m. 25/I çerçevesinde bir saldırı tehlikesi varsa önlenmesi, saldırı mevcutsa sonlandırılması veya bitse bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti istenebilir<sup>90</sup>. Örneğin, sosyal medyada yayınlanmış olan video bu yolla kaldırılabilir. Yine TMK m. 25/II kapsamında, çocuk hakkında yapılmış yalan bir haberin düzeltilmesi temin edilebilir. Hükmün üçüncü fıkrası kapsamında da söz konusu yayınlar dolayısıyla uğranılan maddi veya manevi zararın giderilmesi<sup>91</sup>; vekâletsiz iş görme hükümleri gereğince kişisel verilerin yayını yoluyla elde edilmiş gelirlerin verilmesi istenebilir<sup>92</sup>. Ayırt etme gücü olduğu takdirde çocuk tek başına

<sup>90</sup> Aynı yönde, **Badur**, Çocuğun Kişisel Verileri, s. 275 vd.; **Girgin/Göнал**, s. 113; **Şengöz**, s. 92 vd.; **Kılıçoğlu**, Kişiler, s. 368; **Helvacı/Erlüle**, s. 98 vd.

<sup>91</sup> Ayırt etme gücü olduğu takdirde çocuğun manevi tazminat davasını kendisinin açabileceği, fakat maddi tazminat davası için ya ergin olmayı beklemesi ya da kendisine kayyım atanması gerektiği hakkında, **Girgin/Göнал**, s. 121.

<sup>92</sup> Bu davaların açılacağı ve özellikle haksız kazancın iadesiyle ilgili, **Girgin/Göнал**, s. 117, 118.

belirtilen taleplerde bulunabilir; fakat ayırt etme gücü yoksa onun adına veli veya vasinin bu davaları açması gerekir<sup>93</sup>. Şu kadar ki vasinin açacağı davalarda TMK m. 462'nin 8. bendi gereğince vesayet makamından izin alınması zorunludur. Yasal temsilcinin bizzat yaptığı ihlaller içinse çocuğun ayırt etme gücü olmadığı takdirde onu davada temsil etmek üzere kayyım atanması gerekir (TMK m. 426, 2. bent). Bir velinin yaptığı ihlale karşı diğer velinin çocuk adına davayı tek başına yürütebileceğini kabul etmek gerekir<sup>94</sup>.

Çocuğa dair kişisel verilerin kaydı veya yayını suretiyle yapılan ihlallere karşı TMK çerçevesinde başvurulabilecek bir başka hukuki çare, TMK m. 346 vd.'nda yer alan çocuğun korunmasına ilişkin tedbirlerdir. Bu tedbirlerden ilkinin TMK m. 346'da düzenlenen önlem oluşturur. TMK m. 346'nın lafzı karşısında, hükmün uygulama alanının velayet yetkisinin yürütülmesiyle ilgili anne-babanın yetersiz kaldığı hâlleri kapsadığı anlaşılmaktadır. Hükümde çocuğun menfaatinin yönelmiş tehlike kaynağının kimden geldiği konusunda ayırım yapılmamıştır. Önemli olan anne-babanın çocuğun gelişimi hakkındaki tehlikeyi gidermekten âciz kalmasıdır<sup>95</sup>. Hükmün uygulanabilmesi için anne-babanın gerekli önlemleri alma konusunda istekli olmaları, fakat bunu başaramamaları gerekir<sup>96</sup>. Çocuğun menfaati ve gelişimini anne-babanın kusurlu veya kusursuz tehlikeye atmaları, hükmün uygulanabilmesi açısından önemsizdir<sup>97</sup>. Tedbirlerin uygulanması için herhangi bir ilgili başvuruda bulunabilir<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> Kişilik hakkının ihlalinden kaynaklanan davaları sınırlı ehliyetsizin bizzat açabileceği hakkında **Serozan/Engin/Atamer**, s. 482; **İmamoğlu**, s. 213; **Ertuğrul**, s. 539; çocuğun kişilik hakkını ana-babanın ihlal etmesinde çocuğun bizzat dava açma hakkının olduğunu, fakat davaları kayyım ile yürütmesi gerektiğine dair, **Akdi**, s. 133, 137.

<sup>94</sup> **Ertuğrul**, s. 540; Yargıtay'ın diğer ebeveyne karşı çocuğun kayyım ile temsil edilmesi gerektiğini arayan kararı için bkz. s. 540, dn. 94.

<sup>95</sup> **Serozan**, s. 292; anne-babanın yardım almadan veya uyarı gelmeden tek başlarına gereken tedbiri alamamaları hâlinde hükmün uygulandığına dair, **Grassinger**, Gülçin Elçin: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 108.

<sup>96</sup> Bkz. **Grassinger**, s. 112; "tâlilik ilkesi" olarak ifadesi için, **İmamoğlu**, s. 195, 196.

<sup>97</sup> **Özdemir/Ruhi**, s. 84; **Akyüz**, s. 274; **Badur**, Çocuğun Kişisel Verileri, s. 282; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 367; **İmamoğlu**, s. 194; **Akdi**, s. 137; **Ertuğrul**, s. 541.

<sup>98</sup> **Hatemi**, s. 185; **Serozan**, s. 292; **Akyüz**, s. 268; **Grassinger**, s. 80, 81; **Özdemir/Ruhi**, s. 85; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 367; benzer bir sonuçla aynı yönde, **Akıntürk**, Turgut/Ateş, Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 436.

Türk Medeni Kanunu m. 346 kapsamında hâkimin alabileceği önlemlerin neler olduğuna dair açık bir düzenleme yoktur. Doktrinde<sup>99</sup> hüküm kapsamında hâkimin anne-babaya, öğüt veya talimat vermesi, uyarıda bulunması, danışmanlık önermesi, denetçi ataması gibi birtakım çareler sayılmaktadır. Alınabilecek önlemleri her somut olayda hâkim takdir eder. Fakat anne-babayı yapma veya yapmama şeklinde bir borç altına sokamaz<sup>100</sup>.

Çocuğun kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak kaydı veya yayını karşısında da hâkim, anne-babaya bunu yapmalarının çocuğun aleyhine sonuç doğurduğu, kişiliğini tehlikeye attığı, verilerinin ileride birtakım kötü amaçlarla kullanılabilirliği konusunda uyarı ve öğütte bulunabilir. Gerekliyse danışmanlık hizmeti almaları konusunda onları yönlendirebilir. Esasında hâkim konuyla ilgili yapacağı şey, çocuğun kişisel verilerinin korunması hakkında anne-babaya farkındalık duygusu kazandırmaktır.

Çocuğun menfaatini veya gelişimini tehlikeye düşüren durumun anne-babadan mı yoksa üçüncü kişilerden kaynaklanması gerektiğiyle ilgili TMK m. 346'da herhangi bir belirleme yapılmamıştır<sup>101</sup>. Dolayısıyla çocuğun kişisel verilerinin üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı kayıt veya yayını hâlinde, anne-baba çocuğu korumaktan aciz kaldığında da TMK m. 346 uygulanabilir. Bu kapsamda hâkim anne-babayı yapmaları gerekenler hakkında bilgilendirebilir, hukuki yardım alabileceği kimselere yönlendirebilir veya çocuklarıyla ilgili daha dikkatli davranmaları gerektiği hususunda uyarıda bulunabilir. Şu kadar ki acizyet geçici ve belirli bir süre içinse, örneğin anne-babanın komada olması dolayısıyla oluşmuşsa, çocuğa kayyım atanmak suretiyle sorun çözümlenmelidir<sup>102</sup>. Âcizlik velayetin kullanılmasını etkileyecek

<sup>99</sup> Serozan, s. 292; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 367; İmamoğlu, s. 196; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, (Kılıçoğlu, Aile) s. 517; Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2021; Akıntürk/Ateş, s. 436; Grassinger, s. 110 vd.; Girgin/Gönel, s. 114; Akyüz, s. 275 vd. Çocuğun verileriyle ilgili yaşanan ihlallerde anne-babanın sosyal medya hesaplarının kapatılmasına, çocuğun verilerinin silinmesine karar verebileceği yönünde, Ertuğrul, s. 542. Ancak hesap bizzat anne-baba adına açılmış olup, çocuğun verileri bu hesapta paylaşılmışsa, hesabı tamamen kapatmak anayasal hakları ihlal anlamına gelebilir.

<sup>100</sup> Grassinger, s. 109. Bunu "icra edilebilir bir borçla yükleyememek" şeklinde yorumlamak gerekir. Aksi hâlde denetimi olmayan bir önlemin anne-baba için herhangi bir caydırıcılığı veya etkisi olmaz.

<sup>101</sup> Çocukla ilgili koruma tedbirlerinin uygulanabilirliği açısından kişilik hakkı ihlalinin anne-babadan veya üçüncü kişiden gelebileceği hakkında, Özdemir/Ruhi, s. 84; aynı yönde, İmamoğlu, s. 196.

<sup>102</sup> Kayyım atanmanın da bir tedbir olabileceğine dair, Grassinger, s. 123; çocuğa eğitim kayyımı atanabileceği hakkında, Girgin/Gönel, s. 114; Akyüz, s. 278 vd.

biçimde süreklilik arz ediyorsa çocuğa vasi atanması da düşünülmelidir. Son iki durumda hâkimin TMK m. 346'ya başvurması mümkün olmaz. Anne-baba üçüncü kişilere karşı TMK m. 25'e dayalı olarak dava açıyorsa, bu hâlde de yetersizlik şartı gerçekleşmediği için TMK m. 346 uygulanmaz.

Çocuğun korunması için TMK'de yer alan bir başka önlem m. 347 gereğince çocuğun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesidir. Hükmün uygulanması için çocuğu korumanın aileden ayırmadan mümkün olmaması gibi zorunlu bir durum gereklidir<sup>103</sup>. Suç işleme, uyuşturucu madde kullanma gibi hâllere rağmen ailenin buna çözüm bulamaması veya duyarsız kalması, çocuğun aile içinde tacize veya istismara uğraması, intihara eğilimli olması, engelliliği dolayısıyla gösterilmesi gereken bakım, özen ve tedavinin aile tarafından sağlanamaması gibi durumlar, aile yanına veya kuruma yerleştirme için uygun nedenler olarak gösterilmektedir<sup>104</sup>.

Çocuğa dair kişisel verilerin anne-baba tarafından yayınlanması TMK m. 347'nin uygulanması için tek başına yeterli bir sebep olarak görünmemektedir. Çünkü hükmün uygulanması için gerekli şartlar ekseriyetle gerçekleşmemiş olur. Örneğin, anne-babanın çocuğun yemek yediği andaki videosunu ilk defa yayınladıkları zaman bu durum, ne tek başına çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimini yakın bir zarar olarak tehlikeye atar ne de çocuğun anne-babasından bu sebeple ayrılması ölçülü bir çözümdür. Böyle bir hâlde, söz konusu davranışların devam etmesinin çocuk hakkında ileride zararlar sonuçlanacağına ilişkin anne-baba uyarılmalıdır; dolayısıyla TMK m. 346 uygulanabilir. Fakat veri paylaşımı süreklilik kazandığı takdirde ya da daha ciddi sebeplerin bir parçası hâline geldiği zaman aynı yorum yapılamaz. Örneğin, anne çocuğunun gün içindeki her hâlini videoya alarak bunu bir kazanç vasıtası ya da ünlü olma aracı olarak kullanıyorsa veya çocuğu cinsel istismara hazırlamak için fotoğraf ya da videolarını paylaşıyorsa, bu durumda TMK m. 347 uygulanabilir. Özellikle çocuk ailesi veya üçüncü kişiler tarafından cinsel yönden istismar ediliyorsa hâkim bir an önce TMK m. 347'yi uygulamalı; hatta gerekliyse TMK m. 348'e göre velayeti kaldırmalıdır.

Çocuğun menfaati ve gelişimi zarar gördüğü takdirde başvurulabilecek diğer bir hukuki çare de velayetin kaldırılmasıdır. TMK m. 348'e göre TMK

<sup>103</sup> Akyüz, s. 285; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 368.

<sup>104</sup> Grassinger, s. 142, 143; Akyüz, 284; Özdemir/Ruhi, s. 90; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 368; Kılıçoğlu, Aile, s. 517, 518; Akıntürk/Ateş, s. 437.



m. 346 ve 347 gereği alınan önlemler işe yaramaz veya yetersiz olduğu önceden anlaşılırsa, hükümde sayılan sebeplerden biri ortaya çıktığı takdirde hâkim velayeti kaldırabilir. Hükme göre böyle bir yola başvurulması, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesine ya da ana-babanın çocuğa karşı yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamasına bağlıdır (TMK m. 348/I, 1. ve 2. bent).

Çocuğa dair kişisel verilerin anne-baba tarafından hukuka aykırı kaydı veya yayını hâlinde böyle bir önleme ihtiyaç olup olmadığını hâkim olay bağlamında değerlendirmelidir<sup>105</sup>. Çocukla ilgili önlemlerin alınmasında göz önünde tutulması gereken yegâne durum çocuğun yüksek yararınıdır. Ne kadar yetersiz olursa olsun, çocuğuna zarar vermeyen, fakat ekonomik veya fiziksel aciziyet içinde bulunan anne-baba, bu yönlerden çok daha yeterli üçüncü kişilere nazaran çocuğun kişilik gelişimi için daha fazla doyum sağlar. Bu sebeple velayetin kaldırılması ya da aile yanına-kuruma yerleştirme önlemleri son çare olarak düşünülmelidir. Mesela, paylaşım yapma alışkanlığı olmayan, fakat karne gününde çocuğunu karnesiyle birlikte fotoğraflayarak bunu durum yapan bir babanın velayet yetkisini sırf bu sebebe dayanarak kaldırmak, ölçüsüz bir önlem olur. Bununla beraber sürekli olarak kişisel veri yayınlamak, velayet görevini gereği gibi yerine getirmemenin<sup>106</sup> ya da yükümlülükleri ağır biçimde savsaklamanın bir parçası hâline gelmişse, böyle bir hâlde velayetin kaldırılması önlemi düşünülmelidir. Örneğin, anne-baba çocuğu bu yolla bir kazanç veya sömürü vasıtası hâline getirmişse<sup>107</sup>, çocuk kendisi hakkında zararına yol açacak biçimde kişisel veri paylaşımında bulunuyor fakat anne-baba bunu engelleyemiyor veya umursamıyorlarsa<sup>108</sup>, söz konusu durumlarda diğer önlemlerin işe yaramadığı veya yaramayacağı anlaşıldığı takdirde velayetin kaldırılması önlemine başvurulabilir.

<sup>105</sup> Böyle bir tedbire başvurulabileceği yönünde, **Girgin/Gönel**, s. 113; velayet yetkisinin sınırını ölçülülük ilkesine göre belirlemek gerektiği yönünde, **Serozan**, s. 261.

<sup>106</sup> Boşanma davasında çocuklarının fotoğraflarını sürekli sosyal medyada paylaşan anneye velayetin verilmemesiyle ilgili karar için, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/blogger-anne-mahkemede-cocuklarini-kaybetti,qS8Pj79Zc0SNNhjagnJu8A> (Erişim Tarihi: 05.07.2024); çocuğun temsili ve gerekli kararların alınması noktasında zafiyet oluşmuşsa velayetin kaldırılabilirliğine dair, **Grassinger**, s. 171.

<sup>107</sup> Aynı yönde, **Ertuğrul**, s. 544; fiziksel, duygusal veya cinsel istismar, velayetin kaldırılması için bir sebep olarak değerlendirilmektedir, **Grassinger**, s. 179.

<sup>108</sup> Aynı yönde, **Badur**, *Çocuğun Kişisel Verileri*, s. 285; çocuğun sürekli sosyal medyada veri paylaşması ve bu şekilde üçüncü kişilerin sömürüsüne açık hâle gelmesi, onun kişilik bozukluğunu gösterir. Zira söz konusu hâlde ailesinde göremediği ilgiyi farklı yollardan aramaktadır. Yanlış eğitimden kaynaklı olarak çocukta görülen kişilik bozukluğunun velayet hakkının kaldırılmasına sebep olabileceği yönünde, **Grassinger**, s. 180.

## **2. Başvurulabilecek Hukuki Yolların Etkinliği**

Gerek genel mânâda kişilik hakkının gerekse çocuğun menfaati ve gelişiminin korunması için TMK yeterli denilebilecek düzeyde hukuki çareler sunmaktadır. Fakat uygulamada çocuğun kişisel verilerinin korunması için söz konusu yolların işletildiğinden bahsedilemez. Bunun başlıca sebebi, anayasal anlamdaki ihlallerde de bahsedildiği üzere, durumun hukuka uygun ve zararsız görülmesidir.

İkinci olarak çocuğun kişisel verilerini yayınlamak suretiyle ihlal gerçekleştiren kimseler ekseriyetle anne-babadır. İhlali yapanlar bizzat bu kimseler olduğu zaman, velayetin böyle bir paylaşım yapma yetkisini verdiği yönünde algı oluştuğu için çocuğu en güvendiği kimselere karşı korumak zorlaşmaktadır. Üçüncü kişiler çocuğun kişisel verileri yayınladığı zaman dava yoluna başvurmak ise velayet kaldırılmadığı müddetçe anne-babanın görevidir. Onlar bu görevini yerine getirmiyorsa, velayet kaldırılmadığı için -kayım atanması hâric- üçüncü kişiler dava açamaya yetkili olmadığından, çocuk yine korumasız kalmaktadır. Bu yüzden de devlete gerekli önlemlerin alınması adına daha fazla görev düşmektedir.

Anne-babanın çocuğa dair kişisel veriyi sırf yayınlaması dolayısıyla TMK m. 347 veya m. 348'in uygulanması da çoğu zaman ölçüsüz bir önlem olur. Aileden alınması veya velayetin kaldırılması, çocukta daha fazla zarara yol açabilir. Dolayısıyla maddeler, sadece çocuğun kişisel verilerini yayınlamakta ısrarcı olan, fakat çocuğa başka yönden zarar vermeyen anne-babalar için uygulanmamalıdır.

### **C. Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Meydana Gelen İhlallere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler**

Çocuğun kişisel verilerinin kaydı veya yayını yoluyla bir suç işlendiği takdirde başvurulması gereken yollar, diğer alanlarda meydana gelen ihlallere nazaran daha açıktır. Konuyla ilgili süreç aşağıda değerlendirilmektedir.

#### **1. İhlallere Karşı Başvurulabilecek Yollar**

Çocuklara ait kişisel verilerin kaydı veya yayınlanması yoluyla bir suç işlendiği zaman, bu durumun mahkemeye taşınması, ortaya çıkan suçun özelliğine göre değişmektedir. Şayet oluşan suç re'sen kovuşturuluyorsa, soruşturma başlatılması için şikâyete gerek yoktur. Cumhuriyet savcılığı suçtan herhangi bir şekilde haberdar olduğunda soruşturma başlatabilir. Yukarıda incelenen suçlardan, çocuğun cinsel istismarı, kişisel verilerin kaydı,

kişisel verilerin hukuka aykırı surette verilmesi veya ele geçirilmesi, fuhuş veya göreve ilişkin sırların açıklanması bu suçlar arasında sayılabilir. Buna karşılık haberleşmenin gizliliğini ihlal ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçları şikâyete tabi olarak kovuşturulur.

## 2. Başvurulabilecek Hukuki Yolların Etkinliği

Çocuğun kişisel verileri hakkında işlenen pek çok suç resen kovuşturulmaktadır ve bu suçlar günlük hayatta fazlaca işlenmektedir<sup>109</sup>. Özellikle çocuklara ait görüntülerin her gün sosyal medyada dolaştığı düşünülürse, kişisel verilerin kaydı suçunun bu konuda en çok işlenen suç olduğu söylenebilir. Fakat bu verilerin ortadan kaldırılması için başlatılan süreçlerin ülkede yoğun gündem oluşturduğundan bahsedilemez<sup>110</sup>. Şikâyete tâbi olan diğer suçlarda ise yasal temsilcinin küçük adına veya çocuğun bizzat şikâyetçi olması pek vâki değildir.

## D. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Meydana Gelen İhlallere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler ve Bunların Etkinliği

Kişisel verilerin işlenebilmesi için gerekli şartları KVKK ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Söz konusu şartlara uygunluk taşımayan veri işlemleri için de birtakım koruma yolları öngörmüştür.

### 1. İhlallere Karşı Başvurulabilecek Yollar

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 13/I'e göre ilgili kişi, Kanunun uygulanmasıyla ilgili taleplerini veri sorumlusuna iletebilir. Veri sorumlusu bu başvuruları en çok otuz gün içinde sonuçlandırmak zorundadır (KVKK m. 13/II). Başvuru reddedildiği, yetersiz görüldüğü veya süresinde cevap verilmediği takdirde Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na başvurmak KVKK m. 14 gereğince mümkündür. Aynı hükmün üçüncü fıkrasında genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğu da ifade edilmiştir. Başvuru üzerine Kurul gerekli incelemeyi yapar ve ihlalin varlığı anlaşılırsa bunun

<sup>109</sup> 1989 yılında verilen eserde bile, aile içinde ve yatılı okullarda çocuğun özel hayat ve haberleşme gizliliğinin sıkça ihlal edildiği yorumu yapılıyorsa (**Konanç**, s. 31), teknolojik ilerlemenin günümüzde geldiği aşamada ihlallerin ulaştığı boyutu düşünmek çok zor olmayacaktır.

<sup>110</sup> Çocuk hakkında alınacak önlemleri harekete geçirecek mekanizmaların ülkemizde eksik olduğu yönünde, **Serozan**, s. 292; gerekli olduğu hallerde devletin soruşturma yapmasının, yargılamasının ve cezalandırmasının AİHS'te yer alan hakların gerçekleştirilmesi için usuli bir yükümlülük olduğuna dair, **Algan**, s. 582, 583.

giderilmesi için kararı ilgililere tebliğ eder (KVKK m. 14/5). Ayrıca Kanunun 17. maddesinde kişisel verinin hukuka aykırı kaydı, verilmesi veya ele geçirilmesi hallerinin suç oluşturduğu TCK m. 135 ila 140. maddelerine de atıf yapılmıştır. Son olarak KVKK m. 18’de de kişisel verilere ilişkin kaba-hat oluşturan durumlara yer verilmiştir.

## **2. Başvurulabilecek Hukuki Yolların Etkinliği**

Çocuğa dair kişisel verilerin ihlali hâlinde de Kanun’da öngörülen mekanizmaların uygulamada işletildiğinden bahsedilemez. Nitekim ekseriyetle çocuk, ne kişisel verilerinin ihlal edildiği ne de buna karşı başvurabileceği hukuki yolların varlığı konusunda farkındalığa sahiptir. Yasal temsilcisi olarak veli ise ya bizzat ihlalcı olmakta veya üçüncü kişilerin yaptığı veri paylaşımlarına karşı çoğunlukla böyle bir yola başvurmamaktadır. Söz konusu durumlar da çocuk hakkında yapılan veri paylaşımlarının yine sıradanlaşmasına ve hukuka aykırı görülmemesine yol açmaktadır.

### **E. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun Gereğince Başvurulabilecek Hukuki Çareler ve Bunların Etkinliği**

5651 Sayılı Kanun kapsamında internet yoluyla kişisel verilerinin veya özel hayatının ihlal edildiğini düşünen ilgililer, Kanun’un 9. maddesi gereğince içerik veya yer sağlayıcısına ya da sulh ceza hâkimliğine ve 9/A maddesi gereğince de doğrudan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’na başvuruda bulunarak ilgili verinin yayından kaldırılmasını isteyebilirler. Fakat bu yöntem için de ilgilinin başvurusu gerektiği ve çocuk veya yasal temsilci de ekseriyetle başvuruda bulunmadığı için söz konusu kanunun da uygulamada konu bağlamında etkin işletildiğinden bahsedilemez.

## **III. ÇOCUKLAR HAKKINDA YAPILAN HUKUKA AYKIRI VERİ PAYLAŞIMINA YÖNELİK ALINMASI GEREKEN TEDBİR ÖNERİLERİ**

İncelenen mevzuat hükümleri dikkate alındığında hem herkes açısından kişiliğin hem de çocuğun kişiliğinin korunması için gerekli hukuki yolların var olduğu görülmüştür. Fakat tüm ayrıntılı hükümlere rağmen çocuğa dair kişisel veriler ihlal edilemeye devam edilmektedir. Bu durum çocuğun kişisel verilerinin korunması için farklı adımlar atılması gerektiğiyle ilgili bir göstergedir. Aşağıda konuyla ilgili alınabilecek tedbirlere yer verilmektedir.

### A. Farkındalık Oluşturulması

Problem oluşturan bir konunun çözümü, ilk olarak onun “sorun” şeklinde algılanmasına bağlıdır. Çocuklara dair kişisel veriler her gün defalarca farklı mecralarda paylaşılmakta veya paylaşılan veriler kalmaya devam etmekte; fakat bu durum olağan ve zararsız olarak görüldüğü için kişiler ihlallerine devam etmektedir<sup>111</sup>. Dolayısıyla konuyla ilgili atılması gereken ilk adım, özellikle anne-babalar nezdinde söz konusu veri paylaşımlarının çocuğa zarar verdiğiyle ilgili farkındalık uyandırmaktır.

Gerçekten de paylaşımların çocuklara verdiği zararın özellikle anne-babalarda içselleştirilmesi, pek çok yayının engellenmesine büyük oranda katkı sağlayacaktır<sup>112</sup>. Yalnızca anne-babalar değil herkes, yapılan fiilin yanlış olduğuna, bunu yaparak aslında çocuğa kötülük ettiğine inandığında, kendisi fiilden kaçınmakla kalmayacak; aynı zamanda üçüncü kişilerin fiillerine yönelik daha korumacı bir tavır alacaktır. “Sorunu hukukla değil etikle çözmek”, ilk yöntem olarak düşünülmelidir<sup>113</sup>.

Çocuk hakkında yapılan veri paylaşımlarının tehlikesini ortaya koymak, toplumun bütün kesimine hitap eder şekilde planlanmalıdır. Bunun için kamu spotları veya kamuya açık alanlarda görseller oluşturulabilir. Okullarda öğretmenler velilere yönelik bilgilendirme buluşmaları düzenleyebilir. Kamu görevlilerine söz konusu fiillerin yaptırımları hakkında hatırlatmalar yapılabilir<sup>114</sup>. Üniversitelerde ilgili bölümler bu konuda çalışma yapmaya davet edilerek halka hitap eden söyleşiler tertip edebilir.

Kişiliği ihlal edilen kimseler çocuklar olduğu için çocuklar nezdinde de farkındalık oluşturulması önemlidir. Bunun için çocuklara yönelik bilgilendirme eğitimleri düzenlenebilir veya müfredata buna ilişkin konular yerleş-

<sup>111</sup> Anne-babanın çocuk hakkında her zaman en iyisini yapacağı konusunda toplumda bir önyargı olduğu, fakat sosyal medya paylaşımları konusunda anne-babaların potansiyel tehlike olduğu hakkında, **Steinberg**, s. 862.

<sup>112</sup> Aynı yönde, **Steinberg**, s. 866, 867.

<sup>113</sup> Sorunu hukukla değil, etikle çözmek, ebeveynlerin çocuklarını sosyal medya kullanımını konusunda birlikte konuşarak, kararlar vererek aile içinde tartışarak halletmek önemlidir, **Binark**, Mutlu: “Çocuk Hakları Odaklı Yeni Medya Kullanımı ve Etik”, Yeni Medya Eski İnsan programı 52. bölüm, TRT Radyo 1, Ankara, (Aktaran: **Öztürk**, s. 277); çocuk haklarının yaşama geçirilmesi için Devlele bireylerin aktif iş birliği içinde olması gerektiği, **Algan**, s. 568.

<sup>114</sup> Milli Eğitim Bakanlığı bu konuda, özellikle hukuka aykırı yayınların suç oluşturabileceğini hatırlatan 07.03.2017 tarihli bir genelge yayınlamıştır. Genelge metni için, <https://mevzuat.meb.gov.tr/dosyalar/1833.pdf> (Erişim Tarihi: 30.06.2024). Buna rağmen hâlâ sosyal medyada benzer içerikte pek çok video bulunmaktadır.

tirilebilir<sup>115</sup>. Tanımadığı kimselerle fotoğrafını, videolarını veya diğer kişisel verilerini paylaşmaması, anne-babası kişisel bilgilerini yayınlamak istediği zaman bunu istemediğini ifade etmesi gerektiği, internet bağlantısıyla oynanan oyunlarda istenen her tür bilginin paylaşılmaması konuları, belirtilen eğitimlerin başlıklarını oluşturabilir. Özellikle iletişimde mahremiyet algısının oluşturulması da konuyla ilgili büyük öneme sahiptir. Yaş grubuna göre eğitimin verilmesi için oyun, çizgi film gibi yöntemler de tercih edilebilir. Orta öğrenim yaş grubu çocuklarda internet ve sosyal medya kullanımı daha yaygın olduğu için bu gruba yönelik eğitimlerde tehlikelere daha gerçekçi yaklaşmak, meydana gelen kişisel veri ihlallerinden örnekler oluşturmak suretiyle tehlikenin boyutunu aktarmak daha etkili bir yöntem olabilir.

### **B. Mevcut Hukuki Yolların Etkin İşletilmesi veya Yeni Bir Sistem Gerekliliği**

Meydana gelen ihlallerin ortadan kaldırılması için farkındalık oluşturmak önemli bir yere sahip olsa da bu, tek başına yeterli olmayacaktır. Ne kadar mükemmel kurallar olursa olsun her zaman ihlal oluşması mümkündür. İhlallerin yaptırıma bağlanması ve bu yaptırımların caydırıcı olması zorunludur.

Çocuğa dair kişisel veri ihlallerinde bunlara karşı koruma talep edilebilmesi için çok çeşitli yollar olduğu bir önceki bölümde<sup>116</sup> incelendi. Dolayısıyla Türk Hukuku açısından sorun çocuğun mevzuatla korunmaması değil, koruma hükümlerinin işletilmemesidir<sup>117</sup>. Örneğin çocukla ilgili bir video yayınlandığı zaman, bunun kaldırılması için anne-baba yayınlamışsa yetkili makamlar TMK m. 346 doğrultusunda re'sen harekete geçebilir<sup>118</sup>, diğer ilgililer de önlemlerin alınması için ilgili makamları durumdan haber-

<sup>115</sup> Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı 17 Ocak 2022'de dijital mahremiyet konusunu içeren "Aileler İçin "Çocukları Dijital Tehlikelerden Koruma Rehberi"" yayınlamıştır, <https://www.aile.gov.tr/haberler/aileler-icin-cocuklari-dijital-tehlikelerden-koruma-rehberi/> (Erişim Tarihi: 23.06.2024). Ancak bu tür çalışmaların etkisini arttırmak için içeriklerin görünürlüğünü arttırmak ve çarpıcı hale getirmek gerekmektedir.

<sup>116</sup> Bkz. II.

<sup>117</sup> 2014-2019 Çocuk Koruma Hizmetleri Koordinasyon Strateji Belgesinde koruma ihtiyacı içerisindeki çocukların yetkili kurumlara bildirilmesine ilişkin hükümlerin yeterli biçimde uygulanmadığı belirtilmiş, ihbar mekanizması doğru çalışmadığı ifa edilmiştir, bkz. **Akyüz**, s. 443.

<sup>118</sup> Aynı yönde, **Girgin/Gönel**, s. 122; koruma önlemi almanın hâkim için bir yetki olduğu kadar görev de olduğuna dair, **Akıntürk/Ateş**, s. 435.

dar edebilir. Fakat bu hukuki süreçler işletilse de giderilmesi gereken birtakım eksiklikleri mevcuttur.

### 1. Mevcut Hukuki Yolların İşletilmesi

Çocuğun kişisel verilerinin korunması için var olan hukuki yolların işletilmesi, sorunu büyük oranda çözebilecek niteliğe sahiptir. Gerek özel hukuk gerek kamu hukuku boyutuyla mevcut hükümler bunun için uygun altyapıyı oluşturmaktadır. Sorun ise hukuki süreçlerin başlatılmıyor veya başlatılamıyor olmasıdır. Nitekim çocuğun kişisel verisi anne-baba tarafından kaydedildiğinde veya paylaşıldığında, ihlalcı bizzat ebeveynidir. O zaman verilerin silinmesi veya yayından kaldırılması için ya çocuk başvuruda bulunmalı ya da ilgili üçüncü kişiler durumdan yetkili makamları haberdar etmelidir. İkinci ihtimalin gerçekleşmediği günümüz açısından açıktır. O hâlde geriye çocuğun talepte bulunması ihtimali kalmaktadır. Bu ihtimalde de çocuk çoğu zaman ayırt etme gücüne sahip değildir veya sahip olsa bile fiilen böyle bir yola başvurması ondan beklenemez. Gerçekten de beş yaşındaki bir çocuğun fotoğrafı anne-babası tarafından paylaşıldığında çocuk bunun yanlış olduğunu farkında değildir. Fakat çocuğun farkındalığı olsa dahi savcılığa gidip anne-babasını şikâyet etmesi, ilgili makamlara başvurup verilerinin silinmesini istemesi çok mümkün görünmemektedir<sup>119</sup>. Özellikle Avrupa ülkelerine nazaran çocuklarıyla daha yakın bağ kuran Türk aile yapısı göz önünde bulundurulduğunda, çocuğun böyle bir adım atması ailesiyle olan bağlarını tamamen kopacak seviyeye getirebilir. Bu sebeplerle çocuk, anne-babasının insafına ve çaresizliğiyle baş başa bırakılmamalıdır. Çocuğun kişilik hakkını kim ihlal ederse etsin, ilgili makamlar gerekli önlemlerin alınması için resen harekete geçmeli, bu konuda bir başvurunun gelmesi ya da olayın suç ağırlığına ulaşması beklenmemelidir.

İlgili makamların resen harekete geçmesi bazı hükümlerin uygulanabilmesi için yeterli olacakken, bazı hâller için birtakım ek adımları gerektirir. Örneğin TCK açısından suç resen kovuşturuluyorsa ilgili makamların resen harekete geçmesi yeterlidir; fakat şikâyete bağlı suçlarda ihlalcı ebeveynse çocuğa kayyım atanmasına ihtiyaç vardır. Aynı şekilde TMK çerçevesinde çocukla ilgili koruma tedbirlerinin alınmasını ilgili makamlar resen harekete

<sup>119</sup> “Özellikle küçük çocuk, kendi haklı menfaatlerini tek başına koruyabilecek ve zayıf konumunun başkaları, hatta ana baba tarafından istismar edilmesine karşı mücadele edebilecek durumda değildir”, **İmamoğlu**, s. 191; aynı yönde, **Akdi**, s. 126; gerek medeni hukuk davalarında gerekse ceza hukuku davalarında çocukla anne-babayı karşı karşıya getirmenin uygun bir çözüm olmadığı, bunun hep son çare olarak düşünülmesi gerektiği yönünde, **Yavuz**, s. 34, 35.

geçmek suretiyle yürütebilirken, ihlalcinin ebeveyn olduğu durumlarda kişilik hakkının ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarının, vekâletsiz iş görme gereği kazancın iadesi davalarının açılabilmesi için yine çocuğa kayyım atanması gerekir.

Devletin bizzat harekete geçerek çocuğu çeşitli yollarla koruması sorunu büyük oranda çözecek olsa da en azından ilk aşamada bu çözümün büyük bir iş yüküne sebep olacağı açıktır. Diğer yandan bu makamların her ihlalden hemen haberdar olması veya ihlalleri araştırma işine girişmesi yine büyük bir yük getirir. Dolayısıyla her ne kadar uygun altyapının olduğundan bahsetsek de mevcut çocuk koruma sisteminin birtakım açıklarının olduğu ortadadır. Mevcut sistem işletilse de yeni bir sistem uygulansa da ihtiyaç olan teşkilatın ayrıntılarını aşağıda<sup>120</sup> paylaşılmaktadır.

Son olarak mevcut hukuki yolların işletilmesi tercih edildiği takdirde, TMK m. 346'nın daha etkin bir şekilde uygulanmasına ihtiyaç vardır. Özellikle anne-babanın çocukla ilgili paylaşımlarını durdurup durdurmadığıyla ilgili, en azından bir müddet denetlenmeleri gerekmektedir. Yoksa TMK m. 346 kapsamında ebeveyne yapılan uyarı bir sözden öteye gidemez.

## **2. Çocuğun Verilerinin Korunmasına İlişkin Yeni Bir Koruma Sistemi**

Mevcut kurullarla engellenemeyen her ihlal, daha sert önlemlerin alınmasını beraberinde getirir. Çocuğa ait verilerin korunması için mevcut hukuki yollar işletilmediği veya aksaklıkları giderilemediği takdirde de yeni bir koruma sistemine ihtiyaç duyulacaktır. Çocuklara ait verilerin korunmasıyla ilgili yeni sistem önerileri aşağıda değerlendirilmektedir.

### ***a. Çocuklara Ait Her Türlü Kişisel Verinin Kaydı ve Yayınının Kural Olarak Yasak Olması***

Var olan kurullar etkin işletilmediği takdirde, çocuklara dair veri kaydı ve yayını doğrudan yasaklayan yeni normlar ihdas edilmesi yoluna gidilebilir. Emredici normun içeriği, “kanunlarda sayılan istisnalar saklı kalmak kaydıyla çocuklara ait her türlü kişisel verinin yasal temsilcisi veya üçüncü kişiler tarafından kaydı, yayını, elinde bulunan kimse tarafından oluşturulmuş olmasa da verilerin yok edilmemesinin yasak olması” şeklinde belirlenebilir. Yasal temsilci veya üçüncü kişilerin çocuğun kendisine kaydettire-

<sup>120</sup> Bkz. III, B, 2, e.



ceği, yayınlatacağı veya mevcut verileri kullanımına sunacağı durumlar için de aynı yasak geçerli olmalıdır. Ayrıca yasal temsilcinin çocuğun kişisel verilerini kaydetmemesini, yayınlanmamasını, mevcut verilerini dijital alana aktarmamasını veya yayımlandığı verileri kaldırmasını temin etmekle yükümlü olduğu da vurgulanmalıdır.

***b. Çocuğa Ait Kişisel Veri Kaydının, Yayınının veya Var Olan Veriyi Yok Etmemenin Hukuka Uygun Olduğu Halleri Tespit***

Çocuğa ait kişisel verilerin çeşitli nedenlerle kaydı, yayını veya saklanması zorunlu olabilir. Bu hâllerin yeni oluşturulan emredici hükümde veya diğer kanun hükümlerinde açıkça tespit edilmesi gerekir. Söz konusu istisnalardan bir kaçının şunlar olması mümkündür: Özel kanunlarda (Örneğin Nüfus Hizmetleri Kanunu, Tapu Kanunu) kişisel verilerin kaydını öngören haller, eğitim veya sağlık gibi çocuğun kişilik gelişimi ve yüksek yararı göz önünde bulundurulduğunda alması zorunlu kamu hizmetlerinde istenen kişisel bilgiler, sanatsal faaliyetler gereği verilen veya yayınlanan kişisel veriler<sup>121</sup>, yürütülen bir yargılama faaliyetinde ihtiyaç duyulan veriler, haber yapma sınırlarını ve gerekli olduğu ölçüyü aşmayan, çocuğa ilişkin veya çocuğun içinde yer aldığı haberler.

GDPR'deki hükme benzer şekilde çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi için rıza göstermesine ilişkin bir hükmün KVKK'de de açıkça düzenlenmesine ihtiyaç olduğu da ileri sürülmektedir<sup>122</sup>. Fakat veri paylaşımı konusunda yetişkinlerin dahi isabetli kararlar hareket etmemesi ve çocukların da ekseriyetle uzun vadede yararına olan durumu seçemiyor olması göz önünde bulundurulduğunda, çocuğun rızasının hukuka uygunluk sebebi olmaması gerektiğini düşünüyoruz. Veri kaydını gerektiren durumlar açıkça Kanun'da yer alacağı için de bunun dışında kalan haller yasal temsilcinin rızasıyla hukuka uygun hale gelmemelidir. İstisna kapsamında olan durumlarsa kanun hükmünü icra sebebiyle hukuka uygun olur.

<sup>121</sup> Her ne kadar çocuğun sanatsal faaliyetler açısından kendisini geliştirme hakkı olsa da istismarcılar açısından verinin hangi kapsamda yayımlandığının hiçbir farkı yoktur. Hatta sanatsal faaliyet çerçevesinde yayınlanan bir video veya fotoğraf, daha yüksek kalitede olacağı için kötü niyetli kimselerin daha fazla işine yarayabilir. Bu sebeple sanatsal faaliyet de olsa çocuğa ait kişisel veriler yayınlanırken bir kez daha düşünülmeli, çocuk için teşkil ettiği riskler akıldan çıkarılmamalıdır. Kamuya mal olmuş çocukların özel alanlarının, yetişkinlere nazaran daha geniş olması gerektiğini belirtmek üzere aynı yönde, Şengöz, s. 88; Özcan Büyüktanır, s. 205.

<sup>122</sup> Erdoğan, s. 2464.

### ***c. Türk Ceza Hukuku Alanındaki Yaptırımlarda Yapılması Gereken Birtakım Değişiklikler***

Konu bağlamında ortaya çıkabilecek suçların, çocuk veya yetişkin ayırımı yapılmadan yaptırıma bağlandığı daha önce incelendi. Fakat suç mağdurunun çocuk olması ve suçu işleyenlerin ekseriyetle çocuğa yakın kimseler olması, suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır. Bu sebeple incelenen suçların çocuğa karşı işlenmesi ve koruma, bakım veya gözetim yetkisi olan veya hısımlık bağı olan kimselerin veya kamu görevlisinin fail olması durumunda ceza ağırlaştırılmalıdır. Böylece cezanın caydırıcılık fonksiyonu daha işlevsel hale getirilebilir.

### ***d. Yetkili Makamların Resen Harekete Geçme Gerekliliği***

Belirtildiği üzere çocukların dijital mecralarda korunması konusunda yaşanan en büyük sorun, çoğu zaman yasal temsilcinin ihlalcı olması, ihlalcı kim olursa olsun çocukların koruma için başvuru yapacak olgunluğa sahip olmamaları veya sahip olsalar bile ebeveynlerinin yaptığı ihlallerde onlarla karşı karşıya kalmalarının büyük bir risk oluşturmasıdır. Dolayısıyla hiç kimsenin insafına bırakılmadan çocuğun Devlet tarafından korunması ve bunun için de yetkili makamların resen harekete geçmesi zorunludur. Bu doğrultuda işlenen fiil suç ve suçun mağduru çocuksa, kovuşturma için şikâyet aranmamalıdır. Aynı şekilde TMK kapsamında gerekli önlemlerin alınabilmesi için de resmi makamların resen harekete geçmesi gerekmektedir. Elbette bu durum, TMK kapsamında alınabilecek önlemler için her ilgilinin başvuruda bulunabilmesi imkânını ortadan kaldırmamalıdır.

### ***e. Çocuğa Ait Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun Oluşturulması veya Çocuklara Ait Kişisel Veri İçeriklerine 5651 Sayılı Kanunun Resen Uygulanması***

Çocuklara ait kişisel verilerin yayın yoğunluğu göz önünde bulundurulduğunda, en azından ilk etapta, ilgili makamların büyük bir iş yüküyle karşılaşacağı ortadadır. Diğer yandan tüm dijital mecraların, kişisel hesapların mahkemelerce denetlenerek çocuğa ait kişisel veri olup olmadığının tespiti, hukuki yönden veya fiili olarak mümkün olmayabilir. Bu yüzden çocuğa dair kişisel veri kaydının yasak olup olmadığını dijital mecralarda izleme ve denetim yetkisi olan, paylaşımlarda hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde yayını kaldıran, adli makamları durumdan haberdar eden bir kamu

kurumu oluşturulması<sup>123</sup> veya bu tür yetkilere zaten sahip bulunan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 5651 Sayılı Kanun'daki görevleri kapsamına çocuklara ait kişisel verilerin de alınması önerilebilir.

Yeni bir kurum oluşturulduğu takdirde, kurumun işleyişini mümkün kılmak üzere teknik kadrolar (bilgisayar, yazılım mühendisleri ve diğer teknik elemanlar) ve yoğun iş yükünü hafifletebilmesi için çocuklara dair yüz, ses, veri tanıma özelliği olan yazılımlar oluşturulması gereklidir. Kurumun çalışma esası resen izleme üzerine olmalı; fakat ilgili kişilerin veya kurumların taleplerini dikkate alarak da hareket edebilmelidir. Çocuğa ilişkin hukuka aykırı yayın tespit edildiği takdirde yayının kaldırılması için kurum, yer veya içerik sağlayıcıyı haberdar etmeli, kurumun kararlarına karşı hesap sahiplerinin mahkemeye itiraz hakkı olmalıdır. Kurum ayrıca, fiil suç oluşturduğu takdirde savcılığı, TMK gereğince ilgili tedbirlerin alınması için de mahkemeleri haberdar etmelidir.

İkinci yöntem tercih edilerek 5651 Sayılı Kanun çocuklara ait kişisel verilere resen uygulandığı takdirde ise çocuklara ait kişisel verilerin yayını kural olarak yasak olmalı, 5651 m. 9 ve 9/A'nın işletilebilmesi için çocuğun veya yasal temsilcisinin talebi beklenmemelidir. Ayrıca Kanununun 8. maddesinde yer alan suçlara, kişisel verilerin kaydı, kişisel verilerin hukuka aykırı surette verilmesi veya ele geçirilmesi, haberleşmenin gizliliğini ihlal ve özel hayatın gizliliğini ihlalin çocuklara karşı işlenen halleri ilave edilmelidir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu da yayınları sürekli izleyerek yasağa aykırı davranışı tespit etmeli, hukuka aykırı yayının kaldırılması veya erişim yasağı için yer veya içerik sağlayıcıyı haberdar etmeli, kurumun kararlarına karşı yine itiraz hakkı olmalıdır. TCK ve TMK kapsamında gerekli süreçlerin başlatılması için Kurum yine savcılığı ve ilgili mahkemeyi haberdar etmelidir.

#### ***f. TMK Kapsamında Alınabilecek Önlemlerle İlgili Birtakım Değişikliklere Gidilmesi***

Ebeveynin farkındalıkla hareket etmesi şüphesiz çocuğa ait kişisel veri yayınının önlenmesinde daha etkili bir yöntemdir. Bu sebeple, gerek Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın harekete geçmesiyle gerekse mahkemenin aldığı önlem doğrultusunda, danışmalık tedbiri ve denetim tedbiri<sup>124</sup> ön plana alınmalıdır. Yeni ihdas edilen kurumun veya Bilgi Teknolojileri ve İletişim

<sup>123</sup> Çocuk haklarının hayata geçirilmesi için yasamanın gerekli teşkilatı kurmakla yükümlü olduğu hakkında, **Algan**, s. 574.

<sup>124</sup> Uygulama ayrıntıları için bkz. **Akyüz**, s. 277; **Grassinger**, s. 115.

Kurumu'nun ikinci kez tekrar eden yasak tespitinde ilgili aileye danışmanlık tedbiri uygulanmalı ve süreç mahkemeye intikal etmişse ebeveyne denetçi atanmalıdır. İhlali gerçekleştirenin vasi olduğu hallerde, ilk ihlalde vasi uyarılmalı, sonraki ihlallerde vasinin yeterliliğinin tekrar gözden geçirilerek gerekirse görevden azli, çocuk zarara uğradığı takdirde de bunun tazmini sağlanmalıdır.

#### ***g. Çocuk Lehine Hükmedilen Tazminatlar ve Çocuk Üzerinden Elde Edilen Kazançlar***

Kişisel verilerinin yayınlanması dolayısıyla çocuğun gördüğü zararın giderimi için hükmedilen tazminatlar ve çocuk üzerinden elde edilen her türlü kazanç<sup>125</sup>, yasal temsilcinin tasarruf yetkisi dışında bırakılmalı ve değeri korunacak biçimde çocuk reşit olana kadar bir hesapta muhafaza edilmelidir.

#### ***h. Zamanaşımı Sürelerinin Çocuk Ergin Olduktan Sonra İşlemeye Başlaması***

Kişilik hakkı ihlal edildiği için çocuk dava açmak istediği takdirde, bu farkındalığı kazanana kadar veya nihayetinde ergin olana kadar zamanaşımının dolması tehlikesi vardır. Bu yüzden zamanaşımının erginlikle birlikte işlemeye başlaması gerektiği de önerilmiştir<sup>126</sup> ve öneri haklıdır. Fakat çocuğun kişisel verilerinin korunması için tek başına yeterli değildir. Çünkü bu süreç içerisinde hâlâ hukuka aykırı yayınlar devam edecektir.

### **SONUÇ**

Günümüz dijital dünyasında insanın daha erişilebilir olması kişisel verileri açısından tehlike oluşturmaktadır. Fakat bu tehlike en çok çocukları tehdit etmektedir. Çünkü çocuklar ait dijital mecralardaki veri paylaşımı, ekseriyetle zaruri bir sebep olmadan, takipçi toplamak, ünlü olmak veya kâr elde etmek gibi amaçlarla ve çocuğun en yakınları tarafından yapılmaktadır. Daha da kötü olan durum ise söz konusu paylaşımların masum, olağan veya zararsız görülmesidir. Oysa bu durum çocuk açısından büyük tehlike arz eder.

<sup>125</sup> Çocuk üzerinden bu yolla elde edilen kazançların elde edenin değil çocuğun malı, olması gerektiği yönündeki ayrıntılı açıklamalar için, **Badur**, Çocuğun Kişisel Verileri, s. 290, 291.

<sup>126</sup> **Girgin/Göнал**, s. 122, 123.

Dijital alanda çocuğun kişisel verilerine yönelik yapılan ihlallerden çocuğun korunması mevcut hukuk sistemi içerisinde elbette mümkündür. Konu kapsamında suç olan durumlar TCK'de düzenlenmiş, TMK'de çocuğun korunması için alınabilecek önlemler temel bulmuştur. Diğer birtakım mevzuat hükümleri gereğince de ihlallerin veya etkilerinin ortadan kaldırılması mümkündür. Fakat Türk Hukuk Sistemi'nde bu yollar ekseriyetle işletilmemekte, çocuğa karşı yapılan ihlaller gün geçtikçe artmaktadır.

İhlalleri önlemenin temel yolu, toplumda farkındalık oluşturarak yapılan kayıt ve yayınların aslında zararlı ve hukuka aykırı olduğu bilincini uyandırmaktır. Hukuki açıdan ihlalleri önlemek için ise ya mevcut hukuki yollar eksiklikleri giderilerek etkin uygulanmalı ya da çocuğun verilerini kayıt ve yayını doğrudan yasaklayıcı normu olan yeni bir koruma sistemi geliştirilmelidir. Hangi çözüm yöntemi benimsenirse benimsensin, hukuki süreçlerin harekete geçirilmesi açısından çocuk yasal temsilcilerinin insafına bırakılmamalı, Devlet her zaman gerekli önlemleri resen almalıdır.

Çocuğun dijital mecrada korunması için yeni bir sistem oluşturulması tercih edildiği takdirde, 5651 Sayılı Kanun'da yer alan düzen içerisinde çocukların resen korunması, hem daha hızlı bir çözüm sağlayacak hem de daha az iş gücü ve daha az kaynakla sorun çözülebilecektir. Söz konusu yeni sistem, çocuk üzerinden elde edilen kazançların yasal temsilcinin tasarrufundan çıkarılması, çocuğa karşı işlenen suçların resen kovuşturulması, zamanaşımı işleminin başlamaması gibi destekleyici hükümlerle güçlendirilmelidir.

### KAYNAKÇA

- Abik**, Yıldız: “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 1-73.
- Acabey**, Mehmet Beşir: “Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Sayı: Özel, Yıl: 2013, s. 1-54.
- Akdi**, Murat: “Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, Cilt: 22, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 123-144.
- Akıncı**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2021.
- Akıntürk**, Turgut/Ateş, Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- Akyüz**, Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, 8. Baskı, Pegem Akademi Yayınları, Ankara 2021.
- Algan**, Müberra: Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Anayurt**, Ömer: Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- Artuk**, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Aydoğdu**, Murat/Kahveci, Nalan (Bilimsel Katkılarıyla: Arş. Gör. Ö. Oğuzhan Meral/Arş. Gör. Şeyhmus Darcan): Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Badur**, Emel: Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması, KVKK, GVKT ve AİHM Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, (Çocuğun Kişisel Verileri).
- Badur**, Emel: “Kişisel Verilerin Kişiliğin Başlangıcı ve Sonu Ötesinde Korunması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXVII, Sayı: 3, Yıl: 2023, (Kişiliğin Başlangıcı ve Sonu), s. 3-32.

- Baştemur, Şule/Borucu, Dilara Hatice/Bulut, Sezer:** “Ebeveynlerin Çocuklarının Fotoğraflarını Sosyal Medyada Paylaşmasının (Sharenting) Psikolojik Sonuçları: Bir Sharenting Olgu İncelemesi”, Çocuk ve Genç Ruh Sağlığı Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 2, Yıl: 2021, s. 166-173, s. 171.
- Bazancir, Melis,** Sosyal Medyada Kadın Bedeninin İnşası: Instagram Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Denizli 2022.
- Binark, Mutlu:** “Çocuk Hakları Odaklı Yeni Medya Kullanımı ve Etik”, Yeni Medya Eski İnsan programı 52. bölüm, TRT Radyo 1, Ankara, (Aktaran: Öztürk, Şerife: “Facebook’ta Çocuklarının Fotoğraflarını Yayımlayan Ebeveynler ve Çocuklarının Kişilik Hakları”, Yeni Medya Çalışmaları III. Ulusal Kongre İfade Özgürlüğü, s. 265-278).
- Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre:** (Çev. Salim Özdemir) Sorumluluk Hukuku, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1983.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan:** Türk Özel Hukuku Cilt: II Kişiler Hukuku, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku Cilt: III Aile Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Duygulu, Serap:** “Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafı Paylaşımlarının Mahremiyet İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Değerlendirilmesi”, TRT Akademi Dergisi, Cilt: 04, Sayı: 08, Temmuz 2019, s. 428-487.
- Dülger, Murat Volkan/Kahraman, Cansu Ceren/Yalçın, Simay:** “GDPR ve KVKK Bakımından Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması ve Konuya İlişkin Kurul Kararının Değerlendirilmesi”, s. 7, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3792410](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792410) (Erişim Tarihi: 27.06.2024).
- Erdoğan, Canan:** “Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması (Sosyal Medya Örneği Kapsamında)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, Yıl: 2019, s. 2445-2467.
- Eren, Abdurrahman:** Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020 (Eren, A.).
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Eren, F.).
- Ertuğrul, Meltem:** “Çocuğun Kişisel Verilerinin Velisi Tarafından Sosyal Medyada Kullanılmasının Kişilik Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2021, s. 513-564.

- Furrer, Andreas/Muller-Chen, Markus/Çetiner, Bilgehan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Girgin, Ömer Ali/Göнал, Seray:** “Çocuğun Kişisel Verilerinin Sosyal Medyada Ebeveyn Tarafından Paylaşılmasının Hukuki Sonuçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 44, Yıl: 11 (Ekim 2020), s. 99-127.
- Götting, Peter-Horst/Schertz, Christian/Seitz, Walter** (Herausgeben von): Handbuch des Persönlichkeitsrechts, Verlag C. H. Beck, München 2008.
- Götz, Isabell:** Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, (Kommentierung zu §§ 1616-1921 BGB), Band 7, 76. Auflage, C. H. Beck, Münih 2017.
- Gözler, Kemal:** Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt: II, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Bursa 2011.
- Grassinger, Gülçin Elçin:** Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirlere, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- Hatemi, Hüseyin:** Aile Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya:** Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.
- İmamoğlu, S. Hülya:** “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54, Sayı: 2, Yıl: 2005, s. 183-218.
- İnceoğlu, Sibel** (Editör)/**İnceoğlu, Sibel/Boyar, Oya/Karan, Ulaş/Akbulut, Olgun/Arslan Öncü, Gülay/Tokuzlu, Lami Bertan:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Kalabalık, Halil:** İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Keskin, A. Dilşad:** Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht), Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.



- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, (Kılıçoğlu, Aile).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medeni Hukuk Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, (Kılıçoğlu, Kişiler).
- Konanç**, Esin: Türk Hukukunda Çocuğun Korunması, Ankara 1989.
- Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Cilt-2, Vedat Kitabevi, İstanbul 2022.
- Özbek**, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Özcan Büyüktanır**, Burcu G.: Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Özdemir**, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Özer**, Hatice Duygu/Alpsoy, Fatma Nazlıcan: “Çocuk İşçiliğinin Yeni Görünümü: Kidfluencer”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Yıl: 2024, s. 241-277.
- Öztürk**, Şerife: “Facebook’ta Çocuklarının Fotoğraflarını Yayınlayan Ebeveynler ve Çocuklarının Kişilik Hakları”, Yeni Medya Çalışmaları III. Ulusal Kongre İfade Özgürlüğü, s. 265-278.
- Serozan**, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Serozan**, Rona/Engin, B. İlkay/Atamer, Yeşim M.: Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022.
- Shmueli**, Benjamin/Blecher-Prigat, Ayelet: “Privacy For Children”, Columbia Human Rights Law Review, Volume: 42, Year: 2011, pp. 759-95.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Steinberg**, Stacey B.: “Sharenting: Children’s Privacy in the Age of Social Media”, Emory Law Journal, Volume: 66, Issue: 4, Year: 2017, pp. 839-884.
- Staudingers**, J. Von (Erläutert von: Coester, Michael/Frank, Rainer/Göppinger, Horst): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit

Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Dr. Arthur L. Sellier & Co. - Walter de Gruyter & Co., 12. Auflage, Berlin 1992.

**Suntekin**, Ceren: Medyada Çocuk Hakları, <https://www.sivilsayfalar.org/wp-content/uploads/2022/01/Medyada-Cocuk-Haklari.pdf> (Erişim Tarihi: 22.06.2024).

**Şengöz**, Çağrı: “Çocuğun Kişilik Hakkının Korunması”, Prof. Dr. Ali Naim İnan Anısına Çocuk Hukuku Armağanı, (Editör: Doç. Dr. Yıldız Abik, Editör Yardımcısı: Arş. Gör. Seher Bağaç İçen), Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 69-102.

**Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 1993.

**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rifat Murat: İnsan Hakları El kitabı, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

**Teziç**, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Tıpkı 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021.

**Turgut**, Cemile: “Dijital Medya ve Haberlerdeki ‘Mağdur Çocuklar’ Üzerine Bir Değerlendirme”, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/53> (Erişim Tarihi: 22.06.2024).

**Türk**, Gül Dilek/**Bayrakcı**, Serkan, “Sosyal Medya ve Toplumda Değişen Estetik İşlem Yaptırma Algısı”, Bilişim Teknolojileri Online Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 39, Yıl: 2019, s. 118-135.

**von Tuhr**, Andreas: (Çeviren: Cevat Edege) Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Yargıtay Yayını No:15, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.

**Yavuz**, Can: “Sosyal Medya Ebeveynliği ve Çocukların Unutulma Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 85 (Ocak 2020), Sayı: 1, s. 15-51.

**Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2022.

**Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

### Elektronik Kaynaklar

AA haber ajansının 11.03.2021 tarihli haberi, <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/sosyal-medyadaki-guzellik-algisi-psikolojik-sorunlara-neden-olabiliyor/2172216> (Erişim Tarihi: 31.12.2023).

<https://www.aile.gov.tr/haberler/aileler-icin-cocuklari-dijital-tehlikelerden-koruma-rehberi/> (Erişim Tarihi: 23.06.2024).

<https://www.bbc.com/turkce/articles/c97m2n4y079o> 25 Ekim 2023 tarihli haber (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

<https://www.cbsnews.com/news/child-digitally-kidnapped-by-man-posing-as-father/> (Erişim Tarihi: 23.06.2024).

[https://www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report\\_Turkey\\_tu.pdf](https://www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report_Turkey_tu.pdf) (Erişim Tarihi: 27.06.2024).

<https://www.csmonitor.com/USA/Justice/2023/0515/Kidfluencers-are-on-the-rise.-But-who-is-cashing-in> 15 Mayıs 2023 tarihli haber (Erişim Tarihi: 30.12.2023).

<https://www.cumhuriyet.com.tr/dunya/bir-pedofilinin-evinde-12-binden-fazla-uygunsuz-cocuk-goruntusu-ortaya-cikti-2023394> 20 Ocak 2023 tarihli haber (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

[https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-\(BT\)-Kullanim-Arastirmasi-2023-49407](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2023-49407) (Erişim Tarihi: 31.12.2023).

<https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-C/part-312> (Erişim Tarihi: 30.12.2023).

<https://www.hurriyet.com.tr/dunya/avusturyada-iliginc-dava-ailesini-facebook-fotograf-lari-yuzunden-mahkemeye-verdi-40223889> 15 Eylül 2016 tarihli haber (Erişim Tarihi: 1.1.2024).

[https://imdat.org/media/raporlar/COCUK\\_ISTISMARINA\\_YONELIK\\_RAPOR.pdf](https://imdat.org/media/raporlar/COCUK_ISTISMARINA_YONELIK_RAPOR.pdf) (Erişim Tarihi: 10.01.2024).

<https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 07.07.2024).

<https://mevzuat.meb.gov.tr/dosyalar/1833.pdf> (Erişim Tarihi: 30.06.2024).

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2014-74-nrm.pdf> (Erişim Tarihi: 10.6.2024).

<https://www.ntv.com.tr/turkiye/blogger-anne-mahkemede-cocuklarini-kaybetti,qS8Pj79Zc0SNNhjagnJu8A> (Erişim Tarihi: 05.07.2024)

<https://www.nytimes.com/2019/09/04/technology/google-youtube-fine-etc.html> (Erişim Tarihi: 22.06.2024), (Çev: Koral, İlayda: “Büyük Medya Şirketlerinin Yeni Suç Dosyası: Çocuk Mahremiyeti”,

<https://dijitalmedyavecocuk.bilgi.edu.tr/2020/02/26/buyuk-medya-sirketlerinin-yeni-suc-dosyasi-cocuk-mahremiyeti/> (Erişim Tarihi: 22.06.2024).

<https://www.refworld.org/legal/general/hrc/2004/en/52451> (Erişim Tarihi: 7.06.2024).

<https://sputniknews.com.tr/20230307/fransada-ebeveynlere-cocuklarin-fotografini-paylasma-yasagi-geliyor-1067934765.html> 07.03.2023 tarihli haber (Erişim tarihi: 30.12.2023).

<https://www.trthaber.com/haber/cocuk/cocuklarin-internetteki-istismar-goruntulerinin-paylasimi-yuzde-1800-artti-798895.html> (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

<https://www.tgc.org.tr/bildirgeler/medya-ve-cesitlilik-kilavuzu.html> (Erişim Tarihi: 30.06.2024).

[https://www.youtube.com/watch?v=F4WZ\\_k0vUDM](https://www.youtube.com/watch?v=F4WZ_k0vUDM) (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Amacı ve Kapsamı, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/8e9b520e-0581-4cfb-8535-f6d6fc2b8206.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, KVKK Yayınları No: 29, Haziran 2019 Ankara. <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF> (Erişim Tarihi: 10.03.2024)



## İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NDAKİ MİRAS HUKUKUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER İŞİĞİNDA MİRASBIRAKANIN MİRAS SÖZLEŞMESİ İLE BAĞDAŞMAYAN TASARRUFLARI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1524447>

**Dr. Öğr. Üyesi Esmâ KIRAC ADIR\***

### Öz

Miras sözleşmesi bağlayıcı niteliği haiz bir ölüme bağlı tasarruftur. Prensipte mirasbırakan bu tasarrufu, sağlığında tek başına ve serbestçe ortadan kaldıramaz. Bu kural olarak yalnızca, Türk Medeni Kanunu'nun çizdiği sınırlar dahilinde mümkün olabilir. Bununla beraber, mirasbırakan miras sözleşmesi yaptıktan sonra da malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Onun bu tasarrufları hukuken geçerlidir. Fakat miras sözleşmesinin, vasiyetnameden farklı olarak iki taraflı ve bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarruf olması sebebiyle, bu kurala bir istisna getirilmiştir. TMK m. 527/II uyarınca, mirasbırakanın miras sözleşmesel yükümlülüklerle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufları ile bağışlamaları itiraza (iptale) konu olabilecektir. Bu hükmün İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığı ZGB Art. 494 (Abs. 3)'tür. Hükmelerin uygulama koşulları bakımından farklı görüşlerin ortaya çıktığı belirtilmelidir. Miras sözleşmesi ile mirasçı atandığında, mirasbırakanın sonraki bağışlamalarının iptaline ilişkin öğretinin bir kısmı ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararları arasında bazı görüş farklılıkları bulunmaktadır. Buna ilaveten, İsviçre'deki Miras Hukuku Revizyonu ile beraber ZGB Art. 494 Abs. 3 de değişikliğe uğramıştır. Tüm bu sebeplerle, konunun incelenmesi bir gereklilik halini almıştır.

### Anahtar Kelimeler

Miras Sözleşmesi, Ölüme Bağlı Tasarruf, Bağışlama, İtiraz, Revizyon

\* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara (esma.kirac@asbu.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7352-7055 (Gönderim Tarihi: 29.07.2024-Kabul Tarihi: 10.09.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**THE TESTATOR'S DISPOSITIONS INCOMPATIBLE WITH THE  
CONTRACT OF SUCCESSION IN THE LIGHT OF AMENDMENTS  
RELATED TO INHERITANCE LAW IN SWISS CIVIL CODE**

*(Research Article)*

**Abstract**

*The contract of succession is a testamentary disposition having binding character. In principle, the testator cannot unilaterally and freely revoke this disposition in his/her lifetime. As a rule, This can be only possible within the limits drawn by the Turkish Civil Code. However, the testator can still freely dispose of his/her assets after concluding the contract of succession. These dispositions are legally valid. However, Since the contract of succession, unlike testament, is a bilateral and binding testamentary disposition, an exception has been made to this rule. According to art. 527/II of Turkish Civil Code, testamentary dispositions and donations of testator that are incompatible with obligations under the contract of succession, can be subject to challenge. The equivalent of this provision in the Swiss Civil Code is ZGB Art. 494 (Para. 3). It should be stated that different opinions have emerged regarding the application conditions of the provisions. There are some differences of opinion between a part of doctrine and especially the decisions of the Swiss Federal Court regarding the challenge of subsequent donations of the testator when a heir is appointed with contract of succession. In addition, with the Revision of Inheritance Law in Switzerland, ZGB art. 494 para. 3 has been changed. With all these reasons, examining the subject has become a necessity.*

**Keywords**

*Contract of succession, Testamentary Disposition, Donation, Challenge, Revision*

## GİRİŞ

Bir kimse ölümünden sonra yerine getirilmesini istediği son arzularını, hukuken geçerli ölüme bağlı tasarrufla açıklar. İşte hüküm ve sonuçlarını mirasbırakanın ölümünden sonra, onun terekesi üzerinde doğuran tasarruflara “ölüme bağlı tasarruflar/ölüme bağlı hukuki işlemler” adı verilir<sup>1</sup>. Ölüme bağlı tasarruf kavramı, iki yönlü bir anlama sahiptir. Gerçekten de maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar, mirasbırakanın son arzularının içeriğini ifade ederken, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, bu arzuların dışa vuruluş biçimini, bu amaçla kullanılan kalıbı ifade eder<sup>2</sup>. Türk Medeni Kanunu şekli anlamdaki ölüme bağlı tasarrufları vasiyetname (TMK m. 531 vd) ve miras sözleşmesi (TMK m. 545) olarak kabul etmiş ve düzenlemiştir. Sınırlı sayı ilkesinin hâkim olduğu bu düzenleme biçimi nedeniyle mirasbırakan, şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf yapmak istediğinde vasiyetname veya miras sözleşmesinden birini tercih edecektir.

Son arzuların temel açıklanış biçimleri olan “vasiyetname” ile “miras sözleşmesi” arasında niteliği itibariyle bazı farklar tespit etmek mümkündür. Bunlardan en temel ve konumuz bakımından da merkezi bir role sahip olanı, vasiyetnamenin tek taraflı ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olmasına karşın, miras sözleşmesinin iki taraflı ve bağlayıcı niteliği haiz bir ölüme bağlı tasarruf biçimi olmasıdır<sup>3</sup>. Hiç şüphesiz bu farkın önemli bazı neticeleri

<sup>1</sup> **Eren, Fikret/Yücer Aktürk**, İpek: Miras Hukuku, Yetkin, Ankara 2019, s. 49; **Dural, Mustafa/Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku (Cilt. IV), Miras Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, n. 235; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 125. Ayrıca bkz. **Antalya**, Osman Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu - Miras Hukuku C. III, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, n. 400; **İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku, 12. Baskı, Seçkin, Ankara 2024, n. 362 ve ayrıca n. 365. Ölüme bağlı tasarruf, “mirasbırakanın ölümünden sonra gerçekleşmesini arzu ettiği hususlara ilişkin her türlü irade açıklamasını” ifade eder. Tanım için bkz. **Ayan**, Mehmet/**Ayan**, Nurşen: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 109. Benzer yönde bkz. **Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 101.

<sup>2</sup> **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2022, s. 240; **Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 80; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 93, 94; **Yılmaz**, Süleyman: Miras Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2024, s. 83; **İnan/Ertaş/Albaş**, n. 378; **Antalya**, n. 403; **Dural/Öz**, n. 251; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 50; **Ayan/Ayan**, s. 110, 111; **Oğuzman**, s. 102; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 127.

<sup>3</sup> **Breitschmid**, Peter/**Bornhauser**, Philip R.: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, (Hrsg. Thomas Geiser ve Stephan Wolf), 6.



olduğu söylenebilir. Örneğin, bir kimse geçerli surette düzenlemiş olduğu bir vasiyetnameyi TMK m. 542 ve devamı hükümleri uyarınca, ölümüne dek serbestçe geri alabilir. Oysa miras sözleşmesinde durum farklıdır. Gerçekten de, miras sözleşmesi iki taraflı ve bağlayıcı niteliği haiz bir tasarruf olduğundan, kural olarak mirasbırakan bu sözleşmeden serbestçe dönemez. O ancak, kanunun çizdiği sınırlar dahilinde ve kendisine tanıdığı imkânlar çerçevesinde bu yola başvurabilir. Diğer taraftan, mevcut bir ölüme bağlı tasarrufla bağdaşmayan sonraki tarihli tasarrufların âkibeti de, vasiyetname ve miras sözleşmeleri bakımından farklı şekilde düzenlenmiştir. Şöyle ki, geçerli surette yapılan bir vasiyetnameyle bağdaşmayan sonraki tarihli vasiyetname, TMK m. 544/I uyarınca kural olarak öncekinin yerini alır. Yani, sonraki tarihli vasiyetname, önceki tarihli vasiyetnameyi kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde tamamlamıyorsa, önceki vasiyetnamenin yerine geçecektir. Buna karşın miras sözleşmesinde durum farklıdır. Her ne kadar mirasbırakan bu sözleşmeyi yaptıktan sonra tasarruf serbestisine sahip olsa da (TMK m. 527/II cümleinin ilk yarısı, ZGB Art. 494 Abs. 2), onun sonradan yaptığı ve miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarruflarına itiraz edilebilecektir (TMK m. 527/II cümleinin diğer yarısı, ZGB Art. 494 Abs. 3). Misal, mirasbırakan yapmış olduğu bir vasiyetname ile evini bir kimseye bıraktıktan sonra, yapacağı başka bir vasiyetname ile aynı evi farklı bir kimseye bırakırsa, onun sonraki tasarrufu ile ilkini ortadan kaldırdığı sonucuna varılabilecektir. Buna karşın miras sözleşmesi ile örneğin sözleşmenin diğer tarafına evini bırakan mirasbırakan, daha sonra yapmış olduğu bir vasiyetname ile aynı evi bir başkasına bırakırsa, miras sözleşmesi ile kendisine belirli mal (ev) bırakılan kimse tarafından sonraki tarihli vasiyetnameye itiraz edilebilecektir<sup>4</sup>. Sonraki tarihli bağdaşır olmayan tasarruflar hakkında vasiyetname ve miras sözleşmeleri bakımından farklı neticelerin kabul edilmesinin temelinde, vasiyetnamenin tek taraflı ve bağlayıcı olmayan buna karşın miras sözleşmesinin iki taraflı ve bağlayıcı nitelikte bir işlem olması gerçeği yer alır.

İşte miras sözleşmesinin bağlayıcı niteliği ve bunun âdeta bir uzantısı olan sonraki tarihli tasarruflara itiraz hakkı (TMK m. 527/II), konumuzun merkezini oluşturmaktadır. Hükmün İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığı ise ZGB Art. 494 Abs. 3'tür. Koşulları bakımından öğretisi ve uygulamada

Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019, Vorbem. zu Art. 494 ZGB, n. 3; Kılıçoğlu, s. 95; Eren/Yücer Aktürk, s. 179; Dural/Öz, n. 256; Ayan/Ayan, s. 110; İnan/Ertas/Albaş, n. 383.

<sup>4</sup> Bu konuda başka bir örnek için bkz. Breitschmid, Peter/Eggel, Martin/Eitel, Paul/Fankhauser, Roland/Geiser, Thomas/Jungo, Alexandra: Erbrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2023, s. 155.

farklı görüşlerin benimsendiği ve bu nedenle yer yer tartışmaların yaşandığı ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmü, İsviçre'deki miras hukuku revizyonunun ilk aşaması kapsamında kabul edilen yenilik ve değişikliklerin 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girmesiyle beraber yeni bir ifade kazanmıştır<sup>5</sup>. Böylelikle, Türk/İsviçre hukukundaki süregelen öğreti görüşleri ve özellikle İsviçre yargı uygulaması ile anılan tarihte yürürlüğe giren ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 hükmünün İsviçre hukukuna getirdiği değişiklikler ve mehz hukuktaki bu değişikliklerin hukukumuzda olası yansımalarının ele alınması ihtiyacı hasıl olmuştur.

Bu çalışmada öncelikle, miras sözleşmesinin bağlayıcı niteliği ile bunun karşısında mirasbırakanın sahip olduğu tasarruf serbestisi ve bu serbestiye âdeta bir istisna olarak öngörülen sonraki tasarruflara itiraz hakkının taşıdığı anlam irdelenecektir. Bu yapılırken, konuya ilişkin 01.01.2023 değişikliğine kadar süregelen İsviçre Federal Mahkemesi'nin yargı uygulaması ile bu uygulamanın ve İsviçre öğretisindeki görüşlerin Türk hukukuna etkileri ele alınacaktır. Ardından yeni bir ifade kazanan ZGB Art. 494 yeni Abs. 3'ün getirdiği değişiklikler ve bu değişikliklerin hukukumuzda olası yansımaları, İsviçre öğretisindeki yorum ve görüşler beraberinde tartışılacaktır.

## I. MİRAS SÖZLEŞMESİ

### A. Kavram ve İçerik

Türk Medeni Kanunu'nda miras sözleşmesi tanımlanmış değildir. Belirtilmelidir ki miras sözleşmesi, taraflardan en az birinin bağlayıcı biçimde ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu iki taraflı şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf biçimidir<sup>6</sup>. Miras sözleşmesi hakkında kapsamlı bir tanım ise şu şekilde olabilir: "Miras sözleşmesi öyle bir ölüme bağlı tasarruftur ki; bununla ya mirasbırakan terekesi üzerinde bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarrufta bulunur ya da diğer tarafın gelecekte doğacak miras hukukuna ilişkin haklarından

<sup>5</sup> Tasarı için bkz. (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2132/de>. Erişim Tarihi: 04.06.2024). Açıklayıcı rapor için bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29 August 2018, BBl 2018, Bkz. (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2131/de>. Erişim Tarihi: 04.06.2024).

<sup>6</sup> **Hrubesch-Millauer**, Stephanie: *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, (Hrsg. Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2023, Art. 494 ZGB, n. 3; **Öztan**, Bilge: *Miras Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin, Ankara 2023, s. 241; **Kılıçoğlu**, s. 128. Miras sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlem niteliğini haiz olup gerçek anlamda bir sözleşmedir. Bununla beraber bu sözleşme, bir miras hukuku sözleşmesidir (**Dural**, Mustafa: *Miras Sözleşmeleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 24).

feragat etmesini sağlar”<sup>7</sup>. Bu tanım, hem olumlu miras sözleşmelerini hem de olumsuz miras sözleşmelerini (mirastan feragat sözleşmesi) kapsar<sup>8</sup>. Bu çalışmada yapılacak olan açıklamalar, konunun niteliğine uygun biçimde, olumlu miras sözleşmesine ilişkin olacaktır<sup>9</sup>.

TMK m. 527/I, miras sözleşmesinin içeriği hakkında bilgi vermektedir. Buna göre; “mirasbırakan, miras sözleşmesiyle mirasını veya belirli malını sözleşme yaptığı kimseye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girebilir”. Miras sözleşmesinin içeriğini düzenleyen bu hükümden yanlış bir sonuç çıkarmamaya dikkat edilmelidir. Gerçekten de burada mirasbırakanın, mirasçı atama veya vasiyet biçimindeki bir ölüme bağlı tasarrufu yapmak konusunda sözleşmesel bir yükümlülüğü olduğundan bahsedilemez. Sözü geçen “yükümlülük” kavramı, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğinden doğmakta ve bunu ifade etmektedir<sup>10</sup>. Mirasbırakanın faaliyeti sadece bağlanma niyeti içinde sözleşmenin yapılmasından ibarettir ve mirasbırakan miras sözleşmesini yaparak bunu yerine getirmiştir<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> **Demir**, Mehmet: “Olumlu Miras Sözleşmeleri”, Yargıtay Dergisi, C. 20, S. 3, 1994, s. 280.

<sup>8</sup> **Akça**, Neslihan: İvazlı Miras Sözleşmeleri, Adalet, Ankara 2022, s. 40 vd; **İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 17. Basım, DER Yayınları, İstanbul 2024, s. 179; **Antalya**, n. 601; **Ayan/Ayan**, s. 136.

<sup>9</sup> “Miras sözleşmesi” kavramı tek başına kullanıldığında çoğunlukla olumlu miras sözleşmesini ifade eder. Bkz. **Hrubesch-Millauer**, Art. 494 ZGB, n. 1. Biz de bu çalışmada “miras sözleşmesi” kavramını kullanarak, olumlu miras sözleşmelerini ifade etmiş bulunmaktayız.

<sup>10</sup> **Weimar**, Peter: BK - Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, (Hrsg. Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter), Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, Art. 494 ZGB, n. 3; **Studhalter**, Philipp: ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser), 4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2021, Art. 494 ZGB, n. 4; **Breitschmid/Bornhauser**, Vorbem. zu Art. 494 ZGB, n. 5.

<sup>11</sup> **Tuor**, Peter: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 2. Auflage, Stämpfli & CIE Verlag, Bern 1964, Art. 494 ZGB, n. 1; **Escher**, Arnold: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band III, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1959, Art. 494 ZGB, n. 2; **Grundmann**, Stefan: Praxiskommentar, Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willenvollstreckung, Prozessführung, (Hrsg. Daniel ABT ve Thomas Weibel), Helbing Lichten Hahn Verlag, Basel 2007, Art. 494 ZGB, n. 1; **Hrubesch-Millauer**, Art. 494 ZGB, n. 5; **Studhalter**, Art. 494 ZGB, n. 4.

TMK m. 527/I miras sözleşmesinin içeriği bakımından mirasçı atama veya vasiyette bulunma tasarruflarını zikretmiş olsa da, bu sayma sınırlandırıcı değildir. Başka bir ifadeyle, miras sözleşmesiyle, burada anılan tasarrufların yanında örneğin yükleme tasarrufunda bulunulabilir veya mirasın paylaşılmasına ilişkin kurallar konulabilir<sup>12</sup>.

### **B. Miras Sözleşmesinin Nitelikleri**

Miras sözleşmesi, iki taraflı bir ölüme bağlı tasarruftur. Bunun en temel sonucu kendini, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğe sahip olmasında gösterir. Bu sebeple, miras sözleşmesinden kanunda sayılan istisnai haller dışında tek taraflı dönmek mümkün değildir<sup>13</sup>. Gerçekten de vasiyetnamenin aksine miras sözleşmesinden tek taraflı dönme, sınırlı biçimde, ancak TMK ile öngörülen sebeplerde ve şekillerde mümkün olabilmektedir<sup>14</sup>. Buna göre TMK m. 546/II mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin birinin varlığı halinde miras sözleşmesinden tek taraflı dönme imkânını düzenlerken, TMK m. 547 sağlararası ivaz borcunun ifa edilmemesi halinde miras sözleşmesinden dönmeyi düzenlemektedir. İşte miras sözleşmesinden tek taraflı dönme imkânı, bu hallerin varlığında söz konusu olabilecektir.

Miras sözleşmesinin, niteliği gereği en az bir tane bağlayıcı ölüme bağlı tasarruf içermesi gerekir<sup>15</sup>. Bununla beraber miras sözleşmesinde, bağlayıcı tasarrufların yanında tek taraflı maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların da yer alması mümkündür<sup>16</sup>. Bunlar miras sözleşmesinin bağlayıcı olmayan içeriğini oluşturur ve mirasbırakan âdeti bir vasiyetname biçimini arz eden bu tasarruflardan serbestçe dönebilir<sup>17</sup>.

Miras sözleşmesi ile üçüncü kişinin mirasçı olarak atanması veya onun lehine örneğin bir mal vasiyetinde bulunulması da mümkündür. Nitekim bunu, madde metinleri açıkça ifade etmiştir (bkz. TMK m. 527/I ve ZGB Art. 494 Abs. 1). Ancak bu şekilde yapılan bir sözleşmede, sözleşmenin bağlayıcı

<sup>12</sup> **Öztan**, s. 242; **Hrubesch-Millauer**, Art. 494 ZGB, n. 7; **İmre/Erman**, s. 182; **İnan/Ertaş/Albaş**, n. 823; **Grundmann**, Art. 494 ZGB, n. 8; **Tuor**, Art. 494 ZGB, n. 6.

<sup>13</sup> **Hrubesch-Millauer**, Art. 494 ZGB, n. 3; **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 5.

<sup>14</sup> **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 5; **Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, n. 750; **İmre/Erman**, s. 179; **Kılıçoğlu**, s. 122; **Antalya**, n. 592; **Ayan/Ayan**, s. 135; **Yılmaz**, s. 84; **Dural**, s. 27; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 245.

<sup>15</sup> **Hrubesch-Millauer**, Art. 494 ZGB, n. 3; **Dural/Öz**, n. 662.

<sup>16</sup> **Studhalter**, Art. 494 ZGB, n. 1; **Öztan**, s. 242; **İnan/Ertaş/Albaş**, n. 823.

<sup>17</sup> **Çabri**, n. 752; **Öztan**, s. 242; **İmre/Erman**, s. 182; **Hatemi**, s. 83; **Oğuzman**, s. 146, 147.

etkisi taraflar arasındadır ve taraflar üçüncü kişinin rızası olmadan sözleşmeyi ortadan kaldıracaktır<sup>18</sup>.

## II. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN BAĞLAYICI NİTELİĞİ KARŞISINDA MİRASBIRAKANIN TASARRUF SERBESTİSİ

TMK m. 527/I, mirasbırakanın miras sözleşmesi ile hangi tasarrufları yapabileceğini belirttiikten hemen sonra ikinci fıkrasının ilk yarısı ile bir kural getirmiştir. Buna göre “Mirasbırakan, malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebilir; ancak ...”. Hükmün karşılığı ZGB Art. 494 Abs. 2 olup içeriklerin aynı doğrultuda olduğu söylenebilir<sup>19</sup>. Öyleyse kural, mirasbırakanın miras sözleşmesini yaptıktan sonra, yaşadığı süre boyunca malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesidir<sup>20</sup>. Nitekim yapılan miras sözleşmesi etkilerini, mirasbırakanın ölümüyle doğuracaktır<sup>21</sup>. O halde mirasbırakan prensip olarak bu ana dek, kendi malvarlığında serbestçe tasarruf edebilecektir ve örneğin borçlandırıcı işlem veya tasarruf işlemi gerçekleştirebilecek ya da malvarlığı değerlerini yok edebilecektir<sup>22</sup>. Mirasbırakan, miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunduğu kimse menfaatine malvarlığını muhafaza etmek, sürdürmek veya arttırmak yükümlülüğü altında değildir<sup>23</sup>. Elbette mirasbırakan miras sözleşmesi ile bağlayıcı biçimde bir ölüme bağlı tasarruf yapmakta ve bu sözleşme ile bir kimseyi terekesi üzerinde örneğin mirasçı atamaktadır. Fakat bu aşamada atanmış mirasçı sadece bir beklenen hakka sahiptir<sup>24</sup>. Onun herhangi bir talep ileri sürebilmesi, terekenin açılması anında sağ ve mirası reddetmemiş olması şartlarına bağlıdır<sup>25</sup>. Bu nedenle, mirasbırakanın miras sözleşmesinden sonra yaptığı tasarruflarına karşı, bu

<sup>18</sup> Escher, Art. 494 ZGB, n. 4; Tuor, Art. 494 ZGB, n. 8; Studhalter, Art. 494 ZGB, n. 3; Hrubesch-Millauer, Art. 494 ZGB, n. 3.

<sup>19</sup> “Er kann über sein Vermögen frei verfügen”.

<sup>20</sup> Tokat, Hüseyin: “İsviçre Medeni Kanunu’ndaki Miras Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Türk Hukukuna Yansımalarının Değerlendirilmesi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2023, s. 937; İnan/Ertas/Albaş, n. 826; Dural, s. 143; Demir, s. 288.

<sup>21</sup> Weimar, Vorbem. zu Art. 494 ZGB, n. 3.

<sup>22</sup> Breitschmid/Bornhauser, Art. 494 ZGB, n. 3; Studhalter, Art. 494 ZGB, n. 6; Grundmann, Art. 494 ZGB, n. 10; Tuor, Art. 494 ZGB, n. 12.

<sup>23</sup> Grundmann, Art. 494 ZGB, n. 10; Breitschmid/Bornhauser, Art. 494 ZGB, n. 3.

<sup>24</sup> Escher, Art. 494 ZGB, n. 5; Tuor, Art. 494 ZGB, n. 11; İnan/Ertas/Albaş, n. 826; Kılıçoğlu, s. 95; Dural, s. 142; Weimar, Art. 494 ZGB, n. 9. Ölüme bağlı tasarruf lehdarının beklenen bir hakkının dahi olmadığı yönünde bkz. Serozan/Engin, s. 268.

<sup>25</sup> Breitschmid/Bornhauser, Art. 494 ZGB, n. 1.

tasarruflar miras sözleşmesi ile bağdaşmıyor dahi olsa, miras sözleşmesi ile mirasçı atanan veya vasiyet alacaklısı kılınan kimse, kural olarak mirasbırakanın sağlığında herhangi bir hukuki yola başvuramaz<sup>26</sup>. Esasında miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan kimselerin TMK m. 527/II hükmü karşısındaki bu durumu, mirasbırakanın kanuni saklı paylı mirasçılarının konumuna benzetilmektedir<sup>27</sup>.

Diğer taraftan, sonradan örneğin evlenme yoluyla ortaya çıkan saklı paylı mirasçılar sebebiyle, mirasbırakanın tasarruf nisabında meydana gelen daralmalara karşı da, miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan kimseler korumasızdır<sup>28</sup>. Bu kural TMK m. 549 ile “Miras sözleşmesi veya vasiyetname ile yapılan ölüme bağlı kazandırmalar, mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısmın sonradan daralması yüzünden hükümsüz olmaz; sadece tenkis edilebilir” şeklinde ifade edilmiştir(ZGB Art. 516).

Kural tasarruf serbestisi olmakla beraber, bu serbestinin kısıtlanması da mümkündür. Gerçekten de, mirasbırakan, miras sözleşmesinin diğer tarafıyla bir sağlararası anlaşma yapabilir ve bu anlaşmayla, miras sözleşmesinden sonra malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde tasarrufta bulunmayacağı yönünde taahhütte bulunabilir. Ancak sağlararası ve borçlandırıcı nitelikteki bu anlaşma, mirasbırakanın sahip olduğu ekonomik anlamdaki tasarruf serbestisini tamamen ortadan kaldırıyor ya da onun bu serbestiden aşırı ölçüde feragat ettiği anlamını taşıyorsa, söz konusu bu anlaşmanın TMK m. 23 hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılması mümkün olabilecektir<sup>29</sup>.

İrade serbestisi ilkesi çerçevesinde geçerli surette yapılan böyle bir anlaşmaya aykırılığın yaptırımının ne olacağı ise tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, bu anlaşmanın ihlal edilmesi halinde TMK m. 527/II uyarınca,

<sup>26</sup> **Tuor**, Art. 494 ZGB, n. 10; **Çabri**, n. 765; **Grundmann**, Art. 494 ZGB, n. 11.

<sup>27</sup> **Wolf**, Stephan/**Dorjee-Good**, Andrea: “Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung und Aspekte aus der notariellen Praxis”, Das neue Erbrecht - insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht, (Hrsg. Stephan Wolf), Stämpfli Verlag AG, Bern 2022, s. 69; **Grundmann**, Art. 494 ZGB, n. 5; **Escher**, Art. 494 ZGB, n. 10; **Tuor**, Art. 494 ZGB, n. 11. Ayrıca bkz. **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 9. Öğretide bu hükmün, miras sözleşmesi lehdarını, âdeta bir sözleşmesel saklı pay sahibi gibi gördüğü ifade edilmiştir. Bkz. **Serozan/Engin**, s. 331.

<sup>28</sup> **Tuor**, Art. 494 ZGB, n. 13; **Escher**, Art. 494 ZGB, n. 6; **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 12; **Studhalter**, Art. 494 ZGB, n. 8; **Breitschmid/Bornhauser**, Art. 494 ZGB, n. 5; **Grundmann**, Art. 494 ZGB, n. 16.

<sup>29</sup> **Studhalter**, Art. 494 ZGB, n. 9; **Breitschmid/Bornhauser**, Art. 494 ZGB, n. 6.

miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan kimse, anlaşmaya aykırı surette yapılan sonraki tasarruflara itiraz edebilir. Gerçekten de, örneğin mirasbırakan miras sözleşmesi ile terekenin belli bir kısmı için bir mirasçı atanmış ve bu kimse ile yaptığı anlaşma sonucu, bu tarihten itibaren malvarlığının belli bir miktarda kalacağı ve malvarlığını azaltacak tasarruflarda bulunmayacağı yönünde bir taahhüt altına girmişse (yasaklama şartı), bu durumda bu anlaşmayı ihlal ederek bir bağışlama yapması ve terekeyi azaltması halinde, TMK m. 527/II uyarınca, miras sözleşmesinin lehdarının, kendisine bağışlamada bulunulan kimseye karşı sözü geçen hükümlerle tanınan iptal hakkına başvurabileceği kabul edilmektedir. Aşağıda da görüleceği gibi İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında, miras sözleşmesi ile mirasçı atanmasından sonra gerçekleştirilen bağışlamaların iptali bakımından, böyle bir anlaşmanın var olup olmadığının tahlil edilmesi gerektiğini ifade etmiş ve böylece, anlaşmanın ihlal edilmesinin miras hukuku açısından sonuçlar doğurduğuna işaret etmiştir<sup>30</sup>.

Bir diğer görüşe göre ise niteliği itibariyle borçlar hukukunun konusunu teşkil eden bu anlaşma/sözleşmelerin ihlal edilmesinin sonuçları miras hukuku alanında doğmaz. Başka bir ifadeyle mirasbırakanın taahhüt etmesine rağmen, söz konusu anlaşma ile yapmayacağını taahhüt ettiği fiili gerçekleştirmesi halinde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olacaktır. Böylece sözleşmenin karşı tarafı, mirasbırakanın ölümüyle onun yasal mirasçılara karşı borca aykırılık temelinde tazminat talebi yöneltebilecek, buna karşın onun miras hukuksal bir çareye başvurması ise söz konusu olmayacaktır<sup>31</sup>.

Kanunkoyucu kural olarak, miras sözleşmesi yapan mirasbırakana yaşamı boyunca tasarruf serbestisi tanımış olsa da, miras sözleşmesinin vasiyetnamelerden farklı olarak bağlayıcı bir yönünün olduğu da unutulmamalıdır. İşte mirasbırakanın tasarruf serbestisine ilişkin bu kuralın istisnasızca uygulanması, miras sözleşmesi ile mirasçı olarak atanan ya da lehine mal bırakılan kimsenin menfaatlerini de zedeleme riski taşımaktadır. Bu riski öngören kanun koyucu<sup>32</sup>, TMK m. 527/II'de mirasbırakan için kabul ettiği tasarruf serbestisi kuralının ardından aynı fıkra ile bir de istisna öngörmüştür. Buna göre miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan kimse, mirasbırakanın miras sözleşmesindeki yükümlülükleri ile bağdaşmayan tasar-

<sup>30</sup> Bkz. aşa. III, B, 2, b, aa başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>31</sup> **Ayan**, Serkan: "Olumlu Miras Sözleşmelerinin İçeriğine Aykırı Hukuki İşlemlere İtiraza Yönelik Medeni Kanun'un 527/II Hükümünün Anlamı", Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 58, Haziran 2011, s. 16. Ayrıca bkz. **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 16.

<sup>32</sup> **İnan/Ertas/Albaş**, n. 826.

ruflarına karşı itiraz (iptal) yoluna başvurabilecektir (bkz. ZGB Art. 494, Abs. 3). Kanun koyucu bu yolla miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunan kimseye en azından mirasbırakanın ölümünden sonrası için hukuki bir koruma sağlamıştır<sup>33</sup>. Bu konu çalışmamızın devamında önce Türk/İsviçre hukukundaki süregelen öğreti görüşleri ve uygulama çerçevesinde, devamında ise İsviçre hukukunun ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 hükmü ile getirdiği değişiklikler ışığında incelenecektir.

### III. MİRASBIRAKANIN MİRAS SÖZLEŞMESİ İLE BAĞDAŞMAYAN TASARRUFLARINA İTİRAZ

#### A. Genel Olarak

TMK m. 527/II düzenlemesine göre; “Mirasbırakan, malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebilir; ancak, miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilir”<sup>34</sup>. Görüldüğü gibi hüküm, mirasbırakanın tasarruf serbestisini kurala bağladıktan sonra bir istisna getirmektedir. Kanun koyucu, miras sözleşmesi ile mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kimseyi, her ne kadar miras sözleşmesinden tek taraflı dönme sıkı şartlara bağlanmış olsa da, aynen bu sonucu doğuracak başka tasarruflarla mirasbırakanın bu kimseye zarar vermesi, başka bir ifadeyle âdeta miras sözleşmesinin içeriğini boşaltmasına (aushöhlung) karşı korumayı amaçlamaktadır<sup>35</sup>. Elbette bu koruma, miras sözleşmesinde yer alan bağlayıcı nitelikteki maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarla bağdaşmayan sonraki hukuki işlemlere karşıdır. Başka bir ifadeyle, miras sözleşmesinde yer alan ancak bağlayıcı niteliği haiz olmayan, âdeta tek taraflı bir vasiyetname içeriği arz eden ölüme bağlı tasarruflarla bağdaşmayan sonraki tarihli hukuki işlemler bakımından TMK m. 527/II ile öngörülen itiraz (iptal) hakkına başvurmak söz konusu olmayacaktır<sup>36</sup>.

Mirasbırakanın yapmış olduğu miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ve bu nedenle itiraza tabi olabilecek tasarrufları hukuken geçerlidir. Başka bir ifa-

<sup>33</sup> Weiss, Kinga M./Kalaitzidakis, Vangelis: “Schutz des Vertragserben vor lebzeitigen Zuwendungen – Quo vadis?”, Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel (Hrsg. Jörg Schmid, Regina Aebi-Müller, Peter Breitschmid, Barbara Graham-Siegenthaler ve Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2022, s. 614.

<sup>34</sup> Hükmün sağladığı korumanın yetersiz olduğu yönünde bkz. Serozan/Engin, s. 334. Ayrıca bkz. Dural, s. 145.

<sup>35</sup> Hrubesch-Millauer, Art. 494 ZGB, n. 11; Dural/Öz, n. 604; Çabri, n. 769.

<sup>36</sup> Grundmann, Art. 494 ZGB, n. 20.



deyle bu işlemler kanun gereği geçersizlik yaptırımına tabi değildir<sup>37</sup>. Bu tasarruflar sadece, miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmadığı ölçüde, mirasbırakanın ölümünden sonra itiraza konu teşkil edecektir. Öyleyse miras sözleşmesini yapan mirasbırakan, bu sözleşmeden sonra yapacağı ve sözleşme ile bağdaşmayan tasarruflarının, ölümünden sonra iptal edilebileceğini göze almış varsayılmaktadır<sup>38</sup>. Miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmama hali genel olarak, miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan kimsenin miras açıldığı anda elde edeceği menfaatlerinin, sonraki bir tasarrufla ortadan kaldırılmış veya sınırlandırılmış olması halini ifade eder<sup>39</sup>.

Benzer düzenleme, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 494 Abs. 3 ile de öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki, hükmün eski lafzı mevcut TMK m. 527/II'nın ifadesi ile aynı içeriğe sahiptir. Fakat 01.01.2023 tarihinde miras hukuku ile ilgili değişikliklerin yürürlüğe girmesine bağlı olarak artık ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 hükmünden söz etmek gerekir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için hem 01.01.2023 tarihine kadar yürürlükte olan Art. 494 Abs. 3 hükmünün, hem de 01.01.2023 tarihi itibarıyla yeni bir ifade kazanan Art. 494 yeni Abs. 3 hükmünün dilimizdeki karşılığını vermek uygun olacaktır. 01.01.2023 tarihine kadar geçerli olan ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmü şu ifadeyi taşımaktadır: “Ancak mirasbırakanın miras sözleşmesinden doğan yükümlülükleri ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufları ve bağışlamaları, iptale tabidir”<sup>40</sup>. ZGB Art. 494 Abs. 3'ün revize edilmiş yeni hali ise şu şekildedir: “Ancak ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası kazandırmalar, âdet üzere verilen hediyeler hariç olmak üzere, (1) özellikle miras sözleşmesinden doğan menfaatleri azaltmak biçiminde olduğu gibi miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmadıkları ve (2) miras sözleşmesinde saklı tutulmadıkları sürece iptale tabidir”<sup>41</sup>. İsviçre hukukunda kabul edilen bu

<sup>37</sup> Escher, Art. 494 ZGB, n. 10; Grundmann, Art. 494 ZGB, n. 18; Tuor, Art. 494 ZGB, n. 15.

<sup>38</sup> Ayan, s. 17.

<sup>39</sup> Dural, s. 150; Öztan, s. 249. Benzer yönde bkz. Yakupoğlu, S. Derya: “Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 136, Mayıs 2018, s. 252; Tuor, Art. 494 ZGB, n. 15.

<sup>40</sup> “Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen, die mit seinen Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, unterliegen jedoch der Anfechtung”.

<sup>41</sup> Hükmün Almanca dilindeki orijinal hali şu şekildedir: ZGB art. 494 abs. 3:

“verfügungen von Todes wegen und Zuwendungen unter Lebenden, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke, unterliegen jedoch der Anfechtung, soweit sie:

1. mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, namentlich wenn sie die erbvertraglichen Begünstigungen schmälern; und

yeni düzenlemenin, uzun süredir var olan görüş ayrılıkları ve tartışmaları ortadan kaldıracığı ifade edilmektedir. Aşağıda öncelikle Türk hukukundaki mevcut durum ile 01.01.2023 tarihine kadar İsviçre hukukunda süregelen öğreti görüşleri ile İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması izah edilecek, sonrasında ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 hükmünün getirdikleri ile bu hükmün olası yansımaları ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

## **B. Mirasbırakanın İtiraza Konu Tasarruflarının Türleri**

### **1. Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmayan Ölüme Bağlı Tasarruflar**

TMK m. 527/II Miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ve bu nedenle iptale tabi olacak tasarrufları, ölüme bağlı tasarruflar ile bağışlamalar olarak zikretmiştir. Öyleyse itirazda bulunulacak tasarrufların ilki ölüme bağlı tasarruflardır. Zira bu tasarruflar mirasbırakanın mal varlığına etki eden ve miras açıldığı andaki tereke nazara alındığında, miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan kimsenin elde edeceği avantajları zedeleyen nitelikte olabilirler<sup>42</sup>.

Hüküm uyarınca miras sözleşmesiyle bağdaşmayarak iptale konu olabilecek ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname veya miras sözleşmesi olabilir<sup>43</sup>. Nihayet TBK m. 290/II uyarınca, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalara ölüme bağlı tasarruf hükümleri (baskın görüş uyarınca miras sözleşmesi hükümleri) uygulanacağından<sup>44</sup>, bu bağışlamaların miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmaması halinde de TMK m. 527/II kapsamında, ölüme bağlı tasarruf vasfıyla iptal edilmesi mümkün olabilecektir<sup>45</sup>. Genel kabule göre anılan tasarrufların iptal edilebilmesi için kendisiyle bağdaşmadıkları miras sözleşmesinden zamansal olarak sonra yapılmış olmaları gerekir<sup>46</sup>. Bununla beraber, miras sözleşmesinden önce yapılmış olan tasarruflar bakımından nasıl bir yol izleneceği üzerinde de durulmalıdır.

Miras sözleşmesinden önce bir vasiyetname yapılmış ve sonraki tarihli miras sözleşmesi bu vasiyetname ile bağdaşmıyor olabilir. Bu durumda

---

2. im Erbvertrag nicht vorbehalten worden sind".

<sup>42</sup> **Hrubesch-Millauer**, Art. 494 ZGB, n. 12.

<sup>43</sup> **Dural/Öz**, n. 606; **Breitschmid/Bornhauser**, Art. 494 ZGB, n. 10; **Çabri**, n. 771; **Dural**, s. 148.

<sup>44</sup> **Antalya**, n. 426.

<sup>45</sup> **Ayan**, s. 21.

<sup>46</sup> **Tuor**, Art. 494 ZGB, n. 16; **Breitschmid/Bornhauser**, Art. 494 ZGB, n. 10; **Hrubesch-Millauer**, Art. 494 ZGB, n. 12; **Wolf/Dorjee-Good**, s. 69; **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 12.

hangi çözüm tarzının benimseneceği konusunda öğretide görüş ayrılığı mevcuttur. Bir görüşe göre, TMK m. 527/II sadece miras sözleşmesinden sonra yapılan ölüme bağlı tasarruflar hakkında uygulanabilir olduğu için burada önceki vasiyetnameden sonraki tarihli bir ölüme bağlı tasarruf ile dönmeyi düzenleyen TMK m. 544/I (ZGB Art. 511) hükmü öncelikle uygulama alanı bulmalıdır<sup>47</sup>. Gerçekten de, TMK m. 544/I uyarınca, “mirasbırakan, önceki vasiyetnamesini ortadan kaldırmaksızın yeni bir vasiyetname yaparsa, kuşkuya yer bırakmayacak surette önceki vasiyetnameyi tamamlamadıkça, sonraki vasiyetname onun yerini alır”. O halde, önceki vasiyetnamedeki içeriği tamamlamayan, yani önceki vasiyetnamenin içeriği ile bağdaşır olmayan sonraki tarihli vasiyetnamelerin, önceki tarihli vasiyetnameyi ortadan kaldırdığı yönünde bir karinenin var olduğu belirtilmelidir<sup>48</sup>. Öyleyse, TMK m. 544/I hükmünün burada da uygulanması suretiyle, var olan bir vasiyetnamenin içeriğini tamamlamayan sonraki tarihli miras sözleşmesi, TMK m. 544/I uyarınca, vasiyetnameye üstün gelecektir ve TMK m. 527/II'deki iptal hakkına başvurmaksızın önceki vasiyetnamede yer alan tasarruf geçersiz hale gelecektir<sup>49</sup>. Buna karşın diğer bir görüşe göre burada TMK m. 544/I (ZGB Art. 511 Abs. 1) hükmünün uygulanması mümkün değildir. Bu ihtimalde de TMK m. 527/II (ZGB Art. 494 Abs. 3) uygulanmalıdır<sup>50</sup>. Gerçekten de, TMK m. 544/I (ZGB Art. 511 Abs. 1) uyarınca önceki tarihli vasiyetnamenin, sonraki ölüme bağlı tasarrufa bağlı olarak geri alındığı karinesine burada dayanılmaz. TMK m. 544/I, sonraki tarihli vasiyetnamenin öncekini ortadan kaldıracığı yönünde bir karine getirirse de, bu karine sonraki tarihli tek taraflı ölüme bağlı niteliği haiz tasarruflar için geçerli olup, sonraki tarihli miras sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmayacaktır<sup>51</sup>. Böylece, söz konusu vasiyetnameler miras sözleşmesinden önce yapılmalarına rağmen, bu görüş uyarınca TMK m. 527/II kapsamında iptale konu teşkil edebilecektir.

<sup>47</sup> Escher, Art. 494 ZGB, n. 8; Dural/Öz, n. 607; Çabri, n. 773; Weimar, Art. 494 ZGB, n. 12; Dural, s. 146.

<sup>48</sup> İmre/Erman, s. 103; Ayan/Ayan, s. 133; İnan/Ertas/Albaş, n. 522; Hatemi, s. 113; Kocayusufpaşaoğlu, s. 247.

<sup>49</sup> Weimar, Art. 494 ZGB, n. 12. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 247.

<sup>50</sup> Breitschmid/Bornhauser, Art. 494 ZGB, n. 10; Grundmann, Art. 494 ZGB, n. 20.

<sup>51</sup> Studhalter, Art. 494 ZGB, n. 11. Aksi yönde bkz. Kartal, Dilşah Büşra: “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 34, 2018, s. 323. Yazar, kanun koyucu hükümde her ne kadar yeni bir vasiyetname düzenlenmesinden bahsetse de, miras sözleşmelerinin de bu kapsamda değerlendirilmesinin önünde bir engel olmadığını ifade etmiştir.

Miras sözleşmesinden önce yapılan başka bir miras sözleşmesi söz konusu ise yani sonraki tarihli miras sözleşmesi ile önceki tarihli sözleşmesi içerik olarak birbiriyle bağdaşmıyorsa, TMK m. 527/II uygulama alanı bulabilir. Ancak bu ihtimalde, sonraki tarihli miras sözleşmesinin önceki ile bağdaşmadığı kabul edileceğinden, önceki tarihli miras sözleşmesi lehdarının TMK m. 527/II uyarınca itiraz (iptal) yoluna başvurması gerekir<sup>52</sup>. Bununla beraber, önceki miras sözleşmesi ile sonraki miras sözleşmesinin tarafları aynı ise somut olayda yapılacak bir yorumla, tarafların TMK m. 546/I uyarınca önceki miras sözleşmesini ortadan kaldırıp yeni bir miras sözleşmesi yaptıkları sonucuna varılması da mümkün olabilir<sup>53</sup>. Bu durumda sonraki tarihli miras sözleşmesinin hüküm ifade edeceği yönünde herhangi bir şüphe yoktur.

TMK m. 527/II hükmü, sonraki tarihli tasarrufların iptal edilebilmesi için bunların miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle (bağlayıcılık içeriği) bağdaşmıyor olması şartını aramıştır. Bağdaşmazlığın ne anlama geldiği konusunda hükümde herhangi bir izahat bulunmamaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere bağdaşmazlık, sonraki tarihli ölüme bağlı tasarrufun ifası, miras sözleşmesinde yer alan bağlayıcı içerikteki ölüme bağlı tasarrufun (örneğin mirasçı atama veya belirli mal bırakma) icrasını kısmen ya da tamamen zedeliyor veya imkânsız kılıyorsa söz konusu olabilir. Bu durumun somutlaştırılması, miras sözleşmesi ile maddi anlamda hangi ölüme bağlı tasarrufun yapıldığının tespiti ile mümkün olabilecektir. Aşağıda bu ihtimallere değinilecektir.

Öncelikle, miras sözleşmesi ile mirasçı atanması ihtimali üzerinde durulmalıdır. Eğer miras sözleşmesi ile bir mirasçı atanmışsa, bağdaşmazlığın tespiti bakımından, sonraki ölüme bağlı tasarrufun içeriğine göre bir ayırım yapılabilir. Sonraki tasarrufta da bir mirasçı atanmış ve bu mirasçı atama tasarrufu, önceki atanmış mirasçının menfaatlerini zedeler nitelikteyse, TMK m. 527/II uyarınca sonraki ölüme bağlı tasarrufun iptali söz konusu olabilir<sup>54</sup>. Örneğin miras sözleşmesi ile terekenin  $\frac{3}{4}$ 'ü için (A) mirasçı atanmışken, daha sonraki bir miras sözleşmesi veya vasiyetname ile terekenin  $\frac{1}{2}$ 'si için (B) mirasçı atandığında, mirasbırakanın ikinci ölüme bağlı tasarrufu ile ilk miras sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü ihlal ettiği görülmektedir. Buna karşın hâkim görüş, miras sözleşmesi ile mirasçı atanması halinde, sadece

<sup>52</sup> Grundmann, Art. 494 ZGB, n. 19; Escher, Art. 494 ZGB, n. 8; Weimar, Art. 494 ZGB, n. 12; Dural/Öz, n. 607; Kocayusufpaşaoğlu, s. 247.

<sup>53</sup> Yakupoğlu, s. 241.

<sup>54</sup> Tuor, Art. 494 ZGB, n. 17; Weimar, Art. 494 ZGB, n. 14; Ayan, s. 19; Oğuzman, s. 148; Kocayusufpaşaoğlu, s. 247. Benzer yönde bkz. Escher, Art. 494 ZGB, n. 9.

sonraki ölüme bağlı tasarrufun da mirasçı atamayı içermesi durumunun iptale imkân tanıyacağını savunmaktadır<sup>55</sup>. Sonraki ölüme bağlı tasarrufun vasiyet alacaklısı atama olması halinde ise, bu iki tasarrufun prensipte bağdaşır olduğu kabul edilmektedir<sup>56</sup>. Ancak bizim de katıldığımız aksi görüş uyarınca, bu ihtimalde de bağdaşmazlıktan söz etmek mümkün olabilir. Buna göre; eğer mirasbırakan, sonraki ölüme bağlı tasarrufla yapmış olduğu vasiyetin yerine getirilmesi borcunu, miras sözleşmesi ile atadığı mirasçı dışındaki başka bir mirasçıya yüklemişse, bu durumda miras sözleşmesi ile atanan mirasçının sonraki vasiyet alacaklısı atama biçimindeki tasarrufa itiraz edemeyeceği kabul edilmelidir. Buna karşın, eğer mirasbırakan vasiyet borçlusu olarak miras sözleşmesi ile atadığı mirasbırakanı öngörmüş ya da bu konuda herhangi bir belirlemede bulunmayarak kanun gereği (TMK m. 600/I) tüm yasal ve atanmış mirasçıların vasiyet borçlusu olması sonucunun doğmasına imkân vermişse, vasiyet alacaklısı her iki durumda da vasiyet borcunun ifası için miras sözleşmesi ile atanmış mirasçıya da başvurabileceğinden, miras sözleşmesi ile atanan mirasçının bu ihtimalde TMK m. 527/II'ye dayanarak, vasiyet borcunun yerine getirilmesinden kurtulabileceği ifade edilebilir<sup>57</sup>.

İkinci ihtimal, miras sözleşmesi ile vasiyet alacaklısı tayin edilmesidir. Bu durumda, sonraki ölüme bağlı tasarruf bir mirasçı atama ise prensip olarak TMK m. 527/II anlamında bir bağdaşmazlığın varlığından söz edilemez<sup>58</sup>. Zira miras sözleşmesi ile vasiyet alacaklısı olarak atanan kimse, vasiyet borcunun ifasını, TMK m. 600/I uyarınca sonraki ölüme bağlı tasarrufla atanmış olan mirasçıdan da talep edebilir<sup>59</sup>. Öte yandan, miras sözleşmesi ile vasiyet alacaklısı atandıktan sonra, sonraki tarihli ölüme bağlı tasarrufla da vasiyet alacaklısı tayin edilmiş olabilir. Bu durumda ikili bir ayrıma gidilmelidir. Eğer miras sözleşmesi ile yapılan vasiyet alacaklısı atama şeklindeki tasarrufun içeriği bir cins veya tedarik vasiyetinde bulunmak biçimindeyse, cins yok olmayacağından ve tedarik borcu da mirasçıların vasiyet konusu şeyi temin etmesini gerektireceğinden, vasiyet borcu sona ermeyecektir. Mirasçılar veya vasiyet borçlusu bu vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olacağından, miras sözleşmesi ile lehine cins ya da tedarik vasiyetinde bulun-

<sup>55</sup> **Yakupoğlu**, s. 242; **Serozan/Engin**, s. 332.

<sup>56</sup> **Serozan/Engin**, s. 332. Aksi yönde bkz. **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 14.

<sup>57</sup> Yazara göre bu ihtimalde atanmış mirasçı, tıpkı saklı paylı mirasçının saklı paya tecavüz eden vasiyete karşı tenkis definde bulunmasında olduğu gibi bu vasiyetin, miras sözleşmesi ile sahip olduğu mirasçı atama biçimindeki tasarrufa zarar verdiğini ileri sürerek, vasiyet borcunun gereğini ifa etmekten kaçınabilir (**Ayan**, s. 20).

<sup>58</sup> **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 14.

<sup>59</sup> **Yakupoğlu**, s. 242. Benzer bir açıklama için bkz. **Escher**, Art. 494 ZGB, n. 8.

lan kimse için sonraki tarihli ölüme bağlı tasarruflardan doğan bir bağdaşmazlıktan söz edilemeyecektir<sup>60</sup>. Buna karşın, miras sözleşmesi ile bir cins veya tedarik vasiyeti yerine, belirli bir mal (parça şey) vasiyetinde de bulunmuş olabilir. İşte bu durumda miras sözleşmesi ile vasiyet edilen belirli mal, daha sonraki bir ölüme bağlı tasarrufun konusu olmuşsa, artık bir bağdaşmama halinin varlığından söz etmek mümkün olacaktır. Burada önemli olan, gerek miras sözleşmesi gerekse sonraki tarihli ölüme bağlı tasarrufun konusunun aynı mal olmasıdır<sup>61</sup>.

## 2. Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmayan Bağışlamalar

### a. Genel Olarak

TMK m. 527/II, sadece miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufların değil, bağışlamaların da iptale tabi olabileceğini öngörmüştür. “Bağışlamalar” kavramının “sağlararası karşılıksız kazandırmalar” olarak anlaşılması gerektiği öğretide kabul edilmektedir<sup>62</sup>. Nitekim aşağıda da görüleceği üzere, İsviçre Medeni Kanunu Art. 494 yeni Abs. 3 hükmüyle, “bağışlama” kavramı yerine “sağlararası kazandırma” kavramını tercih etmiştir.

Bağışlamaların söz konusu hüküm kapsamında iptali için de hiç şüphesiz, miras sözleşmesinden sonra yapılması gerekir<sup>63</sup>. Karma bağışlamaların da bu kapsama girdiği kabul edilmektedir<sup>64</sup>. Ölüme bağlı tasarrufların yanında bağışlamaların da TMK m. 527/II çerçevesinde iptale konu edilebilir olması hakkaniyetlidir. Zira miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğinin ölüme bağlı tasarruflarla ihlal edilmesi riski karşısında, aynı sonuca sağlararası karşılıksız kazandırmalarla da varılabileceği açıktır. İşte kanun koyucu bu sonucu önlemek maksadıyla, bağışlamaları da hükmün kapsamına dahil etmiştir<sup>65</sup>.

Kanunun açık lafzına rağmen<sup>66</sup>, ölüme bağlı tasarrufların aksine, hangi bağışlamalara ne ölçüde itiraz edilebileceği meselesi, özellikle İsviçre öğreti

<sup>60</sup> Yakupoğlu, s. 242.

<sup>61</sup> Tuor, Art. 494 ZGB, n. 17; İnan/Ertas/Albaş, n. 826; Ayan, s. 21; Weimar, Art. 494 ZGB, n. 14; Serozan/Engin, s. 333; Kocayusufpaşaoğlu, s. 246.

<sup>62</sup> Ayan, s. 21; Dural/Öz, n. 611.

<sup>63</sup> Grundmann, Art. 494 ZGB, n. 17; Weimar, Art. 494 ZGB, n. 12.

<sup>64</sup> Hrubesch-Millauer, Art. 494 ZGB, n. 12; Breitschmid/Bornhauser, Art. 494 ZGB, n. 10.

<sup>65</sup> Yakupoğlu, s. 242.

<sup>66</sup> Belirtmek gerekir ki, miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamaların itiraza konu teşkil edebileceğini düzenleyen TMK m.

ve uygulamasında bugüne dek hararetli tartışmalar ve görüş ayrılıklarına sebebiyet vermiştir<sup>67</sup>. Tartışmanın odağında, sonraki bağışlamaların miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle kural olarak bağdaştığı yani miras sözleşmesinin bir bağışlama yasağı içermediği ve sonraki bağışlamaların kural olarak miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmadığı yani sözleşmenin mirasbırakan bakımından bir bağışlama yasağı içerdiği görüşleri yer almaktadır. Mesele özellikle, miras sözleşmesi ile mirasbırakanın sözleşme tarafını veya bir üçüncü kişiyi mirasın tamamı ya da bir kısmı için mirasçı atadığı durumlarda önem kazanmaktadır<sup>68</sup>. Esasında kabul edilen yeni hükümle bu uyumsuzluğun ortadan kalkacağı ve özellikle Federal Mahkeme'nin aşağıda yer verecek olduğumuz, kimi yazarlarca eleştirilen içtihatlarının geçerliliğini yitireceği öngörülse de<sup>69</sup>, konunun anlaşılması ve Türk hukukundaki mevcut durumun aktarılması açısından bu görüş ve uygulamalara değinmek gerekmektedir.

### ***b. Miras Sözleşmesi ile Mirasçı Atanması Halinde Sonraki Bağışlamaların Durumu***

#### ***aa. İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi***

İsviçre Federal Mahkemesi'nin ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmünün uygulanmasına ilişkin farklı bazı prensipler içeren çeşitli kararları bulunmaktadır. Aşağıda bu kararlardan bazılarına değinilecektir:

İsviçre Federal Mahkemesi 1936 tarihli (BGE 62 II 132) kararında, ZGB Art. 494 Abs. 3'ün lafzına sadık kalarak, sonraki tarihli bağışlamaların iptale tabi kılınabilirliğini prensip olarak kabul etmiş ve bu iptal yoluna başvurmak için mirasbırakanın, miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunan kimseye zarar verme kastıyla hareket etmesi şartını aramamıştır. Başka bir ifadeyle bağışlamaların iptal edilebilmesi için mirasbırakanın bu tasarrufları, miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunan kimseye zarar verme amacıyla yapması şart değildir. Bunun yanında, mirasbırakan eğer ki sonraki ta-

---

527/II hükmünde, her iki tasarruf grubunun itiraza konu teşkil etmesi bakımından özel herhangi bir şart öngörülmemiş, sadece bu iki tasarruf biçiminin, miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmaması halinde iptale konu olabileceği ifade edilmiştir. Aynı tutum ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmü için de geçerlidir. Buna rağmen öğretilde, bağışlamaların itiraza (iptale) konu teşkil etmesi bakımından, ek şartların arandığı bazı farklı görüş ve mahkeme kararları söz konusudur. Çalışmanın devamında bunlar ele alınmıştır.

<sup>67</sup> Wolf/Dorjee-Good, s. 70.

<sup>68</sup> Weiss/Kalaitzidakis, s. 614.

<sup>69</sup> Hrubesch-Millauer, Art. 494 ZGB, n. 12b; Breitschmid/Bornhauser, Art. 494 ZGB, n. 11a.

rihli bağışlamaları yapma hakkını saklı tutmuşsa, artık miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan kimse ZGB Art. 494 Abs. 3 kapsamında iptal hakkına sahip olamayacaktır. Âdet üzerine verilen hediyeler ile ahlaki bir yükümlülüğün ifası için yapılan kazandırmalar ise hükmün kapsamı dışındadır<sup>70</sup>.

Yüksek mahkeme bundan sekiz sene sonra (1944 senesinde) bu içtihadından BGE 70 II 255 kararı ile dönmüştür. Buna göre miras sözleşmesinin bağlayıcılığı, ondan kural olarak tek taraflı dönülememesini ifade etmektedir. Yoksa mirasbırakanın malvarlığının belli bir kısmını bırakma yükümlülüğü yoktur. Kanunun öngördüğü istisnalar dışında, mirasbırakanın tasarruf serbestisi ilkedir. Miras sözleşmesinden sonraki bağışlamaların iptali ancak miras sözleşmesine ek olarak borçlandırıcı nitelikte bir bağışlama yapmama yönünde taahhüdün varlığı ile mümkün olacaktır<sup>71</sup>. Görüldüğü gibi Federal Mahkeme, 1936 kararından farklı olarak, miras sözleşmesinden sonraki bağışların prensipte iptal edilebilir olmadığına karar vermiştir. İptal ancak, mirasbırakanın söz konusu tasarrufları yapmak suretiyle malvarlığını azaltmayacağı yönünde bir taahhüt üstlenmesi durumunda mümkün olabilecektir.

İsviçre Federal Mahkemesi BGer 5C.71/2001 kararında, bağışlamaların kural olarak miras sözleşmesi ile bağdaşır olduğunu ve bunların iptalinin istisnai nitelik taşıdığını açıkça kabul etmiştir. Mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan sonraki tarihli bağışlamaları, eğer miras sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmamışsa, ancak onun sözleşme ile atanan mirasçıya açıkça zarar verme kastıyla hareket ettiğinin ispatlanması ile iptale konu olabilecektir. Bağışlamanın miras sözleşmesi ile bağdaşır olup olmadığı, objektif değil subjektif bir kriter uyarınca tespit edilmelidir. Bu kastın açık olması da gereklidir<sup>72</sup>.

Mahkemenin 2014 tarihli (BGE 140 III 193) kararına göre de<sup>73</sup>, miras sözleşmesinden sonra yapılan her bağışlama elbette iptale tabi değildir. Söz konusu bağışlamaların iptale konu olabilmesi için miras sözleşmesinin açık veya örtülü biçimde bir bağışlama yasağı içermesi gerekir. Ancak bu sonuca varılmıyorsa dahi, bu bağışlamaların iptali mümkün olabilecektir. Bunun için miras sözleşmesinin tarafı olan mirasbırakanın bu bağışlamayı açıkça,

<sup>70</sup> BGE 62 II 132, E. 3. Bkz. (<https://www.fallrecht.ch/c2062132.pdf> Erişim Tarihi: 29.05.2024).

<sup>71</sup> BGE 70 II 255, E. 2.b. bkz. (<https://www.fallrecht.ch/c2070255.pdf> Erişim Tarihi: 29.05.2024).

<sup>72</sup> BGer 5C.71/2001, E. 3.a ve 3.b. Bkz. **Weiss/Kalaitzidakis**, s. 616.

<sup>73</sup> BGE 140 III 193. Bkz. ([swisslex.ch](https://www.swisslex.ch) Erişim Tarihi: 25.05.2024).



miras sözleşmesinin içeriğini boşaltmak amacıyla, ki bu da hakkın kötüye kullanılması anlamını taşır, ya da sırf miras sözleşmesinin lehdarına zarar vermek kastıyla yapmış olduğunun ispatlanması gerekir. Federal Mahkeme bu noktada, saklı paylı mirasçıların haklarını ihlal etme kastıyla yapılan kazandırmaların tenkisini düzenleyen ZGB Art. 527 Ziff. 4 (TMK m. 565 bent 4) hükmünü kıyasen uygulamaktadır. Ancak Federal Mahkeme, anılan hükümlerden ayrılarak olası kastı yeterli görmemektedir. Zarar verme kastı hakkında bir tespit yapılırken bağışlamanın büyüklüğü, zamanı veya miras sözleşmesinin ivazlı olup olmaması belirleyici olabilir. Özetle Federal Mahkeme'ye göre, miras sözleşmesinden sonra yapılan bağışlamalar iptale tabidir denilemez. Bunların iptal yaptırımına tabi olabilmesi için ya bu kazandırmaların yapılmasının yasaklandığı yönünde taraflar arasında açık ya da örtülü bir anlaşma tespit edilmeli ya da eğer böyle bir çıkarım yapılamıyorsa, mirasbırakanın bu bağışlamayı, hakkını kötüye kullanarak miras sözleşmesinin içeriğini boşaltmak veya miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan kimseye zarar vermek kastıyla yapmış olduğu ispatlanmalıdır. Mirasbırakanın söz konusu kastının açık olması ve bunun, iptal talebi sahiplerince ispatlanması şarttır<sup>74</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi daha yeni tarihli BGer 5A 121/2019 kararında da<sup>75</sup>, mevcut uygulamasını sürdürmüştür. Mahkemenin bu kararına göre de miras sözleşmesinden sonra yapılan bağışlamalar kural olarak sözleşmeyle bağdaşır niteliktedir ve ZGB Art. 494 Abs. 3 kapsamında bu bağışlamaların iptali istisnai niteliktedir. Federal Mahkeme'ye göre mirasbırakanın açıkça zarar verme kastıyla hareket ettiğinin tespitinde başvurulabilecek bir dizi emare vardır. Örneğin mirasbırakanın tutum ve davranışı, bağışlamanın miktarı veya sıklığı bunlardandır (ikinci eşin banka hesabına belli aralıklarla para aktarmak gibi). Söz konusu olayda, babanın ikinci eşinin yeni banka hesabına düzenli sıklıkta ve belli miktarda para yatırması şeklindeki davranışının, miras sözleşmesinden çocuklar lehine doğan yükümlülüklerden kaçma niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Bkz. E. 2.2.1. ve 2.3.

<sup>75</sup> Bkz. BGer 5A 121/2019. Öğretide bir görüş, Federal Mahkeme'nin bu son içtihadında, bağışlamanın büyüklüğü veya zamanının yanında, mirasbırakanın olağandışı biçimdeki tutumunu da zarar verme kastının ispatına esas almasının, iptale ilişkin engelleri azalttığı yönünde yorumlanabileceğini ileri sürmektedir. Mahkemenin, miras sözleşmesinin bağlayıcı niteliği sebebiyle atanmış mirasçının daha güçlü şekilde korunması gerektiğini kabul etmiş görüldüğü ve böylelikle revize edilmiş ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 hükmüne yaklaştığı söylenebilir. **Weiss/Kalaitzidakis**, s. 620.

<sup>76</sup> Bkz. E. 5. 3. 3.

İsviçre Federal Mahkemesi kararları dikkate alındığında, ZGB Art. 494 Abs. 3'ün uygulanması bakımından mahkemenin tutumunun şu yönde olduğu sonucuna varmak mümkündür: miras sözleşmesi ile mirasçı atama tasarrufunda bulunulduktan sonra mirasbırakanca yapılan bağışlamalar, kural olarak miras sözleşmesi ile bağdaşır nitelikte olup ZGB Art. 494 Abs. 3 uyarınca iptale konu değildir. Bunlar ancak, bağışlamaların tarafların anlaşmasıyla yasaklanması halinde, eğer bu da yoksa, mirasbırakanın miras sözleşmesinin içeriğini boşaltma veya miras sözleşmesi ile lehine kazandırmada bulunduğu kimseye zarar verme kastıyla hareket ettiği hallerde, iptale konu teşkil edebilecektir<sup>77</sup>.

#### **bb. Öğretideki Görüşler**

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir önceki başlıkta aktarmış olduğumuz tutumu karşısında, meseleye ilişkin öğretilerde temel olarak iki farklı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bunlardan ilki genel itibarıyla Federal Mahkeme'nin görüşü doğrultusunda iken diğeri bu görüşün karşısında yer almaktadır. Aşağıda her iki yaklaşım tarzı incelenecektir.

Öğretideki bazı yazarlar, miras sözleşmesi ile mirasçı atama tasarrufunun yapıldığı ihtimalde, kural olarak sonraki bağışlamaların miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaştığı kanaatinde<sup>78</sup>. Mirasçı atama, mirasbırakanın bir veya birden fazla kimseyi, külli halef olacak biçimde terekesinin tümü veya bir kısmı üzerinde mirasçı tayin etmesidir<sup>79</sup>. Bu şekilde mirasçı atanan kişinin hakkının kapsamı, mirasbırakanın ölümü anındaki tereke üzerinden belirlenecektir. Atanmış mirasçıya, miras sözleşmesinin yapıldığı andaki malvarlığının tamamı veya bir kısmı taahhüt edilmez. Başka bir ifadeyle mirasbırakanın, mirasçı atadığı kimseye belli miktarda bir mal bırakma yükümlülüğü veya terekesini arttırma yükümlülüğü yoktur<sup>80</sup>. Atanmış mirasçı, miras açıldığında terekede ne varsa onunla yetinmek zorundadır. Aksinin kabulü, miras sözleşmesi ile atanan mirasçının, mirasbırakanın sağlığında yaptığı her tür bağışlamaya itiraz edebilmesi sonucunu doğurur

<sup>77</sup> **Wolf/Dorjee-Good**, s. 69. Ayrıca bkz. **Grundmann**, Art. 494 ZGB, n. 22.

<sup>78</sup> **Breitschmid/Bornhauser**, Art. 494 ZGB, n. 11; **Escher**, Art. 494 ZGB, n. 11a; **Tuor**, Art. 494 ZGB, n. 18; **Öztan**, s. 249; **Serozan/Engin**, s. 332; **Dural**, s. 157; **Oğuzman**, s. 148; **Demir**, s. 288.

<sup>79</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Taşatan**, Caner: "Türk Medeni Kanunu'na Göre Mirasçı Atama", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2019, s. 41; **Küçükaydın**, Emine Aslı: "Mirasçı Atama", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 75, S. 1, 2017, s. 432, 433.

<sup>80</sup> **Öztan**, s. 248; **Ayan**, s. 23; **Oğuzman**, s. 148. Ayrıca bkz. **Escher**, Art. 494 ZGB, n. 11a.

ki, bu da TMK m. 527/II-cümlelerin ilk yarısı ile kabul edilen “tasarruf serbestisi” kuralını ihlal eder<sup>81</sup>. Bununla beraber, iki halde sonraki bağışlamalara itiraz mümkündür. Bunlardan ilkinde göre, mirasbırakan, mirasçı atama tasarrufunu içeren miras sözleşmesinden sonra miras sözleşmesine aykırı tasarruflar yapmayacağı yönünde taahhüt üstlenmişse ve söz konusu taahhüde aykırı olarak bağışlamada bulunmuşsa, bu bağışlamaların TMK m. 527/II (ZGB Art. 494 Abs. 3) kapsamında iptali istenebilecektir<sup>82</sup>. İkinci olarak, eğer mirasbırakan kötü niyetle yani karşı tarafa zarar vermek, bir başka deyişle miras sözleşmesinin içeriğini boşaltmak kastıyla hareket etmişse, burada TMK m. 565, bent 4 kıyasen uygulanarak, miras sözleşmesi ile atanmış olan mirasçıya itiraz etme hakkı tanınmalıdır<sup>83</sup>. Son durumda, kendisine bağışlamada bulunulan kimsenin, mirasbırakanın zarar verme kastıyla hareket ettiğini bilip bilmemesi önem arz etmez<sup>84</sup>.

Görüldüğü gibi buraya kadar açıklanan görüşler, miras sözleşmesi ile mirasçı atanması halinde sonraki bağışlamaların iptal edilebilir olup olmadığı bakımından İsviçre Federal Mahkemesi'nin benimsediği yaklaşımla benzer yöndedir. Başka bir ifadeyle, öğretideki bu ağırlıklı görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması, mirasçı atama tasarrufu içeren miras sözleşmesinden sonra yapılan bağışlamaları, kural olarak miras sözleşmesi ile bağdaşır görmektedir. Bunun istisnası ise tarafların mirasbırakanın malvarlığını azaltan tarzda tasarruflar yapmayacağı hususunda anlaşmasında veya mirasbırakanın bu bağışlamaları miras sözleşmesi lehdarına zarar vermek amacıyla yapması halinde mevcuttur.

Öğretideki diğer görüşler ise, bu düşüncenin karşısında yer almaktadır. Buna göre, miras sözleşmesiyle mirasçı atandıktan sonra yapılan bağışlama-

<sup>81</sup> **Çabri**, n. 775; **Dural/Öz**, n. 613; **Öztaş**, s. 249, 251; **Dural**, s. 157. Benzer doğrultuda bkz. **Serozan/Engin**, s. 333. Ayrıca bkz. **Tuor**, Art. 494 ZGB, n. 18.

<sup>82</sup> **Demir**, s. 288; **Dural/Öz**, n. 614; **Çabri**, n. 776; **İnan/Ertay/Albaş**, n. 828; **Dural**, s. 157; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 248. Bu anlaşmanın ispatında sıkı şartlar aranmamalıdır. Bkz. **Escher**, Art. 494 ZGB, n. 11a.

<sup>83</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 248; **Dural/Öz**, n. 615; **Demir**, s. 188. Burada bir diğer görüş ise, TMK m. 565 bent 4 hükmünün kıyasen dahi uygulanmamasını, mirasbırakanın atanmış mirasçıya zarar vermek kastıyla yaptığı bağışlamaların TMK m. 527/II kapsamına dahil olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Çabri**, n. 777. Mirasbırakanın zarar verme kastıyla hareket ettiği ihtimalde, mirasçılardan tazminat ödemekle yükümlü olacağı yönünde bkz. **İnan/Ertay/Albaş**, n. 828. Öğretide **Dural**, bu durumun ivazsız miras sözleşmeleri bakımından uygulanabilir olduğunu ifade etmektedir. İvazlı miras sözleşmelerinde mirasbırakanın zarar verme kastıyla sonraki tarihli bağışlamalar yapması halinde TMK m. 547 (ZGB art. 514) hükmünden istifade edilebilecektir. Bkz. **Dural**, s. 161.

<sup>84</sup> **Dural**, s. 163.

lar kural olarak TMK m. 527/II (ZGB Art. 494 Abs. 3) uyarınca iptale tabidir. Mirasçı atama tasarrufunu miras sözleşmesiyle yapmak suretiyle kendini bağlayan mirasbırakan, sonraki tarihli bağışlama yapma hakkını saklı tutmadığı sürece, yapacağı bu bağışlamaların kendi ölümünden sonra iptal edilebileceğini de göze almalıdır. Başka bir ifadeyle, miras sözleşmesi ile mirasçı atayan mirasbırakan, kendi isteği ile vasiyetnamelerde olan serbestçe dönme hakkını miras sözleşmesi yapmak suretiyle terk etmekte, tasarruf serbestisini sınırlamakta ve tabir-i caizse atanmış mirasçı bu yolla saklı paylı mirasçılara benzer bir konuma getirilmiş olmaktadır<sup>85</sup>. Bu görüşü paylaşan yazarlar, bu nedenle İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını da eleştirmektedir. Gerçekten de örneğin Hrubesch-Millauer'e göre, ZGB Art. 494 Abs. 3 (TMK m. 527/II) hükmünden, Federal Mahkeme'nin benimsediği biçimde bir sınırlandırma çıkarılması mümkün görünmemektedir. Aksi halin kabulü, söz konusu hükmün lafzına aykırı düşecektir<sup>86</sup>. O halde miras sözleşmesinden sonra yapılan bağışlamalar kural olarak sözleşmeden doğan yükümlülüklerle bağdaşmaz kabul edilmelidir. Karşıt düşüncenin benimsenmesi, miras sözleşmesinin bağlayıcı niteliğine aykırı düşer. Öyleyse, miras sözleşmesinin örtülü bir bağışlama yasağı içerdiği söylenebilir<sup>87</sup>.

Federal Mahkeme'nin anılan tutumu, başka yazarlarca farklı açılardan da eleştirilmiştir. Gerçekten de yüksek mahkemenin yaklaşımı İsviçre öğretisinde, ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmü kapsamındaki bir iptal talebinin başarıya ulaşması bakımından fazlaca engelleyici olarak görülmüştür. ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmü de, tıpkı ZGB Art. 527 Ziff. 3 (TMK m. 565 bent 3) hükmünde olduğu gibi objektif anlaşılmalı ve âdet üzerine verilen hediyeler hariç olmak üzere sonraki yapılan her türlü bağışlama, miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle kural olarak bağdaşmaz kabul edilmelidir. İptal için "zarar verme kastının varlığı" biçimindeki subjektif bir kriterin aranması yönünde herhangi bir temel bulunmamaktadır. Tenkis kurumundan daha katı bir çözüm tarzı benimsemeye ve bilhassa olası kast ile yetinmemeye gerçek anlamda gerek yoktur<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 17.

<sup>86</sup> **Hrubesch-Millauer**, Art. 494 ZGB, n. 12a.

<sup>87</sup> **Hrubesch-Millauer**, Stephanie: "Gedanken zu Art. 494 Abs. 3 nZGB", Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel (Hrsg. Jörg Schmid, Regina Aebi-Müller, Peter Breitschmid, Barbara Graham-Siegenthaler ve Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2022, s. 351.

<sup>88</sup> **Schöbi**, Felix: "Schenkungen im Spannungsverhältnis von Erbverträgen – Ende gut, alles gut?", Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel (Hrsg. Jörg Schmid, Regina

Tüm bunların yanında, Federal Mahkeme'nin, miras sözleşmesinden sonra yapılan bağışlamaların iptali bakımından var olup olmadığını tespit ettiği, taraflar arasında yapılan ve bağışlama yasağı getiren anlaşmalar/sözleşmeler de öğretide sorunsuz görülmemiştir. Şöyle ki, miras sözleşmesinin taraflarının esasında, mirasbırakanın daha sonra hangi tasarrufları yapabileceği veya yapamayacağı konusunu sözleşmenin yapıldığı esnada pek düşünmediği, daha doğru bir ifadeyle nadir olarak düşündüğü belirtilmiştir. Sözleşme tarafları bu meseleyi düşünmüş ve bu konuda aralarında bir anlaşma yapmış olsalar bile, borçlar hukuku niteliğindeki bu anlaşmanın şekil şartına tabi olmamasından dolayı açıkça dışa vurulmadığı zamanlarda, daha sonra bu konuda çıkan uyumsuzluklarda ispat sorunu yaşanması muhtemeldir. İlaveten, söz konusu bağışlamanın iptal edilip edilmeyeceği meselesi, mirasbırakanın ölümünden sonra ortaya çıkacağından, daha önceden bu konuda yapılan anlaşmalarla ilgili mirasbırakanın iradesine de, kendisi artık yaşamadığı için başvurmak mümkün olmayacaktır. Tüm bunların, söz konusu anlaşmalar ve ilgili bağışlamanın iptal edilip edilemeyeceği hususunda çeşitli sorunlara sebebiyet verebileceği ifade edilmiştir<sup>89</sup>.

Öğretideki başka bir görüşe göre de, ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmü, hem ölüme bağlı tasarrufların hem de bağışlamaların iptalini düzenlemektedir. Böylece mirasbırakanın kabul edilen tasarruf serbestisine bir sınırlama getirilmiş olmaktadır. Bununla beraber hüküm emredici değildir ve taraflar söz konusu tasarruflara ilişkin hükmün aksini kararlaştırabilir. Ancak Federal Mahkeme'nin benimsediği tutumdan farklı olarak, bağışlamaların iptali için tarafların "bağışlama yasağı" kararlaştırmaları gerekli değildir. Aksine, taraflar bağışlamanın olası iptalini ortadan kaldıracak bir bağışlama saklı tutma kaydı üzerinde anlaşmalıdır. O halde mirasbırakanın bağışlama yaparak malvarlığını azaltmayacağı yönündeki taraflar arasında bir anlaşmanın varlığı, bağışlamaların ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmü uyarınca iptali için gerekli değildir. Böyle bir kabul sadece, miras sözleşmesi ile atanan mirasçıya, miras hukukundan farklı olarak sağlığında doğrudan bir talep hakkı tanıyacak ve söz konusu bağışlamanın iptali yoluna gitmek için mirasbırakanın ölümünü beklemesini gerektirmeksizin, yaşamı süresince icabında gerekli önlemlere başvurabilmesini sağlayan ek bir koruma imkânı sunacaktır<sup>90</sup>.

---

Aebi-Müller, Peter Breitschmid, Barbara Graham-Siegenthaler ve Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2022, s. 540.

<sup>89</sup> Schöbi, s. 537.

<sup>90</sup> Weiss/Kalaitzidakis, s. 620.

### ***c. Miras Sözleşmesi ile Vasiyet Alacaklısı Tayin Edilmesi Halinde Sonraki Bağışlamaların Durumu***

Miras sözleşmesi ile vasiyet alacaklısı tayin edildikten sonra yapılan bağışlamaların iptale tabi olup olmadığı belirlenirken, miras sözleşmesinde yapılan vasiyetin türüne göre ayrıma gidilmelidir. Buna göre, miras sözleşmesi ile cins vasiyeti veya tedarik vasiyeti yapılmış ise daha sonra yapılan bağışlamaların, bu tasarrufla bağdaşmadığı söylenemez. Zira cins vasiyeti veya tedarik vasiyetinde, vasiyet konusu şeyin terekede olmaması TMK m. 517/III uyarınca vasiyet borcunu sona erdirmez. Mirasçılar o şeyi tedarik edip vasiyet borcunu yerine getirmek durumunda olduklarından, bir bağdaşmazlık da meydana gelmeyecektir<sup>91</sup>.

Buna karşın miras sözleşmesi ile belirli mal vasiyetinde bulunmuş ise, söz konusu bu mal üzerinde daha sonra yapılacak bağışlama ile mal terekeden çıkacağı ve ifası mümkün olmayacağı için vasiyet borcu sona erecek ve böylece bağdaşmama halinden söz edilebilecektir<sup>92</sup>. Bu ihtimalde, miras sözleşmesinin, mirasbırakanın söz konusu belirli mal üzerinde tasarruf yapmayacağına ilişkin bir vaat içerdiği kural olarak kabul edilmektedir<sup>93</sup>.

### **3. Miras Sözleşmesinden Sonra Yapılan İvazlı Temliklerin Değerlendirilmesi**

Miras sözleşmesi yapıldıktan sonra mirasbırakanca ivazlı temlikler de gerçekleştirilebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, TMK m. 527/II, itiraza konu tasarrufları sadece ölüme bağlı tasarruflar ile bağışlamalar olarak saydığından, ivazlı kazandırmalar hükmün kapsamına girmeyecektir<sup>94</sup>. O halde bu ihtimalde hukuken nasıl bir yol izleneceğine, miras sözleşmesinde yapılan maddi anlamdaki ölüme bağlı tasarrufun çeşidine göre karar verilmelidir.

Miras sözleşmesi ile mirasçı atandıktan sonra, mirasbırakan ivazlı bir tasarrufta bulunmuşsa, esasında bu durum fazla bir problem arz etmez. Gerçekten de, miras sözleşmesi ile bir mirasçı atanmışsa, daha sonra yapılan

<sup>91</sup> **Dural**, s. 165; **İnan/Ertas/Albaş**, n. 830; **Serozan/Engin**, s. 333. Öğretide ifade edildiği üzere, bu görüş bir yönüyle geliştirilmelidir. Buna göre; eğer ki sonradan yapılan bağışlamalar sebebiyle miras sözleşmesinden doğan vasiyet alacağı tenkise maruz kalırsa, bu durumda vasiyet alacaklısının, bu vasiyet cins veya tedarik vasiyeti olsa dahi, lehine sağlararası karşılıksız kazandırma yapılan kimselere başvurabileceği kabul edilmelidir. Bkz. **Ayan**, s. 25.

<sup>92</sup> **Escher**, Art. 494 ZGB, n. 11a; **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 19. Ayrıca bkz. **Serozan/Engin**, s. 333; **Dural**, s. 163; **Oğuzman**, s. 148; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 249.

<sup>93</sup> **İnan/Ertas/Albaş**, n. 829; **Dural**, s. 163; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 249.

<sup>94</sup> **Serozan/Engin**, s. 334; **Öztañ**, s. 250; **Oğuzman**, s. 147.

ivazlı bir temlik sonucu malvarlığına ivaz gireceğinden, atanmış mirasçı yönünden bir problem doğmaz. Nitekim atanmış mirasçının hakkının da ölüm anındaki tereke üzerinden tayin edilmesi karşısında, bu durum sorunsuz görünmektedir<sup>95</sup>.

Diğer taraftan, miras sözleşmesi ile belirli mal bırakma tasarrufunda bulunulduktan sonra, mirasbırakan ivazlı bir sağlararası kazandırma ile söz konusu bu malı malvarlığından çıkarmış olabilir. Bu durumda, ivazlı kazandırmalar TMK m. 527/II kapsamında olmadığı için sonraki ivazlı tasarrufun TMK m. 527/II uyarınca iptali yoluna başvurulamayacaktır. Bu noktada, TMK m. 517/III hükmü yol gösterici olacaktır. Hükme göre; “bırakılan belirli mal terekede bulunmadığı takdirde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanlar borçtan kurtulurlar”. O halde belirli mal vasiyetine konu olan malvarlığı değeri, miras açıldığı anda terekede bulunmuyorsa, aksi kararlaştırılmadığı sürece, vasiyet borçluları borçtan kurtulacaktır. Fakat eğer ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılıyorsa, yani mal terekeden çıkmaya bile yine de mirasçıların bu vasiyeti yerine getirmelerinin istendiği sonucuna varılıyorsa, vasiyet alacaklısı mirasçılardan vasiyet borcunun ifasını talep edebilecektir. Bu durumda TMK m. 517/III hükmü, miras sözleşmeleri bakımından da kıyasen uygulanacak ve vasiyet borcu, aksi kararlaştırılmadıysa, sona erecektir. Ancak aksi kararlaştırılmışsa, mal terekede olmasa dahi vasiyet borcu yerine getirilecektir. İşte bu noktada, miras sözleşmesi ile belirli mal bırakma tasarrufuna konu edilmiş muayyen mal, sonraki bir ivazlı kazandırmaya konu edilerek terekeden çıkmışsa, miras sözleşmesinin lehdarının, tarafların iradesinin o yönde olduğu sonucuna varılması halinde, bu ivazı mirasçılardan isteyebileceği kabul edilmektedir<sup>96</sup>. Öğretide genel olarak ivazlı miras sözleşmelerinde bu iradenin varsayılabilirliği ifade edilmektedir<sup>97</sup>. Diğer yandan öğretideki başka bir görüş ise, vasiyet borcunun sona ermesini düzenleyen TMK m. 517/III hükmünün, miras sözleşmesinin niteliği de göz önüne alınarak yorumlanması gerektiğinin altını çizmektedir. Buna göre iki taraflı ve bağlayıcı olan bu tasarruftaki iradelerin, belirli malın ivazlı bir tasarruf dolayısıyla terekede bulunmaması halinde, miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunan kimsenin malın yerine geçen ivazı/malın ölüm anındaki değerini mirasçılardan isteyebileceği şeklinde yorumlanması uygun olacaktır. Eğer

<sup>95</sup> Tuor, Art. 494 ZGB, n. 22; Breitschmid/Bornhauser, Art. 494 ZGB, n. 10.

<sup>96</sup> Öztan, s. 250; Dural, s. 191; Tuor, Art. 494 ZGB, n. 24.

<sup>97</sup> İvazlı miras sözleşmelerinde, ivazlı bir işlem sonucu terekeden çıkan belirli malın yerine ikame değerini geçeceğine ilişkin iradenin varsayılabilirliği yönünde bkz. Grundmann, Art. 494 ZGB, n. 12.

vasiyet borcunun sona erdiği sonucuna varılmak isteniyorsa, miras sözleşmesinde buluşan iradelerin bu yönde olduğu tespit edilmelidir<sup>98</sup>.

Son olarak ifade edilmelidir ki; mirasbırakanın, miras sözleşmesi ile tasarrufa konu ettiği malvarlığı değerleri üzerinde sonradan israf veya fiili davranışlarda bulunarak miras sözleşmesinin lehdarına zarar verme ihtimali de vardır. Bu durumda hangi hukuki yola başvurulabileceği yönünde TMK açık bir hüküm öngörmemiştir. Öğretide, en azından ivazlı miras sözleşmeleri bakımından, TMK m. 547 ile öngörülen dönme hakkının örnekseme yoluyla uygulanabileceği ifade edilmiştir<sup>99</sup>.

### C. İtiraz (İptal) Hakkı

TMK m. 527/II, mirasbırakanın miras sözleşmesi ile bağdaşmayan tasarruflarına itiraz edilebileceğini hüküm altına almıştır. Hükümde sözü geçen “itiraz” hakkı, İsviçre hukukundaki metinle (ZGB Art. 494 Abs. 3) uyumlu şekilde “iptal (anfechtung)” olarak anlaşılmalıdır<sup>100</sup>. İptal talebinin mirasbırakanın ölümünden sonra ileri sürülebileceği kabul edilmektedir<sup>101</sup>. Gerçekten de, miras sözleşmesi hüküm ve sonuçları ile tereke üzerindeki etkisini ancak mirasbırakanın ölümü ile gösterecektir. Miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan kimsenin kural olarak, mirasbırakanın sağlığında herhangi bir hukuki yola başvurması mümkün olmayacaktır<sup>102</sup>.

Kanun iptal talebinin ne şekilde, hangi usulde ileri sürüleceğine ilişkin bir düzenleme öngörmemiştir. Türk/İsviçre hukukunda kabul edilen görüş uyarınca bu davaya, kıyasen tenkis davası hükümleri uygulanmalıdır<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> Ayan, s. 30.

<sup>99</sup> Grundmann, Art. 494 ZGB, n. 13. Öğretide, bu riskleri bertaraf etmek üzere, ivazlı olsun olmasın, miras sözleşmesine en başından, söz konusu hallerde karşı tarafın miras sözleşmesinden dönebileceğine ilişkin bir hüküm eklenmesi önerilmiştir. Bkz. Dural/Öz, n. 627.

<sup>100</sup> Yakupoğlu, s. 241; Antalya, n. 699; Dural, s. 146.

<sup>101</sup> Dural/Öz, n. 608; Çabri, n. 766; İnan/Ertas/Albaş, n. 835; Tokat, s. 937; Serozan/Engin, s. 331; Oğuzman, s. 148; Kocayusufpaşaoğlu, s. 250. Ayrıca bkz. Breitschmid/Bornhauser, Art. 494 ZGB, n. 15; Escher, Art. 494 ZGB, n. 10.

<sup>102</sup> Weimar, Art. 494 ZGB, n. 9.

<sup>103</sup> Studhalter, Art. 494 ZGB, n. 15; Hrubesch-Millauer, Art. 494 ZGB, n. 11; Çabri, n. 780; Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo, s. 156; Öztan, s. 250; Eren/Yücer Aktürk, s. 246; Weiss/Kalaitzidakis, s. 614; Antalya, n. 699; Wolf/Dorjee-Good, s. 69; Weimar, Art. 494 ZGB, n. 13; Serozan/Engin, s. 331; Breitschmid/Bornhauser, Art. 494 ZGB, n. 9; Escher, Art. 494 ZGB, n. 10; Oğuzman, s. 148. Dava konusunun taşınmaz olması halinde, bağışlanan kişiye karşı doğrudan tapu iptali ve tescil davası açılabilmesi yönünde bkz. İnan/Ertas/Albaş, n. 832. Bağışlamalar söz



Öyleyse TMK m. 557 ve devamında düzenlenen iptal davası hükümleri değil, TMK m. 560 ve devamında düzenlenen tenkis davası hükümleri, niteliğine uygun düşükçe uygulama alanı bulacaktır<sup>104</sup>. Bu davada davacı, miras sözleşmesi ile mirasçı veya vasiyet alacaklısı olarak atanan kimsedir. Davalı ise, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufun lehdarı veya kendisine sağlararası kazandırma yapılan kimse olacaktır<sup>105</sup>. Dava sonunda, miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmayan tasarrufların ilgili kısımlarının, miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı ölçüde hükümsüz hale gelmesi sağlanacaktır<sup>106</sup>.

Davaya, tenkis davası hükümlerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanacağını belirtmiştik. O halde tenkis davası bakımından TMK m. 571 ile kabul edilen bir ve on yıllık süreler burada da geçerli olmalıdır<sup>107</sup>. Dava sonunda verilen karar, yenilik doğuran karar niteliğindedir. Hakkında TMK m. 527/II uyarınca iptal kararı verilen tasarruf bir sağlararası kazandırma ise, bu şeyin veya değerinin iadesi bakımından bir eda davasının da eşlik etmesi gerekmektedir<sup>108</sup>.

Nihayet tenkis hükümlerinin uygulanmasının bir diğer sonucu, iadenin kapsamında kendini göstermektedir<sup>109</sup>. Öyleyse davalının sorumluluğunun kapsamı, TMK m. 566 uyarınca belirlenecektir. Bu hükme göre kendisine kazandırma yapılan “kimse iyiniyetli ise, sadece mirasın geçmesi anında kazandırmadan elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür; iyiniyetli değilse, iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur”. Kazandırmayı alan davalının iyiniyetli olmadığını, miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan (davacı) ispatlamalıdır. Elbette bu konuda da bazı zorlukların var olabileceği unutulmamalıdır. Yapılmış bir miras sözleşmesinin içeriği hakkında bilgi veren herhangi bir sicil ya da kayıt sistemi

konusu olduğunda, davanın başlanana değil de mirasbırakanın mirasçılara bir tazminat talebi biçiminde yönelteceği yönünde bkz. **Tuor**, Art. 494 ZGB, n. 20.

<sup>104</sup> **Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo**, s. 156.

<sup>105</sup> **Grundmann**, Art. 494 ZGB, n. 17; **Yakupoğlu**, s. 251; **Studhalter**, Art. 494 ZGB, n. 15; **İnan/Ertas/Albaş**, n. 835; **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 20; **Breitschmid/Bornhauser**, Art. 494 ZGB, n. 14.

<sup>106</sup> **Öztaş**, s. 250.

<sup>107</sup> **Escher**, Art. 494 ZGB, n. 10; **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 13; **Studhalter**, Art. 494 ZGB, n. 15; **Breitschmid/Bornhauser**, Art. 494 ZGB, n. 16; **Grundmann**, Art. 494 ZGB, n. 18; **Tuor**, Art. 494 ZGB, n. 19; **Serozan/Engin**, s. 334; **Dural**, s. 170; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 251.

<sup>108</sup> **Breitschmid/Bornhauser**, Art. 494 ZGB, n. 14.

<sup>109</sup> **Grundmann**, Art. 494 ZGB, n. 29; **Schöbi**, s. 544; **Breitschmid/Bornhauser**, art. 494 ZGB, n. 15; **Escher**, Art. 494 ZGB, n. 11b.

bulunmamaktadır. Bu aşamada kazandırmayı alan kimsenin iyiniyetli olup olmadığının tespiti kolay olmayacak ve belirsizlikler içerebilecektir. Nitekim lehine kazandırma yapılan kimsenin, bu kazandırmanın mevcut bir miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşıp bağdaşmadığını bilmesi veya bilebilecek durumda olması ve bunun ispatı kendi içinde bazı sorunları gündeme getirebilecektir<sup>110</sup>.

#### IV. İSVİÇRE MEDENİ KANUNU (ZGB) ART. 494 YENİ ABS. 3 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

##### A. Genel Olarak

İsviçre hukukunda, toplum yapısının yıllar içindeki değişimine uyum gereğesiyle, İsviçre Medeni Kanunu'nda revizyon ihtiyacı baş göstermiştir. Bu kapsamda değişiklik ve yeniliklerin ilk etabına ilişkin tasarı 29.08.2018 tarihinde yayınlanmıştır<sup>111</sup>. Bu tasarıda, ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmünün revize edilmiş bir önerisi de yer almıştır. Belirtmek gerekir ki öneri metin, kanunun kabulü sürecinde yapılan görüşmeler kapsamında değişikliğe uğramamıştır. Tasarı, 18.12.2020 tarihinde Federal Meclis tarafından kabul edilmiştir. Herhangi bir referandumun yapılmaması üzerine Federal Konsey 19.05.2021 tarihinde, söz konusu değişiklik ve yeniliklerin 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girmesine karar vermiştir ve ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 hükmü anılan tarihte yürürlük kazanmıştır<sup>112</sup>. Yeni hüküm, mirasbırakanın 01.01.2023 ve sonrası bir tarihte ölmesi halinde uygulama alanı bulacaktır. Burada belirleyici olan mirasbırakanın ölüm tarihidir, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı tarih ise önem arz etmeyecektir<sup>113</sup>.

Hükümde gerçekleştirilen değişiklik, miras sözleşmesinin içeriğini düzenleyen Abs. 1 ve mirasbırakanın tasarruf serbestisini kurala bağlayan Abs. 2'yi kapsamamakta olup sadece çalışmamızın konusunu teşkil eden, mirasbırakanın miras sözleşmesinden doğan yükümlülükleri ile bağdaşmayan tasarruflarının iptaline ilişkin Abs. 3'te gerçekleşmiştir. ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 şu şekildedir: “Ancak ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası kazandırmalar, âdet üzere verilen hediyeler hariç olmak üzere, (1) özellikle miras

<sup>110</sup> Schöbi, s. 545.

<sup>111</sup> Bkz. (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2132/de>. Erişim Tarihi: 04.06.2024)

<sup>112</sup> Açıklamalar için bkz. Spirig, Sandra: “Gedanken zur neuen Anfechtbarkeit von (erbvertragswidrigen?) Schenkungen gemäss Art. 494 Abs. 3 nZGB”, Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel (Hrsg. Jörg Schmid, Regina Aebi-Müller, Peter Breitschmid, Barbara Graham-Siegenthaler ve Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2022, s. 550, 551.

<sup>113</sup> Hrubesch-Millauer, Art. 494 ZGB, n. 12b.

sözleşmesinden doğan menfaatleri azaltmak biçiminde olduğu gibi miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmadıkları ve (2) miras sözleşmesinde saklı tutulmadıkları sürece iptale tabidir”<sup>114</sup>.

Görüldüğü üzere yeni hüküm, sonraki tasarrufların iptali için kümülatif şekilde yerine getirilmesi gereken iki koşul öngörmektedir<sup>115</sup>: Bunlardan ilki pozitif şart olup, sonraki tasarrufların miras sözleşmesi ile bağdaşmamasını öngörmektedir. Diğeri ise negatif şarttır ve söz konusu tasarrufların miras sözleşmesinde saklı tutulmamış olmasını aramaktadır. Öğretide ifade edildiği gibi bu yeni hüküm, bu zamana dek bazı yazarlarca savunulan, miras sözleşmesinden sonra yapılan sağlararası kazandırmaların kural olarak iptal edilebilir olduğu görüşünü kaleme almaktadır. Böylece, yukarıda bazı örnekleriyle açıklamış olduğumuz İsviçre Federal Mahkemesi’nin eleştirilen içtihatları da geçerliliğini kaybedecektir<sup>116</sup>. Kanun koyucunun bu noktada, Federal Mahkeme’nin miras sözleşmesi ile mirasçı atanması durumunda yapılan sonraki bağışlamaların iptali hakkındaki içtihadına yönelik yeni öğreti eleştirilerini dikkate aldığı söylenebilir<sup>117</sup>. Öyleyse miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmayan sonraki tarihli sağlararası kazandırmalar, âdet üzere verilen hediyeler hariç olmak üzere artık iptal edilebilirdir<sup>118</sup>. Başka bir ifadeyle kural, miras sözleşmesinin yapılmasıyla beraber bir bağışlama yasağının mevcudiyet kazanmasıdır<sup>119</sup>. Buna göre âdet üzere verilen hediyeleri aşan kazandırmalar, mirasbırakanın miras sözleşmesinin lehdarına zarar verme kastıyla hareket etmemiş olması halinde de, iptal edilebilir olacaktır. Böylece hüküm, saklı payları ihlal eden bağışlamaların tenkisini düzenleyen ZGB Art. 527 Ziff. 3 ile (TMK m. 565 bent 3) uyumlu hale getirilmiş olmaktadır. Ancak anılan hükümlerde yer alan süre sınırlamaları burada uygulanmayacaktır<sup>120</sup>.

<sup>114</sup> “ZGB Art. 494 yeni Abs. 3: “verfügungen von Todes wegen und Zuwendungen unter Lebenden, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke, unterliegen jedoch der Anfechtung, soweit sie:

1. mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, namentlich wenn sie die erbvertraglichen Begünstigungen schmälern; und 2. im Erbvertrag nicht vorbehalten worden sind”.

<sup>115</sup> **Botschaft 2018**, s. 5884.

<sup>116</sup> **Hrubesch-Millauer**, “Gedanken”, s. 352; **Breitschmid/Bornhauser**, Art. 494 ZGB, n. 11a. Ayrıca bkz. **Botschaft 2018**, s. 5884.

<sup>117</sup> **Weiss/Kalaitzidakis**, s. 612.

<sup>118</sup> **Schöbi**, s. 543; **Spirig**, s. 548, ayrıca 551; **Wolf/Dorjee-Good**, s. 71.

<sup>119</sup> **Spirig**, s. 548, ayrıca 551; **Weiss/Kalaitzidakis**, s. 622. Yazarlar bu tutumun, çok genel ve toptan bir yaklaşım tarzı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Wolf/Dorjee-Good**, s. 72.

<sup>120</sup> Bu düşünce, öteden beri öğretilerde yer edinmişti. Bkz. **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 18.

İptalin başarıya ulaşması ancak, tasarrufların miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmaması ve sözleşmede saklı tutulmamış olması halinde mümkün olacağına göre, yeni hükmün, atanmış mirasçının mirasbırakanın sağlığında yaptığı bağışlamalara, onun ölümünden sonra itiraz etmesi imkânını kolaylaştıracağı söylenebilir. Zira, artık ilgili bağışlamanın zarar verme kastı ile yapıldığının ispatı gerekmeyecek olup söz konusu tasarrufların, miras sözleşmesinin lafzından hareket edilerek saklı tutulup tutulmadığını ispatlamak şüphesiz daha kolay olacaktır<sup>121</sup>. Miras sözleşmesinden sonra yapılan sağlararası kazandırmalar, miras sözleşmesiyle atanan mirasçının ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 Ziff. 1 uyarınca menfaatlerini zedelediği ölçüde artık iptale konu teşkil edebilecektir<sup>122</sup>. Elbette bunun bir diğer şartı, miras sözleşmesinde, mirasbırakanın bu tarz tasarrufları yapma hakkının saklı olduğuna dair bir kaydın bulunmamasıdır.

## **B. Hükmün İçerdiği Başlıca Değişiklikler**

### **1. Bağışlamalar Yerine “Sağlararası Kazandırmalar” Kavramının Tercih Edilmesi**

Miras hukuku revizyonu ile beraber ZGB Art. 494 Abs. 3'te yapılan değişikliklerden ilki, iptale konu tasarruflardan bağışlamaların yerine “sağlararası kazandırmalar (Zuwendungen unter Lebenden) kavramının tercih edilmesidir. Esasında öğretilerde bu değişiklik yapılmadan önce de, “bağışlama” kavramının “sağlararası karşılıksız kazandırma” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmekteydi<sup>123</sup>. Değişiklikle beraber bu düşünce yasal bir zemine kavuşmuştur<sup>124</sup>.

ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 hükmü ile kabul edilen sağlararası kazandırma kavramının başta gelen örneği elbette bağışlamalardır. Ancak kavram, bağışlamalarla sınırlı olmayıp, diğer başkaca ivazsız sağlararası kazandırmaları da kapsamaktadır<sup>125</sup>. Örneğin karma bağışlar veya mirasbırakanın sağlığında bir vakıf kurması icabında bu kapsamda değerlendirilebilecektir<sup>126</sup>. Böylelikle, söz konusu değişikliğin hükmün uygulama alanını genişlettiği ifade edilebilir<sup>127</sup>. Bu noktada İsviçre öğretisinde tartışılan bir diğer

<sup>121</sup> Spirig, s. 551.

<sup>122</sup> Weiss/Kalaitzidakis, s. 622.

<sup>123</sup> Ayan, s. 21; Dural/Öz, n. 611; Kocayusufpaşaoğlu, s. 245.

<sup>124</sup> Weiss/Kalaitzidakis, s. 622.

<sup>125</sup> Tokat, s. 938; Wolf/Dorjee-Good, s. 73.

<sup>126</sup> Weiss/Kalaitzidakis, s. 624.

<sup>127</sup> Studhalter, Art. 494 ZGB, n. 17.

husus, maddedeki bu değişiklik de nazara alındığında, ZGB Art. 216 Abs. 1 (TMK m. 237/I) uyarınca edinilmiş mallara katılma rejiminde eşler arasında artık değere katılma bakımından kanunda düzenlenenden farklı bir esasın belirlendiği anlaşmalar ve ZGB Art. 241 Abs. 2 (TMK m. 276/II) uyarınca mal ortaklığı rejiminde, rejimin sona ermesi halinde eşlerin ortaklık mallarının paylaşılmasına ilişkin kanunda belirlenenden farklı bir paylaşma kararıylaştırıldığı anlaşmalar bakımından ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmünün uygulanabilir olup olmadığıdır. Zira bu gibi anlaşmalar yoluyla da miras sözleşmesiyle atanan mirasçının menfaatlerinin zedelenmesi muhtemel görülmektedir.<sup>128</sup>

Konu İsviçre hukukunda öteden beri tartışılmalı ve söz konusu anlaşmaların hukuki niteliği hakkında benimsenen görüşlere göre varılan neticeler de değişkenlik göstermiştir<sup>129</sup>. Revize edilen ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 hükmü, “bağışlama” yerine “sağlararası kazandırmalar” kavramını tercih ettiğinden, artık anılan anlaşmaların bu kavram kapsamında değerlendirilebileceği ve böylelikle ZGB Art. 494 yeni Abs. 3’ün uygulama alanı bulabileceği savunulmaktadır<sup>130</sup>. Nihayet miras sözleşmesiyle atanan mirasçının menfaatlerinin, başka bir mal rejiminin (örneğin mal ortaklığı) kurulması suretiyle ihlal edilmesi durumunda, ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 hükmünün uygulanabilir olup olmadığı da tartışmalıdır. Öğretide, olması gereken hukuk bakımından bunun kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır.<sup>131</sup>

## 2. Âdet Üzere Verilen Hediyeğin Kapsam Dışında Tutulması

ZGB Art. 494 yeni Abs. 3’te yapılan bir başka değişiklik, âdet üzere verilen hediyeğin iptalden istisna tutulmasıdır. Değişiklikten önce de, âdet

<sup>128</sup> Weiss/Kalaitzidakis, s. 626.

<sup>129</sup> Tartışmanın temelinde, bu tarz anlaşmaların hukuki niteliği yatmaktaydı. Örneğin bu anlaşmaların ölüme bağlı tasarruf veya bağışlama olduğu kabul edilirse, iptali söz konusu olabilirken, ne ölüme bağlı tasarruf ne de bağışlama olduğu düşüncesi benimsendiğinde iptal edilemeyeceği sonucuna varılmaktaydı. Konunun daha detaylı anlatılması çalışmamızın kapsamını aşacak olmakla beraber bu konuda kısa bir açıklama için bkz. Weiss/Kalaitzidakis, s. 627. Bu imkânın, hükmün eski hali zamanında da mümkün olduğu yönünde bkz. Spirig, s. 553.

<sup>130</sup> Nar, Ahmet: “İsviçre’deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2019, s. 358; Botschaft 2018, s. 5884; Spirig, s. 553.

<sup>131</sup> Spirig, s. 554. Bu durum ZGB Art. 494 yeni Abs. 3’ün kapsamı dışında tutulursa ve yeni hükümle getirilen kuralın bağışlama yasağı olduğu da düşünülürse, gelecekte mal ortaklığı sözleşmesi yapmak suretiyle, söz konusu bağışlama yasağının dolanılması yönünde girişimlerin gerçekleşebileceği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. Weiss/Kalaitzidakis, s. 632.

üzere verilen hediyelerin TMK m. 565 bent 3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle istisna tutulması gerektiği kabul edilmekteydi<sup>132</sup>. Yeni düzenleme var olan görüşleri yasal bir zemine kavuşturmuştur. Böylelikle, TMK m. 527/II (ZGB Art. 494 yeni Abs. 3) hükmü kapsamında, iptal davası bakımından kıyasen uygulanacak olan tenkis hükümleri ile de bir uyum yakalanmıştır<sup>133</sup>.

Âdet üzere verilen hediye kavramından ne anlaşılması gerektiğine gelince, bu hususta tenkis konusunda yapılan açıklamalar yol gösterici olacaktır. TMK m. 565 bent 3 göz önünde bulundurulduğunda, âdet üzere verilen hediye kavramından, örneğin doğum günü, mezuniyet veya evlilik yıldönümü gibi özel bir anlam taşıyan olaylar dolayısıyla verilen ve mirasbırakanın malvarlığı miktarına uygun düşen ölçüde kalan hediyeler anlaşılmalıdır<sup>134</sup>.

### 3. Saklı Tutma Kayıtlarının (Vorbehaltsklauseln) Açık Kabulü

#### a. Genel Olarak

İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 494 yeni Abs. 3 hükmü, sadece anılan düzenlemeleri gerçekleştirmemiş, bunun yanında Ziff. 2 ile saklı tutma kayıtları üzerinde tarafların anlaşabileceğini ve böylelikle hüküm uyarınca mirasbırakanın ölümünden sonra miras sözleşmesi ile lehine kazandırmada bulunulan kimse tarafından başvurulacak olan itiraz (iptal) hakkının bertaraf edilebileceğini düzenlemiştir<sup>135</sup>. Saklı tutma kayıtlarının bu şekilde açık bir yasal düzenlemeye kavuşması, esasında miras hukuku bakımından alışık olunan bir durum değildir. Bununla beraber, saklı tutma kayıtlarının miras hukukunda bugüne dek açıkça bir hükümde yer edinmemesi, bu kayıtların miras sözleşmesiyle kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir. Nitekim öğretide örneğin miras sözleşmesinden belli durumlarda dönme<sup>136</sup> veya belli tasarrufların sonradan değiştirilmesi hakkının saklı tutulmasına ilişkin kayıtların kararlaştırılabileceği zaten kabul edilmekteydi<sup>137</sup>. Nitekim bu şekildeki kayıtlar, mirasbırakanın özerkliğine hizmet etmektedir ve tıpkı

<sup>132</sup> Weimar, Art. 494 ZGB, n. 18; Breitschmid/Bornhauser, Art. 494 ZGB, n. 11.

<sup>133</sup> Nar, s. 358.

<sup>134</sup> Dural/Öz, n. 1136.

<sup>135</sup> Hrubesch-Millauer, "Gedanken", s. 353.

<sup>136</sup> Yılmaz, s. 156. Dönme saklı tutma kayıtlarının sınırsız şekilde kararlaştırılabileceği ve bu durumun miras sözleşmesinin bağlayıcı niteliğine aykırı olmadığı yönünde bkz. Antalya, n. 684.

<sup>137</sup> Weimar, Art. 494 ZGB, n. 6. Bu konuda ayrıca bkz. İmre/Erman, s. 189.

koşul veya vade gibi bir biçimlendirme aracı olan bu imkânın kısıtlanması için de herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır<sup>138</sup>.

ZGB Art. 494 yeni Abs. 3'ün, miras sözleşmesinden sonra yapılan tasarrufların iptali için kümülatif olarak yerine getirilmesi gereken iki şart öngördüğünü daha önce belirtmiştik. Bunlardan ilki, yeni Abs. 3 Ziff. 1 ile kabul edilen, sonraki tasarrufların miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmamasıdır. Bir diğeri ise Ziff. 2 ile düzenlenen, bu tasarrufların miras sözleşmesinde saklı tutulmamış olmasıdır. Buradan hareketle kanun koyucunun, mirasbırakanın daha sonra miras yükümlülüğü ile bağdaşmayan tasarruflar yapma hakkını saklı tutabileceğini kabul ettiği, böyle bir saklı tutmanın olmadığı durumlarda ancak iptalin söz konusu olabileceğini benimsediği söylenebilir. Daha açık bir ifadeyle, ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 Ziff. 2 yoluyla, esasında miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufların ve sağlararası kazandırmaların, daha sonra iptale konu olmaksızın yapılabilmesi sağlanmaktadır. O halde kayıtların kapsamı, miras sözleşmesiyle hangi durumlarda bir bağdaşmanın var olduğunun tespiti ile yakın ilişki içinde olacaktır<sup>139</sup>.

Bu noktada, bu başlık altında izah edilen saklı tutmaya ilişkin kayıtlar ile İsviçre Federal Mahkemesi tarafından bağışlamaların iptali için bir koşul olarak bugüne dek aranan, “bağışlama yasağı anlaşmaları”nın birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Gerçekten de saklı tutma kayıtları, yeni düzenleme ile kabul edilen bağışlama yasağının istisnasını teşkil etmekteyken, bağışlama yasağına ilişkin anlaşmalar, hükmün değişmeden önceki dönemde Federal Mahkeme ve öğretinin baskın bir bölümü tarafından kabul edilen bağışlama serbestisinin bir istisnasını teşkil etmekteydi. Daha önce de ifade edildiği gibi yeni hükümle beraber, miras sözleşmesinden sonraki bağışlamaların iptali için taraflarca yapılan bağışlama yasağı anlaşmasına artık ihtiyaç duyulmayacaktır. Yine de bu durumun, bağışlama yasağına ilişkin anlaşmaları tamamıyla işlevsiz hale getirdiği de söylenemez. Gerçekten de, ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 hükmü halihazırda, sonraki bağışlamaların mirasbırakanın ölümünden sonra miras hukuku çerçevesinde iptalini düzenlemektedir. Başka bir ifadeyle, yeni hüküm, bu tarz bağışlamalara ilişkin mirasbırakanın sağlığında ileri sürülebilecek bir koruma mekanizması öngörmemektedir. İşte bu nedenle, mirasbırakanın ölümünden önce de söz konusu tasarruflara karşı bir önlem isteniyorsa, mirasbırakan ve miras sözleşmesinin karşı tarafı bu tarz

<sup>138</sup> Hrubesch-Millauer, “Gedanken”, s. 353.

<sup>139</sup> Benzer yönde: Wolf/Dorjee-Good, s. 72.

bir bağışlama yasağı üzerinde anlaşabilecek ve böylece sözleşmenin karşı tarafı mirasbırakanın sağlığında da hukuki bazı yollara başvurabilecektir<sup>140</sup>.

İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 494 yeni Abs. 3 Ziff. 2'de, saklı tutma kayıtlarına ilişkin herhangi açıklayıcı bir detay ya da izahat bulunmamaktadır. Öğretide bu bent kapsamına giren kayıtların başlıca, “değişiklik yapmaya ilişkin saklı tutma kayıtları (änderungsvorbehalte)” ve “bağışlama - sağlararası kazandırmaya ilişkin saklı tutma kayıtları (Schenkungs-Zuwendungsvorbehalte)” olabileceği ifade edilmektedir<sup>141</sup>. Kanaatimizce anılan kayıtlar, miras sözleşmesinde yer alacağından (ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 Ziff. 2), bu sözleşmenin içinde ve bu sözleşmenin şekline uygun biçimde kararlaştırılmalıdır. Bununla beraber, miras sözleşmesinde saklı tutma kayıtlarından açıkça bahsedilmesi gerekli değildir. Sözleşmenin hükümlerinin yorumlanması suretiyle, böyle bir kaydın kararlaştırıldığına ve kaydın kapsamına erişilebiliyorsa, bu durum kayıtların geçerliliği için yeterli addedilmelidir<sup>142</sup>.

### ***b. Değişikliğe İlişkin Kayıtlar***

Saklı tutma kayıtlarından ilki, değişiklik yapma kayıdır. Bu kayıt mirasbırakana, miras sözleşmesi yapıldıktan sonra, ölüme bağlı tasarruflarını noktasal olarak değiştirebilme, içeriği değişen duruma ve/veya kendisinin değişen iradesine uydurabilme ve yeni tasarruflar yapabilme imkânı tanır. Başka bir ifadeyle, üzerinde uygun şekilde anlaşılmış bir değişiklik yapma kaydı söz konusuysa, mirasbırakan miras sözleşmesindeki tasarruflarını sonradan değiştirebilir ve bunları tek taraflı olarak sınırlandırabilir. Bu şekilde menfaatleri zedelenen miras sözleşmesi lehdarı TMK m. 527/II (ZGB Art. 494 yeni Abs. 3) uyarınca iptal yoluna gidemez<sup>143</sup>.

Bu kapsamda örneğin; “Mirasbırakan miras sözleşmesi ile sadece A'yı mirasçı atarken, daha sonra bir başka kimseyi belli bir kotaya kadar ortak mirasçı atama hakkını saklı tutar” biçiminde bir anlaşmaya varılabilir. Yine “mirasbırakan daha sonra başkaca vasiyet yapma hakkını saklı tutar” biçiminde bir kaydın kararlaştırılması da mümkündür. Benzer şekilde “mirasbırakan miras sözleşmesi ile X lehine yaptığı 1.000.000 TL değerindeki

<sup>140</sup> Weiss/Kalaitzidakis, s. 635.

<sup>141</sup> Hrubesch-Millauer, Art. 494 ZGB, n. 12c.

<sup>142</sup> Benzer yönde bkz. Burandt, Wolfgang: Beck'sche Kurzkommentare, Erbrecht, (Hrsg. Wolfgang Burandt ve Dieter Rojahn), 4. Auflage, C.H.Beck, München 2022, BGB § 2278, n. 22.

<sup>143</sup> Hrubesch-Millauer, “Gedanken”, s. 354.



kazandırmayı, kendisinin yeniden evlenmesi halinde azaltabilme hakkını saklı tutar” biçiminde bir değişiklik yapma kaydı da kararlaştırılabilir<sup>144</sup>.

Değişiklik yapmaya ilişkin kayıt, öğretide ifade edildiği üzere ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 Ziff. 2 kapsamında değerlendirilemeyecek olan dönme kaydından farklıdır. Değişiklik yapmaya ilişkin kayıt, ölüme bağlı tasarrufun ortadan kaldırılmasından ziyade, onun değiştirilmesini hedeflemektedir. Başka bir ifadeyle mirasbırakan, bu kayıt yoluyla, miras sözleşmesinin karşı tarafının da onayını almış olarak, esasında miras sözleşmesi ile bağdaşmayan yeni ölüme bağlı tasarruflar yapma konusunda yetkili hale gelmektedir. Böylece bu kayıtlar, ölüme bağlı tasarrufların bertaraf edilmesini değil, onun içeriğinin değiştirilmiş veya sınırlandırılmış biçimde muhafaza edilmesini amaçlamaktadır. Bu değiştirme hakkı, taraflarca üzerinde anlaşılmış kaydın sınırları dahilinde gerçekleşmektedir. Böylelikle mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarrufları haklı kılınmaktadır ve aslında miras sözleşmesinin bağlayıcı etkisi de böylelikle sınırlanmış olmaktadır<sup>145</sup>.

Değişikliğe ilişkin kayıtların, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 494 yeni Abs. 3 Ziff. 2 ile kabul edildiği sonucuna varılabilir de, bu konunun bazı yönlerden hala izahate muhtaç olduğu söylenebilir. Alman hukukuna bakıldığında, Alman Medeni Kanunu (BGB) nezdinde, miras sözleşmesinde değişiklik yapılmasına ilişkin kayıtlara dair herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Oysa BGB § 2293, miras sözleşmesinden dönme hakkının saklı tutulabileceğinden bahsetmektedir<sup>146</sup>. Yine de, değişikliğe ilişkin kayıtların miras sözleşmesinde yer alabileceği, Alman hukukunda da kabul edilmektedir<sup>147</sup>. Bununla beraber Federal Mahkeme (BGH), miras sözleşmesinin niteliği gereği, onun mirasbırakan açısından en az bir bağlayıcı ve saklı tutma kaydı içermeyen ölüme bağlı tasarruf barındırması gerektiğini ifade etmektedir<sup>148</sup>. Öğretide haklı olarak ileri sürülen bir görüş, yüksek mahkemenin bu tutumuna kısmen katılmaktadır. Gerçekten de, miras sözleşmesinin niteliği gereği, en az bir bağlayıcı tasarruf içermesi ve değişiklik yapılmasına ilişkin kaydın onu tamamen bomboş/içeriksiz bir hale

<sup>144</sup> Ayrıca bkz. **Weimar**, Art. 494 ZGB, n. 6.

<sup>145</sup> **Hrubesch-Millauer**, “Gedanken”, s. 355.

<sup>146</sup> “Der Erblasser kann von dem Erbvertrag zurücktreten, wenn er sich den Rücktritt im Vertrag vorbehalten hat”.

<sup>147</sup> **Musielak**, Hans Joachim: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 9. Auflage, C.H.Beck, München 2022, BGB § 2278, n. 14; **Burandt**, BGB § 2278, n. 20.

<sup>148</sup> Bu konuda bkz. **Hrubesch-Millauer**, “Gedanken”, s. 356. Ayrıca bkz. **Musielak**, BGB § 2278, n. 15, 16.

getirmemesi gerekmektedir. Ancak miras sözleşmesindeki bir tasarrufun da, saklı tutma kayıtları bakımından tamamen el değmemiş kalmasını aramak gerekli değildir. Başka bir ifadeyle, miras sözleşmesinde örneğin bir kimseyi mirasçı atamak şeklinde sadece bir ölüme bağlı tasarruf bulunsa dahi, bu tasarruf da değişiklik kaydının konusu olabilir. Yeter ki, bu kayıt, bu tasarrufu tamamıyla değiştirerek ortadan kaldırmasın. Daha açık bir ifadeyle, miras sözleşmesinin içeriğinin bir kısmı değişmeden kaldığı sürece, bu yegane tasarruf bakımından da saklı tutma kaydı kabul edilebilir<sup>149</sup>.

### *c. Bağışlama – Sağlararası Kazandırma Kayıtları*

Mirasbırakan, miras sözleşmesinin karşı tarafıyla anlaşarak, miras sözleşmesinden sonraki tarihli bağışlamalarını/sağlararası kazandırmalarını da saklı tutabilir. Bağışlama/sağlararası kazandırma kayıtları ile mirasbırakan, miras sözleşmesinden sonra ve bu sözleşmeye aykırı sağlararası kazandırma yapma ve bu kazandırmalara karşı miras sözleşmesi lehdarının herhangi bir iptal yoluna başvuramaması imkânı elde eder. Örneğin bu kayıt, “mirasbırakan yaşamı boyunca her türlü bağışlama yapma hakkını saklı tutar” şeklinde olabilir<sup>150</sup>.

Bağışlama – kazandırma kaydı, bir önceki başlıkta ele alınan değişiklik yapma kaydından farklıdır. Değişiklik yapmaya ilişkin kayıtlar, mirasbırakanın miras sözleşmesi ile bağdaşmayan sonraki tarihli ölüme bağlı tasarruflar yapabilmesine imkân verirken, bağışlama kayıtları mirasbırakana, miras sözleşmesini ihlal eden sağlararası kazandırma yapma imkânı tanımaktadır. Bu kayıtla beraber mirasbırakan, miras sözleşmesinden sonra yaptığı ve miras sözleşmesi ile bağdaşmayan bağışlamaların, kendi ölümünden sonra iptal edilmemesini garanti altına almaktadır<sup>151</sup>. Başka bir ifadeyle, miras sözleşmesi ile mirasçı atanan veya lehine kazandırma yapılan kimse, mirasbırakanın, söz konusu saklı tutma kaydının içeriğinde yer alan sağlararası kazandırmalarına anlaşma anında rıza göstermektedir. Bu, gerek lehdarın iptal hakkından vazgeçmesi, gerekse mirasbırakana bir malı veya bazı malları üzerinde serbestçe sağlararası kazandırma yapma hakkı tanınması yoluyla gerçekleştirilebilir<sup>152</sup>. Öğretide kapsamlı bir bağışlama/sağlararası

<sup>149</sup> Musielak, BGB § 2278, n. 16.

<sup>150</sup> Hrubesch-Millauer, “Gedanken”, s. 354.

<sup>151</sup> Benzer yönde bkz. Weimar, Art. 494 ZGB, n. 6; Wolf/Dorjee-Good, s. 76. Öğretide, bu ihtimalde de, eğer mirasbırakan TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kurallarına aykırı biçimde zarar verme kastıyla hareket ediyorsa, iptal hakkının tannabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Dural, s. 164.

<sup>152</sup> Hrubesch-Millauer, “Gedanken”, s. 357.

kazandırma serbestisinin bu yolla mirasbırakana tanınmasının, miras sözleşmesinin amacı ve niteliğiyle bağdaşır olmayacağından, bu tarz kayıtlarda, örneğin belli bir kota gibi sözleşmesel sınırların koyulması önerilmektedir<sup>153</sup>.

#### V. ZGB ART. 494 YENİ ABS. 3'ÜN TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 494 Abs. 3'ün, 01.01.2023 tarihinden önceki hali, TMK m. 527/II ile aynı doğrultuda idi. Elbette Türk hukuku da, mehzaz kanun çerçevesinde, İsviçre öğreti görüşleri ve Federal Mahkeme uygulamasına benzer bir yol izlemektedir. Daha önce de bahsedildiği gibi hukukumuzda da miras sözleşmesiyle mirasçı atanması halinde, bağışlama serbestisinin var olduğu ve sonraki bağışlamaların kural olarak bu miras sözleşmesi ile bağdaşır olduğu ağırlıklı şekilde kabul edilmektedir<sup>154</sup>. Bununla beraber, ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 ile benimsenen aksi yöndeki değişikliğin, Türk hukuku bakımından da dikkate değer olduğu söylenebilir. Başka bir ifadeyle, hukukumuzda da benzer bir değişikliğin yapılması halinde, artık miras sözleşmesi ile mirasçı atanması ihtimalinde, sonraki sağ-lararası kazandırmaların, miras sözleşmesinin tarafları arasındaki özel bir anlaşmaya veya mirasbırakanın sözleşme lehdarına zarar verme kastı ile hareket etmesi şartına ihtiyaç olmaksızın iptal edilebilmesi mümkün olacaktır. Ancak kanaatimizce, TMK m. 527/II'nin mevcut lafzından hareketle de benzer bir sonuca varmak söz konusu olabilecektir. Nitekim hatırlanacak olursa, özellikle İsviçre öğretisinde, mirasçı atama tasarrufu içeren miras sözleşmesinden sonra yapılan bağışlamaların kural olarak iptal edilebilir olduğunu söz konusu hüküm değişikliğinden önce de savunan yazarlar bulunmaktaydı<sup>155</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de 1936 tarihli kararını bu doğrultuda vermişti. İsviçre hukukundaki son değişiklik de göz önüne alındığında, artık bağışlamaların kural olarak iptale tabi olduğu yönündeki görüşün yasal bir zemine kavuştuğu belirtilmelidir. Mehzaz hukukun eğiliminin bu doğrultuda oluşu, Türk hukukunda da TMK m. 527/II hükmünün aynı şekilde yorumlanabileceği yönünde bir hareket noktası olabilir. Türk Medeni Kanunu'nda açıkça düzenlenmese de, saklı tutma kayıtlarının da, tasarrufların niteliğine uygun düşecek biçimde, irade ve tasarruf serbestisinin bir uzantısı olarak kabul edilebileceği söylenebilir. İcabında ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 hükmüne benzer bir değişikliğin yapılması da tartışılabilir.

<sup>153</sup> Wolf/Dorjee-Good, s. 76.

<sup>154</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. III, B, 2, b, özellikle bb başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>155</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. III, B, 2, b, bb başlığı altındaki açıklamalar.

## SONUÇ

Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflardan olan miras sözleşmesi, bir sözleşme niteliğini haiz olması sebebiyle, diğer bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf olan vasiyetnameden ayrılmaktadır. Bu açıdan miras sözleşmesinin en tipik özelliği, onun bağlayıcı niteliğidir. Gerçekten de mirasbırakan, miras sözleşmesinden ancak kanunun çizdiği sınırlar dahilinde dönebilmektedir. Miras sözleşmesi bağlayıcı olmakla beraber, onun bu niteliği mirasbırakanın sağlığında malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma serbestisini ortadan kaldırmaz. Mirasbırakan, miras sözleşmesi akdettikten sonra da, borçlandırıcı işlemler veya tasarruf işlemleri gerçekleştirebilir ve bunlar geçerlidir. Ancak kanunkoyucu, mirasbırakanın bu imkân sayesinde malvarlığını tamamen elden çıkararak miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunduğu kimseye zarar vermesi ihtimaline karşı, miras sözleşmesi lehdarı için bir koruma imkânı öngörmüştür.

TMK m. 527/II, ilk yarısı ile mirasbırakanın tasarruf serbestisini kalemeye alırken, devamı ile onun miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufları ile bağışlamalarına (sağlararası kazandırma) itiraz edilebileceğini düzenlemektedir. Hükmün mehz İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığı ZGB Art. 494 Abs. 3'tür.

Mirasbırakanın miras sözleşmesi ile bağdaşmayan sonraki ölüme bağlı tasarruflarına, bunlar ister miras sözleşmesi ister vasiyetname olsun, itiraz edilebilir. Buna karşın miras sözleşmesi ile bağdaşmayan önceki tarihli vasiyetnameler bakımından öğretilen bir görüş TMK m. 544/I hükmünün uygulanması ve böylece sonraki miras sözleşmesinin önceki vasiyetnameyi bağdaşmama ölçüsünde geçersiz kılması gerektiğini savunmaktadır. Diğer görüş ise bu ihtimalde de TMK m. 527/II hükmünün uygulanmasını ve böylelikle önceki vasiyetnamenin bu hükümlerle öngörülen itiraza konu teşkil etmesini önermektedir. Miras sözleşmesinden önce yapılmış başka bir miras sözleşmesi ile bağdaşmama söz konusu ise burada TMK m. 527/II'nin uygulanması hususunda herhangi bir şüphe yoktur. Fakat artık itiraza konu teşkil edecek tasarruf, sonraki tarihli miras sözleşmesi olacaktır. Miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmama halinin tespitinde, sonraki tarihli tasarrufun ifasının, miras sözleşmesi ile sağlanan menfaatleri kısmen ya da tamamen zedeliyor veya imkânsız hale getiriyor olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu noktada, miras sözleşmesi ve sonraki tasarrufta, hangi maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların yapıldığına göre farklı ihtimaller gündeme gelecektir.

Hükümde itiraz konusu olarak sayılan diğer tasarruflar ise bağışlamalardır. Bağışlamalar söz konusu olduğunda, bunların miras sözleşmesiyle bağdaşır olup olmadığı bakımından genel olarak öğreti ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında ikili bir ayırım yaparak sonuca varılmaktadır. Buna göre; eğer miras sözleşmesi ile mirasçı atanmışsa sonraki tarihli bağışlamalar kural olarak miras sözleşmesi ile bağdaşır ve TMK m. 527/II (ZGB Art. 494 Abs. 3) uyarınca itiraz (iptal) konusu değildir. Fakat miras sözleşmesinin tarafları mirasbırakanın bu bağışlamaları gerçekleştirmemesi yönünde borçlar hukuksal bir anlaşma yapmışlar ve mirasbırakan bu anlaşmayı ihlal etmişse ya da mirasbırakan bağışlamaları, miras sözleşmesinin içeriğini boşaltma veya miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastıyla yapmışsa, bağışlamaların iptali söz konusu olabilecektir. Nitekim Federal Mahkeme'nin de yerleşik içtihatları bu yöndedir. Fakat özellikle İsviçre hukuk öğretisinde bazı yazarlarca, hükümde ölüme bağlı tasarruflarla herhangi bir ayırım gözetilmeksizin kaleme alınan bağışlamaların da kural olarak itirazın (iptalin) konusu olması gerektiği ifade edilmiş ve Federal Mahkeme kararları farklı yönlerden eleştirilmiştir. Belirli mal bırakmayı konu edinen miras sözleşmeleri bakımından ise aynı malın sonraki tarihli bir bağışlamaya konu edilmesi halinde, bağdaşmazlığın var olduğu söylenebilir. Belirli mal bırakma tasarrufunu içeren miras sözleşmelerinin, bu malın sonraki tasarruflara konu edilmeyeceği yönünde bir vaat içerdiğinin kabul edilebileceği savunulmaktadır.

İsviçre Medeni Kanun'unda yapılan değişikliklerle beraber, ZGB Art. 494 Abs. 3 de revize edilmiştir. Hükümün yeni lafzı uyarınca, özellikle miras sözleşmesinden doğan menfaatleri azaltmak gibi miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası kazandırmalar, bunlar miras sözleşmesinde saklı tutulmadığı sürece iptale tabi olacaktır. Öyleyse hükümün lafzından şu sonuca varılabilmektedir: kural olarak miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası kazandırmalar iptal konusudur. Özellikle sağlararası kazandırmaların iptali için süregelen hukukta şart koşulan, taraflar arasındaki bağışlama yasağına ilişkin anlaşma veya mirasbırakanın zarar verme kastıyla hareket etmesi, artık aranmayacaktır. Federal Mahkeme'nin uygulaması da böylece geçerliliğini kaybedecektir. Hükümle getirilen bir diğer değişiklik “bağışlamalar” kavramı yerine “sağlararası kazandırmalar” kavramının kabulüdür. Böylelikle maddenin kapsamı genişlemiştir. Nihayet hüküm, aslında değişiklikten önce de kimi yazarlarca kabul edilen bir görüşü de hukuki zemine kavuşturmuştur. Buna göre âdet üzere verilen hediyeler hükümün kapsamı dışında kalacaktır.

İsviçre hukukundaki bu değişiklik, daha önce İsviçre öğretisinde ileri sürülen ve bağışlamaların (sağlararası kazandırmaların) da, miras sözleşmesindeki tasarrufun niteliğinden bağımsız olarak prensipte miras sözleşmesiyle bağdaşır olmadığı ve bu nedenle ZGB Art. 494 Abs. 3 gereği iptal edilmesi gerektiği yönündeki görüşün kanunlaştırıldığını göstermektedir. Başka bir ifadeyle mehz hukuktaki yönelim, miras sözleşmesi ile mirasçı atanması halinde de sağlararası kazandırmaların kural olarak (saklı tutulmuş olmamak kaydıyla) miras sözleşmesi ile bağdaşmaz olduğunu kabul etmek yönündedir. Bu gelişmeler ve düşünceler ışığında TMK m. 527/II'nin, aynı sonuca varılacak şekilde yorumlanabileceği söylenebilir. Nitekim İsviçre hukukunda revizyon öncesi dönemde de, ZGB Art. 494 Abs. 3'ün bu şekilde anlaşılması gerektiğini ifade eden görüşler bulunmaktaydı. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi de 1936 tarihli kararını, ZGB Art. 494 Abs. 3'e dayandırarak bu yönde vermişti. Öyleyse TMK m. 527/II de bu anlama gelecek biçimde yorumlanabilir. Ayrıca saklı tutmaya ilişkin kayıtların ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 ile henüz düzenlenmediği dönemde dahi, irade serbestisi kapsamında bu tür kayıtların kararlaştırılabileceği kabul edilmekteydi. Bu yüzden TMK m. 527/II'nin mevcut halinde de, saklı tutma kayıtlarının kabulüne bir engel bulunmadığının altını çizmek gerekir. Son olarak, ZGB Art. 494 yeni Abs. 3 değişikliğine benzer bir düzenleme Türk hukuku bakımından da tartışılabilir.

**KAYNAKÇA**

- Akça**, Neslihan: İvazlı Miras Sözleşmeleri, Adalet, Ankara 2022.
- Antalya**, Osman Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu - Miras Hukuku C. III, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2021.
- Ayan**, Mehmet/**Ayan**, Nurşen: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Adalet, Ankara 2023.
- Ayan**, Serkan: “Olumlu Miras Sözleşmelerinin İçeriğine Aykırı Hukuki İşlemlere İtiraza Yönelik Medeni Kanun’un 527/II Hükmünün Anlamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 58, Haziran 2011, s. 14-33.
- Breitschmid**, Peter/**Bornhauser**, Philip R.: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, (Hrsg. Thomas Geiser ve Stephan Wolf), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019.
- Breitschmid**, Peter/**Eggel**, Martin/**Eitel**, Paul/**Fankhauser**, Roland/**Geiser**, Thomas/**Jungo**, Alexandra: Erbrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2023.
- Burandt**, Wolfgang: Beck’sche Kurzkommentare, Erbrecht, (Hrsg. Wolfgang Burandt ve Dieter Rojahn), 4. Auflage, C.H.Beck, München 2022.
- Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Demir**, Mehmet: “Olumlu Miras Sözleşmeleri”, Yargıtay Dergisi, C. 20, S. 3, 1994, s. 279-294.
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku (Cilt. IV), Miras Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.
- Dural**, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek: Miras Hukuku, Yetkin, Ankara 2019.
- Escher**, Arnold: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band III, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1959.
- Grundmann**, Stefan: Praxiskommentar, Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willenvollstreckung, Prozessführung, (Hrsg. Daniel ABT ve Thomas Weibel), Helbing Lichten Hahn Verlag, Basel 2007.

- Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Hrubesch-Millauer**, Stephanie: CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, (Hrsg. Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2023.
- Hrubesch-Millauer**, Stephanie: “Gedanken zu Art. 494 Abs. 3 nZGB”, Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel (Hrsg. Jörg Schmid, Regina Aebi-Müller, Peter Breitschmid, Barbara Graham-Siegenthaler ve Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2022, s. 347-359.
- İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 17. Basım, DER Yayınları, İstanbul 2024.
- İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku, 12. Baskı, Seçkin, Ankara 2024.
- Kartal**, Dilşah Büşra: “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 34, 2018, s. 317-339.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- Küçükaydın**, Emine Aslı: “Mirasçı Atama”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 75, S. 1, 2017, s. 431-452.
- Musielak**, Hans Joachim: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 9. Auflage, C.H.Beck, München 2022.
- Nar**, Ahmet: “İsviçre'deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2019, s. 333-370.
- Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.
- Öztan**, Bilge: Miras Hukuku, 13. Baskı, Yetkin, Ankara 2023.
- Schöbi**, Felix: “Schenkungen im Spannungsverhältnis von Erbverträgen – Ende gut, alles gut?”, Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel (Hrsg. Jörg Schmid, Regina Aebi-Müller, Peter Breitschmid, Barbara



Graham-Siegenthaler ve Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2022, s. 535-546.

**Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay:** Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2022.

**Spirig, Sandra:** “Gedanken zur neuen Anfechtbarkeit von (erbvertragswidrigen?) Schenkungen gemäss Art. 494 Abs. 3 nZGB”, Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel (Hrsg. Jörg Schmid, Regina Aebi-Müller, Peter Breitschmid, Barbara Graham-Siegenthaler ve Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2022, s. 547-556.

**Studhalter, Philipp:** ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser), 4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2021.

**Taşatan, Caner:** “Türk Medeni Kanunu’na Göre Mirasçı Atama”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2019, s. 40-49.

**Tokat, Hüseyin:** “İsviçre Medeni Kanunu’ndaki Miras Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Türk Hukukuna Yansımalarının Değerlendirilmesi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2023, s. 909-952.

**Tuor, Peter:** Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 2. Auflage, Stämpfli & CIE Verlag, Bern 1964.

**Weimar, Peter:** BK - Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, (Hrsg. Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter), Stämpfli Verlag AG, Bern 2009.

**Weiss, Kinga M./Kalaitzidakis, Vangelis:** “Schutz des Vertragsserben vor lebzeitigen Zuwendungen – Quo vadis?”, Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel (Hrsg. Jörg Schmid, Regina Aebi-Müller, Peter Breitschmid, Barbara Graham-Siegenthaler ve Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2022, s. 611-638.

**Wolf, Stephan/Dorjee-Good, Andrea:** “Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung und Aspekte aus der notariellen Praxis”, Das neue Erbrecht - insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht, (Hrsg. Stephan Wolf), Stämpfli Verlag AG, Bern 2022, s. 1-78.

**Yakupoğlu, S. Derya:** “Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 136, Mayıs 2018, s. 225-262.

**Yılmaz, Süleyman:** Miras Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2024.

### **İnternet Kaynakları**

[swisslex.ch](http://swisslex.ch)

[fallrecht.ch](http://fallrecht.ch)

[fedlex.admin.ch](http://fedlex.admin.ch)

[beck-online.beck.de](http://beck-online.beck.de)

[dergipark.org.tr](http://dergipark.org.tr)



## TÜRK-İSVİÇRE HUKUKUNDA GÜVEN SORUMLULUĞU - KAVRAMIN GELİŞİMİ VE ELEŞTİRİSİ -

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1517877>

**Dr. Öğr. Üyesi Gökçe KURTULAN GÜNER\***

### Öz

Güven sorumluluğu, temelini dürüstlük kuralında bulan, haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk ikiliği dışındaki gri alanda yer alan bir kavramdır. Kavram, ilk olarak Alman hukukunda ortaya çıkmış, Alman hukukundaki bu gelişmeler zaman içinde Türk-İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında da yansımalarını bulmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi 1994 yılında verdiği meşhur *Swissair* kararıyla birlikte yeni bir sorumluluk temeli olarak güven sorumluluğunu ilk defa kabul etmiştir. Yargıtay da özellikle 2010 yılından beri verdiği bir dizi kararla güven sorumluluğu adı altında ayrı bir sorumluluk temelini kabul etmiş, bunun için aranan şartlar da zaman içinde belirginleşmiştir. Güven sorumluluğu Türk pozitif hukukunda da kendine yer bulmuş ve Türk Ticaret Kanunu'nun 209. maddesiyle şirketler topluluğu özelinde güven sorumluluğu ayrıca düzenlenmiştir. Mahkeme kararlarıyla bahsi geçen hukuk sistemlerinde kendine bir yer edinen güven sorumluluğuna ilişkin olarak dile getirilen eleştirileri temel olarak üç gruba ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki teorisinin dogmatik kökenlerine ve bu teorisinin Türk-İsviçre hukuk sistemiyle uyum içinde olmadığına ilişkindir. İkinci temel eleştiri sorumluluğun sınırlarının genişliğine ve silikliğine, bir diğer eleştiri ise sonuçlarının belirsizliğine ilişkindir. Bu çalışmada güven sorumluluğunun gelişimi ve temel unsurları incelenmiş, söz konusu eleştiriler Türk hukuku özelinde değerlendirilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Güven Sorumluluğu, Hukuka Aykırılık Unsuru, Güven İlkesi, Dürüstlük Kuralı, *Culpa in Contrahendo*

\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (gokce.kurtulan@bilgi.edu.tr) ORCID: 0000-0001-6982-3820 (Gönderim Tarihi: 17.07.2024-Kabul Tarihi: 15.08.2024) Yazar, eserinin *Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

**RELIANCE LIABILITY IN TURKISH-SWISS LAWS**  
**- THE DEVELOPMENT AND CRITICISIM OF THE CONCEPT -**  
*(Research Article)*

**Abstract**

*Reliance liability is a concept that finds its basis in the rule of bona fides and is located in the gray area outside the dichotomy of tort and contractual liability. The concept first emerged in German law, and these developments in German law found their reflections in Turkish-Swiss doctrine and jurisprudence over time. With its famous Swissair decision dated 1994, the Swiss Federal Court acknowledged for the first time the reliance liability as a new basis of liability. The Turkish Court of Cassation has also accepted the reliance liability as a separate basis of liability with a series of decisions, especially since 2010, and the conditions required therefor have become clearer over time. Reliance liability has also found its place in Turkish positive law with the introduction of Article 209 of the Turkish Commercial Code, which specifically regulates the reliance liability within the context of corporate groups. It is possible to categorize the criticisms put forward against the concept of reliance liability into three groups. The first one is related to the dogmatic origins of the theory and its incompatibility with the Turkish-Swiss legal system. The other main criticisms are related to the breadth and vagueness of the limits of the liability, and to the uncertainty of its consequences. In this study, the development and the basic elements of reliance liability are analyzed, and such criticisms are evaluated in the context of Turkish law.*

**Keywords**

*Reliance Liability, Wrongfulness, Reliance Principle, Bona Fides Rule, Culpa in Contrahendo*

## GİRİŞ

Güven sorumluluğu, temelini dürüstlük kuralında bulan, haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk ikiliği dışındaki gri alanda yer alan bir kavramdır<sup>1</sup>. İlk olarak Alman hukukunda gelişmeye başlayan bu kavram<sup>2</sup>, son otuz yılda Türk-İsviçre hukukunda da kendine önemli bir yer edinmiştir. Güven sorumluluğun ortaya çıkışının arkasında yatan temel sebep, toplumsal ilişkilerin aldığı girift yapının bir sonucu olarak ortaya çıkan bazı durumların Kanun'da açıkça düzenlenen başlıca sorumluluk temellerine tam olarak uymaması ve neticede ortaya adaletsiz sonuçların çıkabilmesidir<sup>3</sup>. Haksız fiil kuralları uyarınca salt ekonomik zararların tazmininin güç olması<sup>4</sup> ya da sözleşmesel sorumluluk kurallarının uygulanabilmesi için ortada geçerli bir sözleşme bulunması gibi şartlar, güven sorumluluğunun ortaya çıkmasında ve gelişmesinde önemli bir rol oynamıştır.

Alman haksız fiil hukukunda ihmali davranış sonucunda ortaya çıkan salt malvarlığı zararlarının tazmin edilmemesi fikri<sup>5</sup>, başta *Canaris* olmak üzere birçok hukukçunun bu boşluğun doldurulması konusunda çeşitli çözümlerine girmesine neden olmuştur<sup>6</sup>. *Canaris*, 1971 yılında yayınlanan “*Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*” başlıklı eseriyle haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk dışında kalan bu yeni sorumluluk rejiminin ve dogmatik temellerini atmıştır<sup>7</sup>. Kuşkusuz *Canaris*'in anılan eserinde ortaya

<sup>1</sup> **Serozan**, Rona: Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Beta, İstanbul 2007 (‘Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme’), s. 717. Güven sorumluluğunun geleneksel sorumluluk temelleri olan haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluğun yanında üçüncü bir hukuki sorumluluk temeli olduğu yönünde bkz. **Banakas**, Stathis: “Unde Venis et Quo Vadis: European Tort Law Revisited”, Swiss Review of International and European Law, Cilt 18, Sayı 4, 2008, s. 310.

<sup>2</sup> **Roberto**, Vito/**Kuzniar**, Nadia: “Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung”, AJP, Sayı 11, 2019, s. 1106.

<sup>3</sup> **Kalkan Oğuztürk**, Burcu: Güven Sorumluluğu, Vedat, İstanbul 2008, s. 97.

<sup>4</sup> MüKoBGB/**Emmerich**, 7. Aufl. 2016, BGB § 311 Rn. 38; Bu konuya ilişkin olarak bkz. **Çağlayan Aksoy**, Pınar: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha, İstanbul 2016, s.14 vd.

<sup>5</sup> **Çağlayan Aksoy**, s. 40.

<sup>6</sup> **Roberto/Kuzniar**, s. 1106.

<sup>7</sup> **Canaris**, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Beck, Münih 1971. *Canaris*'in yaptığı en büyük katkı, bu sorumluluk tipini bir bütün olarak ele almış olmasıdır. Haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluğun yanı sıra, *culpa in contrahendo*; üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve sözleşmenin müspet ihlali kurumlarının ortak bir amaca benzer şekilde hizmet ettiğini ortaya koyarak bunları bir sorumluluk tipine

koyduğu teoriyi, Alman özel hukuk öğretisinin tarihsel gelişiminden izole bir şekilde ele almak mümkün değildir. 19. yüzyılın ikinci yarısında *Jhering*'in *culpa in contrahendo* teorisiyle haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk ikiliğinin dışına çıkmamanın mümkün olduğunun kabul edilmesi, 20. yüzyılın başlarında ifa yükümlülükleriyle koruma yükümlülükleri arasındaki ayrımın belirginleşmesi ve akabinde *Larenz*'in katkılarıyla birincil (asli) ve ikincil (yan) edim yükümlülükleri kavramlarının ortaya çıkması güven sorumluluğu teorisinin gelişmesinde büyük rol oynamıştır<sup>8</sup>.

Alman hukukundaki bu gelişmeler zaman içinde Türk-İsviçre öğretisinde de yansımalarını bulmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi 1994 yılında verdiği meşhur *Swissair* kararıyla birlikte yeni bir sorumluluk temeli olarak güven sorumluluğunu tesis etmiştir<sup>9</sup>. Bu kararı takiben İsviçre öğretisinde

---

dönüştürmüştür. Canaris'in "bütünsel borç ilişkisi" (*einheitliches Schuldverhältnis*) teorisi hakkında bkz. **Berger**, Bernhard: *Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung*, Stämpfli, Bern 2000, s. 24; **Kuonen**, Nicolas: *La responsabilité précontractuelle*, Schulthess, Zürich 2007, s. 367 vd.; **Gezder**, Ümit: *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, Beta, İstanbul 2010 s. 91 vd.; **Demircioğlu**, Huriye Reyhan: *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)*, Yetkin, Ankara 2009, s. 163 vd.; **Kırca**, Çiğdem: *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2004, s. 113-116; **Sert Sütçü**, Selin, "Güven Sorumluluğu Kavramı ve Yargıtay'ın Güven Sorumluluğuna Yaklaşımı", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Cilt 12, Sayı 28, 2020, s. 197.

<sup>8</sup> Teorinin tarihsel gelişimine ilişkin ayrıntılı bir analiz için bkz. **Berger**, s. 17 vd.; **Kuonen**, s. 367 vd. Ayrıca bkz. **Demircioğlu**, s. 161 vd.; **Kırca**, s. 159 vd.

<sup>9</sup> BGE 120 II 331. Karara konu olayın temelinde, *Swissair Beteiligungen AG*'nin 100% yavru ortağı olan *IGR Holding* ile *Wibru Holding AG* arasında yapılmış ve *IGR Holding* tarafından ifa edilmemiş bir sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşme uyarınca *IGR Holding*'in golf sahalarına yakın yerlerde inşa edeceği rezidanslarda sunacağı konaklama hizmeti karşılığında belirli bir sürenin kira bedeli peşin olarak ödenmesi kararlaştırılmıştır (90.000 İsviçre Frangı). Sözleşmede belirlenen bedeli peşinen ödeyen kişilere 40 yıl boyunca bu rezidanslarda belirli bir süre boyunca konaklama imkânı verecek bir üyelik sistemi kurulacaktır. *Wibru Holding AG* sözleşmeden doğan borcunu peşin olarak ifa etmiş olmasına rağmen, *IGR Holding*'in hayata geçirmeyi taahhüt ettiği projeyi gerçekleştirmediği görülmüştür. Bunun sebebi, her ne kadar *IGR Holding* ile bu sözleşmeyi yapan taraflara aksi yönde mektuplar gönderilmiş olsa da, *IGR Holding*'in gittikçe kötüleşen ekonomik durumudur. Nitekim ekonomik durumunun kötüleşmesi üzerine *Swissair*, *IGR Holding*'i bir başka şirkete (*Euroactividade AG*) satmaya karar vermiş ve bu husus da *IGR Holding* tarafından sözleşmelerine "yeni bir işbirliği" olarak aktarılmıştır. *IGR Holding*'in *Euroactividade AG*'ye satılmasından bir süre sonra *IGR Holding* sözleşmeyle taahhüt ettiği projeyi hayata geçirme imkânına sahip olmadığını belirterek ödenmiş bedellerin bu kişilere %7 faizle birlikte iade edileceğini bildirmiştir. Buna karşılık, *Wibru Holding*'in yaptığı ihtarlar karşılıksız kalmış, kendisine bir ödeme yapılmamıştır. Bunun üzerine *Wibru Holding* ödemiş olduğu 90.000 İsviçre Frankının faiziyle

birçok yazar güven sorumluluğu üzerine eserler ortaya koymuştur<sup>10</sup>. Türk hukukunda da Yargıtay, özellikle 2010 yılından beri verdiği bir dizi kararla güven sorumluluğu adı altında ayrı bir sorumluluk temelini kabul etmiş, bunun için aranan şartlar da zaman içinde belirginleşmiştir. Güven sorumlu-

iadesi için *Swissair*'e başvurmuş, *IGR Holding*'in artık kendi yavru şirketi olmadığı ve hakkında iflas kararı verilmiş olduğu cevabını almıştır. Bunun üzerine *Wibru Holding*, *Swissair*'e karşı ticaret mahkemesinde dava açmış, bu dava reddedilmiş ve kararın temyizi üzerine uyuşmazlık Federal Mahkeme'nin önüne kadar gelmiştir. Mahkemenin kararında üzerinde en çok durulan olgunun, *IGR Holding*'in reklam broşürlerinde ve mektup kağıtlarında yer alan ifadeler olduğu görülmektedir. Reklam broşürlerinde *Swissair*'in logosunun, ticaret unvanının ve "*IGR bir Swissair ortaklığıdır*" ("*Die IGR ist ein Unterhemen der Swissair*") ifadesinin yer aldığı belirtilmektedir. Buna ek olarak yavru şirketin yine broşürlerinde "*Nerede IGR varsa, Swissair oradadır ve tâbii ki IGR'nin arkasındadır. IGR, Swissair'in bağımsız bir işletmesidir fakat ana şirketiyle aynı esaslara bağlı olarak çalışmaktadır. Böylece başından itibaren IGR'de uluslararasılık, misafirperverlik, özenli koruma ve güvenlik esas alınmaktadır.*" ifadesi yer almaktadır. Bu ifadelerin bir patronaj açıklaması (himaye beyanı) olmasa bile, potansiyel müşterileri etkileme amacına sahip reklam beyanları olduğu, bu reklam beyanlarına da aynı şekilde yaklaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Öte yandan Mahkeme, broşürlerde geçen söz konusu ifadelerin bir garanti yükümlülüğü niteliğinde olmadığını, bu yüzden Borçlar Kanunu'nun garanti sorumluluğuna ilişkin hükümleri uyarınca uyuşmazlığın çözülme-yeceğini belirtmiştir. Federal Mahkeme *Swissair*'in karşı taraf nezdinde uyandırdığı ve boşa çıkardığı güvenin korunması gerektiğine karar vermiştir. Federal Mahkeme kararının Türkçe özeti ve değerlendirmesi için bkz. **Yılmaz**, Asuman: Şirketler Topluluğuna Güvenen Doğan Sorumluluk, On İki Levha, İstanbul 2010, s. 163 vd. Bu karara ilişkin olarak ayrıca bkz. **Okutan Nilsson**, Gül: "Şirketler Topluluğunda Güvenen Doğan Sorumluluk", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2013, s. 38-43; **Pulaşlı**, Hasan: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, s. 271 vd.; **Sert Sütçü**, s. 198 vd.; **Peter**, Henry: "Le responsabilité fondée sur la confiance en droit des sociétés", Journée de la responsabilité civile 2000: La responsabilité fondée sur la confiance/Vertrauenshaftung, Schulthess, Zürich 2001, s. 53-55.

<sup>10</sup> Bkz. **Loser**, Peter: Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Stämpfli, Bern 2006; **Bärtschi**, Harald: Verabsolutierte Relativität - Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Schulthess, Zürich 2009; **Walter**, Hans Peter: "Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?", ZSR, Cilt 120, Sayı 2, 2001 I, 79 vd.; **Wiegand**, Wolfgang: "Die Canaris-Rezeption in der Schweiz - Vertrauenshaftung und «einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis» im Schweizer Recht", Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, Beck, Münih 2007, 881 vd.; **Schmid**, Jörg: "Vertrauenshaftung bei Formungültigkeit", Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Schulthess, Bern 2005, 417 vd.; **Bucher**, Eugen: "Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?", Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Schulthess, Bern 2005, s. 231 vd. İsviçre'de güven sorumluluğu konusundaki başkaca eserlere ilişkin olarak bkz. **Vito/Kuzniar**, dn. 2-4.



luğu Türk pozitif hukukunda da kendine yer bulmuş ve Türk Ticaret Kanunu'nun 209. maddesiyle şirketler topluluğu özelinde güven sorumluluğu ayrıca düzenlenmiştir<sup>11</sup>.

Bu çalışmada, öncelikle güven sorumluluğu kavramı ve bu sorumluluğunun unsurları incelenecektir. Ardından güven sorumluluğunun hukuki görünüşe güven ilkesi ve *culpa in contrahendo* sorumluluğuyla ilişkisi değerlendirilecektir. Çalışmanın son kısmında ise özellikle İsviçre hukuku öğretisinde güven sorumluluğuna ilişkin olarak sıkça dile getirilen eleştiriler değerlendirilecek ve eleştirilerin Türk hukuku bakımından geçerliliği tartışılmaya çalışılacaktır.

## I. KAVRAM OLARAK GÜVEN SORUMLULUĞU VE UNSURLARI

Haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluğun arasında yer alan, bu iki sorumluluk temelini yetersiz kaldığı durumlarda devreye girdiği ileri sürülen güven sorumluluğunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle bu sorumluluk temelleri ile olan ilişkisinin incelenmesi gerekir. Haksız fiilden sorumluluğu karşısında güven sorumluluğunun önemi, haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru bakımından göze çarpar<sup>12</sup>. Türk-İsviçre hukuku öğretisinde hâkim olan objektif hukuka aykırılık görüşü uyarınca bir fiilin hukuka aykırı karaktere sahip olması için ya bir mutlak hakkın ya da kanunda öngörülen bir davranış yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması aranır<sup>13</sup>. Bir mutlak hak ihlali söz konusu olduğunda, artık yazılı bir hukuk kuralının ihlal edilmiş olup olmadığına bakılmaksızın söz konusu fiil açısından hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilir<sup>14</sup>. Buna karşılık, mutlak hak dışında kalan değerlerin, yani salt ekonomik zararların tazmin edilmesi için ayrıca bir davranış yükümlülüğünün de ihlal edilmiş olması beklenir<sup>15</sup>. İşte güven sorum-

<sup>11</sup> TTK m. 209: “Hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur.” TTK'nın hâkim şirketin güven sorumluluğunu bir kanun hükmüyle düzenleyen ilk kanun olduğu yönünde bkz. **Eminoğlu**, Cafer: Konzern/Gesellschaftengruppe, On İki Levha, İstanbul 2013, s. 125.

<sup>12</sup> **Kurtulan**, Gökçe: “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, MÜHFHAD, Cilt 23, Sayı 1, 2017, s. 465 vd.

<sup>13</sup> **Brehm**, Roland: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, OR Art. 41-61, 5. Auflage, Stämpfli, Bern 2021, Art. 41 OR, N. 35-38. **Tandoğan**, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, 2. bası, Vedat, İstanbul 2010, s. 18 vd.

<sup>14</sup> **Tandoğan**, s. 21; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. bası, Yetkin, Ankara 2023, s. 676; **Çağlayan Aksoy**, s. 162.

<sup>15</sup> **Eren**, s. 679; **Çağlayan Aksoy**, s. 171-172; **BSK/Kessler**, Art. 41, N. 34.

luluğunun haksız fiil hukukunun ‘açıklarını kapadığı’ noktanın da burası olduğu düşünülür<sup>16</sup>. Dürüstlük kuralı vasıtasıyla devreye giren güven sorumluluğu, ortada bir mutlak hak ihlali veya yazılı bir hukuk kuralı ihlali bulunmasa dahi dürüstlük kuralının ihlali üzerinden sorumluluğunun tesis edilmesine hizmet etmektedir.

Güven sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu karşısındaki yerinin tespitinde dürüstlük kuralının bir temel koruma normu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin tartışma önem arz eder. Bir görüşe göre dürüstlük kuralı da mutlak hakları koruyan diğer normlar gibi bir temel koruma normu olduğundan, bu kuralın ihlali halinde de hukuka aykırılık unsuru gerçekleşir ve haksız fiil sorumluluğu gündeme gelir<sup>17</sup>. Ancak Türk-İsviçre hukukunda hâkim olduğu söylenebilecek<sup>18</sup> aksi görüşe göre TMK m. 2’nin bir temel koruma normu olarak kabul edilmesi isabetli değildir<sup>19</sup>. Bu görüşe göre dürüstlük kuralını ihlal eden her fiilin hukuka aykırı olduğu kabul edilemez; bunun için taraflar arasında ayrıca bir güven ilişkisinin bulunması gerekir<sup>20,21</sup>.

<sup>16</sup> **Serozan**, Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme, s. 716 vd. Benzer yönde bkz. **Kalkan Oğuztürk**, s. 265; **Demircioğlu**, s. 220-221; **Çağlayan Aksoy**, s. 204.

<sup>17</sup> **Eren**, s. 673, 678; **Barlas**, Nami: “Başkasının Sözleşme İlişkisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt 1, On İki Levha, İstanbul 2010, s. 432-433; **Kapancı**, K. Berk: Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini, Vedat, İstanbul 2016, s. 16-17; **Keller**, Max: “Ist Eine Treu und Glauben Verletzende Schädigung Widerrechtlich?”, Recht 1987, s. 136-137; **Koller**, Alfred: “Grundzüge der Haftung für reinen Vermögensschaden”, AJP, Sayı 11, 2020, s. 1386.

<sup>18</sup> **Çağlayan Aksoy**, s. 201-202; **Wick**, Markus: “Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht,” AJP 1995, s. 1280; **Riske**, Olivier: La responsabilité précontractuelle dans le processus d’uniformisation du droit privé européen, Helbing Lichtenhahn, Basel 2016, s. 450; **Schwenzer**, Ingeborg/**Fountoulakis**, Christiana: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Stämpfli, Bern 2020, N. 50.22; **Kuonen**, s. 351.

<sup>19</sup> **Kırca**, s. 40 vd; **BSK/Kessler**, Art. 41, N. 36; **Brehm**, Art. 41 OR, N. 53; **Wick**, s. 1980.

<sup>20</sup> Federal Mahkemenin bu konuya ilişkin olarak her iki yönde de kararı mevcuttur. Bu konuya ilişkin olarak bkz. **Brehm**, Art. 41 OR, N. 53c.; **Kuonen**, s. 351 vd.; **Chappuis**, Christine: “Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d’horizon”, La responsabilité fondée sur la confiance : Journée de la responsabilité civile 2000, Schulthess, Zürich 2001, s. 26-27.

<sup>21</sup> Bankaların bir sözleşme ilişkisi içinde olmadığı kişilere verdikleri yanıltıcı bilgilerden hangi rejim uyarınca sorumlu tutulacakları uzun yıllar hem mahkeme kararlarında hem de öğretilerde tartışma konusu yapılmıştır. Böyle bir yanıltıcı bilgi verilmesi sonucunda kişilerin uğradığı salt malvarlığı zararlarının haksız fiil hukukuna göre tazmin edilmesi birkaç açıdan eleştirilmiştir. Bunların belki de en önemlisi, dürüstlük kuralının bir temel koruma normu olarak kabul edilmesinin, haksız fiil sorumluluğunun sınırlarını çok genişleteceğine yönelik eleştiridir. Bunun yanı sıra yazılı olmayan ve oldukça geniş bir

Sözleşmesel sorumluluk karşısında güven sorumluluğunun önemi ise, ortada geçerli bir sözleşme bulunmadığı için sözleşme hukuku kuralları uyarınca sorumluluğun tesis edilemediği ya da geçerli bir sözleşme bulunsa dahi sorumlu olması düşünülen kişinin bu sözleşmenin tarafı olmamasının somut olay adaletine aykırı sonuçlara yol açtığı hallerde ortaya çıkmaktadır.

Haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk rejimlerinin yukarıda kısaca açıklanan bu yetersizlikleri karşısında güven sorumluluğu zaman içinde hem öğretide hem de yargı kararlarında kabul gören bir sorumluluk temeli olarak karşımıza çıkmıştır. Türk hukukunda güven sorumluluğu için aranan şartlar da yargı kararlarıyla zaman içerisinde belirginleşmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2010 yılında verdiği bir karar bu şartların incelenmesi hususunda yol göstericidir<sup>22</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bu kararda güven sorumluluğuna ilişkin olarak şu ifadelere yer vermiştir:

*“Güven sorumluluğunun Türk Pozitif Hukuku’nda özel bir kanuni düzenlemesi bulunmamakla birlikte; Türk Hukuk öğretisinde dürüstlük kuralından hareketle bir olayda güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için şu şartlar aranmaktadır: Olayda bir “güven” unsuru bulunmalı, zarar gerçekleşmeli, yaratılan hukuki görünüme güvenin pozitif olarak korunması anlamında geçerlilik sonucu bağlanmamalı, zarar ile yaratılan hukuki görünüş arasında nedensellik bağı söz konusu olmalı, başka hukuki kurumların uygulama alanına giren herhangi bir durum söz konusu olmamalı, hukuki görünüşü yaratan kimse kusurlu olmalı, kişinin haklı güveni, yani olayda iyiniyeti bulunmalıdır. Haksız fiil zararının söz konusu olduğu haller ile diğer sorumluluk ilkelerinin devreye girdiği hallerde söz konusu olmayan güven sorumluluğu ancak, Türk-İsviçre Hukuku’nda MK.m.2 ve MK.m.3 ışığında Canaris’in “Negativer Vertrauensschutz- güvenin negatif-menfi-olumsuz korunması” olarak nitelendiği hallerde söz konusu olabilir. Güven sorumluluğu olabilmesi için, BK. 36/2.maddesinde olduğu gibi, bir “hukuki görünüşe haklı güven olgusu-Rechtsscheinhaftung” söz konusu olmalıdır.”<sup>23,24</sup>*

kapsama sahip olan “başkasının malvarlığını zarara uğratmama” yükümlülüğünün kabul edilmesi de aynı gerekçeyle eleştiriye maruz kalmıştır. Bunun sonucunda, bu tür fiillerin haksız fiil sorumluluğu bağlamında değil, ancak güven sorumluluğu kapsamına girdikleri müddetçe sorumluluk doğurması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 189-193. Bilgi verenlerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşlere ve yargı kararlarına ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Kırca**, s. 39 vd.

<sup>22</sup> Yargıtay HGK, T. 10.02.2010, E. 2010/9-39, K. 2010/71.

<sup>23</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, güven sorumluluğunun bu tanımına başka kararlarında da yer vermiştir. Örneğin Yargıtay HGK, T.16.1.2013, E. 2012/19-670, K. 2013/171.

Buna göre güven sorumluluğunun doğması için gereken şartlar şöyle sıralanabilir<sup>25</sup>: (1) ilgililer arasında bir güven ilişkisinin bulunması, (2) bu güvenin korunmaya değer, başka bir deyişle ‘haklı’ olması, (3) bu güven ilişkisinin diğer tarafça kusurlu bir şekilde boşa çıkarılması, (4) güveni boşa çıkan kişinin zarara uğramış olması, (5) bu zarar ile güvenin boşa çıkarılması arasında illiyet bağının mevcut olması, (6) başka hukuki kurumların uygulama alanına giren herhangi bir durumun söz konusu olmaması.

Görüldüğü üzere sorumluluk hukukunun temelinde yatan kusur - zarar - illiyet bağı üçgeni güven sorumluluğunun da olmazsa olmaz unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu unsurlara ek olarak aranan haksız fiildeki hukuka aykırılık unsurunun ve sözleşmesel sorumluluktaki sözleşmeye aykırılık olgusunun yerini ise güven sorumluluğunda *yaratılan haklı güvenin boşa çıkarılması* durumu almıştır<sup>26</sup>. Öte yandan güven sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için diğer sorumluluk sebeplerinin (haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluğun) kapsamına girmeyen bir durumun mevcut olması gerektiği, yani güven sorumluluğu ile Kanun’da düzenlenen bu sorumluluk temelleri arasında bir yarışma ilişkisinin söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, güven sorumluluğunu tanımlarken bu şartlara ek olarak “*yaratılan hukuki görünüme güvenin pozitif olarak korunması anlamında geçerlilik sonucunun bağlanmamış olması*” şartına da yer vermiş, sadece güvenin negatif korunmasının mümkün olabileceğini de belirterek pozitif ve negatif güven koruması kavramlarını isabetli olarak birbirinden ayırmıştır. Bu ayırım aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenmiştir.

<sup>24</sup> Yargıtay’ın negatif güven korumasına örnek olarak gösterdiği 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 36/2. maddesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 44/2. maddesine denk gelmektedir ve ilgili hüküm uyarınca “*Temsil olunan veya halefleri, temsilcinin belgeyi geri vermesi için gerekeni yapmazlarsa, bundan dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin zararını gidermekle yükümlüdürler.*” Yine yetkisiz temsile ilişkin iki diğer hükümde ise kanun koyucunun farklı bir tercih benimseyerek pozitif güven koruması sağladığı, başka bir deyişle yetkisiz temsille yapılan sözleşmeyi geçerli kabul ettiği görülmektedir. Bu hükümler TBK m. 41/2 ve TBK m. 42/3’tür. Bahsi geçen üç hükmün nasıl yorumlanması gerektiği, başka bir ifadeyle bu üç hükmün uygulama alanlarının ne olacağı konusu öğretilerde çokça tartışılmıştır. Bu tartışmalar ilişkin olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: “Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyi Niyetinin Korunması Açısından BK m. 33/II, 34/II ve 37 karşısında BK m. 36/II’nin Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Anısına Armağan, Seçkin, Ankara 1990, s. 207-230; **İnceoğlu**, M. Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, On İki Levha, İstanbul 2009, s. 508 vd.

<sup>25</sup> **Sert Sütçü**, s. 205 vd.

<sup>26</sup> **Demircioğlu**, s. 191.

## A. Güven Sorumluluğunun Hukuki Görünüşe Güven İlkesiyle İlişkisi ve Pozitif / Negatif Güven Koruması Kavramları

### 1. Hukuki Görünüşe Güven İlkesi ve Dar Anlamda Güven Sorumluluğu

Hukuki görünüşe güven ilkesi (*théorie de l'apparence, Rechtscheinhaftung*) ve dar anlamda güven sorumluluğu (*responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung*) birbirinden ayırt edilmesi gereken kavramlardır<sup>27</sup>. Hukuki görünüşe güven ilkesinin arkasında TMK m. 3'te yer alan iyi niyet ilkesi (sübjektif iyi niyet), güven sorumluluğunun arkasında ise TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı (objektif iyi niyet) yer almaktadır<sup>28</sup>. TMK m. 2 uyarınca herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır. TMK m. 3 ise, kanunların iyi niyete sonuç bağladığı durumlarda iyi niyetin varlığının esas olduğunu düzenlemektedir.

Hukuki görünüşe güven ilkesi, arka planda bir hukuki eksiklik ya da aksaklık bulunduğu bazı istisnai hallerde, iyi niyetli kişinin menfaatlerinin korunmasını amaçlar<sup>29</sup>. Bunun en tipik örnekleri, taşınır ve taşınmaz satımlarında tasarruf yetkisi eksikliğini bilmeyen kişilerin kazanımlarının (belirli şartlar altında) korunacağını öngören TMK m. 988 ve 1023'dir<sup>30</sup>. Bu hü-

<sup>27</sup> Benzer yönde **Berger**, Bernhard: "Zur Unterscheidung Zwischen Rechtscheinhaftung und Vertrauenshaftung – Zugleich Eine Besprechung von BGE 128 III 324", recht 2002 ('Untercheidung'), s. 205-206; **Kalkan Oğuztürk**, s. 60; **Deniz**, Defne: Güven İlkesinin Türk Borçlar Kanunu'ndaki Temsil İlişkisine Yansımaları, On İki Levha, İstanbul 2022, s. 13-14. Kuşkusuz güven ilkesinin bu iki görünümünün yanında irade beyanlarının yorumuna ilişkin güven ilkesi de yer almaktadır. Fakat irade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin güven ilkesinin, aşağıda ele alınacak olan ve sorumluluğa ilişkin hukuki görünüşe güven ve fiili görünüşe güven kurumlarından ayırt edilmesi daha kolaydır. Bu çalışmada, irade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin olan güven ilkesi inceleme konusu dışında bırakılmıştır. Bu ilkeye ve onun güven ilkesinin sorumluluk alanında doğan diğer görünümüleriyle olan ilişkisine ilişkin olarak bkz. **Akyol**, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ('Dürüstlük Kuralı'), Filiz, İstanbul 2006, s. 33-34; **Akyol**, Şener: Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, Vedat, İstanbul 2007, s. 27 vd.

<sup>28</sup> Öğretide, hukuki görünüşe güven ilkesi ve iyi niyet ilkesinin birbirinden farklı kavramlar olduğu, iyi niyet ilkesinin hukuki görünüşe güven ilkesinin bir alt kavramı olduğu ve iyi niyetin hukuki görünüşe güvenin korunması için gereken şartlardan biri olduğunun ileri sürüldüğü de görülmektedir. Bkz. **Kalkan Oğuztürk**, s. 67-68.

<sup>29</sup> Hukuki görünüşün korunması ve iyiniyetin korunması ilkelerinin birbirinden ayırt edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Ülgen**, Hüseyin: Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, Vedat, İstanbul 2005, s. 25 vd.

<sup>30</sup> Hukuki görünüşün korunması ilkesinin ticaret hukuku alanındaki görünüm hallerine ilişkin olarak bkz. **Ülgen**, s. 72 vd.

kümler uyarınca taşınırlarda emin sıfatıyla zilyetten (hukuki görünüş: zilyetlik karinesi sayesinde malik görünüşü), taşınmazlarda ise tapuda ismi yazılı kimseden (hukuki görünüş: tapudaki kayıt sayesinde taşınmazın maliki görünüşü) iyi niyetle edinilen iktisaplar korunmaktadır. Buna, “hukuki görünüşe güven” ilkesi denmektedir. Bu ilkeyle amaçlanan, gerçek durum ve hukuki görünüşün farklı olması durumunda ikincisine itibar edilmesini sağlayarak hukuki güvenliğin korunmasıdır.

Buna karşılık, bu çalışmanın konusunu oluşturan (dar anlamda) güven sorumluluğunun temelinde TMK m. 2 yer alır. Bu noktada güven sorumluluğundan kasıt artık hukuki görünüşe güven değil, fiili görünüşe güvendir<sup>31</sup> ve tazmini söz konusu olan zarar da kişinin yaratılan **fiili** görünüşe güvenmiş olmasaydı uğramayacak olduğu zarardır<sup>32</sup>. Artık amaç hukuki görünüş üzerinden hukuk ve alışveriş güvenliğinin sağlanmasından ziyade, hukuka aykırı bir şekilde boşa çıkarılan bu güven yüzünden oluşan zararın tazmin edilmesidir.

## 2. Pozitif ve Negatif Güven Koruması

Hukuki görüşüne güven ilkesi ve (dar anlamda) güven sorumluluğu olarak da adlandırılan fiili görünüşe güven ilkesi arasındaki sadece teorik bir fark olmayıp, söz konusu kurumların şartları ve hukuki temellerinin yanı sıra sonuçları bakımından da kendini göstermektedir<sup>33</sup>. Kanun’un hukuki görünüşe güvenin korunmasına izin verdiği durumlarda öngördüğü çözüm bu görünüşün gerçekmiş gibi muamele görmesidir<sup>34</sup>. Bununla birlikte güven sorumluluğu söz konusu olduğunda, güvenin boşa çıkmasından doğan zararın giderilmesini hedefleyen bir tazminat sorumluluğundan söz edilir<sup>35</sup>.

*Canaris* bu farkın altını çizebilmek için iki ayrı kavramdan yararlanmışır: Pozitif güven koruması (*positiver Vertrauensschutz*) ve negatif güven koruması (*negativer Vertrauensschutz*)<sup>36</sup>. Pozitif güven korumasından kasıt,

<sup>31</sup> **Albayrak**, Hakan: Bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararı Işığında Altında Hukuki Görünüm Sorumluluğu, Güven Sorumluluğu ve Kambiyo Hukuku Sorumluluklarının Karşılaştırılması; Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet, Ankara 2009, s. 84.

<sup>32</sup> **Akyol**, s. 35; **Albayrak**, s. 84; **Durak**, Yasemin: “Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, 2017, s. 246.

<sup>33</sup> **Berger**, Unterscheidung, s. 207.

<sup>34</sup> **Canaris**, s. 9. Ayrıca bkz. **Ülgen**, s. 18-19; **Albayrak**, s. 87.

<sup>35</sup> **Deniz**, s. 14-15.

<sup>36</sup> **Canaris**, s. 5 vd. Ayrıca bkz. **Loser**, s. 171 vd; **Berger**, Unterscheidung, s. 207; **Akyol**, Dürüstlük Kuralı, s. 60-62; **Demircioğlu**, s. 163 vd.

bir **hukuki** görünüşe duyulan haklı güvenin korunması, bu güvene uygun bir hukuki işlemin geçerli olarak sonuçlarını doğurduğunun kabul edilmesi ve bu sayede güvenin boşa çıkması sonucunda ortaya bir hak kaybının çıkmasının önlenmesidir. Tapu kütüğündeki yolsuz tescile veya taşınırlarda emin sıfatıyla zilyede güvenen iyi niyetli kişilerin kazanımlarının korunması pozitif güven koruması için verilebilecek en tipik örneklerdir<sup>37</sup>. Negatif güven koruması ise haklı bir şekilde karşısındakine güvenen ve bu **fiili** güveni boşa çıkarılan kişinin, bu güven olgusu hiç gerçekleşmemiş olsaydı içinde bulunacak olduğu maddi durumun tekrar tesis edilmesidir<sup>38</sup>. Başka bir deyişle negatif güven koruması korunmaya lâyık olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi amacını taşımaktadır.

### B. Güven Sorumluluğunun *Culpa in Contrahendo* Sorumluluğu ile İlişkisi

Alman hukukçu *Jhering* tarafından modern hukuk sistemlerine kazandırılan sözleşme görüşmelerinde kusur (*culpa in contrahendo*) öğretisi, ortada geçerli bir sözleşme bulunmasa dahi belirli şartların gerçekleşmesi ve dürüstlük kuralının da bu durumu haklı kılması durumunda sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanmasını kabul etmektedir<sup>39</sup>. Öğretinin

<sup>37</sup> Demircioğlu, s. 165.

<sup>38</sup> Demircioğlu, s. 163 vd.; Durak, s. 251. İsviçre hukuku bağlamında benzer yönde bkz. Berger, Unterscheidung, s. 208.

<sup>39</sup> von Jhering, Rudolf: *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, 1861, 4 Jherings Jahrbücher 1. Jhering'in öğretisinin ayrıntılı bir analizi için Benedict, Jörg: *Culpa in Contrahendo*, Band I - Historisch-kritischer Teil, Mohr Siebeck, Tübingen 2018, s. 17 vd. Güven sorumluluğunda olduğu gibi, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun ortaya çıkışının arkasında yatan sebep yine Alman haksız fiil hukukunun kendine özgü zayıf noktaları olduğu yönünde Looschelders, Dirk: "Pre-Contractual Obligations and the Concept of Culpa in Contrahendo in German Law", *The Formation of Contract*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2015, s.29, 30. Benzer yönde Zoll, Fryderyk: "Culpa in Contrahendo in European Private Law - A Useful Concept?", *The Formation of Contract*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2015, s. 41-42. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliğinin bakımından ileri sürülen görüşleri genel olarak üç kategoride toplamak mümkündür: haksız fiil sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluk ve kendine özgü (*sui generis*) sorumluluk. Ayrıntılı bilgi için bkz. Looschelders, s. 31; Yılmaz, s. 98; Demircioğlu, s. 77 vd.; Kalkan Oğuztürk, s. 102 vd. Türk öğretisinde hâkim olan görüş, *culpa in contrahendo* sorumluluğu bir sözleşme benzeri sorumluluk olarak kabul eder ve sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyasen bu hâllere de uygular. Bu yönde bkz. Yılmaz, s. 101; Yargıtay'ın kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir. Bkz. örn. Yargıtay HGK, T. 13.2.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239; Yargıtay 13. HD, T. 11.6.2015, E. 2015/10155, K. 2015/19267, *Gezder* ise *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bir *sui generis* sorumluluk olduğunu kabul etmektedir. Bkz. *Gezder*, s. 97.

temelinde, henüz bir sözleşme kurulmamış olsa dahi bu amaçla temasa geçen iki kişi arasında yine de bir bağ kurulduğu, bu bağ yüzünden kişilerin birbirlerine karşı birtakım koruma yükümlülüklerine uymak zorunda olduğu ve bu yükümlülüklerin kusurlu olarak ihlal edilmesi sonucunda karşı tarafın zarara uğraması durumunda, bu zararın giderilmesi gerektiği fikri yatar<sup>40</sup>. Aslında bu teorinin, *Savigny*'nin etkisiyle 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar hüküm sürmüş irade teorisine bir karşı cevap olarak doğduğunu söylemek mümkündür<sup>41</sup>. İrade teorisinin yarattığı adaletsiz durumların, bir sözleşme kurmak amacıyla temasa geçen kişilerin, birbirlerini aydınlatmak, birbirlerinin kişi varlığı ve malvarlığı haklarına zarar vermemek ve bu görüşmeler boyunca dürüstlük kuralına uygun davranmak zorunda olduğunun kabulü ile aşılabilceği fikri ortaya çıkmıştır<sup>42</sup>.

Birçok yazar, güven sorumluluğunu *culpa in contrahendo* sorumluluğunu da kapsayan bir üst başlık olarak ele alır<sup>43</sup>. Federal Mahkeme de güven sorumluluğunu ilk kez kabul ettiği *Swissair* kararında, hâkim şirketin karşı taraf nezdinde uyandırdığı ve boşa çıkardığı güvenin korunması gerektiği sonucuna varırken *culpa in contrahendo* sorumluluğuna da atıf yapmıştır<sup>44</sup>. Mahkeme, *culpa in contrahendo* esasını uyarınca sözleşme görüşmelerinin taraflarının birbirinde uyandırdığı haklı güven nasıl korunmaya lâyık ise, aynı sonuca şirketler topluluğunun hâkim şirketinin uyandırdığı ve boşa çıkardığı güven bakımından da varmak gerektiğini hükme bağlamıştır<sup>45</sup>. Diğer bir ifadeyle *culpa in contrahendo* sorumluluğunu genelleştirmiş ve güven sorumluluğu kavramını buradan türetmiştir<sup>46</sup>. Nitekim Yargıtay da benzer

<sup>40</sup> **MüKoBGB/Emmerich**, BGB § 311 Rn. 35-41. Örneğin Yargıtay HGK, T. 13.2.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239.

<sup>41</sup> **Walter**, Hans Peter: "La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral", Journée de la responsabilité civile 2000: La responsabilité fondée sur la confiance/Vertrauenshaftung, Schulthess, Zürich 2001, s. 149.

<sup>42</sup> **Looschelders**, s. 33 vd.; **Walter**, s. 149; **Yılmaz**, 91 vd.; **Yalman**, Süleyman: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Sorumluluk, Seçkin, Ankara 2006, s. 37-38; **Eren**, s. 1129.

<sup>43</sup> Bu yönde bkz. **Kırca**, s. 121; **Yılmaz**, s. 91; **Demircioğlu**, s. 163; **Durak**, s. 255, 259; **Sert Sütçü**, s. 210; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich 2004, N. 963; **Sommer**, Ueli: "Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht und bligationenrechts?", AJP, Sayı 9, 2006, s. 1035. Ayrıca bkz. **Kuonen**, s. 345, 348-349. *Culpa in contrahendo* ve güven sorumluluğu kavramlarının ilişkisi üzerine ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Durak**, s. 239 vd.

<sup>44</sup> Bkz. BGE 134 III 390 v. 4.3.2; BGE 121 III 350 v. 6c. Bunun eleştirisi için bkz. **Riske**, s. 458.

<sup>45</sup> BGE 120 II 331, s. 335.

<sup>46</sup> **Walter**, s. 153.



görüştür<sup>47</sup>. Öğretideki aksi görüş ise *culpa in contrahendo* ve güven sorumluluğu kavramlarının birbirinden farklı hususları ifade ettiğini, bu yüzden ayırt edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>48</sup>.

Güven sorumluluğunun kurucu unsurlarından olan taraflar arasındaki özel güven ilişkisinin (*Sonderverbindung*) belki de en tipik görünümü, bir-biriyle sözleşme görüşmeleri içine giren kişiler arasındaki ilişkidir<sup>49</sup>. Sözleşme kurulmamış olsa da bu yakınlık derecesini sağlayan kişilerin birbirlerine karşı koruma yükümlülükleri bulunduğu artık öğretide ve içtihat hukukunda yerleşmiş bir kabuldür. Güven sorumluluğu ise *culpa in contrahendo* sorumluluğunun ötesine geçerek, sözleşme görüşmeleri içine girmeyen kişiler arasında dahi özel bir güven ilişkisinin bulunabileceği kabulüne dayanır. Hâkim şirketin sorumluluğu veya bilgi vermeden doğan sorumluluk bu ihtimallerden sadece ikisidir<sup>50</sup>. Bu açıdan bakıldığında *culpa in contrahendo* sorumluluğunun aksine güven sorumluluğunun, sözleşme görüşmelerinin yanı sıra, sözleşmenin ifası ve sonrası aşamalarında da söz konusu olmasının mümkün olduğu söylenebilir<sup>51</sup>.

## II. GÜVEN SORUMLULUĞUNA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1994 yılında verdiği *Swissair* kararını takiben İsviçre öğretisi güven sorumluluğu konusunda adeta ikiye ayrılmıştır<sup>52</sup>. Bir grup yazar hem teorik hem de hukuk politikasına ilişkin çeşitli gerekçelerle Alman hukukunda doğmuş olan bu öğretinin İsviçre hukukunda benimsenmesine şiddetle karşı çıkmıştır<sup>53</sup>. Diğerleri ise Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımını hoşnutsuzlukla karşılamıştır<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> Bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 205-207. Bkz. Yargıtay HGK, T. . 13.6.2012, E. 2012/19-184 K. 2012/385 ("Taraflar arasında bayilik sözleşmesi imzalanarak bayilik ilişkisi kurulmamış olsa bile davacı sözleşmenin kurulacağına ilişkin uyandırılan güvene dayalı olarak yapmış olduğu (kar kaybı hariç) giderleri sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ilkesine göre davalıdan isteyebileceğinden...); Yargıtay HGK, T. 19.4.2022, E. 2019/173; K. 2022/570, ("güven sorumluluğu, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu da kapsayan ve sözleşme sorumluluğu hükümlerine dayanan kendine özgü bir sorumluluk hâlidir.")

<sup>48</sup> **Schwenzer/Fountoulakis**, N. 52.01; **Kalkan Oğuztürk**, s. 251-252.

<sup>49</sup> Benzer yönde **Sommer**, s. 1032, 1035. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Demircioğlu**, s. 183 vd.

<sup>50</sup> Güven sorumluluğunun tartışıldığı başka ihtimaller için bkz. **Sommer**, s. 1033-1035.

<sup>51</sup> **Kırca**, s. 137.

<sup>52</sup> **Loser**, N. 1; **Schwenzer/Fountoulakis**, N. 52.01.

<sup>53</sup> Bkz. **Müller**, Christoph: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1-18 OR, Stämpfli, Bern 2018, Einl. in das OR, N. 347 vd.; **Bucher**, s. 247 vd.; **Schwenzer/Fountoulakis**, N. 52.01 vd.; **Wick**, 1277 vd.

<sup>54</sup> Örneğin **Huguenin**, N. 968. Ayrıca bkz. **Berger**, s. 91.

Mahkeme kararlarıyla İsviçre hukukunda kendine bir yer edinen güven sorumluluğuna ilişkin olarak dile getirilen eleştirileri temel olarak üç gruba ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki teorinin dogmatik kökenlerine ve bu teorinin İsviçre hukukuyla uyum içinde olmadığına ilişkindir<sup>55</sup>. Hatırlanacağı üzere güven sorumluluğunun dogmatik temelleri Alman hukukçu *Canaris* tarafından 1971 tarihli ünlü eseriyle atılmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu m. 41'deki (TBK m. 49) genel haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükmün bir benzerinin Alman hukukunda bulunmaması ve salt malvarlığı zararlarının haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilmesinin beraberinde getirdiği güçlükler, Alman hukukçunun haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk temelleri dışında kalan yeni bir sorumluluk temelini ileri sürmesine sebep olmuştur. Güven sorumluluğu kavramının İsviçre hukuk terminolojisine kazandıran kişinin, yine Alman hukukunda gelişen “sosyal temastan doğan yasal borç ilişkisi” teorisine ılımlı yaklaşımıyla bilinen<sup>56</sup> *Kramer* olduğu düşünülmektedir<sup>57</sup>. Ardından Federal Mahkeme, *Kramer*'e de atıfta bulunarak<sup>58</sup>, 1994 verdiği meşhur *Swissair* kararıyla haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk dışında üçüncü bir sorumluluk temeli kabul etmiş, hemen ertesi yıl verilen *Ringer-Fall*<sup>59</sup> kararıyla da bu içtihadını pekiştirmiştir<sup>60</sup>.

Öğretide bu tür bir *hukuki naklin* gerekli olmadığı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin temel hükmü olan OR Art. 41'in mahkeme kararlarına konu olan olayları çözüme kavuşturmaya pekâlâ elverişli olduğu, Alman hukukunun aksine İsviçre hukukunda hakim tarafından doldurulması gereken bir boşluğun bulunmadığı ileri sürülmüştür<sup>61</sup>. Örneğin *Schwenzer*, haksız fiilin hukuka aykırılık unsuruna ilişkin olarak üçüncü hukuk aykırılık teorisi olarak adlandırılan yaklaşımın<sup>62</sup>, güven sorumluluğunun sebep olduğu dogmatik aksaklığa sebebiyet vermeden, aynı sonuca ulaşı-

<sup>55</sup> Bkz. *Schwenzer/Fountoulakis*, N. 52.03; *Müller*, Einleitung in das OR, N. 350; *BSK/Kessler*, Art. 41 N. 44b; *Schwenzer*, Ingeborg: “Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht”, Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, s. 59, 68.

<sup>56</sup> *Başalp*, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha, İstanbul 2011, s. 150.

<sup>57</sup> *Schwenzer*, s. 68; *Kırca*, s. 138.

<sup>58</sup> BGE 120 II 331, 335 vd.

<sup>59</sup> BGE 121 III 350.

<sup>60</sup> *Schwenzer/Fountoulakis*, N. 52.02.

<sup>61</sup> *Schwenzer/Fountoulakis*, N. 52.03; *Wick*, s. 1280 vd.; *Riske*, s. 464 vd.; Eleştirel yönde ayrıca bkz. *Brehm*, Art. 41 OR, N. 53f.

<sup>62</sup> Bkz. *Çağlayan Aksoy*, s. 238 vd.; *Kurtulan*, s. 477-480; *Riske*, s. 451; *BSK/Kessler*, Art. 41 OR, N. 32a vd.

masını sağlayacağını ifade etmiştir<sup>63</sup>. *Werro* da benzer görüştedir<sup>64</sup>. *Honsell/Isenring/Kessler* ise güven sorumluluğunun haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk rejimlerinin sınırlarını bulanıklaştırdığını<sup>65</sup>, haksız fiil hukukun malvarlığı zararlarına yönelik sınırlı yaklaşımını ve bu doğrultuda ahlaka aykırılı fiille kasten verilen zararın tazminine ilişkin OR Art. 49 II'nin (TBK m. 49/2) önemini göz ardı ettiğini belirtmiştir<sup>66</sup>. *Wick*, taraflar arasındaki herhangi bir sosyal temasa dayalı bir genel güven sorumluluğu tesis edilmemesi gerektiğini, sözleşme görüşmelerinde dürüstlük kuralına aykırılık halinde zaten uzun yıllardır öğretilen ve mahkeme kararlarında kabul görmüş *culpa in contrahendo* sorumluluğunun uygulanacağını, ancak ahlaka aykırılık derecesine erişmiş bir güveni boşa çıkarma söz konusu olursa bundan doğan zararın tazmininin makul olacağını ve bunun da hâli hazırda OR Art. 49 II'nin uygulama alanına girdiğini, dolayısıyla ortada doldurulması gereken bir boşluğun bulunmadığını savunmuştur<sup>67</sup>. *Müller*, 2002 yılında Alman Medeni Kanunu'na eklenen §241 II ve 311 II, III hükümlerinin bir benzeri İsviçre hukukunda kabul edilmediği müddetçe güven sorumluluğunun yasal bir dayanaktan yoksun olduğunun altını çizmiştir<sup>68</sup>. *Roberto ve Kuzniar* ise 2019 yılında yayınladıkları bir makaleyle öğretinin ortaya çıktığı Alman hukukunun aksine, İsviçre hukukunda güven sorumluluğuna ihtiyacın bulunmadığını ileri sürmüş ve *Swissair* kararını takiben öğretilen yayımlanan sayısız eseri de “*dogmatik bir moda*” olarak tanımlamıştır<sup>69</sup>. Yazarlar bu iddialarının bir göstergesi olarak Federal Mahkeme'nin ilk kez güven sorumluluğunu kabul ettiği *Swissair* kararını verdiği 1994 yılını takip eden yıllarda İsviçre'de güven sorumluluğuna ilişkin yargı kararlarının sayısının git gide azalmasını göstermiştir<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> **Schwenzer/Fountoulakis**, N. 52.03. Benzer yönde **Kuonen**, s. 360. *Brehm* ise bir öneri olarak, dürüstlük kuralının bir temel koruma normu olarak kabul edilmesini ve böylece bu tür olayların haksız fiil rejimine dahil edilmesini ileri sürmüştür. Bkz. **Brehm**, Art. 41 OR, N. 53i. Karş. **BSK/Kessler**, Art. 41 OR, N. 36.

<sup>64</sup> **Werro**, Franz: “Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung - braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?”, recht 2003, s. 12 vd. Yazar, bu durumda sorumluluğun sonuçlarına ilişkin belirsizliğin de kolaylıkla bertaraf edilebileceğini (s. 14) ifade etmektedir.

<sup>65</sup> Bu yönde ayrıca **Sommer**, s. 1039.

<sup>66</sup> **Honsell**, Heinrich/**Isenring**, Bernhard/**Kessler**, Martin A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. bası, Schulthess, Zürich 2013, § 4 N. 22.

<sup>67</sup> **Wick**, s. 1280 vd. Benzer yönde bkz. **Riske**, s. 463.

<sup>68</sup> **Müller**, Einl. in das OR, N. 348. Benzer şekilde **Riske**, s. 462-463.

<sup>69</sup> **Roberto/Kuzniar**, s. 1105.

<sup>70</sup> **Roberto/Kuzniar**, s. 1105.

Öğretide güven sorumluluğuna ilişkin olarak sıkça dile getirilen bir diğer eleştiri, sorumluluğun şartlarının belirsizliğine ve sınırlarının silikliğine yöneliktir. Bu yazarlara göre özel bir güven ilişkisinin varlığı, güvenin korunmaya değer olması ve güvenin boşa çıkarılması gibi kavramların muğlaklığı hukuk güvenliğine gölge düşürmekte olup, bu kavrama dayalı sorumluluğunun sınırlarının kontrolsüzce genişlemesi ve böylece “Pandora’nın kutusunun” açılması riskini beraberinde getirmektedir<sup>71</sup>. Bunun yanı sıra taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin varlığının güven sorumluluğunun hem gerekçesini hem de olmazsa olmaz bir şartını oluşturması da öğretide çelişkili bulunmuştur<sup>72</sup>. Güven sorumluluğuna yönelik üçüncü temel eleştiri ise uygulanacak kuralların belirsizliği etrafında toplanmaktadır<sup>73</sup>. Türk-İsviçre Borçlar Kanunu’nun üzerine kurulu olduğu haksız fiil - sözleşmesel sorumluluk ikiliğinin dışında, üçüncü bir sorumluluk temeli olduğu kabul edilen güven sorumluluğuna uygulanacak kuralların hangileri olduğu konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır<sup>74</sup>.

### III. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ELEŞTİRİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Sorumluluğun Dogmatik Temellerine Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi

İsviçre Federal Mahkemesi’nin *Swissair* ve onu takip eden kararlarına getirilen eleştirilerin ortak yanı, bunların kararda varılan sonuca değil, sonuca giden yola ilişkin olmasıdır<sup>75</sup>. Çalışmanın önceki kısımlarında belirtildiği gibi, güven sorumluluğu Alman öğretisinde doğmuş ve o sistemdeki kurallar düşünüldüğünde bir boşluğu kapatma iddiasını taşıyabilecek bir kuramdır. Benzer bir boşluğun Türk-İsviçre hukukunda bulunup bulunmadığı sorgulanmaksızın, doğrudan bir *hukuki ithal* yapılmasına kuşkuyla yaklaşmak gerektir.

Eğer güven sorumluluğunun Türk-İsviçre haksız fiil hukukunda gerçekten kapadığı bir açık, boşluk varsa; bunun sebebi haksız fiil sorumlulu-

<sup>71</sup> **Schwenzer/Fountoulakis**, N. 52.04; **Honsell/Isenring/Kessler**, N. 22; **Müller**, Einl. in das OR N. 349; **Kuonen**, s. 360 vd. Karş. **Huguenin**, N. 962.

<sup>72</sup> **Kuonen**, s. 360-361; **Müller**, Einl. in das OR N. 348; **Riske**, s. 461-462.

<sup>73</sup> Bkz. **Chappuis**, s. 32-33.

<sup>74</sup> Görüşlere ilişkin olarak bkz. **Kuonen**, s. 356-357. Federal Mahkeme’nin bazı kararlarında güven sorumluluğunu bir *sui generis* sorumluluk olarak, bazense haksız fiil benzeri sorumluluk olarak nitelendirdiği yönünde bkz. **BSK/Kessler**, Art. 41 OR, N. 44b.

<sup>75</sup> **Kuonen**, s. 365; **Sommer**, s. 1038; **Riske**, s. 456; **Chappuis**, s. 28.

ğuna ilişkin pozitif düzenlemeler olmayıp, bu düzenlemelerin yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. TBK m. 49, f. 1 uyarınca “*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*”. Ne bu maddede, ne de bu hükmün mehz Kanun’daki karşılığında hukuka aykırılık kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair bir işaret vardır. İlginçtir ki, yine Alman öğretisinin etkisiyle<sup>76</sup>, hâkim görüş ve yargı kararları “objektif hukuka aykırılık” teorisinden hareketle bu kavrama bir anlam yüklemiştir. Objektif hukuka aykırılık teorisinin, tıpkı *Swissair* kararında olduğu gibi, salt malvarlığı zararlarının tazmininde hakkaniyet duygusu bakımından tatmin edici çözümler sunmaması ise güven sorumluluğunun kabul edilmesine sebep olmuştur<sup>77</sup>. Oysaki, hukuka aykırılık unsuruna ilişkin daha kapsayıcı bir yorumun benimsenmesiyle bu tür olguların haksız fiil çerçevesinde çözülmesi pekâlâ mümkün olabilirdi.

Güven sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluk ile ilişkisi perspektifinden bakıldığında ise, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2022 tarihli bir kararının bu sorumluluğun dogmatik temellerinin kayganlığına ilişkin iyi bir örnek teşkil ettiği görülmektedir<sup>78</sup>. Davaya konu olan uyuşmazlık, Hukuk Genel Kurulu’nun ifadesiyle “*davalı Banka Şube Müdürü’nün yanlış bilgi ve tavsiye verdiği ve davacı tarafından verilen talimata aykırı davrandığı iddiası karşısında davalı bankaya husumet yöneltip yöneltilemeyeceği hususunda toplanmaktadır.*” Hukuk Genel Kurulu, güven sorumluluğuna ilişkin uzun açıklamalarından sonra “*banka şube müdürü, davacıya yanlış bilgi ve tavsiyelerde bulunmak ve davacının talimatına rağmen talimata aykırı dav-*

<sup>76</sup> Çağlayan Aksoy, s. 245; Kirca, s. 17; Kuonen, s. 346; Werro, s. 13. Eleştirel bir bakış açısı için ayrıca bkz. Bosshard, Eric: Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Schulthess, Zürich 1988, s. 101-102.

<sup>77</sup> Werro, s. 13.

<sup>78</sup> Yargıtay HGK, T. 19.4.2022, E. 2019/173, K. 2022/570. Karara konu olan olayda, davacı yapacağı bir ödeme için gereken 167.000 Amerikan Doları tutarındaki işlem ücretini, davalı banka müdürünün yönlendirmesiyle yurt dışındaki bir hesaba göndermiştir. Dava dilekçesinden, dava dışı banka müdürünün davacıya paranın bu transferin arka planındaki sözleşmenin akdedilmesi şartıyla gönderileceğini ve aksi takdirde işlemin gerçekleşmeyeceği, paranın faiziyle iade edileceğini söylediği, bu konuda kendisinde bir güven uyandırdığı anlaşılmaktadır. Nitekim davacı tarafından davalı bankaya verilen havale talimatında da söz konusu meblağın bahsi geçen sözleşmeye istinaden, anlaşma şartlarının yerine getirilmesi durumunda geçerli olmak kaydıyla, şartlı olarak gönderildiği yazmaktadır. Daha sonra şartın gerçekleşmemesi üzerine davacı paranın iadesini istemiş ancak bir sonuca ulaşamayınca bankaya karşı zararının tazmini için dava açmıştır. Uyuşmazlık, ilk derece mahkemesinin pasif husumet eksikliği gerekçesiyle davayı reddetmesi ve sonrasında da direnme kararı vermesi üzerine Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelmiştir.

ranmak suretiyle bir zarara sebebiyet vermiş ise güven sorumluluğu kapsamında bu zarardan davalı banka sorumludur.” yönünde hüküm kurmuştur. Banka ile davacı arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu, banka müdürünün bankanın TBK m. 116 uyarınca ifa yardımcısı olduğu ve kusurlu davranışıyla davacıyı zarara uğrattığı düşünüldüğünde, bu uyuşmazlıkta neden güven sorumluluğuna başvurulduğunu anlamlandırmanın güçlüğü kendini açıkça göstermektedir<sup>79</sup>.

Yargıtay’ın sözleşmesel sorumluluk kuralları ekseninde çözüme kavuşturulabilecekken güven sorumluluğu kavramına ne gerekli ne de teorik olarak isabetli olarak başvurduğu bir diğer içtihat ise işçinin istifa etmesine rağmen kendisinde kıdem tazminatı alacağına ilişkin güven oluşturulması ve bu güvenin sarsılmasına ilişkindir<sup>80</sup>. Yüksek Mahkeme’nin verdiği karara konu olan olayda bir işveren, ileride kadro azaltılması kararı alacakları için işçiyi işten çıkaracaklarını, bu yüzden işçinin en kısa sürede istifa edip iş bulmasının kendi lehine olacağını söylemiş ve işçiye hak etmiş olduğu kıdem tazminatını ödeyeceğini sözlü olarak taahhüt etmiştir<sup>81</sup>. Yargıtay, işverenin yaptığı sözlü taahhüdü ve işçinin istifa dilekçesinde bu taahhüdü hatırlatması gibi olguları dikkate alarak işverenin güven sorumluluğu bulunduğu hükmetmiştir. Taraflar arasında bir sözleşmesel taahhüt ve bu taahhüde aykırılık bulunduğuna göre, burada güven sorumluluğu kuramına başvurunun yerindeliliğini sorgulamak mümkündür.

TMK m. 1, f. II uyarınca “*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.*” Hâkimin hukuk yaratmak (*modo legislatoris*) suretiyle, Kanun’da yer almayan yeni bir sorumluluk temeli yaratabilmesinin ön şartı, hâkimin yorum yollarını tüketmiş olmasına rağmen kanunda somut uyuşmazlığa uygulanabilir bir hüküm bulunmaması, yani bir boşluk bulunmasıdır<sup>82</sup>. Diğer bir ifadeyle sözleşmesel sorumluluk kurallarının ve haksız fiil kurallarının somut olaya uygulanabilir olmadığına ve Kanun’da yer verilen sorumluluk temellerinin sınırlı sayıda

<sup>79</sup> Benzer bir başka karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2021/5636, K. 2023/53, T. 9.1.2023.

<sup>80</sup> Yargıtay HGK, E. 2010/9-39 K. 2010/71 T. 10.02.2010. Yargıtay’ın yine iş hukuku alanında, kıdem tazminatının verileceğine dair işçide uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasına ilişkin aynı yönde başka kararları da bulunmaktadır.

<sup>81</sup> 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 uyarınca işçinin istifası durumunda kıdem tazminatına hak kazanması kural olarak mümkün değildir.

<sup>82</sup> Berger, s. 89; Riske, s. 465; Nomer, Haluk Nami/Akbulut, Pakize Ezgi: Medeni Hukuka Giriş Bölüm I, Filiz, İstanbul 2022, s. 52 vd.

olmadığına (burada nitelikli bir susma olmadığına<sup>83</sup>) öncelikli olarak kanaat getirmelidir<sup>84</sup>. Ne yazık ki Yargıtay'ın güven sorumluluğunu kabul ettiği kararlarında böyle bir akıl yürütmeye rastlanmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, İsviçre öğretisinde haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk rejimlerinin dışında üçüncü bir sorumluluk temeli olarak güven sorumluluğunun dogmatik temellerine getirilen eleştirilere Türk hukuku açısından da katılmak mümkün gözükmemektedir<sup>85</sup>.

Bu noktada güven sorumluluğunun, artık öğretide ve yargı kararlarında yerleşik olduğu yadsınamaz bir hukuki kurum olan *culpa in contrahendo* sorumluluğundan ayırt edilmesi önem arz eder. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu da Kanun'da açıkça düzenlenen bir genel kurala dayanmayan, hâkimin hukuk yaratması sonucunda ortaya çıkmış bir sorumluluk temelidir. Bununla birlikte, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun farklı görünümüne Kanun'un muhtelif hükümlerinde rastlamak mümkündür. Yanılmada kusura ilişkin TBK m. 35; aldatılan veya korkutulan kişinin tazminat hakkına ilişkin TBK m. 39, f. II; temsil yetkisinin sona ermesi durumunda temsil belgesinin geri alınması için gerekenleri yapmayan temsil olunan ya da hâflerinin tazminat sorumluluğuna ilişkin TBK m. 44, f. II<sup>86</sup> ilk akla gelen düzenlemelerdir<sup>87</sup>. Dolayısıyla sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından hâkimin hukuk yaratabilmesi için, bu düzenlemelerden hareketle yapılacak bir toplu kıyas/ilke kıyası (*Rechtsanalogie, Gesamtanalogie*)<sup>88</sup> ile ikna edici bir teorik zemin yaratmak mümkün olabilmiştir<sup>89</sup>. Ancak aynı sonuca taraflar arasında herhangi bir sözleşme kurma niyetinin dahi bulunmadığı, *culpa in contrahendo* dışında kalan güven sorumluluğu hâlleri için (en azından dürüstlük kuralı bir temel koruma normu olarak kabul edilmediği müddetçe) varmak kolay değildir<sup>90</sup>. Bununla birlikte güven sorumluluğunun

<sup>83</sup> Kırca, s. 122-123; Riske, s. 465-466; Nomer/Akbulut, s. 54-55.

<sup>84</sup> Kuonen, s. 350-351.

<sup>85</sup> Güven sorumluluğuna ilişkin Kanun'da açık düzenlemelerin bulunmasının isabetli olacağı görüşünde bkz. Sert Sütçü, s. 198.

<sup>86</sup> Bu hüküm ile bir güven sorumluluğu düzenlemesi yaratıldığı görüşünde bkz. İnceoğlu, s. 118; Sert Sütçü, s. 204. TBK 44, f. II'den doğan sorumluluğun bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu olduğu yönünde bkz. Eren, s. 455. İsviçre hukuku açısından benzer yönde bkz. Berger, Unterscheidung, s. 205-206; Riske, s. 458.

<sup>87</sup> Başka örnekler için bkz. Yalman, s. 38 vd.

<sup>88</sup> Serozan, Rona: Serozan Hukukta Yöntem - Mantık (yayına hazırlayan: Yeşim M. Atamer), On İki Levha, İstanbul 2024, s. 42.

<sup>89</sup> Riske, s. 458-459. Federal Mahkeme'nin 1951 tarihli bu yöndeki meşhur kararı için bkz. BGE 77 II 135. Bkz. BernerKomm-Müller, Einleitung in das OR, N. 301. Türk hukuku açısından aynı yönde Yalman, s. 38.

<sup>90</sup> Aksi yönde Berger, s. 91-93; Demircioğlu, s. 175.

somut görünümlerinden biri olan hâkim şirketin andırdığı güvenden doğan sorumluluğu bakımından, Türk hukuku özelinde bir çekince koymak gerekir. Zira TTK m. 209 ile topluluk itibarının topluma ve tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde<sup>91</sup>, hâkim şirketin bu itibarın kullanılmasının<sup>92</sup> uyandırdığı güvenden sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiş, güven sorumluluğunun bu özel görünümü için Türk hukukunda pozitif bir dayanak tesis edilmiştir<sup>93</sup>.

### B. Sorumluluğun Sınırlarının Olası Genişliğine Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi

Hatırlanacağı üzere içtihat hukukunun bir ürünü olan güven sorumluluğuna yönelik getirilen eleştirilerden bir diğeri, haksız fiil hukukunun salt malvarlığı zararlarına ilişkin sınırlı yaklaşımının göz ardı edilmesi ve sorumluluğun sınırlarının öngörülemez bir şekilde genişlemesi riskine yönelikti. Özellikle güven sorumluluğuna ilişkin şartların belirsiz ve muğlak olmasının bu ihtimali arttırdığı ifade edilmekteydi.

Aslında bu argüman, salt ekonomik zararların sınırlı tazmine ilişkin Türk-İsviçre öğretisinde de yaygın olan hâkim kanaatin özel bir görünümünden ibarettir. Teorik temellerini hukuka aykırılık kuramlarında bulan salt malvarlığı zararlarına ilişkin bu sınırlayıcı yaklaşıma hukukun ekonomik analizi penceresinden bakıldığında, sınırlamanın arkasında birbiriyle ilişkili en azından iki makul sebep bulmak mümkün gözükmektedir. Bunlardan ilki

<sup>91</sup> Hükmün gerekçesinde bu seviyenin somut olaya göre belirleneceği ifade edilmiştir. Aslında hâkim şirkete duyulan güvenin belirli bir seviyeye ulaşmış olması ön şartı, kişilerin somut olayda bu şirkete duyduğu güvenin haklılığının tespitinde işe yarayacaktır. Daha açık bir ifadeyle, hükümde bahsi geçen bu soyut güvenin işlevi, somut olayda güvenin korunmaya layık olup olmadığını tespitinden ibarettir. Bkz. **Okutan Nilsson**, s. 47-48.

<sup>92</sup> Bu noktada hâkim şirketin pasif davranışının da güven sorumluluğunu tetiklemeye elverişli olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Hükümde buna ilişkin bir açıklık yoktur. Bununla birlikte hem haksız fiiller açısından genel kabul gören görüş (fiillerin yapma ya da yapmama olarak karşımıza çıkması) hem de Gerekeç'te yer alan "*Tablo, bilgi, kalite vs. güvene uymuyor ise adının kullanılmasına sesini çıkarmayan hakim şirket sonuçtan sorumlu olmalıdır*" ifadesi dikkate alındığında, hâkim şirketin pasif davranışının da güven sorumluluğunun doğmasına sebep olabileceğini kabul etmek yerinde gözükmektedir.

<sup>93</sup> İlgili maddenin gerekçesinde, söz konusu hükmün öngörülüş sebebinin "*Avrupa öğretisinde çoğunluk tarafından savunulan güven kavramının önemli bir uygulamasını oluşturan ve İsviçre Federal Mahkemesinin Wibru/Swissair kararı (BGE 120 II 331) ile kabul edilen şirketler topluluğunun toplumda veya tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu*" kanunen düzenlemek olduğu ifade edilmiştir.



ve en önemlisi, zarar verenin sorumluluğunun fevkalade genişleyeceğine ve bunun sonucunda davranış ve ticaret özgürlüğünün sekteye uğrayacağına yönelik endişedir<sup>94</sup>. Diğeri ise, zarar verenin bu şekilde öngöremeyeceği zararlardan sorumlu tutulmasına ve haksız fiil hukukunun önleyici fonksiyonunu yerine getirememesine ilişkin kaygıdır<sup>95</sup>. Altını çizmek gerekir ki sorumluluğun olağanüstü genişlemesi ve davranış/ticaret özgürlüğünü sınırlandırması veya kişilerin öngörmelerinin mümkün olmadığı zararlardan sorumlu tutulmaları, ancak zarar verenin tâbi olduğu davranış standardının belirsiz olması ihtimallerinde dikkate alınması gereken endişelerdir. Buna karşılık sorumluluğun şartlarının belirli olması ihtimalinde bu kaygıların büyük ölçüde bertaraf edilebileceği açıktır<sup>96</sup>.

*Roberto ve Kuzniar*, Swissair kararını takip eden yıllardan sonra Federal Mahkeme'nin güven sorumluluğunu kabul ettiği içtihatlarının sayısının çok az olmasına işaret etmiş ve bu sorumluluğunun anlam ve önemini yitirdiğine kanaat getirmiştir<sup>97</sup>. Ancak kanaatimizce güven sorumluluğunun kabul edildiği mahkeme kararı sayısının az olmasını başka bir yönden daha yorumlamak mümkündür. Zaman içinde güven sorumluluğuna ilişkin *olması gerektiği gibi* sıkı şartlar git gide belirginleşmiştir.

Örneğin Federal Mahkeme'nin 2016 yılında vermiş olduğu bir kararda, güven sorumluluğunun herkese karşı sorumluluğa dönüşmesine izin verilmemesi, bu şekilde sözleşmesel sorumluluğun öneminin göz ardı edilmemesi gerektiğini vurgulamış, ardından güven sorumluluğunun ne zaman gündeme gelebileceğine ilişkin koşulları ayrıntılı bir şekilde sıralamıştır. Buna göre zarar görenin kendi dikkatsizliğinin ya da olağan ticari risklerin kurbanı olduğunun kabul edilebileceği haller kapsam dışında bırakılmalı, failin zarar gören tarafta yeterince somut ve belirli beklentiler uyandırabilecek davranışlarda bulunması aranmalıdır. Bunun mümkün olabilmesi ise taraflar ara-

<sup>94</sup> **Bussani, Mauro/Palmer**, Vernon Valentine: "The Notion of Pure Economic Loss and Its Setting," Pure Economic Loss in Europe, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 16 vd.; **Sanlı**, Kerem Cem: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Arıkan, Ankara 2007, s. 347.

<sup>95</sup> Bunların yanı sıra salt ekonomik menfaatlerin mutlak (*erga omnes*) korumaya tâbi tutulmamasına yönelik hukuk politikası tercihinin anlamını yitirmesi riskinin de söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Sanlı**, s. 348-349. Bu argümana ilişkin olarak ayrıca bkz. **Bussani/Palmer**, s. 21-23.

<sup>96</sup> **Schaefer**, Hans-Bernd: "Liability of Experts for Pure Economic Losses, an Economic Analysis with Special Reference to German Cases", University of Berkeley Law and Economics Workshop, Year 2001, Paper 8, s. 6 vd.

<sup>97</sup> **Roberto/Kuzniar**, s. 1108 vd.

sında özel bir ilişkinin bulunmasına bağlıdır. Ancak özel bir ilişki bulunmasından kasıt zarar gören ve güven yaratan kişi arasında doğrudan bir ilişki olması değil, failin daha ziyade açıkça veya kendisine izafe edilebilecek şekilde üçüncü şahıslar nezdinde güven yaratmış olmasıdır. Örneğin bir değerlendirme şirketinin verdiği rapordaki bilgilerden üçüncü kişilere karşı sorumlu tutulabilmesi için, bu şirketin verdiği raporun olası müşterilerde paylaşılmasına rıza göstermesi, bu konuda bilgi sahibi olması gerekir. Aksi takdirde bu rapora güvenerek işlem tesis eden ve zarar gören kişilerin kendi hatalarının sonuçlarına katlandığını kabul etmek gerekir<sup>98</sup>.

Belirtmek gerekir ki, çalışmanın başında da alıntılandığı üzere, Yargıtay'ın güven sorumluluğundan bahsedilebilmesi için aradığı şartlar (ilgiliiler arasında bir güven ilişkisinin bulunması, bu güvenin korunmaya değer, haklı bir güven olması, bu güven ilişkisinin diğer tarafça kusurlu bir şekilde haksız çıkarılması, güveni boşa çıkan kişinin zarara uğramış olması ve bu zarar ile güvenin boşa çıkarılması arasında illiyet bağının mevcut olması, başka hukuki kurumların uygulama alanına giren herhangi bir durumun söz konusu olmaması) ve Federal Mahkeme'nin belirttiği sıkı şartlar birbirine büyük ölçüde paraleldir. Dolayısıyla sorumluluğun çerçevesinin belirsizliğine ilişkin eleştirilere teorik zeminde katılmak güçtür. Sorun daha ziyade, bir üst başlıkta açıklanmaya çalışıldığı üzere, bu şartların tatbikinde ortaya çıkmaktadır.

### **C. Sorumluluğun Modalitelerinin Belirsizliğine Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi**

Güven sorumluluğuna ilişkin dile getirilen bir diğer eleştirinin, sorumluluğun modalitelerinin, yani sonuçlarının belirsizliğine ilişkin olduğu anımsanacaktır. Zararın kapsamına, kusurun ispatına, yardımcı kişilerin sorumluluk rejimine ve sorumluluğun zamanaşımına uygulanacak kuralların hangilerinin olduğu konusunda hukuki kesinlik olmaması öğretide güven sorumluluğuna zaten eleştirel yaklaşan yazarların sıkça dile getirdiği bir diğer argüman olmuştur<sup>99</sup>. Kuşkusuz sorumluluğun modalitelerinin belirsiz olması, sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşlerin bulunmasının en doğal sonucudur<sup>100</sup>. Bu yönde İsviçre hukukunda güven sorumluluğuna sözleşmesel sorumluluğa ilişkin kuralların mı, haksız fiil rejiminin mi, yoksa kendine özgü karma bir kurallar bütününe mü uygulanması gerektiği belir-

<sup>98</sup> BGE 142 III 84, 3. 3.

<sup>99</sup> Bkz. **Chappuis**, s. 32-33; **Schwenzer/Fountoulakis**, N. 52.05.

<sup>100</sup> **Kuonen**, s. 356.

sizliğini korumaktadır<sup>101</sup>. Bununla birlikte Federal Mahkeme'nin güven sorumluluğuna uygulanacak zamanaşımına haksız fiil sorumluluğunun zamanaşımının uygulanacağına karar verdiği belirtilmelidir<sup>102</sup>.

Gereğesi tatmin edicilikten uzak olsa da güven sorumluluğunun hukuki niteliği ve tâbi olduğu kurallar bakımından Yargıtay'ın tutumunun çok daha açık olduğu ifade edilmelidir. Hukuk Genel Kurulu, 2022 yılında verdiği bir kararda şu ifadelerle yer vermiştir<sup>103</sup>: “(...) güven sorumluluğu, culpa in contrahendo sorumluluğunu da kapsayan ve sözleşme sorumluluğu hükümlerine dayanan kendine özgü bir sorumluluk halidir. Bu durumda güven sorumluluğunun ihlali halinde öncelikle sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanacak, hüküm bulunmaması halinde dava tarihi itibarıyla somut olaya uygulanması gereken (...) haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacaktır.” Dolayısıyla en azından Türk hukuku için, güven sorumluluğunun modalitelerinin belirsizliğine ilişkin eleştirinin geçerli olmadığını ve bu sorumluluk için TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulama bulacağını ifade etmek mümkün gözükmemektedir<sup>104</sup>.

## SONUÇ

Sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğunun arasındaki gri alanda yer alan ve Kanun'da açıkça düzenlenmeyen güven sorumluluğu kavramı, başta öğretinin ardından da yargı kararlarının etkisiyle Türk-İsviçre hukuk sistemlerine kendine yer edinmiş bir sorumluluk türüdür. Hâkimin hukuk yaratması neticesinde kurulan bu sorumluluğa yönelik olarak özellikle İsviçre öğretisinde birtakım sert eleştirilerin dile getirildiği görülmektedir. Bu eleştirilerin önemli bir kısmı sorumluluğun dogmatik temellerine ilişkindir. Bu teoriyi eleştiren yazarlar, güven sorumluluğunun Alman haksız fiil hukuku düzenlemeleri düşünüldüğünde bu sistemin kendi içinde tutarlı bir şekilde işlerlik kazanabileceğine, ancak aynı sonuca bir genel haksız fiil hükmü ihtiva eden (OR 41) İsviçre hukuku açısından ulaşılamayacağına

<sup>101</sup> **Schwenzer/Fountoulakis**, N. 52.05; **Kuonen**, s. 356 vd. Karma bir rejim uygulanması gerektiği yönünde **Müller**, Einl. in das OR, N. 344-346. Sözleşmesel sorumluluk rejiminin uygulanması gerektiği yönünde **Huguenin**, N. 977-978; **Demircioğlu**, s. 173-174.

<sup>102</sup> Bkz. BGE 194 III 390. Kararın Türkçe tercümesi için **Kaşak**, Fahri Erdem: “İsviçre Federal Mahkemesi'nin Güven Sorumluluğunun Tâbi Olduğu Zamanaşımı Süresine İlişkin 13.5.2008 Tarihli (BGE 194 III 390) Kararı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 1803 vd.

<sup>103</sup> Yargıtay HGK, E. 2019/173; K. 2022/570, T. 19.4.2022.

<sup>104</sup> Kararda haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanmasının temelinde TBK m. 114, f. II'de yapılan yollamanın bulunduğu düşünülmektedir.

işaret etmektedir. Bir diğer eleştiri, sorumluluğun sınırlarının silik, belirsiz ve riskli bir şekilde geniş olduğuna yöneliktir. Son olarak, güven sorumluluğuna uygulanacak kurallara (sorumluluğun modalitelerine ilişkin) bir fikir birliğinin bulunmaması da eleştiri konusu olmuştur.

Bu çalışmada, İsviçre öğretisinde dile getirilen bu eleştiriler Türk hukuku özelinde incelenmeye çalışılmıştır. Kanaatimce, sorumluluğun dogmatik temellerine ilişkin eleştiriye Türk hukuku açısından da katılmak mümkündür. Gerçekten de güven sorumluluğunun tartışılmasına sebebiyet veren uyuşmazlıklara bakıldığında, bunların haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun - *Alman hukukunun etkisinden sıyrılarak* - daha farklı bir şekilde yorumlanması yoluyla aşılabileceği söylenebilir. Zira Türk haksız fiil hukuku, TBK m. 49, f. 1’de yer alan genel hüküm sayesinde, hakkaniyete aykırı olduğu söylenebilecek bu tür uyuşmazlıklar bakımından çözüm üretme esnekliğine zaten sahiptir. Bu nedenle ortada bir kanun boşluğu bulduğundan bahsetmek güçtür.

Sorumluluğun sınırlarının silikliğine ve olası genişliğine ilişkin eleştiri de Türk hukuku açısından geçerlidir. Güven sorumluluğunun tartışıldığı Yargıtay kararlarına göz atıldığında, güven sorumluluğunun taraflarca neredeyse bir “joker” gibi sıkça ileri sürüldüğü ve bazen de bu çabaların Yargıtay nezdinde karşılık bulduğu görülmektedir. Her ne kadar İsviçre öğretisinde son yıllarda güven sorumluluğunun kabul edildiği mahkeme kararlarına rastlanmasa da Yargıtay’ın aksi yönde bir eğilimi bulunmaktadır. Öyle ki, Yüksek Mahkeme, sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre çözüme kavuşturulmaya elverişli uyuşmazlıklarda dahi güven esasına dayalı sorumluluk kurma yolunu tercih edebilmektedir. Bununla birlikte, sorumluluğun sonuçlarına ilişkin belirsizliğe yönelik eleştirinin Türk hukuku açısından aynı derecede geçerli olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira Türk hukuku öğretisi ve yargı kararlarında, güven sorumluluğunun söz konusu olduğu hâllerde sözleşmesel sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanacağı konusunda bir görüş birliği bulunmaktadır.

**KAYNAKÇA**

- Akyol**, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz, İstanbul 2006. ('Dürüstlük Kuralı')
- Akyol**, Şener: Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, Vedat, İstanbul 2007.
- Albayrak**, Hakan: Bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararı Işığında Altında Hukuki Görünüm Sorumluluğu, Güven Sorumluluğu ve Kambiyo Hukuku Sorumluluklarının Karşılaştırılması; Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Adalet, Ankara 2009.
- Banakas**, Stathis: "Unde Venis et Quo Vadis: European Tort Law Revisited", Swiss Review of International and European Law, Cilt 18, Sayı 4, 2008, s. 295-320.
- Barlas**, Nami: "Başkasının Sözleşme İlişkisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 1, On İki Levha, İstanbul 2010.
- Bärtschi**, Harald: Verabsolutierte Relativität - Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Schulthess, Zürich 2009.
- Basler Kommentar zum Obligationenrecht**, 7. bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2024. (BSK/İşleyen)
- Başalp**, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha, İstanbul 2011
- Benedict**, Jörg: Culpa in Contrahendo, Band I - Historisch-kritischer Teil, Mohr Siebeck, Tübingen 2018.
- Berger**, Bernhard: Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, Stämpfli, Bern 2000.
- Berger**, Bernhard: "Zur Unterscheidung Zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung – Zugleich Eine Besprechung von BGE 128 III 324", recht, Heft 6, 2002, s. 201-220. ('Unterscheidung')
- Bosshard**, Eric: Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Schulthess, Zürich 1988.
- Brehm**, Roland: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, OR Art. 41-61, 5. Auflage, Stämpfli, Bern 2021.
- Bucher**, Eugen: "Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?", Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Schulthess, Bern 2005.

- Bussani, Mauro/Palmer, Vernon Valentine:** “The Notion of Pure Economic Loss and Its Setting,” *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Canaris, Claus-Wilhelm:** *Die Vertauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Beck, Münih 1971.
- Chappuis, Christine:** “Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d’horizon”, *La responsabilité fondée sur la confiance : Journée de la responsabilité civile 2000*, Schulthess, Zürih 2001.
- Çağlayan Aksoy, Pınar:** *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, On İki Levha, İstanbul 2016.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan:** *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)*, Yetkin, Ankara 2009.
- Deniz, Defne:** *Güven İlkesinin Türk Borçlar Kanunu’ndaki Temsil İlişkisine Yansımaları*, On İki Levha, İstanbul 2022.
- Durak, Yasemin:** “Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, 2017, s. 239-288.
- Eminoğlu, Cafer:** *Konzern/Gesellschaftengruppe*, On İki Levha, İstanbul 2013.
- Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. bası, Yetkin, Ankara 2023.
- Gezder, Ümit:** *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, Beta, İstanbul 2010.
- Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler, Martin A.:** *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. bası, Schulthess, Zürih 2013.
- Huguenin, Claire:** *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Schulthess, Zürih 2004.
- İnceoğlu, M. Murat:** *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*, On İki Levha, İstanbul 2009.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu:** *Güven Sorumluluğu*, Vedat, İstanbul 2008.
- Kapancı, K. Berk:** *Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini*, Vedat, İstanbul 2016.
- Kaşak, Fahri Erdem:** “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Güven Sorumluluğunun Tâbi Olduğu Zamanaşımı Süresine İlişkin 13.5.2008 Tarihli (BGE 194 III 390) Kararı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 1803-1812.

- Keller, Max:** “Ist Eine Treu und Glauben Verletzende Schädigung Widerrechtlich?”, recht 1987, s. 136-137.
- Kırca, Çiğdem:** Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2004.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyi Niyetinin Korunması Açısından BK m. 33/II, 34/II ve 37 karşısında BK m. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, Seçkin, Ankara 1990.
- Koller, Alfred:** “Grundzüge der Haftung für reinen Vermögensschaden”, AJP, Sayı 11, 2020, s. 1381-1395.
- Kuonen, Nicolas:** La responsabilité précontractuelle, Schulthess, Zürich 2007.
- Kurtulan, Gökçe:** “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, MÜHFHAD, Cilt 23, Sayı 1, 2017, s. 465-504.
- Looschelders, Dirk:** “Pre-Contractual Obligations and the Concept of Culpa in Contrahendo in German Law”, The Formation of Contract, Nomos Verlag, Baden-Baden 2015.
- Loser, Peter:** Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Stämpfli, Bern 2006.
- Müller, Christoph:** Christoph: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1-18 OR, Stämpfli, Bern 2018.
- Münchener Kommentar zum BGB,** Band 1, 7. Auflage, 2016, §§ 1-240 BGB. (MüKoBGB/İşleyen)
- Okutan Nilsson, Gül:** “Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2013, s. 35-54.
- Nomer, Haluk Nami/Akbulut, Pakize Ezgi:** Medeni Hukuka Giriş Bölüm I, Filiz, İstanbul 2022
- Peter, Henry:** “Le responsabilité fondée sur la confiance en droit des sociétés”, Journée de la responsabilité civile 2000: La responsabilité fondée sur la confiance/Vertrauenshaftung, Schulthess, Zürich 2001.
- Pulaşlı, Hasan:** “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, s. 259-278.

- Riske**, Olivier: La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen, Helbing Lichtenhahn, Basel 2016.
- Roberto**, Vito/**Kuzniar**, Nadia: Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung", AJP, Sayı 11, 2019, s. 1105-1111.
- Sanlı**, Kerem Cem: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Arıkan, Ankara 2007.
- Schaefer**, Hans-Bernd: "Liability of Experts for Pure Economic Losses, an Economic Analysis with Special Reference to German Cases", University of Berkeley Law and Economics Workshop, Year 2001, Paper 8.
- Schmid**, Jörg: "Vertrauenshaftung bei Formungültigkeit", Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Schulthess, Bern 2005.
- Schwenzer**, Ingeborg: "Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht", Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Mohr Siebeck, Tübingen 1999
- Schwenzer**, Ingeborg/**Fountoulakis**, Christiana: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Stämpfli, Bern 2020.
- Serozan**, Rona: Serozan Hukukta Yöntem - Mantık (yayına hazırlayan: Yeşim M. Atamer), On İki Levha, İstanbul 2024.
- Serozan**, Rona: Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Beta, İstanbul 2007. ('Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme')
- Sert Sütçü**, Selin: "Güven Sorumluluğu Kavramı ve Yargıtay'ın Güven Sorumluluğuna Yaklaşımı", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt 12, Sayı 28, 2020, s. 193-212.
- Sommer**, Ueli: "Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht und bligationenrechts?", AJP, Sayı 9, 2006, s. 1031-1041.
- Tandoğan**, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, 2. bası, Vedat, İstanbul 2010.
- Ülgen**, Hüseyin: Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, Vedat, İstanbul 2005.



- von Jhering**, Rudolf: *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, 1861, 4 Jherings Jahrbücher 1.
- Yalman**, Süleyman: *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Sorumluluk*, Seçkin, Ankara 2006.
- Walter**, Hans Peter: “Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?”, ZSR, Cilt 120, Sayı 1, 2001, s. 79-100.
- Walter**, Hans Peter: “La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral”, Journée de la responsabilité civile 2000: La responsabilité fondée sur la confiance/Vertrauenshaftung, Schulthess, Zürich 2001.
- Werro**, Franz: “Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung - braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?”, recht 2003, s. 12-20.
- Wick**, Markus: “Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht,” AJP 1995, s. 1270-1282.
- Wiegand**, Wolfgang: “Die Canaris-Rezeption in der Schweiz – Vertrauenshaftung und «einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis» im Schweizer Recht”, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, Beck, Münih 2007.

## ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKUNA KATKISI VE PULP MİLLS KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1491176>

**Dr. Öğr. Üyesi Sercan REÇBER\***

### Öz

Uluslararası düzeyde çevre sorunlarının büyüklüğü beraberinde çevrenin korunması açısından uluslararası işbirliği çabalarını getirmiş ve çevrenin korunması amacıyla uluslararası hukukta çok sayıda düzenleme yapılmıştır. Özellikle uluslararası yargı organlarının, çevre sorunlarının esas alındığı uyumsuzluklarda çevre hukukunun ilkelerini uygulamaları uluslararası çevre hukukunun gelişimine katkı sunacaktır. Bu kapsamda Uluslararası Adalet Divanı'nda görülen, Uruguay ile Arjantin arasında sınır oluşturan Uruguay nehrini konu alan Pulp Mills davası önemlidir. Bu davanın önemi, çevre sorunlarının doğrudan incelenmesinin yanında çevresel etki değerlendirmesi, ihtiyat ilkesi, sürdürülebilir kalkınma gibi uluslararası çevre hukukunun belirli ilkelerinin Divan tarafından bu kararda yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Kararda, sınıraşan nitelikte ciddi düzeyde çevreye zarar verebilecek olan ya da paylaşılan doğal kaynakları tehdit eden proje ve faaliyetleri planlayan devletlerin çevresel etki değerlendirmesi sürecini tamamlamaları uluslararası hukukta bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir. Kökeninde özen yükümlülüğü bulunan çevresel etki değerlendirmesinin uluslararası hukukta tam olarak kapsamı ve içeriği açık olmamakla birlikte uluslararası hukukun bir parçası olduğunun açıkça bu kararda yer alması Uluslararası Adalet Divanı önüne getirilebilecek çevreye ilişkin uyumsuzluklar açısından önemlidir.

### Anahtar Kelimeler

Uluslararası Adalet Divanı, Pulp Mills Kararı, Çevresel Etki Değerlendirmesi, Sürdürülebilir Kalkınma, İhtiyat İlkesi

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Bursa (srecber@uludag.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7834-7969 (Gönderim Tarihi: 28.05.2024-Kabul Tarihi: 18.07.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**CONTRIBUTION OF THE INTERNATIONAL  
COURT OF JUSTICE TO INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL  
LAW AND EVALUATION OF THE PULP MILLS JUDGMENT**

*(Research Article)*

**Abstract**

*The magnitude of environmental problems at the international level has brought international co-operation efforts for the protection of the environment and many regulations have been made in international law for the protection of the environment. Especially the application of the principles of environmental law by international judicial bodies in disputes based on environmental problems will contribute to the development of international environmental law. The significance of this case arises not only from the direct examination of environmental issues but also from the Court's interpretation of specific principles of international environmental law in this judgment, such as environmental impact assesment, the precautionary principle, and sustainable development. In the decision, it is recognised as an obligation under international law for states planning projects and activities that may cause serious transboundary environmental damage or threaten shared natural resources to complete the environmental impact assessment process. Although the exact scope and content of environmental impact assessment, which has a duty of care at its root, is not clear in international law, the fact that it is clearly included in this judgement as a part of international law is important in terms of environmental disputes that may be brought before the International Court of Justice.*

**Keywords**

*International Court of Justice, Pulp Mills Decision, Environmental Impact Assesment, Sustainable Development, Precautionary Principle*

## **GİRİŞ**

Günümüzde çevre sorunlarının, iklim değişikliği, denizlerin ve atmosferin kirlenmesi gibi örneklere yansıyan şekli ile sadece ulusal bir sorun olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Aynı zamanda bu sorunlar yalnızca insanlığın kaderini değil, Dünya ekosistemini paylaştığımız bütün canlıların da kaderini belirleyecektir.

Uluslararası düzeydeki çevre sorunların büyüklüğü beraberinde çevrenin korunması açısından uluslararası işbirliği çabalarını getirmiştir. Bu sorunları devletlerin tek başına çözemeyeceği açıktır. Bu nedenle çevrenin korunması amacıyla uluslararası hukukta çok sayıda düzenleme yapılmıştır.

Bu bağlamda uluslararası çevre hukuku, bir devletin ulusal yetki alanı içinde gerçekleştirilen ekonomik faaliyetler sonucunda oluşan sınıraşan nitelikteki ciddi zararların önlenmesini sağlayacak tedbirler öngörmektedir. Bu kapsamda uluslararası çevre hukukunda; sınıraşan nitelikteki ciddi zararların önlenmesi, paylaşılan doğal kaynakların sürdürülebilir, adil ve makul ölçülerde kullanımı ve yönetiminin sağlanması temel hedefler olarak belirlenmiştir.

Sanayileşme sürecinin yarattığı çevre sorunları 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararası gündemi meşgul eden önemli konulardan biridir. Bu sorunların büyüklüğü çevre açısından yıkıcı sonuçlara yol açmıştır. Bu kapsamda hukukun çevre sorunların çözümü ve çevrenin korunması noktasında önemli bir işlev göreceğinden hareketle, çevrenin korunması amacına yönelik hükümler hukuki belgelerde yerini almaya başlamıştır. Bu süreç aynı zamanda önleme, ihtiyat, sürdürülebilir kalkınma ve kirleten öder gibi ilkeleri bünyesinde barındıran çevre hukukunun bağımsız bir alan olarak gelişmesinde de belirleyici olmuştur. Çevre ile ilgili ulusal ve uluslararası ölçekteki birçok düzenlemede bu ilkelerin kendine yer bulması evrensel düzeyde de kabul gördüklerini göstermektedir. Özellikle uluslararası yargı organlarının, çevre sorunlarının esas alındığı uyuşmazlıklarda, bu ilkeleri uygulayabilmeleri çevrenin korunması amacını benimseyen uluslararası çevre hukukunun gelişimine katkı sunacaktır.

Üç bölümden oluşan bu çalışmada geniş kapsamlı olarak uluslararası yargı organlarının çevre sorunlarını esas alan uyuşmazlıklara yönelik yaklaşımı incelenmeyecektir. İlk bölümde Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD)<sup>1</sup> çevre hukukuna katkısı incelenecektir. Bu kapsamda incelenen kararların bü-

---

<sup>1</sup> Bundan sonra sadece Divan olarak yazılacaktır.

tünü çevre sorunlarının esas alındığı uyuşmazlıklar olmamakla beraber, bu kararlar uluslararası çevre hukuku ilkelerine yaptıkları katkılar nedeniyle bu çalışmada yer almıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde Uruguay ile Arjantin arasında sınır oluşturan Uruguay nehrini konu alan Divan'ın Pulp Mills kararı incelenmiştir. Bu dava iki devlet arasında bir ihtilaf olmanın dışında, bir uluslararası mahkeme tarafından karara bağlanan uluslararası çevre hukukuyla ilgili en önemli davalardan biridir. Bu bölümde davanın nedenleri, Divan'ın yargı yetkisi ve tarafların iddiaları incelenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde Pulp Mills kararı, uluslararası çevre hukukunun ilkeleri ile bağlantılı bir şekilde incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde çevre hukukunun ilkelerinin diğer Divan kararları bağlamında sahip oldukları içeriği de yer verilmiştir. Bu davanın önemi çevre sorunlarının doğrudan incelenmesiyle birlikte çevresel etki değerlendirmesi (ÇED), ihtiyat ilkesi, sürdürülebilir kalkınma gibi uluslararası çevre hukukunun belirli ilkelerinin Divan tarafından bu kararda yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

## I. ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN ÇEVRE HUKUKUNA KATKISI

Divan, Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması'nın 92. maddesi uyarınca BM'nin başlıca yargı organıdır. Divan'ın yargı yetkisinin kapsamına bakıldığında Divan Statüsünün 38/1. maddesi uyarınca, Divan'ın temel görevi devletler tarafından önüne getirilen uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun bir şekilde çözmektir. Bununla birlikte Divan'ın yargı yetkisi zorunluluk taşımamaktadır. Dava ehliyeti bulunan devletler arasında ortaya çıkan sorun ya da sorunlar hakkında Divan tarafından karar verilebilmesi için soruna taraf olan devletlerin rızası gerekmektedir. Devletler tarafından Divan'ın yargı yetkisinin tanınması şu hallerde mümkündür. a) Tahkimname b) Önceden yapılan uluslararası antlaşmalar c) Tek taraflı bir bildiri d) Forum Prorogatum<sup>2</sup>. Bu bağlamda Divan'ın yargı yetkisi kabul edildikten sonra, yargılama sonucunda Divan tarafından verilen karar taraflar açısından bağlayıcı olmaktadır.

Divan'ın yargı yetkisinin yanında danışma görüşü verme yetkisi de bulunmaktadır. BM Antlaşması'nın 96. maddesi uyarınca; her türlü hukuksal

<sup>2</sup> **Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap, 2. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s. 50-51.

sorun hakkında Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi görüş isteyebilir. Diğer BM organları ve uzmanlık örgütleri sadece kendi faaliyet alanları ile ilgili konularda görüş isteyebilirler. Devletler arası uyumsuzluklarda verilen kararlardan farklı olarak danışma görüşleri bağlayıcı değildir.

Genel olarak değerlendirildiğinde uluslararası çevre hukukunun ortaya çıktığı 20. yüzyılın başından itibaren bu alandaki gelişimin devletler arasındaki müzakereler yolu ile sağlandığı görülmektedir. Bu kapsamda özellikle son yıllarda bölgesel düzeydeki insan hakları mahkemeleri, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ve Dünya Ticaret Örgütü'nün (Tuna Balığı-Yunus Davası, 1991)<sup>3</sup>, (Karides-Kaplumbağa Davası, 1998)<sup>4</sup> uyuşmazlık çözüm mekanizması gibi uluslararası yargı mercilerinde görülen davalara bakıldığında, çevreyi konu alan davaların sayısında bir artış gözlemlenmekle birlikte Divan'ın uluslararası çevre hukukunun gelişimine katkısı sınırlıdır<sup>5</sup>. Bu çalışmanın sınırları çerçevesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin ve Dünya Ticaret Örgütü'nün uyuşmazlık çözüm mekanizmasının önüne getirilen uyuşmazlıklar incelenmeyecektir.

Sınırlılığa ilişkin bu görüşe rağmen, Divan bünyesinde 1993 yılında Divan Statüsünün 26/1. maddesi uyarınca 7 yargıçtan oluşan bir çevre dairesi kurulmuştur. Bununla birlikte bu görüşü destekler bir şekilde bu dairenin kuruluşundan itibaren 13 yıl boyunca devletler tarafından bu dairenin inceleyebileceği bir uyuşmazlık sunulmamıştır<sup>6</sup>.

Divan'ın uluslararası çevre hukukunun gelişimine katkısını sınırlayan nedenlerden bir diğeri Divan'ın çevre sorununu esas alan kararlarının çok az sayıda olmasıdır. Divan'ın diplomatik koruma gibi uluslararası hukukun diğer alanlarına ilişkin içtihatlarıyla karşılaştırıldığında bu durum açık bir şekilde görülmektedir<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> World Trade Organization, 3 September 1991, United States – Restrictions on Imports of Tuna, Report of the Panel, (DS21/R- 39S/155), [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/gatt\\_e/91tuna.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/91tuna.pdf) (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

<sup>4</sup> World Trade Organization Dispute Settlement Mechanism, DS58: United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds58\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm), (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

<sup>5</sup> **Bodansky**, Daniel: “International Environmental Law”, Esposito Carlos/Parlett, Kate, (ed.), Cambridge Companion to the International Court of Justice, Cambridge University Press, 2023, s. 389.

<sup>6</sup> **Savaşan**, Zerrin: “Çevre Hukuku ve Politikaları: Uluslararası Düzlemde-Küresel Düzleme”, Savaşan, Zerrin/Ünay, Hakan (ed.), Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları: Dünden Bugüne ve Geleceğe, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 41-42.

<sup>7</sup> **Bodansky**, s. 406.

Belirtilen sınırlı katkısına rağmen Divan'ın önüne gelen uyuşmazlıklarda, çevre hukukunun gelişimine etki eden bazı ilkelerin benimsenmesi ve açıklık kazanmasında işlevi olmuştur. Bu kapsamda Divan; a) Korfu Boğazı Davasında *sic utero teo* (başkasının mülküne zarar vermeme) ilkesi ve Barcelona Traction davasında erga omnes yükümlülükleri benimseyerek uluslararası çevre hukukunda temel ilkelerin belirlenmesine yönelik dolaylı katkı sunmuştur. b) Divan, 1996 tarihli Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğuna İlişkin Danışma Görüşünden itibaren ciddi nitelikteki sınıraşan kirliliğin önlenmesi ve çevresel etki değerlendirmesinin yapılması gibi yaygın kabul gören kuralların uluslararası teamül hukuku statüsü kapsamında olduğu yönündeki iddialara ağırlık vermiştir. c) Pulp Mills ve Kosta Rika - Nikaragua davası gibi daha yakın tarihli örneklerde Divan, özen yükümlülüğünün aynı zamanda bildirim ve danışma gibi usule ilişkin görevleri de kapsadığını belirtmiş ve bu kararlarda mevcut ilkeler daha ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir. d) Divan, Japonya & Avusturalya-Yeni Zelanda arasındaki balina avcılığını konu alan davada, Uluslararası Balina Avcılığının Düzenlenmesi Sözleşmesi'ndeki, balina avcılığına bilimsel amaçlarla izin veren istisnai nitelikteki düzenlemeyi yorumlamıştır. Bu dava sonucunda Divan, Japonya tarafından balinaların bilimsel amaçlarla avlanmasına yönelik yürütülen programın, sözleşmede düzenlenen istisna kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar uluslararası çevre hukukunda düzenlenen anlaşmaların yorumlanması açısından önemlidir. e) Kosta Rika - Nikaragua davasında Divan, çevresel zararların tazmini konusunda hangi yöntemi benimseyeceğini tartışmıştır<sup>8</sup>.

Ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliği önleme görevinin kabulü ve kısmen açıklığa kavuşturulması Divan'ın uluslararası çevre hukukuna yapmış olduğu en önemli katkı olarak görülmüştür<sup>9</sup>. Divan'ın özellikle sınıraşan ciddi nitelikteki zararlar konusunda uluslararası hukuk bağlamında ortak bir anlayış oluşturduğu söylenmiştir<sup>10</sup>. Uluslararası teamül hukukunda da yer alan bu kural uyarınca, devletler ulusal yetki alanlarında yaptıkları faaliyetlerin ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere ve zararlara neden olmasını önleme ve bu faaliyetlere onay vermeme yükümlülüğü altındadır. Bu ilkenin temel dayanağı BM Antlaşması'nın 74. maddesinde düzenlenen iyi komşuluk ilkesidir<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Bodansky, s. 390-391.

<sup>9</sup> Bodansky, s. 392.

<sup>10</sup> Akhtarhvari, Afshin: "Power, Environmental Principles and the International Court of Justice", Australian Year Book of International Law, Cilt: 28, 2009, s. 127.

<sup>11</sup> Güneş, Ahmet M.: Çevre Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 338.

Divan'ın uluslararası çevre hukukuna katkısı genel olarak değerlendirildiğinde, bu katkının başlangıcını, çevresel konulara ilişkin olmayan Korfu Boğazı Davası ile Barcelona Traction kararları oluşturmuştur<sup>12</sup>.

Korfu Boğazı davasında Divan, devletlerin kendi egemenliği altında bulunan alanlarda başka devletlere zarar verebilecek faaliyetlerden kaçınması gerektiğini belirtmiştir<sup>13</sup>. Devletlere bildikleri tehlikeler karşısında uyarı görevinin yüklenmesi, çevresel zararlardan da korunma hakkını kapsamaktadır. Bu karar bilinen çevresel tehlikelere karşı uyarıda bulunulmasının geleneksel bir yükümlülük olarak kabulü noktasında bir dayanaktır<sup>14</sup>.

Korfu Boğazı davasında vurgulandığı gibi uluslararası hukukta her devletin ülkesini bilerek diğer devletlerin haklarına aykırı olacak şekilde kullanılmasına izin vermeme yükümüne ilişkin genel ve iyi tanınan ilkeler mevcuttur. Uluslararası çevre hukukuna ilişkin olmamakla birlikte, bu karara da yansıyan şekli ile devletlerin kendi yetki alanları ya da kendi yetki alanının dışındaki yerlerde çevreye saygı gösterme yükümü vardır<sup>15</sup>. Bu karar uluslararası çevre hukukunda yer alan diğer devletlerin ulusal yargı yetkisi kapsamındaki alanlara zarar vermeme, işbirliği ve önleme gibi ilkelerin gelişimini etkilemiştir<sup>16</sup>.

Uluslararası çevre hukukunda yaşanan gelişmeler, tekil düzeyde devletlerin çıkarlarından çok uluslararası toplumun çıkarlarının gelişmesine neden olmuştur. Bu kapsamda erga omnes kavramı karşımıza çıkmaktadır. Erga omnes yükümlülükler sadece zarar gören devlet açısından ortaya çıkan yükümlülüklerden farklı olarak uluslararası toplumun bütününe yöneliktir ve devletlerin bu hakların korunmasında hukuken menfaatleri olduğu kabul edilir<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> **Fitzmaurice**, Malgosia: "The International Court of Justice and International Environmental Law", Tams, Christian J./Sloan, James (ed.) The Development of International Law by the International Court of Justice, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 355.

<sup>13</sup> Karar metni için bkz. ICJ, The Corfu Channel Case, Judgment of April 9 th, 1949, s. 22. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 24.09.2023).

<sup>14</sup> **Birnie**, Patricia/**Boyle**, Alan/**Redgwell**, Catherina: International Law & Environment, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 144.

<sup>15</sup> **Kayhan**, Ali Kerem: Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 93.

<sup>16</sup> **Ütük**, Utku: "Uluslararası Adalet Divanı'nda Çevre Uyuşmazlıkları", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 32, Sayı 1, 2023, s. 29.

<sup>17</sup> **Aksar**, Yusuf: Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 78.



Divan tarafından Barcelona Traction davasında bir devletin bütün olarak uluslararası topluluğa karşı yükümlülükleri ile diğer yükümlülükleri arasında esaslı bir ayırım yapılmıştır. Kararda uluslararası topluluğa karşı olan yükümlülüklerin (erga omnes) tüm devletleri ilgilendirdiği ve devletlerin bu hakların korunması konusunda hukuki menfaatleri olduğu belirtilmiştir<sup>18</sup>.

Bu kararın erga omnes bağlamında çevresel yükümlülüklerle ilişkin bir değerlendirmede bulunmamasına rağmen, bir bütün olarak uluslararası toplumun menfaatini ilgilendirmeleri nedeniyle atmosfer, açık denizler gibi bütün olarak insanlığın ortak kullanımının olduğu alanlara yönelik koruma yükümlülüğünün, erga omnes bir yükümlülük olarak ileri sürülebilmesine zemin hazırladığı belirtilmiştir<sup>19</sup>.

Çevreye ilişkin diğer bir dava, Fransa'nın Güney Pasifik Bölgesinde atmosferde gerçekleştirilmeyi düşündüğü nükleer silah denemelerine ilişkin 1973 tarihli Nükleer Denemeler davasıdır. Bu denemelerin hukuka aykırılığına ilişkin olarak Avusturalya ve Yeni Zelanda 9 Mayıs 1973 tarihinde Fransa'ya karşı dava açmıştır. Nükleer denemelerin çevreye ciddi zarar verdiği iddiaları, başvuruların iddiaların önemli bir bölümünü oluşturmuştur. Avustralya tarafından nükleer denemelerin yapılmasının insanlar ve hayvanların yanı sıra çevre üzerindeki etkilerine ilişkin ayrıntılı bilgi sunulmuştur. Yeni Zelanda ise, radyasyonun insanlar ve hayvanlar üzerindeki tehlikeleri üzerinde durmuştur. Başvurular doğrudan çevresel kaygıları gündeme getirirken, iddialarını hukuken egemenliklerinin ihlali olarak formüle etmişlerdir. Avustralya'ya göre; topraklarında radyoaktif serpentinin birikmesi ve hava sahasına yayılması egemenlik haklarının ihlalidir. Yeni Zelanda ise radyoaktif serpintilerden korunma hakkını vurgulamıştır<sup>20</sup>.

Esas incelemesi yapılmadan reddedilse de bu davada ihtiyati tedbir kararı alınmıştır. Bu kararda Divan, Fransa'ya yönelik olarak Avusturalya'da radyoaktif serpintiye ve birikime neden olan nükleer denemelerden kaçınma çağrısı yapmıştır. Ciddi nitelikteki sınır ötesi çevresel kirliliğe neden olan faaliyetlerin sınırlandırabileceğinin Divan tarafından zımnen kabul edilmesi açısından bu karar önemlidir<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Karar metni için bkz. ICJ, Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment of 5 February 1970, para 33. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 06.10.2023).

<sup>19</sup> **Ütük**, s. 29-30.

<sup>20</sup> **Fitzmaurice**, s. 359.

<sup>21</sup> Karar metni için bkz. ICJ, Nuclear Tests Case (Australia v. France), Request For The Indication of Interim Measures of Protection, Order of 22 June 1973, s. 106.

Bu davanın esas açısından incelenmemesinin nedeni, Fransa'nın tek taraflı olarak 1974 yılında bu denemeleri durduracağını beyan etmesidir. Verilen ihtiyati tedbir kararına rağmen tartışmalar bitmemiştir. Yapılan yorumlara göre; Divan'ın nükleer denemelerin hukuka uygunluğunun şartlarını belirlememesi hayal kırıklığı yaratmıştır. Divan'ın, uyuşmazlığı tek taraflı açıklamaların hukuki etkileriyle ilgili bir sorun olarak görmesi Fransa'nın yaptığı nükleer denemelerinin çevresel sonuçlarından kaçınmak şeklinde yorumlanmıştır<sup>22</sup>.

Bu karara karşı kişisel/ayrı görüşünde (individual/separate opinion)<sup>23</sup> Yargıç Petren, devletlerin nükleer denemeler yoluyla diğer devletlerin topraklarında radyoaktif serpinti yaratmasını engelleyen bir uluslararası teamül hukuku normunun mevcut olup olmadığını sormuştur. Petren'e göre, 1974 yılına kadar atmosferde nükleer denemelerin yasaklanmasına yönelik hiçbir kural bulunmamaktadır. Bu kapsamda Petren yakın zamanda Çin Halk Cumhuriyeti'nin atmosferde çok güçlü bir bomba patlattığını ve bu örneğin atmosferde, atmosferik nükleer denemeleri yasaklayan bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu iddiasını yıkmak için yeterli olduğunu belirtmiştir<sup>24</sup>.

Yargıç Castro karşıt görüşünde (dissenting opinion)<sup>25</sup> uluslararası çevre hukukunun temel ilkesi olarak *sic utere tuo* ilkesini öne sürmüş, Korfu Boğazı davasına ve Trail Smelter hakem kararına atıfta bulunarak, radyoaktif serpintilerin başka bir devletin topraklarını etkilemesinin uluslararası hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir<sup>26</sup>. Sonuç olarak bu karar kapsamında Divan'ın, nükleer denemelerin uluslararası çevre hukuku ilkelerini ihlal edip etmediği noktasındaki sorunları açıklığa kavuşturmadığı görülmektedir<sup>27</sup>.

Esasa ilişkin karar verilmemesine rağmen Divan tarihinde çevresel konular açısından önem taşıyan davalardan biri de Nauru davasıdır. Nauru,

---

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/58/058-19730622-ORD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 08.10.2023).

<sup>22</sup> **Fitzmaurice**, s. 359-360.

<sup>23</sup> Divan üyesinin, divanın verdiği karara katılmasına rağmen bu sonuca farklı gerekçelerle ulaşmasıdır.

<sup>24</sup> Karar metni için bkz. ICJ, Nuclear Tests Case (Australia v. France), Separate Opinion of Judge Petren, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-05-EN.pdf>, s. 306. (Erişim Tarihi: 15.06.2024)

<sup>25</sup> Divan üyesinin, divanın görüşüne hangi gerekçelerle katılmadığına yönelik görüşüdür.

<sup>26</sup> Karar metni için bkz. ICJ, Nuclear Tests Case (Australia v. France), Dissenting Opinion of Judge de Castro, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-08-EN.pdf> s. 389. (Erişim Tarihi: 15.06.2024)

<sup>27</sup> **Fitzmaurice**, s. 360.

başvurusunda fosfat madenciliğinin etkileri konusunda Nauru üzerinde Vesalet Otoritesi olan Avustralya'nın sorumluluğunu öne sürmüştür. Nauru'daki fosfat madenlerinin büyük bir bölümünün 1967 yılına kadar Avustralya, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık tarafından işletilmesi sırasında adanın toprakları ve ekosistemi büyük zarar görmüştür. Nauru, Divan huzurunda madencilik faaliyetinin yasadışı olduğunu ileri sürmüş ve arazilerin iyileştirilmesi dahil olmak üzere tazminat talebinde bulunmuştur. Bu davada esasa ilişkin bir karar verilmemiş olmasına rağmen, Nauru'nun Avustralya ile anlaşarak önemli miktarda kalkınma ve mali yardım aldığı belirtilmiştir. Bu olayda, Divan'ın katılımının bu sonucun sağlanmasında belirleyici olması dışında, başvuru sahibi tarafından çevreye verilen zararın tazmini dahil olmak üzere Divan'ın ilgili hukuki konuların karara bağlanması için uygun bir yol olarak görülmesi önemlidir<sup>28</sup>.

Nükleer Denemeler II Yeni Zelanda - Fransa arasındaki dava, Fransa ile Yeni Zelanda arasındaki Nükleer Denemeler I davasının 63. paragrafında yer verilen, kararın esasının ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan durumun tekrar incelenebileceğine ilişkin hüküm üzerine açılmıştır<sup>29</sup>. Bu kapsamda 21 Ağustos 1995 tarihinde Yeni Zelanda Hükümeti, Fransa'nın yeni nükleer denemeler yaptığını belirtmiştir.

Yeni Zelanda Hükümeti bu dava kapsamında Fransa'nın nükleer denemeleri yapmadan önce bu denemeler sonucunda oluşabilecek zararların önlenilebileceğini ilişkin kanıtlar sunmasını uluslararası hukukta yaygın bir şekilde kabul edilen ihtiyat ilkesi uyarınca talep etmiştir<sup>30</sup>. Yeni Zelanda, Fransa'nın uluslararası standartlara uygun bir çevresel etki değerlendirmesi yapmadan bu tür nükleer denemeleri gerçekleştirmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiş, ayrıca yapılacak değerlendirme sonucunda, nükleer denemelerin doğrudan veya dolaylı olarak deniz çevresinin radyoaktif kirlenmesine yol açmayacağına ortaya konulmadığı sürece, uluslararası hukuktan kaynaklanan kendi hakları ile birlikte, diğer devletlerin haklarının da ihlal edileceğini vurgulamıştır<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> **Fitzmaurice**, s. 361.

<sup>29</sup> Karar metni için bkz. ICJ, Nuclear Tests Case (New Zealand v. France), Judgment of 20 December 1974. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/59/059-19741220-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2023).

<sup>30</sup> ICJ, Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraphs 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case. Order of 22 September 1995, Para 62. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/97/097-19950922-ORD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 15.10.2023), para 5.

<sup>31</sup> ICJ, Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraphs 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v.

Divan'ın 22 Eylül 1995 tarihli ön kararı ile 1974 tarihli kararlarına bakıldığında, Fransa'nın daha fazla atmosferik nükleer deneme yapmama taahhüdünün bulunduğu belirtilmekle birlikte, bu sorun kapsamında yapılan denemelerin ise, yeraltında yapılan nükleer denemeler olduğu ve 1974 tarihli karar kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda her iki karar birlikte değerlendirildiğinde, Fransa tarafında yapılan nükleer denemelerin uluslararası hukuka uygun olup olmadığının Divan tarafından değerlendirilmediği görülmüştür. Divan'ın dayandığı atmosferik nükleer denemeler ile yeraltı nükleer denemeler ayrımı ise inandırıcı bulunmamıştır<sup>32</sup>.

Sonuç olarak Divan; uluslararası çevre hukukunun ilkeleri arasında yer alan ve bu dava kapsamında Yeni Zelanda hükümetinin taleplerine esas oluşturan ÇED yükümlülüğü ile ihtiyat ilkesini dikkate almamıştır. Divan'ın bu yaklaşımı devletlerin doğal çevreyi koruma yükümlülükleri ile çelişki içermektedir. Özellikle nükleer denemeler gibi çevreye zarar verme riski yüksek olan olgular karşısında, bu dava kapsamında Yeni Zelanda'nın çevresel etki değerlendirmesi ve ihtiyatlılık ilkesine uygun olarak radyoaktif maddelerin deniz çevresini etkilemeyeceğine dair Fransa tarafından kanıtlar sunulması gerektiğini belirtmesine rağmen, Divan bu talepleri dikkate almayarak, gereken özeni sergilememiştir<sup>33</sup>.

1996 tarihli Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğuna İlişkin Danışma Görüşünde Divan, Stockholm ve Rio Deklarasyonlarına atıf yaparak önleme görevinin çevreyle ilgili uluslararası hukuk külliyatının bir parçası olduğunu belirtmiştir<sup>34</sup>.

Divan'a göre; nükleer silahların kullanımı çevre ve gelecek nesiller açısından bir tehdittir. Aynı zamanda radyasyon iyonlaştırma çevre, gıdalar ve deniz ekosisteminin geleceği üzerinde zararlar doğuracak ve gelecek nesiller bakımından genetik kusurlara ve hastalıklara neden olacaktır<sup>35</sup>. Divan

---

France) Case. Order of 22 September 1995, Para 6 <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/97/097-19950922-ORD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 15.10.2023).

<sup>32</sup> **Ütük**, s. 31. Karar metni için bkz. ICJ, Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraphs 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case. Order of 22 September 1995, Para 62. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/97/097-19950922-ORD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 15.10.2023)

<sup>33</sup> **Ütük**, s. 32.

<sup>34</sup> Karar metni için bkz. ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996. Para. 27. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 19.10.2023)

<sup>35</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, Para. 35.

nükleer silahların kullanımının uluslararası hukuka aykırılığına ilişkin çok sayıda tespit yapmış olmasına rağmen, devletlerin mevcudiyetinin tehdit altında olduğu meşru müdafaa durumunda nükleer silah kullanmalarının hukuka uygun mu yoksa aykırı mı olduğu konusunda kesin bir yorumda bulunmanın mümkün olmadığını belirtmiştir<sup>36</sup>.

Bununla birlikte bu karara katılmayan ve karşıt görüş sunan yargıç Weeramantry'e göre; nükleer silahlar gezegenin tüm ekosistemini yok etme potansiyeline sahiptir<sup>37</sup> ve nükleer silah kullanımı ve tehdidi doğrudan ve herhangi bir istisna olmaksızın her durumda hukuk dışıdır<sup>38</sup>. Weeramantry'e göre Divan tarafından bu kararda gözetilmesi gereken ilkeler; kuşaklar arası eşitlik, ortak miras, ihtiyatlılık, yeryüzü kaynaklarının vasiliği, kirleten öder ve ekolojik güvenlik ilkeleridir<sup>39</sup>.

Uluslararası insancıl hukukun temel ilkeleri arasında yer alan sivil dokunulmazlığı ve ayırım ilkesini bütünüyle ihlal eden, doğal çevrenin tamamen yıkımına neden olan, aynı zamanda gelecek nesillerin de sağlığını etkileyebilecek düzeyde yıkım potansiyeline sahip olan nükleer silahların kullanımını kanaatimizce de tamamen yasaklanmalıdır.

Uluslararası çevre hukuku açısından önem taşıyan diğer bir dava Gabcikovo - Nagymaros'dur. Bu dava uluslararası düzeyde çevre sorunlarının Divan tarafından doğrudan incelenmesi ile bir ilki oluşturmuştur<sup>40</sup>. Divan tarafından doğrudan çevre sorunlarının ele alınmasının nedeni uyumsuzluğun esasını oluşturan Macaristan ve Slovakya arasında ortak sınır oluşturan Tuna Nehri üzerinde kurulacak barajlara ve eklentilere ilişkin 1977 tarihli anlaşmaya istinaden başlayan çalışmaların Macaristan tarafından ağırlıklı olarak çevreye ilişkin gerekçeler ileri sürülerek sona erdirilmesidir.

Divan'a sunulan bu uyumsuzluk 1997 yılında karara bağlanmıştır. Gabcikovo - Nagymaros davası antlaşmalar ve halefiyet hukuku gibi uluslararası hukukun birden fazla alanını ilgilendirmekle beraber yukarıda da belirtildiği gibi Divan'ın uluslararası çevre hukuku ilkelerini dikkate alarak

<sup>36</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, Para. 97.

<sup>37</sup> Karar metni için bkz. ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-12-EN.pdf>. s. 454. (Erişim Tarihi: 24.10.2023)

<sup>38</sup> Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, s. 433.

<sup>39</sup> Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, s. 502-503.

<sup>40</sup> **Abdullahzade**, Cavid: "Gabcikova- Nagymaraos Davası Kararında Uluslararası Adalet Divanı'nın 1969 Tarihli Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne İlişkin Değerlendirmesi", Cilt: 25, Sayı: 1-2, 2005, s. 2.

değerlendirme yaptığı ilk uyuşmazlıktır. Uzun yıllara yayılan bir süreçte özellikle Avrupa'daki çevre politikaları tartışmalarında gündeme gelen bu uyuşmazlığa ilişkin Divan'ın farklı hukuk alanları arasında bir denge oluşturması beklenirken bu işlevi yerine getirmediği görülmüştür<sup>41</sup>.

Gabcikovo - Nagymaros davasının öne çıkan diğer bir özelliği Divan tarihinde ilk kez delillerin değerlendirilmesi amacı ile uyuşmazlığa konu olan bölgenin ziyaret edilmesidir. 1997 yılının Nisan ayında davaya bakan Divan üyeleri bu ziyareti gerçekleştirmiş ve taraflarca belirlenen uzmanlardan bilgi alınmıştır<sup>42</sup>.

Bu dava açısından vurgulanan diğer bir nokta, uluslararası çevre hukukuna taraflar ve mahkeme tarafından verilen önemdir. Divan, daha önceki davalarda öne çıkan "imtiyazlar" ve "doğal kaynakların kontrolü" gibi kavramlar yerine, "sürdürülebilirlik" ve "kaynak kullanımının sınırlandırılması" gibi kavramlara önem vermiştir<sup>43</sup>.

Bu davada Divan, Macaristan tarafından 1989 yılında gerçekleştirilen askıya alma ve durdurmanın, 1977 tarihli anlaşmanın ihlali olduğuna karar vermiştir<sup>44</sup>. Aynı zamanda Divan tarafından, Slovakya'nın tek taraflı girişimleri ve bunun sonucunda elde ettiği enerjiyi sadece kendisine tahsis etmesi orantısız ve uluslararası hukuka aykırı bulunmuştur<sup>45</sup>.

Bu karar açısından Divan'a yönelik yapılan eleştirilerden biri de, Divan'ın 1977 tarihli anlaşmada yer alan çevreyi korumaya yönelik hükümleri gelişmeye açık olarak değerlendirmesine rağmen, çevre hukukunda zaman içinde ortaya çıkan yeni kavram ve ilkelerin neler olduğu tespitini yapmadığıdır<sup>46</sup>. Divan, sürdürülebilir kalkınma konusuna yönelik genel bir değerlendirme yapıp, konunun hangi denge içinde çözümleneceğini taraflara bırakmıştır<sup>47</sup>.

Ayrı görüş sunan Yargıç Weeramantry'e göre; sürdürülebilir kalkınma sadece bir kavram olmayıp, kalkınma olgusu ile çevresel koruma arasında

<sup>41</sup> **Anlar**, Şule Anlar: "Gabcikova - Nagymaros Davası", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 2, 2006, s. 93.

<sup>42</sup> **Güneş**, s. 95.

<sup>43</sup> **Güneş**, s. 96.

<sup>44</sup> Karar metni için bkz. ICJ, Case Concerning The Gabcikova & Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) (Judgment of 25 September 1997), Para 57. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2023)

<sup>45</sup> Case Concerning The Gabcikovo & Nagymaros Project Para 78.

<sup>46</sup> **Güneş**, s. 107-108.

<sup>47</sup> Case Concerning The Gabcikovo & Nagymaros Project Para 140.

denge işlevini sağlayacak normatif bir ilkedir ve modern uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçasıdır<sup>48</sup>.

Gabcikovo - Nagymaros kararına yönelik Divan'a yapılan eleştiriler şu şekilde de sınıflandırılabilir; a) Divan, davanın sürdüğü dört yıl boyunca, proje kapsamında yer alan bölgelerdeki çevresel zararın önlenmesi noktasında gerekli kararları tesis etmemiştir b) Divan tarafından uyuşmazlığın çözümüne yönelik kesin ölçütlerin benimsenmemesi ve taraflara müzakereye devam etmeleri yönünde önerilerde bulunulması, Divan tarafından sorunun çözülemediğini göstermiştir<sup>49</sup>.

Bu makale kapsamında geniş bir şekilde incelenecek olan Pulp Mills davası, esas itibarıyla Arjantin ve Uruguay arasında sınır oluşturan Uruguay nehri üzerinde kurulan kağıt hammaddesi üretim tesislerine ilişkin olmakla birlikte, sınıraşan ciddi nitelikteki zarar riski taşıyan faaliyetlerin önlenmesi ve bununla ilgili çevresel etki değerlendirmelerinin yapılmasına ilişkin kapsamlı tartışma nedeniyle kimi yazarlarca Divan tarafından karara bağlanan en önemli çevre davasıdır<sup>50</sup>. Hatta bu dava kimi değerlendirmelere göre bir uluslararası mahkeme tarafından karara bağlanan uluslararası çevre hukukuyla ilgili en önemli davadır<sup>51</sup>.

Uluslararası çevre hukukunun gelişimi açısından önemli olan diğer bir dava Kosta Rika - Nikaragua davasıdır. Bu davaya yönelik başvuru Kosta Rika tarafından 18 Kasım 2010 tarihinde Nikaragua aleyhine yapılmıştır. "Nikaragua tarafından sınır bölgesinde yapılan çeşitli faaliyetler" başlığını taşıyan bu davanın konusunu, Nikaragua tarafından San Juan nehrinden Los Portillos sulak alanına doğru yapılan kanal inşası ile San Juan nehrinde yürütülen faaliyetler oluşturmaktadır. Kosta Rika'ya göre; yürütülen bu faaliyetler Colarado nehrinin su hacminin önemli oranda azalmasına ve Ramsar Sözleşmesi kapsamında korunan sulak alanlarda geniş çaplı zararlara yol açacaktır<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> ICJ, Case Concerning The Gabcikovo & Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) (Judgment of 25 September 1997), Separate Opinion of Vice President Weeramentry, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-03-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 06.07.2024) s. 88-89.

<sup>49</sup> **Güneş**, s. 114.

<sup>50</sup> **Fitzmaurice**, s. 374.

<sup>51</sup> **Boyle**, Alan: "Pulp Mills Case: A Commentary", British Institute of International and Comparative Law, 2011, 1. [https://www.biiicl.org/files/5167\\_pulp\\_mills\\_case.pdf](https://www.biiicl.org/files/5167_pulp_mills_case.pdf) (Erişim Tarihi: 13.09.2023).

<sup>52</sup> **Güneş**, Şule: "Kosta Rika- Nikaragua Davası", Savaşan, Zerrin/Ünay, Hakan (ed.), Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları: Dünden Bugüne ve Geleceğe, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 716.

Divan 16 Aralık 2015 tarihli kararında, Nikaragua veya Kosta Rika'nın sınıraşan zararın önlenmesi konusunda asli görevlerini ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Divan, Nikaragua'nın, kanal inşası sonucunda Kosta Rika'ya verilen çevresel zarardan sorumlu olduğu sonucuna varmış ve çevresel zarar değerlendirmesine ilişkin uzun bir analizden sonra Kosta Rika'ya tazminat ödenmesine karar vermiştir<sup>53</sup>.

Genel olarak değerlendirildiğinde, Divan'ın 16 Aralık 2015 tarihli kararı çevresel zarar nedeniyle verilen ilk tazminat kararıdır<sup>54</sup>. Divan'a göre; çevreye verilen zarar ve bunun sonucunda yaşanan çevresel bozulma ve kayıp uluslararası hukuk kapsamında tazmin edilebilir niteliktedir. Bu tür bir tazminat, çevreye ilişkin zararları kapsayabileceği gibi, çevrenin yeniden eski haline getirilmesine ilişkin bedelleri de kapsamaktadır<sup>55</sup>.

Kosta Rika 16 Ocak 2017 tarihi itibarıyla Divan'a başvurarak, 16 Aralık 2015 tarihinde verilen kararın 229/5. paragrafı uyarınca, tazminat oranının belirlenmesi için verilen 12 aylık sürede Nikaragua ile uzlaşmaya varılmadığını belirtmiş ve Divan'dan tazminat miktarının belirlenmesini talep etmiştir<sup>56</sup>.

Divan tarafından tazminat miktarı 2 Şubat 2018 tarihinde verilen karar ile belirlenmiştir. Bu kapsamda Divan tarihinde ilk kez, tazminat miktarı belirlenirken ekolojik değerlerdeki kayıp esas alınmıştır. Bu karar uyarınca, çevreye verilen zarar ile birlikte zarar neticesinde çevrenin ürün ve hizmet sağlama kabiliyetinde ortaya çıkan kayıp ve azalmanın uluslararası hukuk altında tazmin edilebilir olduğu açık bir şekilde kabul edilmiştir. Bununla birlikte Divan'ın çevresel zararın hesaplanmasında izlediği yöntemi açık bir şekilde ortaya koyamaması uluslararası alanda mahkemelerin çevresel zararın hesaplanması konusunda Divan'ın rehberliğinden yararlanması imkânını

<sup>53</sup> Karar metni için bkz. ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area, Costa Rica v. Nicaragua*, Judgment of 16 December 2015, para 229. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/150/150-20151216-JUD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 28.10.2023).

<sup>54</sup> **Harrison**, James: "Significant International Environmental Law Cases: 2017-18", *Journal of Environmental Law*, Cilt 30, 2018, s. 528.

<sup>55</sup> Karar metni için bkz. ICJ, *Certain Activities Carried Out By Nicaragua in the Border Area, (Costa Rica & Nicaragua)*, Judgment of 2 February 2018. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/150/150-20180202-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2023). Para. 42.

<sup>56</sup> *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area, Costa Rica v. Nicaragua*, Judgment of 2 February 2018, Para 11.



kısıtlamıştır<sup>57</sup>. Divan tarafından Kosta Rika'ya verilmesi gereken tazminatın toplam tutarı, Nikaragua tarafından 2 Nisan 2018 tarihine kadar ödenecek 378.890,59 ABD Dolarıdır<sup>58</sup>. Tazminatın tamamı Nikaragua tarafından karşılanmıştır<sup>59</sup>.

Bu kararın uluslararası çevre hukukunun gelişimine yönelik katkısına bakıldığında, uğranılan çevresel zararın tazmini noktasında ekolojik unsurların kaybının değerlendirilmesi önemlidir. Divan Kosta Rika'nın tazminat talebinde bulunduğu altı ekolojik değerden dördü için Kosta Rika'ya tazminat ödenmesine karar vermiştir<sup>60</sup>.

Bu karar kapsamında Divan'a yönelik yapılan eleştirilerin başında, devletlerin kendi yargı yetkisi altında bulunan alanlarda gerçekleştirmiş oldukları faaliyetler sonucunda ortaya çıkabilecek ciddi nitelikteki sınıraşan zararların öngörülmesi halinde çevresel etki değerlendirmesinin yapılmasına yönelik, uluslararası teamül hukukuna ilişkin kuralın açıklığa kavuşturulmadığıdır. Bu dava kapsamında Divan'ın Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından oluşturulan 2001 tarihli Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Ötesi Zararların Önlenmesine İlişkin Taslak Maddelere atıfta bulunmaması da eleştirilmiştir<sup>61</sup>. Bu karar bu konuya ilişkin olarak gelecekte tartışılabilir birçok noktanın olduğunu göstermektedir<sup>62</sup>.

Bu çalışma kapsamında incelenen kararlara bakıldığında; Divan'ın Korfu Boğazı ve Barcelona Traction kararlarında çevresel uyumsuzluklara yönelik uygulanabilecek olan genel ilkeleri ortaya koyduğu, sonraki tarihli kararlarında ise uluslararası çevre hukukunun özel normlarına yönelik değerlendirmeler yaptığı görülmüştür<sup>63</sup>.

Divan'ın uluslararası hukukun yapısına uluslararası çevre hukukunun bir alt disiplin olarak dahil edilmesi yönünde katkı sunduğu belirtilmekle

<sup>57</sup> **Güneş, Şule**: “Kosta Rika- Nikaragua Davası”, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 732-734.

<sup>58</sup> Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area, Costa Rica v. Nicaragua, Judgment of 2 February 2018, Para 156.

<sup>59</sup> **Güneş, Şule**: “Kosta Rika- Nikaragua Davası”, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 723.

<sup>60</sup> Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area, Costa Rica v. Nicaragua, Judgment of 2 February 2018, Para 75. Bu ekolojik değerler; ağaçlar, gaz düzenleme ve hava kalitesi hizmetleri, biyolojik çeşitliliğin kaybı ile birlikte kereste ve diğer hammaddelerdir.

<sup>61</sup> **Ütük**, s. 39-40.

<sup>62</sup> **Harrison**, s. 531.

<sup>63</sup> **Fitzmaurice**, s. 373; **Vinuales**, Jorge E.: “The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment”, Fordham International Law Journal, Cilt 32, No 1, 2008, s. 235-236.

birlikte, Divan'ın uluslararası çevre hukukunun ayrıntıları ve uygulanabilirliği üzerindeki etkisi asgari düzeyde kalmıştır. Bu bağlamda Divan'ın kararlarının uluslararası çevre hukukunda devletlerin yükümlülüklerinin belirlenmesi açısından yeterli olmadığı söylenebilir<sup>64</sup>.

## II. PULP MİLLS DAVASI

Divan'ın uluslararası çevre hukukuna yönelik kararlarına bakıldığında verilen her bir kararın, ilgili somut olayın özellikleri çerçevesinde doğal olarak farklılıklar taşıdığı görülmektedir. Çevre sorunlarının büyüklüğü ve aciliyeti düşünüldüğünde bu kaçınılmazdır. İncelenen kararlarda genellikle Divan'ın uluslararası çevre hukukuna yönelik katkısının olduğu kabul edilmekle beraber bunun birçok kararda da görüldüğü gibi yeterli olmadığı ve gelişmeye açık olduğu söylenebilir.

Bu bölümde incelenecek olan Pulp Mills kararı uluslararası çevre hukuku açısından Divan'ın kararlarında önemli bir yere sahiptir. Yukarıda belirtildiği gibi bu karar diğer kararlardan farklı olarak kimi yazarlarca Divan'ın uluslararası çevre hukuku alanındaki en önemli kararı olarak değerlendirilmiştir.

Bu davanın nedenleri ile birlikte, Divan'ın yargılama yetkisine ve tarafların iddialarına bu bölümde geniş yer verilmekle birlikte, tarafların ihtiyati tedbir taleplerine yönelik kararlara da kısaca değinilmiştir.

### A. Davanın Nedenleri

Bu dava esas itibarıyla Arjantin ve Uruguay arasında sınır oluşturan Uruguay nehri üzerinde kurulan kağıt hammaddesi üretim tesislerine ilişkindir. Bu nehrin hukuki statüsü Arjantin ve Uruguay arasında 7 Nisan 1961 tarihinde Montevideo'da imzalanan "Uruguay Nehri'nin oluşturduğu sınıra ilişkin anlaşma" ile belirlenmiştir<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> **Fitzmaurice**, s. 374.

<sup>65</sup> Çerçeve niteliğindeki bu anlaşma giriş ve 11 maddeden oluşmaktadır. Bu anlaşmanın 7. maddesi uyarınca taraflarca "nehirin kullanımı için ortak bir rejim" kurulması öngörülmüştür. Bu maddenin içeriğinde; seyrüsefer güvenliği için ortak standartlar belirlenmesi, mevcut uygulamaları dikkate alan bir kılavuzluk rejiminin kurulması gibi hususlarla birlikte, canlı kaynakların korunması ve su kirliliğini önlenmesi de yer almaktadır. Uruguay and Argentina, Treaty concerning the boundary constituted by the River Uruguay. Signed at Montevideo, on 7 April 1961, No: 9074, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20635/volume-635-I-9074-English.pdf>. (Erişim Tarihi: 28.10.2023).

Bu antlaşmanın 7. maddesi uyarınca taraflarca nehrin kullanımı için ortak bir rejim kurulması öngörülmüştür. Uruguay Nehri'nin yönetimi ve korunması açısından büyük önem taşıyan bu rejim Uruguay Nehri İdari Komisyonu (the Administrative Commission of the River Uruguay- CARU) adı altında 17 bölüm ve toplam 63 maddeden oluşan 26 Şubat 1975 tarihli Statü ile kurulmuştur<sup>66</sup>.

Bu kapsamda nehrin statüsü belirlenmiş ve seyrüsefer için mümkün olan kolaylıkların ve güvenliğin sağlanması amacıyla taraflar arasında işbirliği öngörülmüştür<sup>67</sup>. Taraflar aynı zamanda nehrin güvenliğini ve ana kanalın kullanımını düzenleyen hükümler üzerinde anlaşacaklardır<sup>68</sup>.

Komisyon'un nehirde seyir güvenliği ve ana kanalın kullanımı, canlı kaynakların korunması ve muhafaza edilmesi, kılavuzluk, kirliliğin önlenmesi, boru hatları ve kabloların döşenmesi, bilimsel çalışmaların ve araştırmaların ortak yürütülmesini koordine etmek gibi fonksiyonları vardır<sup>69</sup>. Yeni kanallar açılmasının planlanması ve suyun kalitesi gibi konularda, bu statü uyarınca kurulan CARU'nun<sup>70</sup> bilgilendirilmesi şarttır. Bu kapsamda nehir ekosisteminin ve sularının korunması amacıyla düzenlemeler yapılmış, bir bütün olarak nehir ekosistemini etkileyebilecek ve bozabilecek konularda toprakların ve ormanlık alanların yönetimi düzenlenmiştir. Bu statüde, yeraltı sularının ve nehrin kollarını oluşturan suların kullanımı yasaklanmıştır<sup>71</sup>. Statü uyarınca nehirde yaşanabilecek kirliliğin önlenmesi noktasında sorumluluk düzenlenmiştir<sup>72</sup>. Statüde, nehirle ilgili olarak taraflar arasında ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlığın, taraflardan birinin teklifi üzerine Komisyon tarafından görüşüleceği yer almakla birlikte, uyuşmazlığın Komisyon tarafından 120 gün içinde sonuçlandırılmaması durumunda taraflarca sorunun doğrudan müzakere yoluyla çözülmesi düzenlenmiştir<sup>73</sup>. Ayrıca bu statüde antlaşma ve statünün yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkların müzakereler yolu ile çözülememesi durumunda,

<sup>66</sup> Uruguay and Argentina, Statute of the River Uruguay. 26/02/1975 <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201295/volume-1295-I-21425-English.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2023).

<sup>67</sup> Statute of the River Uruguay, md. 3.

<sup>68</sup> Statute of the River Uruguay, md. 4.

<sup>69</sup> Statute of the River Uruguay, md. 56.

<sup>70</sup> Statute of the River Uruguay, md. 49-57.

<sup>71</sup> Statute of the River Uruguay, md. 35.

<sup>72</sup> Statute of the River Uruguay, md. 40-43.

<sup>73</sup> Statute of the River Uruguay, md. 58-59.

uyuşmazlığın taraflarından herhangi birinin uyuşmazlığı doğrudan Divan'a sunabileceği yer almıştır<sup>74</sup>.

Bu davaya ilişkin başvuru Arjantin tarafından 4 Mayıs 2006 tarihinde Divan'a sunulmuştur. Bu davanın konusunu 26 Şubat 1975 tarihinde imzalanan, 18 Eylül 1976 tarihinde yürürlüğe giren Uruguay Nehrinin kullanımını düzenleyen statünün hükümlerinin ihlali iddiası oluşturmaktadır. Arjantin, bu ihlalin Uruguay Nehri üzerinde iki kağıt hammaddesi üretim tesisinin yapılması, inşa edilmesi ve gelecekte kullanımının planlanmasından kaynaklandığını belirtmiştir. Arjantin tarafından özellikle vurgulanan bu tür faaliyetlerin Uruguay Nehri'nin su kalitesi ve nehrin diğer alanları üzerindeki etkisidir<sup>75</sup>.

İlk sorun Uruguay'da, Celulosas de M'Bopicuá S.A. (CMB) olarak faaliyet gösteren İspanyol Empresa Nacional de Celulosas de España (ENCE) şirketince nehrin Uruguay'a ait kısmında yapılması planlanan bir kâğıt hammaddesi üretim tesisinin inşasına ilişkindir<sup>76</sup>. Bu kapsamda 22 Temmuz 2002 tarihinde, yapılması planlanan projenin çevresel etki değerlendirme (ÇED) raporu şirket yetkililerince Uruguay'a sunulmuş ve 1975 tarihli Statü uyarınca CARU Başkanlığı projeye ilişkin bilgilendirilmiş ve 14 Mayıs 2003 tarihinde ÇED raporu Uruguay makamları tarafından CARU'ya sunulmuştur<sup>77</sup>. 9 Ekim 2003 tarihinde konuya yönelik yetki sahibi Uruguay makamları tarafından fabrikanın inşası için şirkete izin verilmiştir. Aynı gün içerisinde iki liderinin yapmış olduğu görüşmede, Arjantin'in çevresel kaygılarını dikkate almayan hiçbir yetkilendirmenin yapılmayacağı Uruguay tarafından tahhüt edilmiştir<sup>78</sup>. 27 Ekim 2003 tarihinde Uruguay, verilen yetkilendirme ve ÇED raporunu Arjantin makamlarına ilettikten sonra Arjantin, sunulan belgelerde çevresel etkilere yönelik yeterli değerlendirmelerin yapılmadığını belirtmiştir<sup>79</sup>. 15 Mayıs 2004 tarihinde CARU Su Kalitesi ve Kirlilik Kontrolü Alt Komitesi, fabrikanın çevresinde su kalitesinin izlenmesi planını hazırlamıştır<sup>80</sup>. 28 Kasım 2005 tarihinde bir türlü inşaata başlanılmaması

<sup>74</sup> Statute of the River Uruguay, md. 60.

<sup>75</sup> Karar metni için bkz: ICJ, Case Concerning Pulp Mills On the River Uruguay (Argentina & Uruguay), Judgment of 20 April 2010, Para 1. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2023). (Bundan sonra, Pulp Mills Judgment olarak kullanılacaktır).

<sup>76</sup> Pulp Mills Judgment, Para 28.

<sup>77</sup> Pulp Mills Judgment, Para 29.

<sup>78</sup> Pulp Mills Judgment, Para 31.

<sup>79</sup> Pulp Mills Judgment, Para 33.

<sup>80</sup> Pulp Mills Judgment, Para 35.

nedeniyle projenin İspanyol yüklenicileri projeden vazgeçmişler ve proje 21 Eylül 2006 tarihinde iptal edilmiştir<sup>81</sup>.

Taraflar arasında uyuşmazlık konularından bir diğeri, yine bu nehir üzerinde kurulması planlanan Botnia S.A. isimli Finlandiya menşeli şirketin kağıt hammaddesi üretim tesisi kurma girişimidir. Orion (Botnia) olarak anılan üretim tesisinin kurulması, ENCE üretim tesisi için planlanan sahanın birkaç kilometre aşağısındadır. Bu konuya ilişkin benzer bir süreç devam ederken, tarafların dışişleri bakanlıklarınca 31 Mayıs 2005 tarihinde bu süreçlerle ilgili anlaşmazlıkları çözmek amacı ile kurulan Üst Düzey Teknik Grup (High-Level Technical Group- GTAN)'ın çabaları başarısızlıkla neticelenmiştir. 31 Ocak 2006 tarihinde Uruguay, GTAN'ın yürüttüğü müzakere sürecinin başarısız olduğuna karar vermiştir. Arjantin, Uruguay ile aynı fikirde olmakla beraber bu başarısızlığı 3 Şubat 2006 tarihinde ilan etmiştir<sup>82</sup>. Bununla birlikte 2003 yılında başlatılan Orion (Botnia) projesi 9 Kasım 2007 tarihinden beri faaliyet göstermektedir<sup>83</sup>.

Diğer taraftan Ontur International S.A. isimli şirket, Uruguay tarafından nehir kıyılarında kurulması planlanan liman inşası ve işletimi için yetkilendirilmiştir<sup>84</sup>. 5 Temmuz 2005 gibi erken bir tarihte Uruguay, Botnia şirketine Botnia üretim tesisinin bitişiğinde bir liman inşa etmesi için yetki vermiş ve daha sonraki tarihlerde bu konuya ilişkin başka yetkiler de vermiştir<sup>85</sup>.

Bütün bunlarla birlikte; Divan'ın 2006 yılında belirttiği gibi, bu proje Uruguay'ın şimdiye kadar sahip olduğu en büyük yabancı yatırım olmakla beraber proje ile ilgili riskler oldukça yüksektir. Bu proje planlama aşamasından itibaren nehrin diğer kıyısında yer alan Arjantin makamlarının yanı sıra başlıca ekonomik faaliyetleri turizm, balıkçılık ve tarım olan bölge halkının oluşabilecek kirlilik nedeniyle şiddetli protestoları ile karşı karşıya kalmış ve köprülerdeki geçişler halk tarafından engellenmiştir<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> Pulp Mills Judgment, Para 36.

<sup>82</sup> Pulp Mills Judgment, Para 40. GTAN'ın uyuşmazlığı çözmek için 180 günü vardır.

<sup>83</sup> **Dubois**, Sandrine Maljean/**Richard**, Vanessa: "The International Court of Justice's Judgement of 20 April 2010 in the Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) case, HAL Open Science, 2018, s. 2. <https://shs.hal.science/halshs-01416769>, (Erişim Tarihi: 11.09.2023).

<sup>84</sup> Pulp Mills Judgment, Para 44.

<sup>85</sup> **Merkouris**, Panos: "Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay): of Environmental Impact Assesments and "Phantom Experts", The Hague Justice Portal, 2010, s. 4. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2378882](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2378882), (Erişim Tarihi: 17.09.2023).

<sup>86</sup> **Dubois/Richard**, s. 1-2.

## B. Divan'ın Yargı Yetkisinin Kapsamı

Divan'ın yargı yetkisinin dayanağı Divan Statüsünün 36/1. maddesi<sup>87</sup> ile 1975 tarihli statünün 60/1. maddesidir<sup>88</sup>.

Devletler tarafından Divan'ın yargı yetkisinin ne şekilde kabul edileceği çalışmamızın ilk sayfalarında belirtilmişti. Pulp Mills davasında ise Divan'ın yargı yetkisinin kapsamı Arjantin ve Uruguay arasında akdedilen 1975 tarihli statüye dayanmaktadır. 1975 tarihli statünün 60. maddesi taraflar arasındaki uyuşmazlıkların görüşmeler sonucunda çözümsüz kalması durumunda her iki tarafın uyuşmazlığın çözümü için Divan'a başvurabileceğini düzenlemektedir. Bu çerçevede, 4 Mayıs 2006 tarihinde Arjantin uyuşmazlığı Divan'a sunmuştur<sup>89</sup>. Görüleceği gibi Divan'ın yargı yetkisi taraflarca uyuşmazlığın çıkmasından önce yapılan uluslararası bir anlaşmaya dayanmaktadır. Söz konusu anlaşma uyarınca taraflar aralarında çıkabilecek uyuşmazlık ya da uyuşmazlıkları Divan'a sunabilir.

Divan'ın yargı yetkisinin kabul edilmesi noktasında taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamasıyla birlikte tarafların anlaşamadığı nokta yargı yetkisinin kapsamıdır. Uruguay, gürültü, genel ve görsel rahatsızlık, turizme olan özel etkiler gibi konuların 1975 tarihli statünün yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili olmadığını savunmuştur. Hava kirliliğine yönelik ise suyun kalitesini etkileyeceğinden dolayı bir itiraz ileri sürmemiştir<sup>90</sup>.

Arjantin, Uruguay'ın Divan'ın yargı yetkisine yönelik yaklaşımını dar kapsamlı bulmuştur. Arjantin'e göre; 1975 tarihli statünün düzenlemeleri sadece nehrin su kalitesine yönelik olmayıp, aynı zamanda nehrin genel rejimine de kapsadığından dolayı, ilgili diğer konuların da geniş bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>91</sup> Tarafların bu iddiaları karşısında Divan 1975 tarihli statüde gürültü, görüntü kirliliği ve kötü kokular ele alınmadığı için bu konuları yargı yetkisinin kapsamına dahil etmemiştir<sup>92</sup>.

Yargı yetkisinin daha geniş bir şekilde değerlendirilmesi noktasında Arjantin, 1975 tarihli statünün 1. maddesinin "tarafların her biri için yürürlükte olan antlaşmalardan ve diğer uluslararası anlaşmalardan doğan hak ve

<sup>87</sup> Divan Statüsü'nün 36/1. maddesi şu şekildedir. "*Divan'ın yetki alanı tarafların kendisine sunacağı bütün işlerle Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ya da yürürlükteki antlaşma ya da sözleşmelerde özel olarak öngörülmüş bütün durumları kapsar*".

<sup>88</sup> Pulp Mills Judgment, Para 48.

<sup>89</sup> Pulp Mills Judgment, Para 52.

<sup>90</sup> Pulp Mills Judgment, Para 49.

<sup>91</sup> Pulp Mills Judgment, Para 50.

<sup>92</sup> Pulp Mills Judgment, Para 52.

yükümlülüklerle sıkı sıkıya uymak” ifadesinin bir gönderme maddesi olarak değerlendirilip söz konusu uyumsuzluğun çözümünde kullanılması gerektiğini belirtmiştir<sup>93</sup>.

Benzer şekilde Arjantin, statünün 41/a. maddesinin de bir gönderme hükmü olduğunu belirtmektedir. Bu madde uyarınca; tarafların su ortamını korumak, muhafaza etmek ve özellikle kirliliğini önlemek noktasında uygulanabilir uluslararası anlaşmalara ve ilgili olduğu yerde uluslararası teknik kuruluşların yönergeleri ve tavsiyelerine uygun gerekli kural ve önlemleri belirleme yükümlülüğü vardır<sup>94</sup>.

Bu kapsamda Arjantin’in 1975 tarihli statünün 1. maddesi uyarınca, “her iki taraf için yürürlükte olan antlaşmalar ve diğer uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin sıkı sıkıya tatbiki ifadesini”, diğer anlaşmaları yargılamaya dahil etme şeklinde geniş bir şekilde yorumlaması karşılık bulmamıştır<sup>95</sup>. Aynı zamanda Divan, 1975 tarihli statünün 41. maddesinde yer alan “uygulanabilir nitelikteki uluslararası anlaşmalara uyumlu olarak uygun önlemlerin alınması” ifadesini, diğer anlaşmalara bir atıf olarak kabul etmemiştir<sup>96</sup>.

### C. Tarafların İddia ve Talepleri

Arjantin, Uruguay’ın tek taraflı olarak iki kağıt hamuru üretim tesisi fabrikasının inşasına izin vererek 1975 tarihli statüyü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Arjantin’e göre, bu tür tesislerin inşası ve işletmeye alınması, Uruguay Nehri’nin çevresine önemli ölçüde zarar verecektir. Bu kapsamda Uruguay’a, kağıt hamuru üretim tesisleri kurma projesinin çevreye ve nehir ekosistemine zarar verme riski taşıyıp taşımadığı sorusu yöneltmiştir. Arjantin’e göre; bu projeler çevreye zarar verecek, nehrin Arjantin-Uruguay kesimindeki balık üretiminin yüzde 90’ı (yılda 4.500 tonun üzerinde) yapılması planlanan projelerden etkilenecektir. Aynı zamanda yapılması planlanan projeler göçmen balıkların üreme alanı içerisindedir. Arjantin’in diğer bir iddiası da, kurulması planlanan üretim tesislerinin yerleşim yerlerine çok yakın olduğudur<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Pulp Mills Judgment, Para 59.

<sup>94</sup> Pulp Mills Judgment, Para 60.

<sup>95</sup> Pulp Mills Judgment, Para 59-60.

<sup>96</sup> Pulp Mills Judgment, Para 62-63.

<sup>97</sup> ICJ, Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of July 13, 2006, Para 8. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20060713-ORD-02-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.10.2023).

Arjantin öncelikle yapılması planlanan kâğıt hammaddesi üretim tesislerinin, nehrin sularına önemli bir etkide bulunacağı ve ciddi nitelikte sınır aşan çevresel zarar vereceği gerçeğinden hareket ederek<sup>98</sup> karşı karşıya kalınan durumun sadece maddi tazminat veya diğer maddi hükümlerle telafi edilemeyeceğini belirterek ihtiyati tedbir talebini<sup>99</sup> Divan'a sunmuştur<sup>100</sup>. İhtiyati tedbirlerin görüşüldüğü duruşmalar 8 ve 9 Haziran 2006 tarihlerinde yapılmıştır. Karar 13 Temmuz 2006 tarihinde verilmiştir<sup>101</sup>.

Arjantin, Divan'dan verilecek nihai karara kadar kâğıt hammaddesi üretim tesislerinin inşaatlarına ilişkin tüm izinlerin askıya alınmasını talep etmiştir. Arjantin aynı zamanda, Uruguay'ın nehrin korunması ve kirliliğin önlenmesi için Arjantin'le işbirliği yapmasını, Uruguay'ın mevcut yargılamanın konusu olan anlaşmazlığı ağırlaştıracak veya çözümünü zorlaştıracak her türlü eylemden kaçınmasına karar verilmesini istemiştir<sup>102</sup>. Arjantin'e göre; özellikle inşaat izinlerinin askıya alınmaması halinde 1975 tarihli statüde belirlenen usul tamamen teorik kalacaktır ve statü uyarınca sahip olduğu hakları kullanması "*sonsuz kadar*" mümkün olmayacaktır<sup>103</sup>.

Arjantin'in bu iddialarına karşılık Uruguay, Arjantin'in herhangi bir hakkına yönelik mevcut veya yakın bir tehdidin bulunmaması, dolayısıyla onarılamaz zarar riski ve aciliyet koşullarının bulunmaması nedeniyle Arjantin'in ihtiyati tedbir taleplerinin reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>104</sup>.

Divan'a göre; Arjantin yapılması planlanan projeler kapsamında çevresel düzeyde telafisi mümkün olmayan zararlarla birlikte ekonomik ve sosyal düzeyde de zarara uğrayacağını kanıtlamamıştır<sup>105</sup>. Bu nedenle Arjantin'in ihtiyati tedbir talebi kabul edilmemiştir<sup>106</sup>.

29 Kasım 2006 tarihinde Uruguay, 20 Kasım 2006 tarihinden itibaren Arjantin vatandaşlarından oluşan organize grupların Uruguay Nehri üzerin-

<sup>98</sup> Request for the Indication of Provisional Measures, Order of July, Para 15.

<sup>99</sup> İhtiyati tedbir Divan statüsünün 41/1. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir. "Divan durumun gerektirdiğine hükmederse, tarafların herbirinin haklarını korumak için hangi geçici önlemlerin alınması gerektiğini belirtme yetkisine sahiptir".

<sup>100</sup> Request for the Indication of Provisional Measures, Order of July, Para 17-19.

<sup>101</sup> ICJ, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Overview of the Case, <https://www.icj-cij.org/case/135>, (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

<sup>102</sup> Request for the Indication of Provisional Measures, Order of July, Para 20.

<sup>103</sup> Request for the Indication of Provisional Measures, Order of July, Para 66.

<sup>104</sup> Request for the Indication of Provisional Measures, Order of July, Para 44.

<sup>105</sup> Request for the Indication of Provisional Measures, Order of July, Para 74.

<sup>106</sup> Request for the Indication of Provisional Measures, Order of July, Para 87.



deki hayati öneme sahip ticari ve turistik geçişlere imkan veren uluslararası bir köprüyü abluka altına aldığını, bu eylemin kendisine önemli ölçüde ekonomik zarar verdiğini, bu eylemlerin devamının köprünün en az üç ay daha kapatılması ile sonuçlanacağını belirtmiş ve Arjantin'in ablukayı sona erdirmek için hiçbir çaba sarf etmediği gerekçesiyle, bu eylemlerin önlenmesi amacıyla Divan tarafından ihtiyati tedbirlerin alınması talebinde bulunmuştur<sup>107</sup>.

İhtiyati tedbirlerin alınmasına yönelik talepler 18 ve 19 Aralık 2006 tarihlerinde görüşülmüş, Divan 23 Ocak 2007 tarihli bir kararla, ihtiyati tedbir taleplerini sorunu ağırlaştıracak veya uzatacak yeni gelişmelere sebep olabileceği<sup>108</sup> gerekçesi ile reddetmiştir<sup>109</sup>.

İhtiyati tedbir talepleri sonrasında tarafların iddiaları şu şekildedir. Arjantin, Uruguay'ın kağıt hamuru üretim tesislerine izin verirken ve inşa ederken ihlal ettiği hususları şu şekilde saymıştır. Bunlar;

- a) Nehrin verimli ve akılcı kullanımını için gerekli tüm önlemleri alma yükümlülüğü,
- b) Üretim tesisleri ile ilgili süreç ve faaliyetlere ilişkin önceden bildirimde bulunma yükümlülüğü,
- c) Nehrin su ortamının, balık kaynaklarının ve biyolojik çeşitliliğinin korunması yükümlülüğü,
- d) Kirliliği önleme yükümlülüğü,
- e) Eksiksiz bir şekilde çevresel etki değerlendirmesinin hazırlanması zorunluluğu,
- f) Nehrin çevresinin korunması ve kirliliğin önlenmesi konusunda işbirliği yapma yükümlülüğü<sup>110</sup>.

Arjantin Divan'dan, bu fiillerin Uruguay'ın işlediği uluslararası haksız fiiller olarak tespit edilmesini ve bu fiiller öncesi durumun yeniden tesisini talep etmiştir. Sonuç olarak Arjantin'in, Divan'dan talebi Uruguay'ın yukarıda belirtilen ihlallere son vermesi ve tazminat ödemesidir. Bu kapsamda Uruguay Divan'dan, yapılması planlanan inşaatların hukuka uygun olduğunu

<sup>107</sup> ICJ, Case concerning pulp mills on the River Uruguay, (Argentina v. Uruguay), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of January 23, 2007, Para 8. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20070123-ORD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 22.10.2023).

<sup>108</sup> Request for the Indication of Provisional Measures, Order of January 23, Para 49.

<sup>109</sup> Request for the Indication of Provisional Measures, Order of January 23, Para 56.

<sup>110</sup> Pulp Mills Judgment, Para 22.

ve Uruguay'ın Botnia tesisini 1975 tarihli statü hükümlerine uygun olarak işletmeye devam etme hakkını ilan etmesini talep etmiştir<sup>111</sup>.

#### **D. Usule İlişkin Yükümlülüklerin İhlali**

Divan esasa yönelik kararını 20 Nisan 2010 tarihinde vermiştir<sup>112</sup>. Divan öncelikle tarafların genel olarak uluslararası hukuk altında ve özel olarak CARU aracılığıyla 1975 tarihli statünün öngördüğü müzakere ve işbirliği usullerini iyi niyetle yerine getirme yükümlülüklerini hatırlatmıştır.

Yukarıdaki paragraflarda belirtildiği gibi Divan, Arjantin'in ihtiyati tedbir talebi olarak iki kağıt hamuru üretim tesisinin ruhsatlarının ve inşaatlarının askıya alınması talebini, geri dönülemez bir zararın oluşacağına ikna olmadığından dolayı reddetmiştir. Benzer şekilde Divan; Uruguay'ın nehir üzerinde bulunan köprülerdeki Arjantinli göstericilerin eylemlerinin önlenmesine yönelik ihtiyati tedbir talebini, bu gösterilerin Uruguay'ın haklarına geri dönüşü olmayan şekilde zarar vereceği konusunda acil bir risk oluşturmadığı gerekçesi ile reddetmiştir.

1975 tarihli statünün usule ve esasa ilişkin yükümlülüklerinin ihlal edildiği iddialarının ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini belirledikten sonra Divan, dikkatini 1975 tarihli statünün usule ilişkin yükümlülüklerinin yer aldığı 7 ile 12. maddeleri arasındaki sisteme çevirmiştir<sup>113</sup>. Bu kapsamda Divan, 1975 tarihli statü uyarınca kurulan CARU'nun, taraflar arasında işbirliği yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde merkezi bir bileşen olan uluslararası bir örgüt olduğunu ve CARU'nun kendisine verilen görevi yerine getirebilmesi için Uruguay Nehri'nin çevresini etkileyebilecek her türlü çalışmadan haberdar edilmesi gerektiği tespitini yapmıştır. Bu belirtilenler 1975 tarihli statü tarafından kurulan sistemin temel unsurudur<sup>114</sup>.

#### **1. CARU'ya Bildirim**

Divan Arjantin'in, Uruguay'ın bildirim yükümlülüklerini ihlal ettiği yönündeki iddialarına ilişkin yapmış olduğu incelemede, çevreye verilen zararın önlenmesini esas almıştır. Divan'a göre; önleme ilkesi geleneksel bir kuraldır ve kökeni bir devletin kendi topraklarını diğer devletlere zarar verecek şekilde bilerek kullanmaması yönünde gerekli özeni göstermesi ilke-

<sup>111</sup> Pulp Mills Judgment, Para 24.

<sup>112</sup> ICJ, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Overview of the Case, <https://www.icj-cij.org/case/135>, (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

<sup>113</sup> **Merkouris**, s. 6.

<sup>114</sup> Pulp Mills Judgment, Para 93.

sine dayanmaktadır<sup>115</sup>. Buna göre bir devletin egemenliği altında bulunan bir alanda başka bir devletin çevresine ciddi nitelikte zarar verecek faaliyetlerden kaçınmak için elindeki tüm araçları kullanması gerekmektedir. Divan Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğu başlığını taşıyan danışma görüşünde bu yükümlülüğün artık çevreyle ilgili uluslararası hukuk külliyyatının bir parçası olduğunu vurgulamıştır<sup>116</sup>.

Divan açısından 1975 tarihli statü uyarınca CARU'ya bildirimde bulunma yükümlülüğü, çevreye verilecek zararı önleme görevinin yerine getirilmesiyle ayrılmaz biçimde bağlantılı olmakla birlikte aynı zamanda tarafların işbirliği yapma ve iyi niyetle müzakerelere katılmalarının bir gereğidir<sup>117</sup>. Divan nehir çevresine zarar verecek faaliyetlere veya projelere ilişkin bilgi sahibi olan tarafın CARU'yu bilgilendirmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu aşamada sağlanan bilgiler doğrultusunda projenin çevresel etkisinin tam bir değerlendirmesinin yapılması daha fazla zaman ve kaynak gerektireceğinden beklenmemektedir. Bu kapsamda konuya ilişkin daha geniş bir bilgi söz konusu ise, bu bilgi CARU'ya iletilmelidir. Burada dikkat çekilen nokta CARU'yu bilgilendirme görevinin, söz konusu faaliyete ilişkin projeye izin verilmesinden önce olması gerektiğidir<sup>118</sup>.

Divan'a göre, CARU'nun bilgilendirme taleplerine rağmen 1975 tarihli statünün 7/1. maddesi uyarınca Uruguay, CARU'ya bildirimde bulunma yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Divan'a göre Uruguay, kurulması planlanan kağıt hammaddesi üretim tesisleri ve Botnia fabrikasının bitişiğindeki liman terminali için ilk çevre izinlerinin verilmesinden önce planlanan çalışmalar hakkında CARU'ya bildirimde bulunmayarak, statünün 7/1. maddesini ihlal etmiştir<sup>119</sup>. CARU'nun belirli bilgileri doğrudan ilgili şirketlerden ve sivil toplum kuruluşlarından almış olması Uruguay'ın yükümlülüğünü ortadan kaldırmamıştır<sup>120</sup>.

## 2. Arjantin'e Bildirim

1975 tarihli statünün 7/2. maddesi Uruguay nehrine ilişkin bir planın, CARU tarafından diğer tarafa ciddi zarar verebileceğine karar verilmesi veya

<sup>115</sup> Pulp Mills Judgment, Para 101.

<sup>116</sup> Pulp Mills Judgment, Para 101. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, Para 29.

<sup>117</sup> Pulp Mills Judgment, Para 102.

<sup>118</sup> Anton, Donald K: "Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay", Australian International Law Journal, 2010, s. 216. <https://www.austlii.edu.au/au/journals/AUIntLawJl/2010/13.pdf>. (Erişim Tarihi: 27.10.2023).

<sup>119</sup> Pulp Mills Judgment, Para 111.

<sup>120</sup> Anton, s. 216.

bu konuda bir karara varılamaması durumunda, ilgili tarafın diğer tarafa komisyon aracılığı ile bildirimde bulunma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Statünün 7/3. maddesi bu bildirimde bulunma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu kapsamda, yapılması planlanan projelerin ana yönleri, seyrüsefer, nehrin rejimi ve çevreye yönelik etkisinin değerlendirilmesini sağlayacak diğer teknik veriler açıklanmalıdır<sup>121</sup>. Bildirim yükümlülüğünün amacı, taraflar arasında işbirliğinin sağlanması için gerekli koşulların yaratılmasıdır. Bu kapsamda bildirim yükümlülüğü, planın risklerinin değerlendirilmesi ve bu risklerin ortadan kaldırılabilmesi ve bu riskler sonucunda oluşabilecek hasar ve etkinin en aza indirilmesi amacı ile müzakere sürecinin önemli bir parçasıdır<sup>122</sup>.

Davada Divan, Arjantin'e bildirim CARU aracılığıyla yapılmadığını ve Uruguay'ın bu değerlendirmeleri ancak söz konusu iki kağıt hamuru üretim tesisi için ilk çevre izinlerini verdikten sonra Arjantin'e bildirdiğini belirtmiştir. Bu kapsamda Divan, Uruguay'ın 1975 tarihli statünün 7/2 ve 3. maddeleri uyarınca CARU aracılığıyla planları Arjantin'e bildirme yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır<sup>123</sup>.

### **3. 1975 Tarihli Statünün Usul Yükümlülüklerine Yönelik İstisna İddiası**

Taraflarca kabul edilen 2005 tarihli GTAN anlaşmasının, 1975 tarihli statüde yer alan usul yükümlülüklerine bir istisna oluşturup oluşturmayacağı noktasında Divan'a göre; Uruguay'ın 1975 tarihli statünün 7. maddesinde ortaya konan bilgilendirme yükümlülüğü vardır. Bu nedenle kağıt hamuru üretim tesislerinin inşasına izin vererek, müzakere döneminin bitiminden önce Uruguay, iyi niyetle müzakere yükümlülüklerini yerine getirmemiş ve usule ilişkin yükümlülüklerini ihlal etmiştir.<sup>124</sup>

Müzakere sürecinin sonuna ilişkin yükümlülükler konusunda Divan, 1975 tarihli statünün yorumlanması ve uygulanması noktasında çıkabilecek uyuşmazlığın çözümü konusunda yetkili olmasına rağmen planlanan faaliyetlere izin verip vermeme konusunda karar verici bir role sahip olmadığını belirterek, yapılması amaçlanan tesislerin inşasının Uruguay tarafından, müzakere sürecinin sonunda riskleri kendisine ait olmak devam edebileceği yönünde karar vermiştir.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Pulp Mills Judgment, Para 112.

<sup>122</sup> Pulp Mills Judgment, Para 113.

<sup>123</sup> Pulp Mills Judgment, Para 122.

<sup>124</sup> Pulp Mills Judgment, Para 143-150.

<sup>125</sup> Pulp Mills Judgment, Para 154.

### III. ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKUNUN İLKELERİ VE PULP MİLLS KARARI

Uruguay'ın usule ilişkin yükümlülüklerini ihlal ettiğini tespit ettikten sonra Divan, 1975 tarihli statü uyarınca ortaya çıkan esaslı yükümlülüklerin ihlali iddialarına yönelmiştir. Divan, iki yükümlülük kategorisinin birbirini mükemmel şekilde tamamladığını vurgulamakla birlikte<sup>126</sup>, sadece usule ilişkin bir yükümlülüğün ihlalinin, maddi yükümlülüklerin ihlalinin beraberinde getirmediğini vurgulamıştır. Divan'a göre; her bir kategoriye ilişkin ihlal ayrı bir şekilde değerlendirilmelidir.

Bu bölüm kapsamında Divan'ın Pulp Mills kararının esasına ilişkin yapmış olduğu değerlendirmeler yer almakla birlikte, bu çalışma kapsamında incelenen diğer kararlara uluslararası çevre hukukunun ilkeleri doğrultusunda alt başlıklarda atıflar yapılmıştır.

#### A. Ekolojik Dengenin Korunması ve Kirliliğin Önlenmesine İlişkin Yükümlülükler

Divan, 1975 tarihli statünün 36. maddesi uyarınca tarafların, CARU yoluyla nehrin ekolojik dengesinin korunması amacı ile gerekli önlemleri almaya yönelik özel bir yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir. Bu yükümlülük uyarınca; her iki taraf önlemler alırken gerekli özeni göstermelidir. Aynı zamanda 36. madde, her iki devlete ekolojik dengenin korunması konusunda görev yüklemekle birlikte, bu görevin kapsamı sadece CARU aracılığıyla tarafların yaptığı düzenleyici bir çerçevenin kabul edilmesinden ibaret olmayıp, aynı zamanda her iki tarafın da benimsediği tedbirlerin uygulanmasıdır<sup>127</sup>. Bu kapsamda Divan'a göre Arjantin, Uruguay'ın statünün 36. maddesinde öngörülen yükümlülüğü ihlal ettiğine ilişkin ikna edici bir kanıt ortaya koyamamıştır<sup>128</sup>.

Arjantin tarafından ileri sürülen iddialardan biri de, Uruguay'ın 1975 tarihli statü uyarınca kirliliği önleme yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiasıdır. 41. madde tarafların su ortamının korunması ve muhafazası amacıyla uluslararası anlaşmalara ve uluslararası teknik kuruluşların kılavuz ilkeleri ve tavsiyelerine uygun normları ve önlemleri benimsemesini zorunlu kılmaktadır<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> Pulp Mills Judgment, Para 77.

<sup>127</sup> Pulp Mills Judgment, Para 187.

<sup>128</sup> Pulp Mills Judgment, Para 189.

<sup>129</sup> Pulp Mills Judgment, Para 195-196.

Divan sonuçta, Botnia fabrikasının 2007 yılının kasım ayında faaliyete geçmesinden bu yana, fabrika tarafından yapılan atık su boşaltımı sonucunda canlı kaynaklara, su kalitesine ve ekolojik dengeye zarar verildiğini gösteren kesin bir kanıt bulunmadığını tespit ettiğinden dolayı Uruguay'ın gereken özeni göstererek hareket etmediğine yönelik iddiaları reddetmiştir. Bu bağlamda Divan, kendisine sunulan delillere dayanarak Uruguay'ın 41. madde kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal etmediği sonucuna varmıştır<sup>130</sup>.

Bu kararda yer alan ekolojik dengenin korunması ve kirliliğin önlenmesine ilişkin yükümlülüklerin çevre hukukunda yer alan ve Korfu Boğazı kararında da değinilen diğer devletlerin ulusal yargı yetkisi kapsamındaki alanlara zarar vermeme, işbirliği ve önleme gibi ilkeler çerçevesinde yorumlanması mümkündür.

## **B. ÇED**

ÇED bağlamında yapılan değerlendirmeler bu davanın en önemli unsurlarından biridir. Bazı yazarlara göre; bu kararın uluslararası çevre hukuku açısından en önemli yönü ÇED'in sınıraşan ciddi nitelikte zarara yol açabilecek projelerin planlanması aşamasında komşu devletlerin bilgilendirilmesi açısından gerekli olduğu yönündeki tespittir<sup>131</sup>.

ÇED; yapılması planlanan ve çevre üzerinde büyük zararlara yol açabilecek faaliyetler hakkında görevli kurumlarca hukuken belirtilen işlemler yapılmadan önce, bu faaliyetlerin çevreye yönelik sonuçlarının araştırılması ve zararlı etkilerin önlenmesine yönelik yapılan değerlendirmelerdir. Bu kapsamda ÇED; çevreyi doğrudan ya da dolaylı etkileyecek faaliyetlere girilmeden önce, bu faaliyetlerin planlanması ve denetlenebilmesi için öngörülen bir araçtır. Bununla birlikte ÇED sadece faaliyet öncesi bir araç olmayıp, faaliyetin devamında da çevrenin korunmasını denetleme olanağı sunmaktadır<sup>132</sup>.

Pulp Mills kararında Divan'a göre; ortak kullanılan ve paylaşılan bir kaynakta yapılması planlanan endüstriyel bir faaliyetin özellikle ciddi nitelikte sınıraşan bir etkiye sahip olma riskinin bulunduğu durumlarda, uluslar-

<sup>130</sup> Pulp Mills Judgment, Para 265.

<sup>131</sup> **McIntyre**, Owen: "The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law: Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), International Court of Justice, 20 April 2010", *Journal of Environmental Law*, Cilt 22 Sayı 3, 2010, s. 494.

<sup>132</sup> **Güner**, Neslihan Özkerim: *İklim Değişikliği Nedeniyle Devletlerin Sorumluluğu*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 85.

arası hukuk kapsamında ÇED yapılması bir gerekliliktir. Ayrıca, nehrin ekolojisini ve su kalitesini etkileyebilecek işleri planlayan tarafın ÇED’i üstlenmemesi halinde, bu tür çalışmaların yaratabileceği potansiyel zararlar bağlamında gerekli özenin gösterilmediği ve bunun gerektirdiği dikkat ve önleme görevinin yerine getirilmediği kabul edilecektir. Divan, tarafların 1975 tarihli statünün 41(a) (b). maddeleri kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri ve nehir ekosistemin sınıraşan faaliyetler sonucunda oluşacak zararlara karşı korunması için ÇED yapmaları gerektiğini belirtmiştir<sup>133</sup>.

Divan’a göre; “(ÇED) Devletler arasında o denli kabul görmektedir ki, önerilen sanayi faaliyetinin sınıraşan bir bağlamda, özellikle paylaşılan bir kaynağa, önemli bir olumsuz etkisi bulunması riski durumunda genel uluslararası hukuk altında, çevresel etki değerlendirmesini üstlenmek bir gereklilik olarak değerlendirilebilir. Ayrıca, eğer nehir rejimini veya suların kalitesini etkileyebilecek çalışmaları planlayan taraf, bu gibi çalışmaların potansiyel sonuçları hakkında çevresel etki değerlendirmesi yapmadıysa gerekli özen ve bunun gerektirdiği ihtiyat ve önleme yükümlülüğü yerine getirilmiş kabul edilemez<sup>134</sup>.”

Bununla birlikte Divan’a göre, ne 1975 tarihli statüde ne de uluslararası hukuk bağlamında ÇED’in kapsamı ve içeriği belirlenmemiştir. Divan’a göre Arjantin’in 1991 tarihli Espoo Sınır Aşan ÇED Sözleşmesi’ne<sup>135</sup> dayanması, bu sözleşmeye ne Arjantin’in ne de Uruguay’ın taraf olmaması nedeniyle uygun değildir. Ayrıca Divan’a göre; Arjantin’in atıfta bulunduğu 1987 tarihli BM Çevre Programının ÇED Hedefleri ve İlkeleri adlı düzenleme bağlayıcı değildir<sup>136</sup>.

Divan kararında yer alan ÇED kapsamında ise, faaliyet öncesi bildirim yükümlülüğü, faaliyet başladıktan sonra gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda yapılması planlanan faaliyetler açısından ÇED, ciddi nite-

<sup>133</sup> Pulp Mills Judgment, Para 204.

<sup>134</sup> Skalar, Meltem Sarıbeyoğlu: Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma: Kavram, İlkeler ve Yargısal Uygulama, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 180. Pulp Mills Judgment, Para 204.

<sup>135</sup> Espoo Sözleşmesi’nin amacı, sözleşme tarafı devletlerin bireysel ve ortaklaşa bir şekilde, çevresel düzeydeki sınır aşan zararların önlenmesine yönelik gereken tüm önlemleri almasıdır. Güner, “ İklim,” 86. Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context. Espoo, Finland, 25 February 1991. [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1991/02/19910225%2008-29%20PM/Ch\\_XXVII\\_04p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1991/02/19910225%2008-29%20PM/Ch_XXVII_04p.pdf) (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

<sup>136</sup> Pulp Mills Judgment, Para 205.

likteki sınıraşan etkilerin varlığı halinde zorunlu olarak kabul edilirken, içeriğinin belirlenmesinde Espoo'ya ve ulusal hukuk düzenlemelerine atıflar yapılmıştır<sup>137</sup>.

Divan'a göre, ÇED kararı her devletin kendi iç mevzuatında düzenlenmiştir. Bu kapsamda yapılması planlanan projenin niteliği ve büyüklüğü, çevre üzerindeki muhtemel olumsuz etkisi ve bu tür bir değerlendirmenin yürütülmesi sırasında gereken özenin gösterilmesi ihtiyacı göz önünde bulundurulurken, her durumda gerekli olan ÇED'in spesifik içeriğinin belirlenmesidir. Bununla birlikte Divan'a göre; yapılması planlanan proje öncesinde ÇED yapılmalı ve proje başladıktan sonra ve gerektiğinde proje tamamlanana kadar projenin çevre üzerindeki etkileri sürekli olarak izlenmelidir<sup>138</sup>.

Uruguay'ın, özellikle tesisin yerinin seçimi konusunda, ÇED'in yürütülmesinde gerekli özeni gösterip göstermediği sorusuyla ilgili olarak Divan, 2003 yılında dört yerin dikkate alındığını vurgulayarak, Arjantin'in, nihai yerin belirlenmesinden önce olası yerlerin değerlendirilmesinin yapılmadığı yönündeki iddiasını kabul etmemiştir<sup>139</sup>.

Yapılması planlanan endüstriyel faaliyetin paylaşılan doğal bir kaynak üzerinde yaratabileceği olumsuz etkiler karşısında, ÇED uygulamasının uluslararası hukukta bir yükümlülük olarak kabul edilmesi bu kararın en önemli sonuçlarından biri olarak değerlendirilmiştir<sup>140</sup>.

Yukarıda belirtildiği gibi 1975 tarihli statü ÇED uygulamasını zorunlu tutmamıştır. Bununla birlikte Uruguay tarafından ÇED yapılmıştır. Taraflar arasında ÇED'in uluslararası hukukun bir gereği olduğu noktasında uzlaşma bulunmakla beraber, Arjantin'e göre, Uruguay tarafından yapılan ÇED, bu projelerden etkilenecek halka danışılmaması nedeniyle uluslararası düzeyde kabul gören ölçütlere uygun değildir. Divan ise ÇED'in yeterli olduğunu, etkilenen nüfusa danışmanın taraflar açısından hukuken bir yükümlülük oluşturmadığını belirtmekle birlikte, Uruguay'ın her iki ulustan da etkilenen insanlara danışmış olduğunu belirlemiştir<sup>141</sup>. Bununla birlikte Divan'a göre; Arjantin tarafından ileri sürülen belgelerin içeriği taraflar açısından, proje-

<sup>137</sup> **Duymaz**, Seda Yurtcanlı: "Çevre Yönetimine Katılım: Sınır Aşan Çevresel Etki Değerlendirmesi- Espoo Sözleşmesi," Orhan, Gökhan/Mazlum Cerit, Semra/Kaya, Yasemin (ed.), Uluslararası Çevre Rejimleri, Dora Yayınları, Bursa 2017, s. 482.

<sup>138</sup> Pulp Mills Judgment, Para 205.

<sup>139</sup> Pulp Mills Judgment, Para 210.

<sup>140</sup> **Skalar**, s. 180.

<sup>141</sup> **Skalar**, s. 180.



lerden etkilenecek insanlara danışılması yönünde hukuken bir yükümlülük doğuracak nitelikte değildir<sup>142</sup>.

Yapılan değerlendirmelerde bu kararın uluslararası çevre hukukunun gelişimi açısından en önemli boyutu, ciddi nitelikte sınıraşan zarara yol açabilecek faaliyet veya projelerle ilgili olarak, uluslararası hukukun gerektirdiği şekilde, komşu ya da etkilenebilecek devletlerin yeterli düzeyde bilgilendirilebilmesi için ÇED'in mutlaka gerekli olduğu tespitinin yapılmasıdır. Bu kapsamda devletlerin özen yükümlülüğünü yerine getirebilmeleri için ÇED bir gerekliliktir<sup>143</sup>.

Bu kararda özellikle paylaşılan ortak kaynakların kullanımını ve niteliğini etkileyebilecek projelerin yapılması noktasında ÇED'lerin gerekli olduğunun tespiti Divan'ın uluslararası çevre hukukunun gelişimine önemli bir katkısı olmakla birlikte, sonraki tarihli olan Kosta Rika - Nikaragua davasında ciddi nitelikteki sınıraşan zararların öngörülmesi halinde çevresel etki değerlendirmesinin yapılmasına yönelik, uluslararası teamül hukukuna ilişkin kuralın içeriğinin bütünüyle açık bir şekilde belirlenmemesi bu konudaki en önemli eksikliklerden biridir.

Divan'ın önümüzdeki dönemde ÇED'leri içerebilecek bir uyuşmazlıkta, karar tesis ederken ÇED'lerin içeriğinin açık bir şekilde belirlenmesi noktasında aktif bir yaklaşım benimsemesi, devletlerin özen yükümlülüklerinin belirlenmesi açısından önemli olacaktır.

### C. Mevcut En İyi Teknolojinin Değerlendirilmesi

1975 tarihli statünün 41/a. maddesi uyarınca belirtilen kirliliği önleme ve Uruguay Nehri'nin su ortamını koruma ve özen gösterme yükümlülüğünün sağlanabilmesi için Divan, bu çerçevede kullanılacak teknolojinin dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>144</sup>.

Uzmanların raporlarına dayanarak Arjantin, kağıt hamuru üretim tesislerinin mevcut en iyi teknikleri kullanmadığı ve uluslararası standartlara

<sup>142</sup> **Bekhoven**, Jeroen Van: "Public Participation as a General Principle in International Environmental Law: Its Current Status and Real Impact", *National Taiwan University Law Review*, Cilt 11, Sayı 2, 2016, s. 254. **Paoli**, Leslie-Anne Duvic: "The Status of the Right to Public Participation in International Environmental Law: An Analysis of the Jurisprudence", *Yearbook of International Environmental Law*, Cilt 23, Sayı 1, 2012, s. 81. *Pulp Mills Judgment*, Para 216.

<sup>143</sup> **Mcintyre**, Owen: "The World Court's Ongoing Contribution to International Water Law: The Pulp Case Between Argentina and Uruguay", *Water Alternatives*, Cilt 4, Sayı 2, 2011, s. 140. <https://www.water-alternatives.org/index.php/allabs/135-a4-2-2/file>. (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

<sup>144</sup> *Pulp Mills Judgment*, Para 223.

uygun olmadığını iddia etmiştir. Uruguay ise bu iddialara itiraz etmiştir. Uruguay'a göre; Orion (Botnia) tesisinde kullanılan teknoloji Dünya'nın en iyilerinden biri olup, Avrupa Birliği standartlarına uygundur<sup>145</sup>.

Arjantin'e göre, statü uyarınca Uruguay'ın tabii olduğu yükümlülüklere uyması için hukuken kağıt hamuru üretim tesislerinde mevcut en iyi teknolojiyi kullanması, Divan tarafından zorunlu kılınmalıdır. Bununla birlikte Divan'a göre, Arjantin'in, Botnia tesisinde üretilen her ton kağıt hamuru için Uruguay'ın atık suların boşaltımı açısından en gelişkin teknolojiyi kullanmadığı yönündeki iddiasını destekleyecek kanıt bulunamamıştır<sup>146</sup>.

#### **D. Sürdürülebilir Kalkınma**

Literatürde sürdürülebilir kalkınma "*Bugünün gereksinimlerini, gelecek kuşakların kendi gereksinimlerini karşılama olanaklarını tehlikeye atmaksızın karşılayan kalkınma*" olarak tanımlanmaktadır<sup>147</sup>.

Uluslararası gündemde bu kavramın karşımıza çıkması Dünya, Çevre ve Kalkınma Komisyonu'nun 1987 tarihli Ortak Geleceğimiz Raporu veya daha yaygın bir şekilde bilinen adıyla Brundtland Komisyonu Raporu ile olmuştur<sup>148</sup>. 1992 tarihli Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansında ise sürdürülebilir kalkınma kavramı uluslararası düzeyde geçerlilik kazanmıştır<sup>149</sup>.

Çevre ile ekonomik büyüme arasında bir dengenin sağlanması esasına dayanan bu ilke, ekonomik büyümenin çevre üzerindeki baskısını önlemeye yönelik olarak birçok uygulamanın hayata geçirilmesine yol açabilir. Ekonomik gerekliliklerin yanında ekolojik gereklilikleri de esas alan bu ilke, ekosistemlerin taşıma kapasitesinin üstündeki ekonomik taleplere izin vermemeye, yenilenebilir enerji kaynaklarına yatırım yapılması, çevresel bozulmaya yol açan üretim biçimlerinin terk edilmesi, insanların temel ihtiyaçlarının öncelikli olarak karşılanması gibi bir çok uygulamayı içermektedir<sup>150</sup>. Bu ilke yargıya, sosyo-ekonomik, kalkınma ve çevresel konularda bir çatışmanın olması durumunda uzlaştırıcı bir rol oynaması noktasında olarak sağlamaktadır<sup>151</sup>.

<sup>145</sup> Pulp Mills Judgment, Para 220.

<sup>146</sup> Pulp Mills Judgment, Para 225.

<sup>147</sup> **Skalar**, s. 3.

<sup>148</sup> **Skalar**, s. 17.

<sup>149</sup> **Skalar**, s. 20.

<sup>150</sup> **Güneş**, s. 86-87.

<sup>151</sup> **Skalar**, s. 239.

Bu kavram Divan önünde açık bir şekilde ilk kez Gabcikovo - Nagymaros kararında yer almıştır<sup>152</sup>. Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğuna İlişkin Danışma Görüşünde Divan, bu kavrama Rio Bildirgesinin 24. ilkesine atıf yaparak yer vermiştir<sup>153</sup>.

Gabcikovo - Nagymaros kararında Divan, insanlar tarafından yapılan müdahalelerin yeni bilimsel gelişmeler çerçevesinde riskler konusunda artan bir farkındalık yarattığını, yeni normlar oluşturduğunu ve bu kapsamda ekonomik kalkınmanın çevrenin korunması ile uzlaştırılması gerektiğini vurgulayarak, sürdürülebilir kalkınma kavramına yer vermiştir. Böylece Divan, Gabcikovo elektrik santralının çevre üzerindeki etkilerinin taraflarca yeniden değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda tarafların Tuna nehri açısından su miktarı konusunda makul bir çözüm bulmaları gerekmektedir<sup>154</sup>.

Sands'a göre; Divan'ın bu yaklaşımından çıkabilecek sonuçlar şunlardır. Öncelikle Divan'ın sürdürülebilir kalkınmaya atıfta bulunması bu kavramın hukuki bir işleve sahip olduğunu göstermektedir. İkinci olarak, hukuki bir işleve sahip olmakla birlikte sürdürülebilir kalkınma bir kural ya da ilke değil kavramdır. Üçüncü olarak kavramın zamana ve usule ilişkin kısımlarına değinilmiştir. Bu kapsamda taraflar tesisin işletilmesinin çevresel sonuçlarının yeniden değerlendirilmesi ile yükümlü tutulmuşlardır. Tarafların esasa ilişkin ise nehrin su miktarının makul bir seviyede korunmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte Divan tarafından sürdürülebilir kalkınma kavramının zamana ve usule ilişkin hangi unsurları içerdiği açık bir şekilde belirtilmemiştir. Divan, örnek olarak bu yükümlülüklerin resmi ya da gayri resmi bir çevresel etki değerlendirmesi içerip içermediğini, eğer içeriyorsa hangi standartlar çerçevesinde yapılması gerektiğini belirtmemiştir<sup>155</sup>.

Taraflar bu davada sürdürülebilir kalkınma kavramını, iddialarını desteklemek amacı ile dayanak olarak kullanmışlardır. Divan taraflar arasında bir uzlaşma sağlamak amacı ile bu kavrama başvurmasına rağmen, esasa ilişkin sonuçların belirlenmesi noktasında bu görevi taraflara bırakmıştır<sup>156</sup>.

<sup>152</sup> Sands, Philippe: "International Courts and the Application of the Concept of "Sustainable Development", Max Planck Yearbook of United Nations Law, Cilt 3, 1999, s. 390-391. Bekhoven, s. 251.

<sup>153</sup> Skalar, s. 171.

<sup>154</sup> ICJ, Case Concerning The Gabcikova & Nagymaros Project, para. 140.

<sup>155</sup> Sands, s. 193.

<sup>156</sup> Sands, s. 194.

Macaristan, Tuna nehri üzerinde barajların olmaması gerektiği görüşünü haklı çıkarmak için sürdürülebilir kalkınma kavramına başvurmuştur. Slovakya ise sürdürülebilir kalkınmanın ancak 1977 tarihli anlaşmada öngörülen her iki barajın inşa edilmesi halinde mümkün olabileceğini savunmaktadır. Macaristan'ın çevresel konulara, Slovakya'nın kalkınma konusunda odaklandığı söylenebilir<sup>157</sup>.

Sands'a göre Gabcikovo - Nagymaros kararında sürdürülebilir kalkınma kavramı çevre ve kalkınma arasındaki potansiyel olarak çelişebilecek noktaları uzlaştırabilir. Bununla birlikte yukarıda ifade edildiği gibi bu işlevin açık bir şekilde ortaya konulduğu söylenemez<sup>158</sup>.

Gabcikovo - Nagymaros kararında yargıç Weeramentry'nin ayrı görüşünün sürdürülebilir kalkınma kavramının tanımlanmasında çok önemli bir yeri olduğu söylenmiştir<sup>159</sup>. Weeramentry çoğunluk görüşünden farklı olarak, sürdürülebilir kalkınmayı çevrenin korunması ile kalkınma arasında dengenin sağlanması açısından gerekli olan normatif değere sahip bir ilke ve uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirmiştir<sup>160</sup>.

Pulp Mills kararı ise Divan'a göre, sürdürülebilir ekonomik kalkınma ile birlikte paylaşılan doğal kaynakların çevresel korunmasının sağlanması ihtiyacını da vurgulayan bir uyumsuzluktur. Divan vermiş olduğu kararda sürdürülebilir kalkınma ile paylaşılan sınıraşan suyunun "hakkaniyetli ve makul kullanımı" kavramlarına atıf yapmıştır. Karar, 1975 tarihli statüyü esas alsa da Divan, bu iki taraflı anlaşmanın yorumlanmasında her iki kavramı sistematik şekilde kullanmıştır<sup>161</sup>.

Karara yönelik yapılan olumlu bir değerlendirme ise sürdürülebilir kalkınma kavramının içeriğinin genişlediği yönündedir. Divan 1975 tarihli statüyü yorumlarken, sürdürülebilir kalkınma kavramının yargısal denetiminin içeriğinde; usul yükümlülükleri, işbirliği mekanizmaları, maddi yükümlülükler ve kamu yararı boyutuna yer vermiştir. Divan'ın bu yaklaşımı sürdürülebilir kalkınma kavramının içeriğinin zenginleşmesi bağlamında gelecekte bu konuyu da içerebilecek davalar açısından olumludur<sup>162</sup>.

<sup>157</sup> **Sands**, s. 193-194.

<sup>158</sup> **Sands**, s. 194.

<sup>159</sup> **Skalar**, s. 174.

<sup>160</sup> ICJ, Case Concerning The Gabcikova & Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Separate Opinion of Vice President Weeramantry, s. 87-89. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-03-EN.pdf>.

<sup>161</sup> **Skalar**, s. 181.

<sup>162</sup> **Zhu, Xiaoqin/He, Jinlong**: "International Court of Justice's Impact on International Environmental Law: Focusing on the Pulp Mills Case", *Yearbook of International Environmental Law*, Cilt 23, Sayı 1, 2012, s. 115.

Yapılan olumlu değerlendirmelerin yanında, Divan'ın bu kararda sürdürülebilir kalkınmaya yönelik yaklaşımı eleştirilmiştir. Bu kapsamda Divan'ın çevresel konulara ilişkin usul yükümlülüklerine gereken önemi vermediği belirtilmiştir. Usul yükümlülükleri ile ihtiyat ilkesi arasındaki ilişkinin yanı sıra, Uruguay'ın usul yükümlülüklerini ihlal etmesi sonucunda üstlenmesi gereken yükümlülüklerle ilişkin bir açıklık yoktur. Diğer bir eleştiri ise, Arjantin'in Uruguay Nehri'ni "gelecek nesiller" için koruma yükümlülüğüne atıfta bulunmasına ve Uruguay'ında gelecek nesiller adına çevrenin korunması yükümlülüğüne değinmesine rağmen, kuşaklar arası eşitlik ilkesinin kararda yer almamasıdır<sup>163</sup>.

Bu dava açısından sürdürülebilir kalkınma kavramına yönelik yapılan diğer bir eleştiri; sürdürülebilir kalkınma kavramının yerini yavaş yavaş ekolojik sürdürülebilir kalkınma kavramına bıraktığı, Divan'ın bu davada bu kavrama daha fazla yer vererek aralarındaki ayrımı ortaya koymasının beklenebileceğidir. Bu kapsamda Divan'ın olası çevre davalarında uluslararası çevre hukukunun gelişimi açısından ekolojik olarak sürdürülebilir kalkınma kavramına daha fazla dikkat etmesi ve uygulaması faydalı olacaktır<sup>164</sup>.

Divan sonuç olarak bu kararında, ortak sınıraşan suyollarının kullanımının "sürdürülebilir kalkınma" ve "hakkaniyete uygun ve makul kullanım" ilkeleri çerçevesinde nasıl tanımlanacağını daha detaylı bir şekilde değerlendirmiştir<sup>165</sup>.

### E. İhtiyat İlkesi

Çevre hukukunun temel ilkelerinden biri olan ihtiyat ilkesi uyarınca, bir faaliyetin çevre açısından zararlı sonuçlar doğurabileceğine yönelik ciddi bir şüphenin bulunması halinde, kesin bilimsel kanıtlar bulunmasa bile önleyici tedbirler alınabilir<sup>166</sup>. Bu kapsamda ihtiyat ilkesi bilimsel belirsizliğin yaşandığı durumlarda alınacak kararlar çerçevesinde ortaya çıkabilecek risklerin değerlendirilmesine yöneliktir<sup>167</sup>. Bu ilkenin çevre hukuku kapsamında uygulanabilmesi için çevresel risk ya da risklerin bulunması gerekmektedir.

<sup>163</sup> Zhu/He, s. 115.

<sup>164</sup> Zhu/He, s. 117.

<sup>165</sup> Payne, Cymie R.: "Environmental Impact Assessment as a Duty under International Law: The International Court of Justice Judgment on Pulp Mills on the River Uruguay", European Journal of Risk Regulation, Cilt 1, Sayı 3, 2010, s. 317.

<sup>166</sup> Güneş, s. 58.

<sup>167</sup> Güneş, Ahmet M.: Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s. 34.

Divan'ın kararlarına bakıldığında; 1995 yılında Fransa - Yeni Zelanda arasında görülen Nükleer Denemeler II davası ihtiyat ilkesinin Divan tarafından ele alındığı ilk davadır. Bu dava kapsamında Yeni Zelanda, Fransa tarafından yürütülen nükleer denemelerin çevreye yönelik herhangi bir zararının bulunmadığının kanıtlanmasını talep etmiştir. Divan ise, ihtiyat ilkesine ilişkin bir açıklamada yapmaksızın Yeni Zelanda'nın talebini reddetmiştir.

İhtiyat ilkesi açısından bu kararın önemi karşı oy yazılarında kendini göstermiştir. Yargıç Koroma; Yeni Zelanda'nın nükleer denemelerin deniz çevresi açısından gerçek bir tehlike unsuru taşıdığı kaygısına yönelik yeterli delilin bulunduğunu vurgulamıştır. Yargıç Koroma'ya göre; ihtiyat ilkesi uluslararası hukukun genel bir ilkesi olduğundan dolayı Yeni Zelanda'nın talebi haklıdır<sup>168</sup>. Aynı şekilde Yargıç Palmer'e göre; ihtiyat ilkesi hukukun genel bir ilkesidir<sup>169</sup>.

İhtiyat ilkesinin ele alındığı diğer bir dava Gabcikova - Nagymaros'dur. Bu davada Macaristan başka bir devletin ülkesine önemli zarar vermeme yükümlülüğünün, ihtiyat ilkesi çerçevesinde yorumlanabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda ihtiyat ilkesi zararları önleme yükümlülüğü de içermektedir. Buna karşın Slovakya, ihtiyat ilkesinin uluslararası hukukta geçerliliğe sahip olmadığını gerekçe göstererek Macaristan'ın iddialarına karşı çıkmıştır. Divan tarafından verilen kararda çevre hukukunda yaşanan önemli gelişmeler sonucunda yeni ölçütlerin oluştuğu kabul edilmekle birlikte ihtiyat ilkesinden söz edilmemiştir<sup>170</sup>.

Pulp Mills davasında Arjantin, ihtiyati tedbir talebi sırasında kısmen ihtiyat ilkesine dayanmıştır. Arjantin'e göre, Uruguay tarafından nehir üzerinde iki kağıt hammaddesi üretim tesisinin kurulmasına onay verilmesi nehrin ekosistemine onarılamayacak nitelikte zarar verecektir. Divan'a göre Arjantin bu iddiasını kanıtlayamamıştır<sup>171</sup>.

<sup>168</sup> ICJ, Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraphs 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case. Order of 22 September 1995, Dissenting Opinion of Judge Koroma, s. 85. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/97/097-19950922-ORD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 15.06.2024)

<sup>169</sup> ICJ, Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraphs 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case. Order of 22 September 1995, Dissenting Opinion of Judge Palmer, s. 85. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/97/097-19950922-ORD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 15.06.2024)

<sup>170</sup> **Güneş**, Ahmet M.: Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi, s. 201.

<sup>171</sup> **Skalar**, s.138.

Pulp Mills kararında Divan, ihtiyat ilkesini sınırlı bir şekilde yorumlamıştır. Divan, ihtiyat ilkesinin ispat yükünü tersine çevirmesine, hatta ispat standartlarını etkilemesine izin vermemiştir<sup>172</sup>. Bu kapsamda ihtiyat ilkesinin ilk kez 1992 yılında çevre hukuku tartışmalarında öne çıktığı ve 2010 yılına kadar sıklıkla, kesin bilimsel delillerin olmadığı durumlarda çevreye zarar verme riskinin mevcut olması halinde önlem alınmasının gerekliliği şeklinde yorumlandığı belirtilmiştir. Bu ilkeyi öne sürerken, uluslararası nitelikteki diğer mahkemeler çevreye verilen zararın kanıtlanması için daha düşük bir standart talep etmiş veya daha radikal bir şekilde, çevre davalarında ispat yükünün davacılar tarafından ziyade davalılara ait olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu kararda Divan bu görüşlere katılmamış, geride yalnızca belirsiz bir şekilde tanımlanmış ve çevrenin korunmasına yönelik yeterliliğe sahip olmayan bir ihtiyat ilkesi bırakmıştır<sup>173</sup>. Bu bağlamda bu dava Divan'ın ihtiyat ilkesini açıkça ele aldığı ilk dava olmasına rağmen, Arjantin'in ilkenin geniş bir şekilde ele alınması talebi Divan tarafından kabul edilmemiştir<sup>174</sup>.

Divan'ın Pulp Mills kararında ihtiyat ilkesini değerlendirme şekli özellikle Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ile kıyaslandığında son derece kısıtlayıcı bulunmuştur. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ihtiyat ilkesini uluslararası teamül hukuku kuralı olarak değerlendirmiş, davacı açısından ispat standartlarını düşürmüş ve hatta ispat yükünün davalı da olduğunu belirtmiştir<sup>175</sup>.

Pulp Mills kararı çerçevesinde, Arjantin 1975 tarihli statünün ihtiyat ilkesi ile uyumlu bir yaklaşım benimsediğini ve davalı Uruguay'ın, kağıt hammaddesi üretim tesislerinin kurulmasının ve faaliyetlerinin çevreye önemli bir zarar vermeyeceğini kanıtlaması gerektiğini savunmuştur<sup>176</sup>. Divan bu talebi kabul etmemekle birlikte aynı zamanda Arjantin'in ihtiyat ilkesi uyarınca çevreye verilen zararın tespiti için kanıt standardının düşürülmesi yönündeki yorumunu da benimsememiştir<sup>177</sup>.

Sonuç olarak ihtiyat ilkesi bağlamında Divan'ın daha önceki kararlarına bakıldığında, Divan tarafından bu ilkenin kabul gördüğü söylenemez. Ulus-

<sup>172</sup> **Kazhdan**, Daniel: "Precautionary Pulp: Pulp Mills and the Evolving Dispute Between International Tribunals over the reach of the Precautionary Principle", *Ecology Law Quarterly*, Cilt 38, Sayı 2, 2011, s. 527.

<sup>173</sup> **Kazhdan**, s. 528.

<sup>174</sup> **Kazhdan**, s. 541.

<sup>175</sup> **Kazhdan**, s. 533.

<sup>176</sup> Pulp Mills Judgment, Para 160.

<sup>177</sup> Pulp Mills Judgment, Para 164.

lararası çevre sorunlarının çözümü ve oluşabilecek zararların önceden önlenmesi açısından büyük öneme sahip olan bu ilkenin Divan tarafından dikkate alınması, uluslararası nitelikteki çevre sorunların büyüklüğü düşünüldüğünde oldukça önemlidir.

### **H. Delil Sorunu**

Pulp Mills davasında Divan tarafından, nehrin Uruguay tarafından verimli ve rasyonel bir şekilde kullanılıp kullanılmadığına karar verilmesi gerekmiştir. Bunun belirlenebilmesi için, üretim tesisinin faaliyetlerinin nehrin su kalitesine, biyolojik çeşitliliğine ve hava kirliliğine etkisinin değerlendirilmesi gerekmiştir. Bunun yapılabilmesi için bu konulara ilişkin teknik bilgilere sahip uzmanlara ihtiyaç vardır<sup>178</sup>. Teknik bilgileri içeren bu konulara ilişkin her iki taraf iddialarını destekleyen ve karşı tarafın iddialarını çürütecek tezleri içeren çalışmalar dahil olmak üzere çok sayıda bilimsel kanıt sunmuştur<sup>179</sup>.

Bununla birlikte Divan kararında en çok eleştirilen noktalardan biri, yargıçların karşıt oylarına da yansıyan şekli ile taraflarca sunulan karmaşık nitelikteki bilimsel kanıtların değerlendirilmesi noktasında, Divan'ın uzman görüşlerinden yararlanmamasıdır<sup>180</sup>. Bu kapsamda hatırlatmak gerekir ki Divan Statüsünün 50. maddesi uyarınca Divan, her zaman seçeceği herhangi bir kişiyi, kurulu, büroyu, komisyonu ya da kuruluşu, bir soruşturmayı yürütmekle ya da birliktelik yapmakla görevlendirebilir.

Yargıçlar Al-Khasawneh, Simma, Cançado Trindade, Yusuf ve Vinuesa, Divan'ın karmaşık delillere dayalı bir ihtilafı karara bağlamak konusundaki uygunluğunu ve kapasitesini sorgulamışlardır<sup>181</sup>. Taraflarca sunulan delillerin karmaşıklığı ve çelişkilerle dolu yapısı karşısında karşıt görüşlerinde Yargıçlar Al Khasawneh ve Simma'ya göre, Divan davanın delillerini metodolojik açıdan kusurlu bir şekilde değerlendirmiştir<sup>182</sup>. Yargıçlar Al Khasawneh ve Simma'ya göre, Divan taraflarca sunulan karmaşık bilim-

<sup>178</sup> **Guillermo**, Juan/Coustasse, Sandoval/Samuelson, Emily Sweeney: "The ICJ's Treatment of Technical Evidence in the Pulp Mills Case", Goettingen Journal of International Law, Cilt 3, Sayı 1, 2011, s. 459. [https://www.gojil.eu/issues/31/31\\_article\\_coustasse\\_sweeney-samuelson.pdf](https://www.gojil.eu/issues/31/31_article_coustasse_sweeney-samuelson.pdf). (Erişim Tarihi: 02.10.2023).

<sup>179</sup> Pulp Mills Judgment, Para 165-166.

<sup>180</sup> Pulp Mills Judgment, Para 168.

<sup>181</sup> **Guillermo/Coustasse/Samuelson**, s. 460.

<sup>182</sup> ICJ, Pulp Mills Case, Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, Para 2. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-01-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 04.10.2023).



sel kanıtları tek başına değerlendirecek konumda değildir. Örneğin Divan, bir nehrin hidrodinamiğinin değerlendirilmesinde iki veya üç boyutlu modellemenin en iyi ve hatta uygun uygulama olup olmadığına uzmanların yardımı olmadan karar veremez<sup>183</sup>.

Statünün 50. maddesi uyarınca bilirkişi çağırma yetkisinin Divan tarafından kullanılmaması, tarafların iddialarının doğruluğunun tespitini imkansız kılmıştır<sup>184</sup>. Ayrıca Yargıçlar Al Khasawneh ve Simma'ya göre, bu dava Divan'ın takdir yetkisi çerçevesinde statünün 50.maddesini uygulamaması anlamında kaçan bir fırsattır<sup>185</sup>.

Bu kapsamda bu çalışmada yer verilen kararlardan biri olan Gabcikovo - Naygmaros kararına atıf yapılabilir. Bu kararın öne çıkan özelliklerden biri söz konusu uyuşmazlığa yönelik karara varılabilmesi amacı ile uyuşmazlığa konu olan yerlerde Divan tarihinde ilk defa inceleme yapılması ve buradaki uzmanlardan görüş alınmasıdır. Bu uyuşmazlığın Tuna Nehri ile ilgili olduğu düşünüldüğünde Divan'ın Uruguay Nehri'ni ilgilendiren bu uyuşmazlıkta benzer bir inceleme yapması beklenebilirdi. Ancak Divan tercihini bu yönde kullanmamıştır.

Delil konusunda öne çıkan diğer konular şu şekildedir. İlk olarak davanın ihtiyati tedbir aşamasında Arjantin, duruşmada kullanılmak üzere videolar sunmuştur. Uruguay tarafından buna itiraz edilmekle birlikte itiraz gerekçeleri Divan tarafından belirtilmemiştir. Ayrıca Divan, ihtiyati tedbirlere ilişkin duruşmada videonun yayınlanmasına özetle izin verilmeyeceğine karar vermiştir<sup>186</sup>. Bu kapsamda Divan'ın video kanıtlarının neden kabul edilemez olduğuna dair gerekçelerini açıklaması yargılama açısından yol gösterici olabilirdi. Diğer bir nokta yukarı da belirtildiği gibi taraflarca uzmanlara hazırlatılan çalışmaların değerlendirilmesidir. Bazı yargıçların karşıt görüşlerinde belirttiği gibi Divan, statüsünün 50. maddesinin sunduğu olanaklardan yararlanmamıştır.

### G. Usul ve Esasa İlişkin Yükümlülükler Arasındaki İlişki

Pulp Mills kararında Divan, 13 Temmuz 2006 tarihli kararındaki tespitinden yola çıkarak, 1975 tarihli statü uyarınca kurulan rejimin kapsamlı olduğunu, usule ve esasa ilişkin yükümlülüklerin, taraflarca statünün amacına ulaşması açısından birbirini tamamladığını belirtmekle birlikte, Divan'a

<sup>183</sup> Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, Para 4.

<sup>184</sup> **Guillermo/Coustasse/Samuelson**, s. 462.

<sup>185</sup> Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, Para 17.

<sup>186</sup> Request for the Indication of Provisional Measures, Order of July 13, Para 25-26.

göre; statünün içeriğine bakıldığında hiçbir yerde doğrudan ilişki saptanmadığından dolayı, usule ve/veya esasa ilişkin yükümlülüklerin ihlal edildiği iddiaları ayrı ayrı incelenmelidir<sup>187</sup>. Divan'a göre; 1975 tarihli statünün usule ve esasa ilişkin yükümlülükleri açıkça ayrılabilir nitelikte olup, birisinin ihlali mutlaka diğersinin ihlali sonucunu doğurmayacaktır<sup>188</sup>.

Bununla birlikte, karara yansıyan bu görüş oybirliği ile kabul edilmiştir. Yargıçlar Al-Khasawneh, Simma ve Vinuesa, usule ilişkin yükümlülüklerin çevrenin korunmasında önemli bir rol oynadığı bu tür davalarda, bunların ihlal edilip edilmemesinin, esasa ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin herhangi bir sonucu ciddi şekilde etkilemesi gerektiği görüşündedir<sup>189</sup>.

Kalkınma ve çevrenin korunması arasındaki sorunlar düşünüldüğünde uluslararası mahkemeler açısından devlet davranışlarının denetlenmesinde usule ilişkin yükümlülükler önem taşımakla birlikte usule ve esasa ait yükümlülüklerin etkili şekilde ilişkilendirmesi konusunda zorluklar devam etmektedir. Örneğin sınıraşan nitelikteki ciddi çevresel zararın önlenmesi noktasında, esasa ilişkin bir amaca hizmet etmediği sürece usule ilişkin kurallara Pulp Mills kararında değer verilmemesi eleştirilere yol açmıştır. Özellikle yargıçlar Al-Khasawneh ve Simma'nın ortak karşıt görüşleri esas ve usul kuralları arasındaki çatışmanın açıklanması bağlamında Divan açısından uygun bir yol gösterici olarak değerlendirilmiştir<sup>190</sup>:

*“...paylaşılan doğal kaynakların kullanımı ve sınıraşan zarar olasılığıyla ilgili konularda, gözlemlenebilecek en önemli özellik ilgili maddi (esasa ilişkin) ilkelerin son derece esnek olduğu ve genellik taşıdığıdır. Doğal kaynaklar üzerinde sürekli egemenlik, bu kaynakların hakkaniyeti ve rasyonel kullanımı, önemli ve kayda değer zarara yol açmama yükümlülüğü, sürdürülebilir kalkınma ilkesi, vb., tümü bu genelliği yansıtmaktadır. Sorun bu ilkelerin sıklıkla, uyumsuzluk bulunduğu durumda, birbirleriyle gerginlik durumunda bulunmaları olgusuyla birleşmektedir. Belli ki bu tür durumlarda, usule ait yükümlülüklere saygı önemli bir yer tutmakta ve somut bir davada, maddi yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğinin temel bir göster-*

<sup>187</sup> **Merkouris**, s. 5-6.

<sup>188</sup> Pulp Mills Judgment, Para 77-79.

<sup>189</sup> Pulp Mills Case, Joint Dissenting Opinion of Judge al-Khasawneh and Simma, Para. 26; ICJ, Pulp Mills Case, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Vinuesa, Para 4. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-08-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 21.10.2023).

<sup>190</sup> **Skalar**, s. 181.

*gesi olarak öne çıkmaktadır. Böylece, ilgili usuli yükümlülüklere uymamış olmanın, daha sonra maddi yükümlülüklerle uyma üzerinde hiçbir etkisi olmayacağı yönünde bir sonuç, kolayca kabul edilebilir bir önerme değildir. Örneğin 1975 statüsünün 7 ile 12. maddelerinde belirtilen aşamalara uyulsaydı, bu kağıt hamuru üretim tesisleri için daha uygun bir yer seçimine neden olabilirdi. Aksine, bu tür bir riayetin yokluğunda, ortaya çıkan sonuç açıkça bir oldu-bittiden farklı değildir<sup>191</sup>.*

Yargıçlar Al-Khasawneh, Simma'ya göre; Divan 1975 tarihli statüde belirtilen esasa ve usule ilişkin yükümlülükler arasında işlevsel bir bağlantıyı kabul etmekle birlikte, statünün esasa ve usule ilişkin maddelerinin ihlaline yönelik incelemesinde ve sorunların çözüm yollarının tespiti noktasında kabul etmiş olduğu bu işlevsel bağlantıyı yeterince dikkate almamıştır. Yargıçlara göre Divan'ın esasa ilişkin yükümlülüklerle uyulması halinde usule ilişkin yükümlüklerin ihlalinin çok büyük bir önem arz etmediği yönündeki yaklaşımı, esas ve usul arasındaki ilişkinin önemini kavramaktan uzak bir yaklaşımdır<sup>192</sup>.

Sonuç olarak Divan kararında Uruguay'ın, 1975 tarihli Uruguay Nehri Statüsü'nün 7 ile 12. maddeleri uyarınca usule ilişkin yükümlülüklerini ihlal ettiğini ve bu ihlalin Divan tarafından beyan edilmesinin yeterli olduğunu, 1975 tarihli Uruguay Nehri Statüsü'nün 35, 36 ve 41. maddeleri kapsamındaki esasa ilişkin yükümlülüklerini ise ihlal etmediğini tespit etmiştir<sup>193</sup>.

## SONUÇ

Çevrenin doğrudan ya da dolaylı bir şekilde konu olduğu Divan kararlarına bakıldığında, Divan'ın uluslararası çevre hukukunun gelişimine katkısının sınırlı düzeyde olduğu görülmektedir. Çevreyi konu alan kararların az sayıda olmasının dışında, Divan tarafından çevre sorunlarının doğrudan incelenmesi, bu sorunların uluslararası gündemde önemli bir yer edinmesinden daha geç bir tarihte, 1997 yılında Divan tarafından verilen Gabcikovo-Nagymoros kararı ile olmuştur.

Bununla birlikte Divan'ın devletlerin tabi olduğu bazı yükümlülüklerin belirlenmesinde önemli katkıları olmuştur. Bu kapsamda ön planda olan,

<sup>191</sup> **Skalar**, s. 181-182. ICJ, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, para 26. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-01-EN.pdf> (Erişim Tarihi 28.10.2023).

<sup>192</sup> Pulp Mills Case, Joint Dissenting Opinion of Judge al-Khasawneh and Simma, Para 27.

<sup>193</sup> Pulp Mills Judgment, Para 282.

ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliği önleme görevinin kabulü ve kısmen de olsa açıklığa kavuşturulmasıdır.

Bu bağlamda Divan, doğrudan olmasa bile dolaylı olarak uluslararası çevre hukukunun temel ilkelerinin belirlenmesine katkı sunmuştur. Korfu Boğazı davasında diğer devletlerin ulusal yargı yetkisi kapsamındaki alanlara zarar vermeme ilkesinin kabulü ile birlikte, Barcelona Traction davasında erga omnes yükümlülüklerin benimsenmesi buna örnektir.

Çalışma kapsamında incelenen Divan kararları ile karşılaştırıldığında, çevrenin korunması konusunda Divan yargıçlarının kişisel/ayrı ve karşıt görüşlerinin devletlerin yükümlülüklerinin belirlenmesi noktasında daha geniş kapsamlı olduğu görülmektedir. Bununla birlikte Divan'ın, çevre hukukunun gelişimine etki eden bazı ilkelerin benimsenmesi ve açıklık kazanmasında işlevi olmuştur.

Divan tarafından verilen Kosta Rika - Nikaragua kararı, çevresel zarar nedeniyle verilen ilk tazminat kararı olmasının dışında çevresel zararın tazmini noktasında ekolojik unsurları dikkate alması nedeni ile bir ilki oluşturmuştur.

Diğer Divan kararlarından farklı olarak bağımsız bir bölümde incelenen Pulp Mills kararının uluslararası çevre hukuku açısından önemine ilişkinse şunlar söylenebilir. Sınıraşan ciddi düzeyde çevreye zarar verebilecek nitelikte olan ya da paylaşılan doğal kaynakları tehdit eden proje ve faaliyetleri planlayan devletlerin ÇED sürecini tamamlamaları bu karar ile uluslararası hukukta bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir. Kökeninde özen yükümlülüğü bulunan ÇED'lerin uluslararası hukukta tam olarak kapsamı ve içeriği açık olmamakla birlikte uluslararası hukukun bir parçası olduğunun açıkça bu kararda yer alması Divan önüne getirilebilecek çevreye ilişkin uyumsuzluklar açısından önemlidir. Bu dava kapsamında Divan, ekonomik kalkınma konusu ile çevresel kaygıların uzlaştırılması noktasında bir denge arayışı içerisine girmiştir.

Bununla birlikte Divan, Pulp Mills kararında uluslararası çevre hukukunda önemli bir yeri olan ihtiyat ilkesinin uluslararası hukukun bir parçası olup olmadığı konusunda bir görüş belirtmemiş, ihtiyatı bir ilke olarak değil, bir yaklaşım olarak ele almıştır. Bu ilke ekseninde karara getirilebilecek diğer bir eleştiri, ihtiyat ilkesi bağlamında Divan'ın kanıt gösterme yükümlülüğüne ilişkin yaklaşımıdır. Divan'ın buradaki tutumu ihtiyat ilkesini uygulamaktan uzak olup, çalışmamızın ilgili kısmında da değinildiği gibi diğer uluslararası yargı mercilerinin yaklaşımına göre de son derece dar kapsamlıdır.

İhtiyat ilkesi bağlamında Divan'ın daha önceki tarihli Nükleer Denemeler Davası ve Gabcikovo - Nagymoros kararları da dikkate alındığında, Divan'ın bu ilkenin gelişimine katkısının son derece sınırlı olduğu Pulp Mills kararında da görülmüştür.

Pulp Mills kararında esasa ilişkin yükümlülükler uyuşmazlığında, usule ilişkin yükümlülüklerin ihlalinin çok büyük bir önem arz etmediği yönündeki yaklaşım ise esas ve usul arasındaki ilişkinin önemini kavramaktan uzak bir yaklaşımdır.

2010 yılında Divan tarafından verilen bu karar, özen yükümlülüğü ve ÇED'in zorunluluğuna ilişkin önemli tespitler içermekle birlikte, sınıraşan nitelikteki ciddi çevresel zararları önleme yükümlülüklerinin belirlenmesi noktasında dar bir yaklaşımı benimsemiştir.

Genel olarak değerlendirildiğinde zorunlu bir yargılama yetkisine sahip olmayan Divan'ın çevreye ilişkin önüne gelecek uyuşmazlıklarda, uluslararası çevre hukukunun ihtiyat, sürdürülebilir kalkınma ve ÇED gibi ilkelerini temkinli bir yaklaşımdan ziyade kapsamlı bir şekilde ele alması sınıraşan nitelikteki ciddi çevresel zararların önlenmesi ve tazmini noktasında daha faydalı olacaktır. Çevre sorunlarının günümüzdeki ağırlığı ve gelecekte kaplayacağı yer düşünüldüğünde Divan'ın genel olarak çevrenin korunması konusunda daha aktif bir tutum alması gerekir. Bununla birlikte Divan'ın geçmişteki tutumu dikkate alındığında bunun yavaş işleyen bir süreç olması muhtemeldir.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar ve Makaleler

- Abdullahzade**, Cavid: “Gabcikova- Nagymaraos Davası Kararında Uluslararası Adalet Divanı'nın 1969 Tarihli Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne İlişkin Değerlendirmesi”, Cilt: 25, Sayı: 1-2, 2005, s. 1-22.
- Akhtarhavari**, Afshin: “Power, Environmental Principles and the International Court of Justice”, Australian Year Book of International Law, Cilt: 28, 2009, s. 91-129.
- Aksar**, Yusuf: Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Anton**, Donald K.: “Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay”, Australian International Law Journal, 2010, s. 213-223. <https://www.austlii.edu.au/au/journals/AUIntLawJl/2010/13.pdf>. (Erişim Tarihi: 13.09.2023)
- Anlar**, Şule Anlar: “Gabcikova- Nagymoros Davası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 2, 2006, s. 91-116.
- Bekhoven**, Jeroen Van: “Public Participation as a General Principle in International Environmental Law: Its Current Status and Real Impact”, National Taiwan University Law Review, Cilt 11, Sayı 2, 2016, s. 219-271.
- Boyle**, Birnie/Redgwell, Catherine: International Law & Environment, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Boyle**, Alan: “Pulp Mills Case: A Commentary”, British Institute of International and Comparative Law, 2011, s. 1-5. [https://www.biicl.org/files/5167\\_pulp\\_mills\\_case.pdf](https://www.biicl.org/files/5167_pulp_mills_case.pdf) (Erişim Tarihi: 13.09.2023).
- Bodansky**, Daniel: “International Environmental Law,” Esposito Carlos/ Parlett, Kate, (ed.), Cambridge Companion to the International Court of Justice, Cambridge University Press, 2023, s. 389-410.
- Duboiss**, Sandrine Maljean/Richard, Vanessa: “The International Court of Justice's Judgement of 20 April 2010 in the Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) case, HAL Open Science, 2018, s. 1-11. <https://shs.hal.science/halshs-01416769>, (Erişim Tarihi: 11.09.2023).
- Duymaz**, Seda Yurtcanlı: “Çevre Yönetimine Katılım: Sınır Aşan Çevresel Etki Değerlendirmesi- Espoo Sözleşmesi,” Orhan, Gökhan/Mazlum

Cerit, Semra/Kaya, Yasemin (ed.), Uluslararası Çevre Rejimleri, Dora Yayınları, Bursa 2017, s. 477-507.

**Fitzmaurice**, Malgosia: “The International Court of Justice and International Environmental Law”, Tams, Christian J./Sloan, James (ed.) The Development of International Law by the International Court of Justice, Oxford University Press, Oxford 2013, 353-374.

**Güneş**, Şule: “Kosta Rika- Nikaragua Davası”, Savaşan, Zerrin/Ünay, Hakan (ed.), Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları: Dünden Bugüne ve Geleceğe, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 713-739.

**Güneş**, Ahmet M.: Çevre Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

**Güneş**, Ahmet M.: Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2012.

**Güner**, Neslihan Özkerim: İklim Değişikliği Nedeniyle Devletlerin Sorumluluğu, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

**Guillermo**, Juan/**Coustasse**, Sandoval/**Samuelson**, Emily Sweeney: “The ICJ’s Treatment of Technical Evidence in the Pulp Mills Case”, Goettingen Journal of International Law, Cilt 3, Sayı 1, 2011, s. 447-471. [https://www.gojil.eu/issues/31/31\\_article\\_coustasse\\_sweeney-samuelson.pdf](https://www.gojil.eu/issues/31/31_article_coustasse_sweeney-samuelson.pdf). (Erişim Tarihi: 02.10.2023).

**Harrison**, James: “Significant International Environmental Law Cases: 2017-18”, Journal of Environmental Law, Cilt 30, Sayı 3, 2018, s. 527-541.

**Merkouris**, Panos: “Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay): of Environmental Impact Assesments and “Phantom Experts”, The Hague Justice Portal, 2010, s. 1-11. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2378882](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2378882). (Erişim Tarihi: 13.09.2023).

**Mcintyre**, Owen: “The World Court’s Ongoing Contribution to International Water Law: The Pulp Case Between Argentina and Uruguay”, Water Alternatives, Cilt 4, Sayı 2, 2011, s. 124-144. <https://www.water-alternatives.org/index.php/allabs/135-a4-2-2/file>. (Erişim Tarihi: 18.09.2023).

**McIntyre**, Owen: “The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law: Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), International Court -of Justice, 20 April 2010”, Journal of Environmental Law, Cilt 22 Sayı 3, Yıl 2010, s. 475-497.

- Kazhdan**, Daniel: “Precautionary Pulp: *Pulp Mills* and the Evolving Dispute Between International Tribunals over the reach of the Precautionary Principle”, *Ecology Law Quarterly* Cilt 38, Sayı 2, 2011, s. 527-552.
- Kayhan**, Ali Kerem: *Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Payne**, Cymie R. , “Environmental Impact Assessment as a Duty under International Law: The International Court of Justice Judgment on Pulp Mills on the River Uruguay”, *European Journal of Risk Regulation*, Cilt 1, Sayı 3, 2010, s. 317-324.
- Pazarıcı**, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap*, 2. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2006.
- Paoli**, Leslie-Anne Duvic: *The Status of the Right to Public Participation in International Environmental Law: An Analysis of the Jurisprudence*. *Yearbook of International Environmental Law*, Cilt 23, Sayı 1, 2012, s. 80-105.
- Sands**, Philippe: “International Courts and the Application of the Concept of “Sustainable Development”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Cilt 3, 1999, s. 389-405. [https://www.mpil.de/files/pdf2/mpunyb\\_sands\\_3.pdf](https://www.mpil.de/files/pdf2/mpunyb_sands_3.pdf)(Erişim Tarihi: 13.06.2024).
- Skalar**, Meltem Sarıbeyoğlu: *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma: Kavram, İlkeler ve Yargısal Uygulama*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.
- Savaşan**, Zerrin: “Çevre Hukuku ve Politikaları: Uluslararası Düzlemeden Küresel Düzleme”, *Savaşan, Zerrin/Ünay, Hakan (ed.), Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları: Dünden Bugüne ve Geleceğe*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 33-64.
- Ütük**, Utku: “Uluslararası Adalet Divanı’nda Çevre Uyuşmazlıkları”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, Cilt 32, Sayı 1, 2023, s. 21-50.
- Vinuales**, Jorge E.: “The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment”, *Fordham International Law Journal*, Cilt 32, 2008, s. 232-258.
- Zhu**, Xiaoqin/**He**, Jinlong: “International Court of Justice’s Impact on International Environmental Law: Focusing on the Pulp Mills Case”, *Yearbook of International Environmental Law*, Cilt 23, Sayı 1, 2012, s. 106-130.



**Uluslararası Yargı Kararları ve Diğer Kaynaklar**

Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context. Espoo, Finland, 25 February 1991. [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1991/02/19910225%2008-29%20PM/Ch\\_XXVII\\_04p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1991/02/19910225%2008-29%20PM/Ch_XXVII_04p.pdf) (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

ICJ, Case Concerning Pulp Mills On the River Uruguay (Argentina & Uruguay), Judgment of 20 April 2010, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2023).

ICJ, Case Concerning pulp mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of July 13, 2006, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20060713-ORD-02-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.10.2023).

ICJ, Case concerning pulp mills on the River Uruguay, (Argentina v. Uruguay), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of January 23, 2007, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20070123-ORD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 22.10.2023).

ICJ, Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area, Costa Rica v. Nicaragua, Judgment of 16 December 2015, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/150/150-20151216-JUD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 28.10.2023).

ICJ, The Corfu Channel Case, Judgment of April 9<sup>th</sup>, 1949, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 24.09.2023).

ICJ, Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment of 5 February 1970, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 06.10.2023).

ICJ, Nuclear Tests Case (Australia v. France), Request For The Indication of Interim Measures of Protection, Order of 22 June 1973, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/58/058-19730622-ORD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 08.10.2023).

ICJ, Nuclear Tests Case (Australia v. France), Separate Opinion of Judge Petren, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-05-EN.pdf>, s. 306. (Erişim Tarihi: 15.06.2024)

ICJ, Nuclear Tests Case (Australia v. France), Dissenting Opinion of Judge de Castro, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-08-EN.pdf> s. 389. (Erişim Tarihi: 15.06.2024)

ICJ, Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraphs 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case. Order of 22 September 1995. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/97/097-19950922-ORD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 15.10.2023).

ICJ, Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraphs 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case. Order of 22 September 1995, Dissenting Opinion of Judge Koroma, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/97/097-19950922-ORD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 15.06.2024).

ICJ, Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraphs 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case. Order of 22 September 1995, Dissenting Opinion of Judge Palmer, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/97/097-19950922-ORD-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 15.06.2024).

ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 19.10.2023).

ICJ, Case Concerning The Gabcikova & Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) (Judgment of 25 September 1997), <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2023).

ICJ, Case Concerning The Gabcikovo & Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) (Judgment of 25 September 1997), Separate Opinion of Vice President Weeramentry, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-03-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Dissenting Opinion of Judge Weeremantry, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-12-EN.pdf>. s. 454. (Erişim Tarihi: 24.10.2023).

ICJ, Pulp Mills Case, Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-01-EN.pdf>. (Erişim Tarihi: 04.10.2023).

ICJ, Pulp Mills Case, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Vinuesa, Para 4. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-08-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 21.10.2023).

Uruguay and Argentina, Treaty concerning the boundary constituted by the River Uruguay. Signed at Montevideo, on 7 April 1961, No: 9074, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20635/volume-635-I-9074English.pdf>. (Erişim Tarihi: 28.10.2023).

Uruguay and Argentina, Statute of the River Uruguay. 26/02/1975 <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201295/volume-1295-I-21425-English.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2023).

World Trade Organization, 3 September 1991, United States – Restrictions on Imports of Tuna, Report of the Panel, (DS21/R- 39S /155), [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/gatt\\_e/91tuna.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/91tuna.pdf) (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

World Trade Organization Dispute Settlement Mechanism, DS58: United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds58\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm), (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

**ESAS SÖZLEŞME İLE YÖNETİM KURULUNA  
ÜYE SEÇİMİNİN AĞIRLAŞTIRILMASI VE  
AĞIRLAŞTIRILMIŞ NİSABA AYKIRI  
GENEL KURUL KARARININ GEÇERSİZLİĞİ**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1535347>

**Dr. Öğr. Üyesi Dursun SAAT\***

**Öz**

*Anonim ortaklığın yönetim kurulu genel kurul tarafından seçilmektedir. Genel kurul, yönetim kurulunun seçileceği toplantıda esas sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 418. maddesinde belirtilen toplantı ve karar nisaplarına uymak zorundadır. Çalışmamızda öncelikle, yönetim kuruluna üye seçimi hususunda 418. maddede düzenlenen yeter sayıların şirket esas sözleşmesi ile ağırlandırılıp ağırlandırılmayacağı konusu üzerinde durulacak ve bu kapsamda TTK m. 340'da düzenlenen emredici hükümler ilkesi ışığında yorumlar yapılmaya çalışacaktır. Özellikle birinci genel kurul toplantısında aranan ağırlaştırıcı nisabın ikinci genel kurul toplantısı bakımından da geçerli olup olmadığı da ifade edilecektir. Akabinde genel kurulun esas sözleşme ile ağırlaştırılmış nisaba aykırı kararlarının geçersizliği tespit edilmeye çalışacaktır. Genel kurul kararının yoklukla mı malul yoksa iptal edilebilir nitelikte bir karar mı olduğu konusunda değerlendirmelerde bulunurken bir yandan öğreti görüşleri diğer yandan ise yüksek yargının yerleşik hale gelmiş olan içtihatları dikkate alınacaktır.*

**Anahtar Kelimeler**

*Esas Sözleşme, Yönetim Kurulu, Ağırlandırılmış Yeter Sayı, Yokluk, Genel Kurul Kararının İptali*

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eskişehir (dursunsaat@anadolu.edu.tr) ORCID: 0000-0003-0954-9051 (Gönderim Tarihi: 19.08.2024-Kabul Tarihi: 30.09.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**WEIGHTING OF THE ELECTION OF MEMBERS TO  
THE BOARD OF DIRECTORS BY THE ARTICLES OF  
ASSOCIATION AND INVALIDITY OF THE GENERAL ASSEMBLY  
RESOLUTION CONTRARY TO THE WEIGHTED NUMBER**

*(Research Article)*

**Abstract**

*The board of directors of a joint stock company is elected by the general assembly. Unless otherwise stipulated in the articles of association, the general assembly must comply with the meeting and decision quorums specified in Article 418 of the Turkish Commercial Code No. 6102 (TTK). In our study, we will firstly focus on whether the quorums regulated under Article 418 regarding the election of members to the board of directors can be aggravated by the articles of association of the company, and in this context, we will try to make comments in the light of the principle of mandatory provisions regulated under Article 340 of the TTK. In particular, it will be stated whether the aggravating quorum required for the first general assembly meeting is also valid for the second general assembly meeting. Subsequently, the invalidity of the decisions of the general assembly of shareholders that violate the quorum stipulated in the articles of association will be determined. While evaluating whether the decision of the general assembly is void or voidable, the opinions of the doctrine on the one hand and the established case law of the Supreme Court on the other hand will be taken into consideration.*

**Keywords**

*Articles of Association, Board of Directors, Aggravated Quorum, Non-Existence, Annulment of General Assembly Resolution*

## I. GENEL OLARAK

Anonim ortaklıklar, ülke ekonomilerinin kalkınmasında önemli roller oynatmakta, dağılık ve küçük sermayeleri toplayıp bunları büyük teşebbüs ve yatırımcıların emrine kanalize ederek büyük işletmelerin ortaya çıkmasına katkı sağlamaktadır<sup>1</sup>.

Bir sermaye şirketi olan anonim ortaklığın genel kurul ve yönetim kurulu olmak üzere iki organı bulunmaktadır. Genel kurul, ortakların veya temsilcilerinin yasada düzenlenen çağrı üzerine tayin edilen gündemi görüşmek ve karara bağlamak için bir araya geldiği, bilgi aldığı ve şirket işlerine ilişkin haklarını kullandığı ortaklığın idare ve karar organıdır<sup>2</sup>.

Bunun karşısında yönetim kurulunun ise anonim ortaklığı yönetme ve temsil etme şeklinde iki önemli fonksiyonu bulunmaktadır<sup>3</sup>. Ayrıca, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkisi de yine yönetim kuruluna aittir.

<sup>1</sup> **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, § 25, N: 15 (Şerh).

<sup>2</sup> **İmregün**, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul 1989, s. 99 (Anonim Ortaklıklar); **Tekil**, Fahiman: Şirketler Hukuku, Cilt II Anonim Şirketler, 2. Bası, Otağ Yayıncılık, İstanbul 1978, s. 351; **Yıldız**, Şükrü: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, s. 2 (İptal); **Pulaşlı**, Şerh, § 32, N: 7; **Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 17. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2024, s. 130 vd. (Ortaklıklar Hukuku); **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 312 (Şirketler Hukuku); **Şenocak**, Kemal/**Okan**, Neval: Şirketler Hukuku Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 2220; **Bahtiyar**, Mehmet/**Hamamcioğlu**, Esra: Yeni TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 1.

<sup>3</sup> **Ansay**, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1982, s. 92; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s.191; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, Nr: 521a; **Özkorkut**, Korkut: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Ankara, 1996, s. 18 vd.; **Akdağ Güney**, Necla: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 4 vd.; **Kırca**, İsmail/**Şehirli Çelik**, Feyzan H./**Manavgat**, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 526 vd. (Anonim Şirketler Hukuku).

Genel kurul tüm pay sahiplerinin katılımından oluşurken şirkete ilişkin temel, stratejik kararlar en geniş yetkili bu kurulda alınmaktadır<sup>4</sup>. Genel kurul, kural olarak bir iç organdır<sup>5</sup> ve ortaklığı temsil etme yetkisi bulunmaktadır<sup>6</sup>. Bu sebeple genel kurulda alınan kararların icrası şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu aracılığıyla yerine getirilmektedir.

Şirketin iradesini oluşturmasının aracı olan pay sahipliği hakları da genel kurulda kullanılmaktadır<sup>7</sup>. Zira TTK m.407'de pay sahiplerinin şirket işlerine ilişkin haklarını genel kurulda kullanacakları açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre; pay sahipleri katılma, önerme, tartışma ve oy verme gibi yönetime ilişkin haklarını genel kurulda kullanma hakkını haizdir<sup>8</sup>.

Genel kurula katılan pay sahipleri veya temsilcileri, kanundan ve ortaklık ana sözleşmesinden kaynaklanan yetkilerini oyları ile meydana gelen kararlar vasıtasıyla kullanırlar<sup>9</sup>. Pay sahiplerinin ortaklık adına oluşturdukları bu hukuki işlemlere genel kurul kararı adı verilmektedir. Genel kurul kararı, genel kurul olarak toplanan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin oyları ile husule gelen, kural olarak iç ilişkide ve istisnai olarak da dış ilişkide hukuki sonuç sağlama amacına yönelik olan ortaklık irade beyanıdır<sup>10</sup>. Anonim şirketin irade beyanı olarak ortaya çıkan bir genel kurul kararının toplantıya katılın katılmasın karara olumlu oy versin ya da vermesin TTK m. 423

<sup>4</sup> **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 99; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Nr: 662-663; **Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, Nr: 13-02 (Sermaye Ortaklıkları); **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, 6. Basım, Dora Yayıncılık, Bursa 2018, s. 211 vd.; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 312; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s.132; **Kaşak**, Esra: Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar Tipoloji Kuramı ve Kurumsal Yönetim Perspektifinden Yapılan İnceleme ile Birlikte, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s.23 vd.

<sup>5</sup> **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, Nr: 13-06; **Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, C. II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 2; **Tekil**, s. 351; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 100; **Ansay**, s. 93; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Nr: 662; **Şenocak/Okan**, s. 2220.

<sup>6</sup> **Moroğlu**, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş 9. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 9 vd. (Hükümsüzlük); **Şener**, Oruç H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 460; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, Nr: 13-06; **Bilgili/Demirkapı**, s. 212, **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 130; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 1.

<sup>7</sup> **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 2.

<sup>8</sup> TTK m. 407 gerekçesi.

<sup>9</sup> **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 9.

<sup>10</sup> **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 11; **Pulaşlı**, Şerh, § 34, N: 1.

uyarınca tüm pay sahiplerini ve diğer organ olan yönetim kurulunu bağlayıcı nitelikte olduğu da belirtilmelidir<sup>11</sup>.

Başta TTK'nın 408. maddesi olmak üzere yasada sevk edilen birçok hüküm ile genel kurula son derece önemli ve geniş yetkiler tanınmıştır. Ancak bir genel kurul kararının ortaklığın bütün ilişkilerini kapsayan doğrudan doğruya veya dolaylı etkilerinin gösterebilmesi için her şeyden önce hukuk kurallarına aykırı bulunmamasına, yani hukuken mevcut ve geçerli olmasına bağlıdır<sup>12</sup>.

Gerçekten de yasa koyucu tarafından genel kurulda alınabilecek kararların sıhhati bakımından bazı sınırlar çizilmiştir. Bu sınırlama, ortaklığın azınlığın, alacaklıların ve pay sahiplerinin hak ve çıkarları ile kamu düzeninin diğer gerekleri göz önünde bulundurularak çeşitli kanun hükümleri ile tespit edilmektedir<sup>13</sup>. Bu yönüyle genel kurul kararı ister tek taraflı ister çok taraflı olarak nitelendirilsin özü itibarıyla hukuki bir işlem olduğundan bir yandan hukuki işlemlerin geçerlilik koşullarını düzenleyen genel hükümlere, diğer yandan da anonim ortaklığın kendi yapısından kaynaklanan özel hükümlere tabidir<sup>14</sup>.

Genel kurul kararlarının sınırını kanun, esas sözleşme hükümleri ve dürüstlük kuralı tespit ettiğinden genel kurulun kanuna ya da esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı bir karar alması halinde ortaya çıkan hukuki sakatlığın türünü de ihlal edilen hukuk kurallarının niteliği belirlemektedir<sup>15</sup>. Bu kapsamda Türk Hukuku'nda genel kurul kararının hükümsüzlüğüne ilişkin dört halin bulunduğu ve bunların yokluk, butlan, iptal edilebilirlik ve askıda hükümsüzlük olduğu da ifade edilmelidir<sup>16</sup>.

Bu çalışmada ortaklar kurulunda yönetim kurulunun seçimine ilişkin yeter sayının esas sözleşme ile ağırlaştırılması ve bu ağırlaşan nisaba uyulmadan tesis edilen genel kurul kararının anılan hükümsüzlük hallerinden hangisine tabi olması gerektiğine yönelik değerlendirmeler yapılmaya çalışılacaktır.

<sup>11</sup> **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 10.

<sup>12</sup> **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 27.

<sup>13</sup> **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 27.

<sup>14</sup> **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Nr: 722.

<sup>15</sup> **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 167.

<sup>16</sup> **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 27; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 167; **Bilgili/Demirkapı**, s. 249; **Kırca**, İsmail: Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Üçüncü Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 1 vd. (Hükümsüzlük); **Pulaşlı**, Şerh, § 34, N: 2.



## II. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ İŞİĞİNDA ESAS SÖZLEME İLE TTK m. 418'DE DÜZENLENEN TOPLANTI VE KARAR NİSAPLARININ AĞIRLAŞTIRILMASI

TTK m.355'e göre anonim ortaklık esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ile birlikte tüzel kişilik kazanmakta olup, ortaklığın tüzel kişilik kazanması bakımından tescil kurucu niteliktedir. Bu yönüyle esas sözleşme de kurucu işlemin konusunu oluşturması bakımından kurucu özellik taşımaktadır<sup>17</sup>.

Esas sözleşme, bir sermaye ortaklığı olan anonim şirket tüzel kişiliğinin kurumsal yapısı ile pay sahiplerinin haklarının, borçlarının, ortaklıkla ve birbirleriyle ilişkilerinin düzenlendiği ortaklıklar çatısı altında yer alan bir sözleşmedir<sup>18</sup>. Esas sözleşme anonim ortaklığı kuran, bireyselleştiren, dışarıya tanıtan, koruyan ve ortaklık içi düzeni belirleyen temel bir metindir<sup>19</sup>. Şirketin anayasası olarak görev ifa eden bu sözleşme ile şirketin iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin şirkete ve birbirine karşı hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlenmektedir<sup>20</sup>. Esas sözleşmenin en önemli fonksiyonu ise şirket için geçerli olan yasa hükümlerini işletmenin yapısına ve ortakların ihtiyacına uygun olarak tamamlamak veya değiştirmektir<sup>21</sup>. Bu kapsamda esas sözleşmenin şirketin yönetim ve pay sahipleri arasındaki ilişkilerde geçerli olan kuralları içerdiği de belirtilmelidir<sup>22</sup>.

TTK m.339'a göre esas sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve bütün kurucuların imzalarının noterce onaylanması veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanması şarttır. Öte yandan

<sup>17</sup> **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku, s. 298.

<sup>18</sup> **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, Nr: 9-45; **Veziroğlu**, Cem: Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 173; *Moroğlu*'na göre ise "anonim ortaklığın temel düzenini oluşturan, ortaklığın iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin ortaklığa ve birbirlerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen, şekle tâbi, katılma açık (iltihakî) çok taraflı bir sözleşmedir" **Moroğlu**, Erdoğan: "Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği", Makaleler II, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006, 11-26, s. 11 (Ana Sözleşme); aynı yönde **Bahtiyar**, Mehmet: Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2001, s. 8 vd. (Sözleşme).

<sup>19</sup> **Veziroğlu**, s. 168.

<sup>20</sup> **Karasu**, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 29 (Emredici Hükümler).

<sup>21</sup> **Karasu**, Emredici Hükümler, s. 29.

<sup>22</sup> **Bilgili/Demirkapı**, s. 195; **Kırca/Şehirali/Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku, s. 299.

aynı maddenin ikinci fıkrasında ana sözleşmenin içeriğinde yer alması gereken kayıtlara da yer verilmiştir<sup>23</sup>.

Öğretide TTK m.339/2’de sayılan bu kayıtların bir kısmının şirketin bizzat kendisini, organizasyon yapısını, mal varlığını, organlarını, şirket ile kurucular ve pay sahipleri arasındaki ilişkileri düzenleyen soyut ve genel nitelikteki zorunlu içeriği<sup>24</sup>; bazılarının şirket kuruluşunun özelliğinden kaynaklı olarak (örneğin şirketin belirli bir süreye bağlı olarak kurulması) kanunun bu hususlara ilişkin olarak öngördüğü şartların gerçekleşmesi halinde konulması zorunlu olan şarta bağlı zorunlu içeriği<sup>25</sup> ve diğerlerinin ise esas sözleşmeye yazılabilen ancak yazılmasa dahi başka bir hukuki işlem formu içerisinde de geçerlilik kazanabilen ihtiyari içeriği<sup>26</sup> oluşturduğu kabul edilmektedir.

Hemen ifade edilmelidir ki; yeterli derecede ihtiyari hükümler içeren bir esas sözleşme işletme ve pay sahiplerinin ihtiyacına uygun olarak şirkete biçim vermenin en önemli aracı haline gelmektedir<sup>27</sup>. Ne var ki; esas sözleşmede zorunlu kayıtlar dışında yer alabilecek hükümler konusunda son derece titiz davranılmalı ve her şeyden önce bu hükümler TTK m.340 ile düzenleme altına alınan “emredici hükümler ilkesine” uygun bir biçimde kaleme alınmalıdır<sup>28</sup>. Nitekim TTK m.340’da esas sözleşmenin, bu kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Düzenleme ile TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin emredici nitelikte olduğu kabul edilmiş ve anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerini emredici hükümler ilkesine bırakmıştır<sup>29</sup>.

Her ne kadar madde gerekçesinde; hükmün normatif sistemin zorunlu bir parçası olarak Alm. POK 23 (5) paragrafından esinlenerek kaleme alındığı, pay sahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olduğu, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yo-

<sup>23</sup> Madde metnine getirilen haklı eleştiriler için bkz. **Kendigelen**, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan Tıpkı 3. Bası, İstanbul 2016, s. 228 (İlk Tespitler); **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 112.

<sup>24</sup> **Karasu**, Emredici Hükümler, s. 31.

<sup>25</sup> **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 117.

<sup>26</sup> **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 118.

<sup>27</sup> **Karasu**, Emredici Hükümler, s. 31.

<sup>28</sup> **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, Nr: 9-45; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 112 vd.

<sup>29</sup> **Karasu**, Emredici Hükümler, s. 45; **Kırca/Şehiralı/Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku, s. 157.

lunu kapattığı, bu yararın da ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmasında etkin bir rol oynayacağı; esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltmak gibi bir yararı da beraberinde getirdiği ifade edilmiş olsa da<sup>30</sup> TTK'nın 340. madde düzenlemesi öğretide ağır bir şekilde eleştirilmektedir.

*Moroğlu'na* göre, bu hüküm sözleşme özgürlüğünü Borçlar Kanunu'nun 27.maddesi ile Medeni Kanun'un 23.maddesinde öngörülenin çok ötesinde sınırlamakta ve anonim ortaklıklar hukukuna adeta çelik bir korse giydirilerek anonim ortaklıklar hukukunun gelişmesi engellenmektedir<sup>31</sup>. *Karasu* da konuyu kapalı tip anonim şirketler açısından ele alarak, kapalı tip anonim ortaklıklar bakımından emredici hükümler ilkesinin gerekli olmadığını, bu şirketlere ortak olmak isteyen kişiler için azlığın korunmasına ilişkin hükümlerin, eşit işlem ilkesinin ve ortakların sadakat yükümlülüğünün yeterli bir güvence sağladığını, emredici hükümler ilkesinin dayanağını Ana-

<sup>30</sup> TTK m. 340 gerekçesi.

<sup>31</sup> **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 230; Aynı yönde **Moroğlu**, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, 4. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 146 (Taslak).

Benzer yönde **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 229; *Bahtiyar* da yasa maddesi henüz tasarı halindeyken konuya ilişkin görüş bildirmiş ve anılan kısıtlamanın, ana sözleşmenin hukuki niteliği konusundaki yerli ve yabancı doktrine ve uygulamaya hiç uygun düşmediğini, ortakların, Kanun'un öngördüğü hususlar dışında da ana sözleşmelere birçok hüküm koyabileceğini, kanuni düzenlemelerden, tamamen veya kısmen sapabileceğini, ana sözleşmeden sapılabilmesi için, buna açıkça cevaz verilmesi şartının, kazuistik kanun yapma yöntemini akla getirdiğini ve kanunu hazırlayanların, her olasılığı düşünmüş ve ona göre kanundan sapma iznini vermiş olmalarını gerektireceğini, oysa bunun fiilen mümkün olmadığı gibi, ana sözleşmenin irade özgürlüğüne tabi olan kısmını da ortadan kaldıracığını ifade etmiştir. **Bahtiyar**, Mehmet: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Dönem 2005, Sayı 61, Ankara 2005, s. 70 vd. (Değerlendirme).

*ŞehirAli Çelik* de şirketler hukukunda irade serbestisini sınırlandıran düzenlemelerin kapalı şirketlerin yapısına uygun olmadığı hususunun özellikle son yıllarda önemle altı çizilen bir durum olduğunu ve anonim şirketler hukuku alanında dünya çapındaki genel eğilimin esnekleşme yönünde olduğunu belirterek hükmün belirlenmesinde şekli kriterlerden değil maddi kriterlerden yararlanılarak yorum suretiyle emredici hükümlerin tesbiti yoluna gidilmesinin hükmün sınırlayıcı etkisini hafifletebilme çabası olarak görülebileceğine işaret etmektedir. **Kırca/Şehirali/Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku, s. 177; *Veziroğlu* ise TK m. 340'ın mevcut bir ilkeyi yazılı hukuka (lex scripta) aktarmayıp, devlet eliyle bir ilke yaratıldığı, bununla birlikte ilkenin esas sözleşmenin çevresine örmeye çalıştığı kalın duvarda delikler açılmaya çalışıldığı, anonim ortaklıklara olan ilginin azalmasının, emredici hükümler ilkesinin benimsenmesine eşlik ettiği ve kanun koyucunun çözme amaçladığı sorunlardan daha fazlasına yol açtığı tespitlerinde bulunmuştur. **Veziroğlu**, s. 344.

yasa'nın 48.maddesinden alan sözleşme özgürlüğünü kapalı tip anonim şirketler açısından gereğinden fazla sınırladığını ve bu durumun da ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmektedir<sup>32</sup>.

Düzenlemenin yerindeliği tartışması bir kenara bırakıldığında, çalışmamız bakımından önem arz eden yönetim kuruluna üye seçimi için TTK m.418'de düzenlenen toplantı ve karar nisaplarının esas sözleşme ile ağırlaştırılması konusu üzerinde durmak istemekteyiz.

Anonim ortaklığın yönetim kurulu kaideten TTK m.418'de ön görülen toplantı ve karar nisaplarına uyularak seçilmek zorundadır. TTK m.418'de düzenlenen nisaplara adi nisap-olağan yeter sayı denilmektedir<sup>33</sup>. Bir başka anlatımla, yasa veya esas sözleşme ile özel olarak düzenlenmiş ağırlaştırılmış nisaplar bulunmadığı müddetçe genel kurulun toplantı ve karar nisapları bakımından m.418'deki olağan yeter yetersayıların uygulanacağı kabul edilmiştir<sup>34</sup>.

Yasa koyucu anonim ortaklıklara ilişkin genel kurulda toplantı yapıp gündemin görüşülebilmesi ve karar alınabilmesi için toplantı ve karar nisabı şeklinde belirli yetersayılar öngörmüş ve genel kurulda alınan kararlar toplantıya katılın veya katılmasın herkesi bağladığı için belirtilen oranda katılımın sağlanmasını şart koşturmuş<sup>35</sup>. Bu nisaplar kural olarak yasa ile düzenlenmektedir. Ancak, yasada belirlenen kurallara riayet edilmek suretiyle, şirket esas sözleşmesinde de toplantı ve karar nisaplarının düzenlenmesi mümkündür.

Genel kurul toplantısının açılabilmesi, görüşmelerin başlaması ve devam edebilmesi ve günün sonunda oylama yapılabilmesi için ilk olarak toplantı yeter sayısı sağlanmalıdır<sup>36</sup>. Toplantı yeter sayısı genel kurulun karar alma ehliyetine ilişkindir<sup>37</sup>. Toplantı yeter sayısı, genel kurulun karar alabil-

<sup>32</sup> **Karasu**, Emredici Hükümler, s. 127 vd.

<sup>33</sup> **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, Nr: 13-54; **Bahtiyar**, s. 178; **Bilgili/Demirkapı**, s. 244; **Karahan**, Sami/**Huysal**, Ayşegül, S.: Şirketler Hukuku, Mimoza Yayıncılık, Konya 2012, s. 520; **Pulaşlı**, Şerh, § 33, N: 340; **Biçer**, Levent/**Hamamcıoğlu**, Esra: "Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 149-150, İstanbul 2017, s. 80 vd.

<sup>34</sup> **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, Nr: 13-54; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 344.

<sup>35</sup> **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 153.

<sup>36</sup> **Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 119; **Yıldız**, Şükrü: "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayı ve Yargıtay Kararları", Makalelerim, İstanbul 2018, s. 314 (Yönetim Kurulu Yetersayı).

<sup>37</sup> **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Nr: 708.

mesi için, en az ne miktar sermaye veya oyun toplantıda hazır bulunması gerektiğini ifade etmektedir<sup>38</sup>. Bu kapsamda anonim ortaklığın karar alabilmesi amacıyla yapılan genel kurul toplantısında ortaklık sermayesinin yasa veya ana sözleşmede belirlenen oranda sermayeyi oluşturan pay sahibinin hazır bulunması halinde toplantı yeter sayısına ulaşıldığı kabul edilmektedir<sup>39</sup>.

Yasada genel kurulun geçerli bir şekilde karar alabilmesi için toplantı nisabı hükümleri yanında karar nisabı hükümlerine de yer verilmiştir. Karar yeter sayısının en az ne miktarda oyun karar yönünde ve lehinde kullanılması gerektiğini belirleme yönünde bir işlevi bulunmaktadır<sup>40</sup>. Toplantı yeter sayısının bulunduğu bir toplulukta genel kurulun bir karar varabilmesi için gerekli bulunan asgari oy sayısına karar yeter sayısı denilmektedir<sup>41</sup>. O halde karar yeter sayısının varlığından bahsedilebilmesi için öncelikle toplantı yeter sayısının olduğu bir genel kurul olmalı akabinde ise kararın geçerli olarak alınabilmesi için yasa ya da esas sözleşme ile öngörülen minimum olumlu oy karar yönünde mevcut olmalıdır.

TTK m.418 uyarınca yönetim kurulunun seçimi için genel kural yasa veya *esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan hâller hariç olmak üzere* sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır ve karar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşılamadığı takdirde ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap dahi aranmamaktadır.

Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere yönetim kurulunun seçimi kararı bakımından yasa da ağırlaştırılmış bir nisap aranmamış basit nisap yeterli görülmüştür. İlk genel kurul toplantısında sermayenin en az dörtte birini karşılayan pay sahipleri; toplanıp basit toplantı nisabını sağlayarak,

<sup>38</sup> **İmregün**, Oğuz: “Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 50, Sayı 1-4, İstanbul 1984, s. 349 (Yetersayılar); Benzer yönde tanımlar için bkz. **Dural**, Halil A.: Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Toplantı ve Karar Yetersayıları, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 314; **Karayalçın**, s. 119; **Yıldız**, Yönetim Kurulu Yetersayı, s. 314; Öğretide **Zengin**’e göre ise “genel kurulun toplanmış sayılması ve karar alınması icap eden durumlarda toplanmış sayılan genel kurulun karar ehliyetine sahip kabul edilmesi için gereken hazır bulunma kuralını/esaslarını içeren norm” olarak tarif edilmektedir. **Zengin**, İbrahim Ç.: Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 50.

<sup>39</sup> **Biçer/Hamamcıoğlu**, s. 77.

<sup>40</sup> **İmregün**, Yetersayılar, s. 350.

<sup>41</sup> **Karayalçın**, s. 119; **Yıldız**, Yönetim Kurulu Yetersayı, s. 314.

toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile başka bir anlatımla basit karar nisabı ile yeni bir yönetim kurulu seçebileceği gibi var olan yönetim kurulu üyelerini de görevden alma hak ve yetkisine sahiptir. Zira m.418’de toplantı ve karar nisabına ilişkin getirilen olağan kural kanun veya şirket sözleşmesiyle daha yüksek bir karar nisabının uygulanacağını hükme bağlanmadığı tüm genel kurul kararlarında geçerlidir. Ayrıca eğer ilk genel kurul toplantısında m. 418’de anılan yetersayıya ulaşamaz ise ikinci toplantı bakımından herhangi bir nisap da aranmamaktadır<sup>42</sup>. Bu durumda ikinci genel kurul toplantısına tek bir pay sahibi katılıp tek bir oy ile dahi yönetim kurulunu seçip atayabilmektedir.

Ne var ki; uygulamada sıklıkla şirket esas sözleşmelerinde yönetim kurulu üyelerinin seçimi ve/veya görevden alınabilmesi bakımından toplantı ve karar yeter sayılarının 418. madde düzenlemesinden farklılaştırılarak ağırlaştırılmış nisapların arandığı görülmektedir. Bu kapsamda şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyelerinin seçimi için “*sermayenin en az yüzde otuzunu veya yarısını veya yüzde yetmiş beşini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır ve karar verir*” şeklinde düzenlemelere yer verilmektedir. İlk olarak esas sözleşmede yönetim kurulunun seçimi için m.418 düzenlemesinde öngörülen yeter sayıdan daha ağırlaştırıcı bir nisap öngörülmesinin mümkün olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu (eTTK) olağan toplantı nisabını m.372’de; karar nisabını ise m.378’de ayrı ayrı düzenlediği için öğretide de bu konu toplantı ve karar nisaplarının esas sözleşme ile düzenlemesi şeklinde bir ayırım yapılarak ele alınmıştır.

İlk olarak Arslanlı, eTTK 372. maddesine tâbi toplantılarda, ilk toplantı için aranan nisabın ağırlaştırılabileceğini ancak hafifletilemeyeceğini ayrıca ikinci toplantı bakımından hazır bulunan pay sahiplerinin temsil ettikleri sermayenin miktarı ne olursa olsun, genel kurulun müzakere yapmaya ve karar vermeye selâhiyetli olduğundan, ikinci toplantı nisabının da esas mu-

<sup>42</sup> Öğretide ikinci toplantıda nisabın aranmayacağı yönündeki madde hükmü eleştirilmektedir. *Kendigelen*’e göre, nisabın aranmayacağına yönelik ifade hatalı olup en azından tek bir paya sahip olan bir pay sahibi ya da temsilcisinin katılmadığı bir toplantının yapılması mümkün olmadığına göre, ikinci toplantı için nisabın aranmayacağından söz etmek isabetli değildir. **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 317 vd.; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 154, dpn. 280; nisaba dair haklı tespit ve eleştiriler için bkz. **Teoman**, Ömer: “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük Kanununun Anonim ve Limited Ortaklık Genel Kurullarında Toplantı Nisabı Aranmayacağına Öngören Hükümleri”, *Regesta*, Cilt 2, Sayı 2, İstanbul 2012, s. 6 vd.

kavele ile tayin edilebileceğini ifade etmiştir<sup>43</sup>. Ne var ki müellif; ikinci genel kurul toplantısı bakımından zorunlu organların seçimi, bilançonun tasdiki, kar dağıtımı gibi şirketin faaliyeti için zaruri olan kararlar bakımından ikinci toplantı bakımından da herhangi bir toplantı yetersayısının esas sözleşmeye konulamayacağı görüşündedir<sup>44</sup>.

*İmregün* de; toplantı yetersayılarının esas sözleşme ile düzenlenebileceği konusunda herhangi bir duraksama olmadığını belirtmiş, esas sözleşme ile getirilebilecek düzenlemelerin bir sınırının olup olmayacağı ve böyle bir sınır varsa bunun gerekçelerinin neler olabileceği hususu üzerinde değerlendirmelerde bulunmuştur<sup>45</sup>. Yazar benzer şekilde TTK. m.372 uyarınca, hem ilk ve hem de ikinci toplantı için esas sözleşme ile yasanın öngörülen oranlardan daha ağır bir toplantı yetersayı öngörmenin mümkün olduğunu, hatta ilk toplantı için öngörülecek bu ağırlaştırılmış yetersayı için bir sınırın da bulunmadığını ifade ettikten sonra ikinci toplantı bakımından tıpkı *Arslanlı* gibi ortaklığın yaşamını sürdürmesi için alınması zorunlu olan organların seçimine, kâr ve zarar hesapları ile bilançonun onanmasına ilişkin kararlarda sözleşme ile ağırlaştırılmış yeter sayıların konulamayacağını belirtmiş ancak *Arslanlı*' dan farklı olarak da ikinci toplantıda yönetim kurulu üyeleri veya denetçiler aleyhine sorumluluk davası açılması, özel denetçi tayini gibi azınlık haklarını korumaya yönelik kararların alınmasında da ikinci toplantıda ağırlaştırılmış nisapların uygulanmaması gerektiğine işaret etmiştir<sup>46</sup>.

Poroy ve Domaniç ise eTTK m.372'de öngörülen nisap ile amaçlananın azlığın korunması olduğundan esas sözleşme ile bu nisapların hem ağırlaştırılabileceğini hem de hafifletilebileceğini kabul etmekte ve m.372'nin açık düzenlemesi karşısında nisabın sadece ağırlaştırılıp ancak hafifletilemeyeceği yönündeki görüşlerin isabetli olmadığını ifade etmektedirler<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> *Arslanlı*, s. 38.

<sup>44</sup> *Arslanlı*, s. 38.

<sup>45</sup> *İmregün*, Yetersayı, s. 354.

<sup>46</sup> *İmregün*, Yetersayı, s. 354 vd.

<sup>47</sup> *Poroy*, Reha/*Tekinalp*, Ünal/*Çamoğlu*, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul 1976, s. 354 (1976); *Domaniç*, Hayri: Anonim Şirketler, Eğitim Yayınları, İstanbul 1978, s. 614; *Yıldız* da herhangi bir ayırım yapmadan şirketin dengeli bir biçimde gelişmesine imkân sunulması gerektiğini belirterek şirketin hayatyeti açısından son derece önemli olan kararların gecikmeden alınabilmesi için esas sözleşmesine koyduğu ya da koyacağı yetersayıların azaltmaya ilişkin hükümlerin de geçerli olması gerektiğini savunmaktadır. *Yıldız*, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Madde 388'deki Yeter Sayıları Hafifleten (3585) Sayılı Kanun Hükümlerinin Anonim Şirket Esas Sözleşmeleri

Karar nisabının düzenlendiği eTTK m.378'ye ilişkin olarak ise Arslanlı ve İmregün; toplantı nisabına ilişkin görüşlerine benzer değerlendirmelerde bulunmuş ve anonim ortaklığın yaşamı için karar alınması zorunlu olan hal-lerde, örneğin organ seçimlerinde, ilk toplantı için karar yetersayısının TTK. m. 378'e oranla esas sözleşme ile daha da artırılabilirliğini kabul et-mekle beraber, ikinci toplantıda bu yetersayının değil, mutlak çoğunluğun aranması gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>48</sup>.

Buna karşın eTTK döneminde 11.Hukuk Dairesi vermiş olduğu "TTK.- nun 378/1. maddesi iki yönlüdür. maddedeki "kararlar mevcut reylerin ek-seriyetiyle verilir" hükmü, daha az bir oy çoğunluğu ile karar verilemeye-ceği bakımından emredici bir hükümdür, ancak, oy nisabının, ana sözleşme ile daha artırılmasına bu hüküm engel değildir. Öğreti de bu görüşte-dir. Esasen bu konuda kaynak kanun durumu da bulunan İsviçre Borçlar Yasasının 703. maddesi bu olanağı "Kanun veya ana sözleşmelerde aksine hüküm yoksa gerek seçimlere gerekse diğer konulara ilişkin kararlar mevcut oyların salt çoğunluğuyla verilir" hükmüyle açıkça tanınmıştır. Bu neden-lerle TTK'nun 378/1. maddesindeki oy nisabının artırılmasına ilişkin ana sözleşme hükmü geçerlidir ve mahkemenin aksine görüşü yerinde değil-dir." yönündeki kararı ile herhangi bir ayırım yapmaksızın ilk derece mah-kemesinin şirket ana sözleşmesinin 22. maddesinin, yasanın 378/1. madde-sine aykırı bulunduğu, bu hükmün amir bir hüküm olduğu, mevcut oyların çoğunluğu ile alınan kararların geçerli sayılacağı yönündeki kararını bozma yoluna giderek karar yetersayısının esas sözleşme ile -somut uyuşmazlık bakımından artırılarak- düzenlenebileceğine hükmetmiştir<sup>49</sup>.

Benzer tartışmaların mevcut TTK döneminde de devam ettiği görül-mektedir. Pulaşlı; kaleme almış olduğu eserinde yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin olarak her ne kadar TK m. 418'deki ifadeden yeter sayıların

---

Üzerine Etkileri ve Yargıtay Kararları, Makalelerim, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 216 (Esas Sözleşme).

<sup>48</sup> Arslanlı, s. 38; İmregün, Yetersayılar, s. 356 vd.

<sup>49</sup> Yarg. 11. HD., T. 13.10.1982 E. 1982/3701, K. 1982/3867 karar için bkz. Moroğlu, Erdoğan/Kendigelen, Abuzer: İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 315. Bu karara ilişkin öğretilerde İmregün "Yüksek mahkemenin kararlarında, yazılarımıza yollama yapması, bizler için öğünç kaynağıdır. Ancak, yüksek mahkeme, yazımda belirttiğim hususları eksik almış, özellikle karar yetersayısının, sözleşme ile artırılması halinde, ortaklığın yaşamını sürdürmesi için zorunlu kararlarda, en azından ikinci toplantıda, sözleşmede öngörülen artırılmış karar yetersayısının değil, TTK. m. 378 de düzenlenen mutlak çoğunluğun esas alınması gerektiği üzerinde durmamıştır." yönünde görüş bildirerek kararı eleştirmiştir. İmregün, Yetersayı, s. 360.



ağırlaştırılabileceği sonucuna varılabirse de bu hususta nisapları ağırlaştırmanın yönetim organının vazgeçilmezliği ve gerekliliği açısından mümkün olmadığını, bu durumun azınlık haklarını tekeffül anlamına da gelmediğini, azınlığın yönetim organında temsilinin ağırlaştırılmış nisaplarla değil, esas sözleşmeye konacak bir hüküm ile sağlanacağını açıkça ifade etmiştir<sup>50</sup>.

Bahtiyar da; yasadaki yeter sayıların (418/1, 421/1) ana sözleşme ile ağırlaştırılmasının mümkün olduğunu belirtmekle yetinmiş ancak bu ağırlaştırmanın toplanmayı/karar almayı olanaksız kılacak bir ağırlaştırma olmaması gerektiğinin altını çizmiştir<sup>51</sup>. Biçer de ana sözleşme ile toplantı nisabının sadece bazı kararlar için ağırlaştırılmasının mümkün olup olmadığı hususunun TTK m.340 kapsamında ele alınması gerektiğine işaret etmiş ve karar yetersayısının (TTK 418/2) veya (TTK 418/1, c. 2’de düzenlenen) ikinci toplantıdaki toplantı nisabının ağırlaştırıldığı her halde şirketin faaliyetlerinin engellenmesinin, ortaklığın kilitlenmesinin söz konusu olmayacağını belirterek yetersayıların ancak şirket faaliyetlerini engelleyecek seviyede yüksek oranlar kararlaştırması halinde esas sözleşmede ağırlaştırma yapılmasına imkân bulunmadığına dikkat çekmiştir<sup>52</sup>.

Öte yandan Zengin; konuyu detaylı bir şekilde ele almış ve işler haldeki ticari faaliyetlerin bozulmaması için, TTK 418/1 nispetinde hem ilk toplantıda asgari bir toplantı yeter sayısı aranarak bu nisabı artırmak hususunda ortaklığa serbesti tanınmasının hem de ikinci toplantı için yeter sayı aranmamasının özünde ortaklığı koruyan bir düşüncenin yattığı, böylece menfaatler dengesinin sağlanması bakımından “mevcut pay sahiplerinin”, “çoğunluğun” veya “azınlığın” değil, bizatihi ve bütün bileşenleriyle “ortaklığın menfaatinin” üstün tutulduğu sonucuna varmıştır<sup>53</sup>. Ayrıca yazar karar nisabı yönünden de 418/2 hükmünün mutlak emredici nitelikte olduğunu kabul ederek bu nisabın hafifletilmesinin mutlak çoğunluğun terk edilmesine, ağırlaştırılmasının ise karar almayı zorlaştırılmasına neden olacağını ifade ede-

<sup>50</sup> **Pulaşlı**, Şerh, § 35, N: 241.

<sup>51</sup> **Bahtiyar**, Mehmet: “Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının Toplantı Süresince Korunması Şartına İlişkin TTK 418/1 Hükmünün Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 62 dnp. 3 (Toplantı Yetersayısının Toplantı Süresince Korunması).

<sup>52</sup> **Biçer**, Levent: “Genel Kurul Yönetmeliği’nin ““Toplantının Ertelenmesine”” Yönelik 28. Maddesine İlişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 1, İstanbul 2024, s. 72 vd. Ayrıca müellif genel kurulun yapılacağı ilk toplantıda, öngörülenden daha ağır bir nisabın ana sözleşme ile kararlaştırılabileceğinin yasada açıkça düzenlendiğini de kabul etmektedir. **Biçer**, s. 72.

<sup>53</sup> **Zengin**, s. 366.

rek m.418/2 maddesine aykırı bir esas sözleşme düzenlemesinin mümkün olamayacağını belirtmiştir<sup>54</sup>.

Kanaatimize göre sorunun çözümünde ilk olarak TTK m.340 hükmü dikkate alınmalıdır. Yukarıda ayrıntıları ile izah edildiği üzere yasa koyucu m.340 hükmü ile esas sözleşmenin yasa hükümlerinden **açıkça izin verdiği ölçüde** sapabileceğini kurala bağlamış ve yasanın çeşitli maddelerinde de bu hususa ilişkin olarak “ esas sözleşme ile...kararlaştırılabilir/ öngörülebilir; esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa/ aksi öngörülmemişse” şeklinde ifadeler yer verilmiştir<sup>55</sup>. Görüleceği üzere bu kavramlara yer verilen yasa metinlerinde “açıkça” yasal düzenlemeden farklılaşabileceği kabul edilmiş ve sapmaya izin verilmiştir<sup>56</sup>. Çalışmamız bakımından ele almış olduğumuz m.418/1’in madde metninde “*esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmuş bulunan hâller hariç*” kavramına özellikle yer verilmiştir. Bir başka anlatımla yasa koyucu m.418 ile belirlemiş olduğu toplantı ve karar nisaplarında esas sözleşme ile değişiklik yapılabileceğini daha en başta belirtmiş durumdadır.

Her ne kadar madde gerekçesinde 6762 sayılı Kanunun 372 nci maddesi ve 378 inci maddesinin birinci fıkrası hükümlerinin tekrarlandığı ifade edilmiş olsa da özellikle eTTK’da yer verilmeyen “daha ağır nisap öngörülmuş bulunan haller” cümlesine yer verilerek mülga dönemde yukarıda yer verilen öğretilerdeki ana sözleşme ile basit toplantı ve karar nisabının hafifletilebileceğini ön gören tartışmalara son verilerek olağan yeter sayıların esas sözleşme ile ancak artırılabilmesi aksine hafifletilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu yönüyle yasa koyucunun; m.418 kapsamına giren işler bakımından haklı olarak herhangi bir ayırım yapmadığı, örneğin kar payının dağıtımına ilişkin kararın esas sözleşme ile ağırlaştırılabilmesi oysaki yönetim kuruluna üye seçimi için basit nisabın ağırlaştırılmayacağı şeklinde ayrık ve istisnai bir düzenlemeye yer vermediği de görülmektedir. TTK m.418 hükmü özü itibarıyla karar almayı kolaylaştırıcı ve ortaklığı koruyucu bir amaç gü-

<sup>54</sup> Zengin, s. 367.

<sup>55</sup> Karasu, Emredici Hükümler, s. 48.

<sup>56</sup> Bahtiyar, Değerlendirme, s. 71 vd.; Kırca/Şehirali/Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, s. 160 vd.; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 113; Öğretilerde anonim şirketlere ilişkin bir hükümden sapma izninin verilip verilmediğinin tespitinde sadece hükmün lafzına bakılmaması gerektiği, hükmün yorumlanmasından elde edilen anlamında dikkate alınabileceği ağırlıklı olarak savunulmaktadır. Karasu, Emredici Hükümler, s. 49 vd.; Pulaşlı, Şerh, § 28, N: 32; Şener, s. 306 vd.; Bilgili/Demirkapı, s. 197; Korkut, Ömer: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Karahan Kitabevi, Adana 2012, s. 298.

mekte<sup>57</sup> ve kendine bırakılan alanlardaki kararlara ilişkin olağan toplantı ve karar yeter sayısını düzenlemektedir. Bu madde hali hazırda asgari yeter sayıları belirleyen bir hükümdür.

Yasa; şirket esas sözleşmesi ile daha ağır nisap öngörülebileceğini açıkça belirterek anılan düzenlemeden sapılabileceğine izin vermiştir. Ortaklar; şirket ana sözleşmesinde yasanın izin verdiği ölçüde şirket için geçerli olan yasa hükümlerini işletmenin yapısına ve ortakların ihtiyacına uygun olarak tamamlama veya değiştirme imkânına sahiptir<sup>58</sup>. Ortakların bir araya gelip şirket için önem arz eden ve ortaklığı yönetecek olan yönetim kurulunun seçimi için esas sözleşmede belirli orandaki pay sahibi ya da sahiplerinin katılımına ve olumlu oyuna muhtaç hâle getirilmesini arzu edebilirler. Zira, pay sahiplerinin esas sözleşmede ağırlaştırıcı nisap düzenlemelerinin altında yatan asıl sebep de çoğu kez ortaklık için önemli olan bazı veya bütün kararların, şirket bünyesindeki payların dağılımı dikkate alınarak belirli ortak ya da ortakların katılımına ve olumlu oyuna muhtaç hâline getirmek ya da hiçbir pay sahibinin tek başına karar alabilecek konumda olmamasını sağlamaktır<sup>59</sup>. Nitekim bu yolla şirket kararlarında ortak kontrolün tesisi de amaçlanmaktadır<sup>60</sup>. TTK m.418 hükmü de bu minvalde kaleme alınmış ve esas sözleşme ile bu nisapların ağırlaştırılabileceği özellikle belirtilerek yasanın öngördüğü asgari sınırın üzerine çıkılmasına izin verilerek pay sahiplerinin iradelerine üstünlük tanınmıştır.

Şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyelerinin seçimi için “*sermayenin en az yüzde otuzunu veya yarısını veya yüzde doksanını karşılayan payların sahiplerinin varlığıyla toplanır ve karar verir*” şeklinde yönetim kuruluna üye seçiminde m.418 düzenlemesinden ayrılan ve nisapları ağırlaştıran bir esas sözleşme hükmünü yasaklayan bir hüküm mevcut olmadığı gibi pay sahiplerinin nisabı ağırlaştırma yönünde esas sözleşmede tecelli eden iradelerinin önüne geçilmesini haklı kılan bir sebep de bulunmamaktadır.

Her ne kadar öğretilerde m.418'deki nisapların artırılarak özellikle yönetim organının seçiminin zorlaştırılması sonucunu doğuracağı ve ortaklığın faaliyetine son verilebileceği yine şirket ve azınlık çıkarları arasında kurulan dengenin ortaklık menfaati yönünde bozulacağı belirtilmiş olsa da<sup>61</sup> m.418'in

<sup>57</sup> Zengin, s. 376.

<sup>58</sup> Karasu, Emredici Hükümler, s. 29.

<sup>59</sup> Dural, s. 337.

<sup>60</sup> Dural, s. 337.

<sup>61</sup> Zengin, s. 367.

sadece basit nisapları düzenleyen bir hüküm olması hasebiyle bu yorumlara katılmak da kanaatimize göre mümkün değildir. Madde, şirketin organsız kalmasını veya şirket ile azlık pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarını engellemek için sevk edilmemiş olup TTK; şirket organlarının seçilememesi halinde uygulanacak kuralları, azlık haklarını ve azlığın bu haklarının nasıl kullanılabileceğine ilişkin hükümleri zaten yasanın değişik maddeleri ile sevk etmiş bulunmaktadır. Kaldı ki, toplantıya katılmayanları “teknik anlamda” azlık olarak nitelendirebilmek de mümkün değildir.

Bu kuralların etkin bir biçimde kullanıp kullanılmadığı veya hükümlerin yerinde olup olmadığı ayrı bir tartışma konusunu oluştururken, nisapların ağırlaştırılması sebebiyle anonim ortaklığa ilişkin kararların alınmayacak boyuta gelmesi ve ortaklığın adeta kilitlenmesi gibi temel sorunların çözümünü m.418 hükmünde aramak da kanaatimize göre isabetsiz bir yaklaşımdır.

Diğer yandan; konuya ilişkin değerlendirme yapılırken yasa koyucunun m. 360 ve 478 uyarınca yönetim kuruluna üye seçimi konusunda yine pay sahiplerinin iradesine öncelik vererek ve çoğunluğun keyfi davranışlarına karşı bireysel pay sahiplerini korumak, azınlık da kalan şirket ortaklarının şirket yönetimine etkin bir biçimde katılması ya da en azından çoğunluk tarafından yönlendirilen şirket faaliyetlerinin azınlık pay sahipleri tarafından denetlenmesi amaçları ile grup imtiyazı denilen bir hak sağladığı ve bu kapsamda şirket esas sözleşmesinde yer verilecek bir düzenleme ile nispi çoğunluğun oluşturan diğer pay sahiplerinin iradesinin aksine tek bir imtiyazlı paya sahip olan kimsenin bütün yönetim kurulunu seçebilme imkânına dahi izin verdiği de unutulmamalıdır<sup>62</sup>.

Tüm bu anlatılanlar kapsamında TTK m.418’de kararlaştırılan basit nisapların esas sözleşme ile ağırlaştırılabileceği ancak hafifletilemeyeceğine yönelik görüşe katıldığımızı belirtmek isteriz. Ayrıca, her ne kadar maddenin ikinci fıkrasında karar yeter sayıları bakımından bir ağırlandırmadan söz edilmemiş ve karar nisabının ağırlandırlamayacağı yönünde bir izlenim ortaya çıkmış olsa da ilk fıkrada belirtilen “esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan hâller hariç” ibaresinin hükmün düzenlenme amacı ile uyumlu olacak şekilde ikinci fıkra bakımından da uygulanabilir

<sup>62</sup> **Kendigelen**, Abuzer: Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 42 vd. (İmtiyaz); Ayrıca bkz. **Çamoğlu**, Ersin: “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili”, Halil Arslanlı Bilim Arşivi, Erişim: [www.arslanlibilimarsivi.com](http://www.arslanlibilimarsivi.com), (Erişim Tarihi: 10.06.2024); maddeye yönelik eleştiriler için bkz. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 252 vd.

nitelikte olduğu ve bu kapsamda basit karar yeter sayılarının da ağırlaştırılabileceği yönündeki görüşün daha isabetli bir yaklaşım olduğu da belirtilmelidir<sup>63</sup>.

Bu başlık altında son olarak; esas sözleşmede m. 418'in aksine ağırlaştırılmış bir nisabın kararlaştırıldığı hallerde bu durumun ikinci toplantıya da sirayet edeceğine işaret etmeliyiz<sup>64</sup>. Kanaatimize göre, maddede belirtilen "ikinci toplantıda nisap aranmaz" hükmü; nisabın sözleşme hükmü ile ağırlaştırıldığı durumlarda uygulanma imkanı kalmayacak yasal bir düzenlemedir. Zira ortaklar için önem arz eden ve bu sebeple yasal düzenlemeden dahi sapma ihtiyacı duydukları bir konuda ilk toplantı yönünden ağırlaştırılmış nisabı kabul edip ikinci toplantı bakımından herhangi bir nisap dahi aramak ve tek bir pay sahibinin oyuyla dahi bu kararın verilebileceğini kabul etmek hiç şüphesiz çelişkili bir durum yaratacaktır. Bu yönüyle ortakların esas sözleşmede tecelli eden iradelerinin sadece ilk toplantı bakımından korunup ikinci toplantı bakımından görmezden gelinmesi düşüncesi; m.418'in sadece asgari yeter sayıları belirten bir hüküm olduğu da dikkate alındığında kanaatimize hükmün düzenlenme amacıyla da bağdaşmamaktadır. Aksinin kabulü ise hem pay sahiplerinin şirketteki kararların ortak bir konsensüs sonucu tesis edilmesine yönelik esas sözleşmede düzenlemiş oldukları iradelerini ihlal edici bir nitelik taşıyacak, hem de esas sözleşmede yönetim kurulunun seçimine ilişkin ağırlaştırılmış nisabı düzenleyen tamamlayıcı nitelikteki<sup>65</sup> esas sözleşme maddesinin hiçbir hüküm ifade etmemesine sebebiyet verecektir.

<sup>63</sup> **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 159; **Huysal/Karahan**, s. 523; **Biçer/Hamamcioğlu**, s. 103 vd.; *Kendigelen* ise m.418/1'de esas sözleşmede yer verilebilecek aksine hüküm ile toplantı nisabının sadece ağırlaştırılabileceğinin vurgulandığını dolayısıyla bu maddede belirlenen ilk toplantı hakkındaki toplantı nisabının hafifletilmesine izin verilmediğini belirtmiştir. **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 317; Okan'a göre de esas sözleşme ile dörtte bir kuralının aksine düzenleme yapılmasına olanak verilerek esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile toplantı yeter sayısı ağırlaştırılabilir. **Şenocak/Okan**, s. 2289; Ancak müellif toplantı ve karar yeter sayısının birbirinden bağımsız olduğu ve TTK m.340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesi uyarınca da esas sözleşme ile m.418/2 uyarınca daha ağır karar yetersayılarının öngörülemediği görüşündedir. **Şenocak/Okan**, s. 2294.

<sup>64</sup> Nitekim Zengin de benzer şekilde m.418'de ifade edilen yeter sayılar bakımından, maddenin başında yer verilen "aksine bir şekilde ağırlaştırıcı" düzenleme yapma imkânının lafzi olarak tüm maddeyi yani ilk toplantı ile ikinci toplantıda da aranacak toplantı yeter sayısını ve ikinci fıkrada yer verilen her iki toplantı için gereken karar nisabını kapsadığı şeklinde bir yorumun da tamamıyla abes görülmemesi gerektiği yönünde tespitlerde bulunmuştur. **Zengin**, s. 361.

<sup>65</sup> **Biçer**, s. 72.

### III. YÖNETİM KURULUNUN SEÇİMİNE İLİŞKİN ESAS SÖZLEŞME İLE AĞIRLAŞTIRILMIŞ NİSAPLARA UYULMADAN ALINAN GENEL KURUL KARARININ GEÇERSİZLİĞİ

Esas sözleşme ile yönetim kurulunun seçimine ilişkin nisapların ağırlaştırılabileceğine yönelik değerlendirmelerimize yer verdikten sonra bu başlık altında genel kurul tarafından esas sözleşmedeki ağırlaştırılmış yeter sayılara uyulmadan alınan bir kararın geçersizliği meselesi üzerinde durulacak ve özellikle yönetim kurulunun seçildiği genel kurul toplantısında seçime ilişkin ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisabına uyulmadan tesis edilen genel kurul kararının akıbetini ne olacağı öğreti görüşleri ve yüksek yargı kararları kapsamında belirlenmeye çalışılacaktır.

Yasada ön görülen asgari yeter sayılara aykırı davranılması ile yasadaki asgari yeter sayıların sağlanıp esas sözleşmede öngörülen yeter sayıların sağlanmadığı genel kurul toplantılarında, alınan kararlar geçersiz olmakla birlikte bu geçersizliğin türünün ne olacağının ise öğretide tartışmalı olduğu en başta ifade edilmelidir<sup>66</sup>.

#### A. Öğretideki Görüşler

Öğretide esas sözleşme ile ağırlaşan yeter sayılara uyulmadan alınan genel kurul kararının geçersizliği hususunda iki görüşün ağırlıklı olarak savunulduğu, bir görüşe göre genel kurul kararın yoklukla malul olduğu ifade edilirken, bunun karşısındaki görüşe göre ise kararın iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olduğu ileri sürülmektedir.

Konuyu ilk defa ele alan ve tartışan Arslanlı'ya göre; esas sözleşmede yasanın mutlak emredici hükümlerine yer verilmiş ve bu maddelere bir aykırılık söz konusu ise bu durum esas sözleşmeye değil yasaya aykırılık olarak mütalaa edileceğini ancak kanunun emredici mahiyetteki hükümlerini ağırlaştırılan hükümlerde bu hükümleri ağırlaştırdıkları oranda esas sözleşme hükmü sayılacağını, örneğin 388.maddenin tayin ettiği nisapların artırılmış olup muayyen bir hususu hakkında  $\frac{3}{4}$  çoğunluk aranmış ise bu hükme aykırılığın kararı batıl kılmayacağını ifade etmiştir<sup>67</sup>. Benzer şekilde İmregün de esas sözleşmeye hüküm konularak toplantı ve karar nisaplarının bazı koşullarda artırılabilceğini kabul etmiş ve bu durumun müktesep bir hak olduğunu belirttikten sonra bu gibi müktesep hakları ihlal eden genel kurul kara-

<sup>66</sup> Biçer/Hamamcıoğlu, s. 115.

<sup>67</sup> Arslanlı, s. 74.

rının ortaklık sözleşmesine aykırılık gerekçesi ile iptali kabil olduğunu ileri sürmüştür<sup>68</sup>.

Esas sözleşmede ön görülen ağırlaştırılmış yeter sayıya aykırı genel kurul kararının geçersizliği hakkında görüş bildiren Moroğlu'na göre “*Sonuç olarak, salt veya ağırlaştırılmış bir oy çokluğu aksi ana sözleşme veya kanunda ön görülmüş olmadıkça genel kurul kararının mevcudiyeti şartı değildir. Görüşümce, kanunda ve ana sözleşmede belirtilen toplantı ve karar nisaplarına aykırı olarak alınan genel kurul kararları sadece iptal edilebilir kararlardır; meğerki genel kurul kararı kanunda emredici olarak tespit edilmiş nisap hükümlerini sürekli olarak kaldıran veya sınırlayan bir karar olsun; bu son halde genel kurul kararı konusu itibariyle nisbi emredici hükme aykırı ve batıl olur*”<sup>69</sup>.

Buna karşın öğretilerdeki diğer müellifler ise esas sözleşme ile ağırlaştırılmış yetersayıya uyulmadan alınan genel kurul kararının yoklukla geçersiz olduğunu savunmaktadır. Kırca'ya göre yokluk yaptırımını açısından kanuni nisap ile esas sözleşme ile ağırlaştırılmış nisap arasında bir fark göze-

<sup>68</sup> **İmregün**, Anonim Ortaklık, s. 331; benzer gerekçeler ile aynı yönde **Eriş**, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı, Anonim Şirketler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1995, s. 503; **Kayar**'a göre ise “*TTK. m. 372'de ““esas mukavelede aksine hüküm bulunan haller hariç olmak üzere”“ denilmek suretiyle olağan-adi toplantı yetersayılarını düzenleyen kanun hükümlerinin emredici olmadığı, esas sözleşmeyle aksine düzenlemeler yapılabileceği açıkça belirlenmiştir. Bu bakımdan olağan toplantı ve karar yetersayılarını belirleyen kanun hükümlerinin emredici değil, düzenleyici olduğu açıktır. Buna bağlı olarak, basit toplantı ve karar yetersayılarına uyulmadan yapılan toplantıda alınan kararların TTK. m. 381 ve KoopK. m. 53 hükümleri gereğince ““kanuna aykırılık”“ kapsamında iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olacağı kabul edilmelidir.*” **Kayar**, İsmail: “AO ve Kooperatiflerde Genel Kurul Toplantı ve Karar Yetersayılarına Uyulmamasının Sonuçları ve İptal Kararının Etkileri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Kayseri 2008, s. 251-262, s. 253.

<sup>69</sup> **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 140; Ayrıca **Yıldız** da Yargıtay'ın esas sözleşmenin yeter sayılarına ilişkin hükümlerine aykırılığı yok sayarak bu hükümlere emredici nitelik verdiğini, oysa TK m.381'de esas sözleşme hükümlerine aykırılığın yaptırımının açıkça iptal edilebilirlik olarak belirlendiğini, kazanılmış haklara aykırılığın yaptırımının da iptal edilebilirlik olduğunu, Yargıtay'ın genel kurul kararlarının sakatlığına ilişkin olarak verdiği pek çok kararda hukuk güvenliğinin dikkate alarak kanun hükümlerine aykırı genel kurul kararlarına bile iptal müeyyidesini uyguladığını belirterek kanundaki yeter sayılara uygun ancak esas sözleşmedeki nisaplara uyulmadan alınan genel kurul kararlarının iptali kabil kararlar olduğunu belirtmiştir. **Yıldız**, Esas Sözleşme, s. 250 vd.; **Nomer** de herhangi bir ayırım yapmaksızın toplantı ve karar yeter sayısına ulaşamamış olması halinde genel kurul kararının iptal edilebilir nitelikte olduğunu kabul etmektedir. **Nomer**, Nami H.: Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 63.

tilmemelidir<sup>70</sup>. Müellif hukuki işlemin kurucu unsuru olan irade beyanının genel kurul kararlarında bir öneriye ancak kanunda veya esas sözleşmede öngörülen oranda oy olumlu oy verilmesine karşılık geldiğini ve iradenin bu oranda oy verilmesi ile varlık kazanacağını belirtmektedir<sup>71</sup>. *Kubilay* da esas sözleşmenin tecil edildiği tarihte geçerli olan TTK m.388'in uygulanması gerektiğini belirterek bu hükme uyulmadan gerekli ve yeterli karar nisabıyla alınmadığı anlaşılan sermaye artırımı kararının yoklukla geçersiz olduğunu ifade etmiştir<sup>72</sup>. Aynı yönde *Karahan/Huysal* da esas sözleşmede artırılmış nisaplara uyulmadan alınan kararların yoklukla sakat olacağı görüşündedir<sup>73</sup>.

Öğretide *Pulaşlı* ise ikili bir ayırım yaparak konuyu ele almış ve esas sözleşmede öngörülen genel kurul toplantı ve karar yeter sayıları yasada ön görülen ağırlaştırılmış yeter sayılarını daha da ağırlaştırılan nitelikte ise bu durumda esas sözleşme hükmüne aykırılık olacağını ve karara iptal edilebilirlik müeyyidesinin uygulanacağını ileri sürmüştür<sup>74</sup>. Buna karşın yazar, yasada emredici olarak öngörülen asgari toplantı ve karar yetersayılara aykırı

<sup>70</sup> **Kırca**, İsmail/**Şehirli Çelik**, Feyzan H./**Manavgat**, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku Cilt 2/2 Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, s. 10 (Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü); aynı yönde **Kırca**, Hükümsüzlük, s. 8 vd.; Benzer şekilde *Adıgüzel/Karademir de Kırca*'ya atıf vermek sureti ile bu görüşte olduklarını ifade etmiştir. **Adıgüzel**, Burak/**Karademir**, Halis: "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğünde İbra Kararına Özgü Durumlar", Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl 6, Sayı 73, 2018, s. 383; Benzer şekilde *Çamurcu* da anonim ortaklıklar birer tüzel kişi olduğundan ve ancak organları aracılığıyla irade beyanında bulunabileceğinden, toplantı ve karar nisaplarının bu iradenin oluşabilmesi için gerekli olan asgari şartlardan olduğunu, bu nisaplara aykırı bir şekilde alınan kararlarda, ortaklığın irade beyanının bulunduğu bahsetmenin mümkün olmayacağını ve ilgili kararın iptal edilebilirliğinden değil ancak yokluğundan bahsetmek gerekeceğini, bahsedilen toplantı ya da karar nisabının kanunda öngörülenden farklı bir oran ile esas sözleşmede düzenlenmesinin ise bu sonuçta herhangi bir değişiklik yaratmaması görüşündedir. **Çamurcu**, Emin: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptaline Bağlı Hukuki Sonuçlar, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2020, s. 33.

<sup>71</sup> **Kırca**, Hükümsüzlük, s. 8 vd.

<sup>72</sup> **Kubilay**, Huriye: Türk Ticaret Kanunu m.388'deki Toplantı ve Toplantı ve Karar Yetersayıları Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. İmregün'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1998, s. 387-397, s. 394.

<sup>73</sup> **Karahan/Huysal**, s. 528.

<sup>74</sup> **Pulaşlı**, Şerh, § 33, N: 381 vd., Kanunda öngörülen nisaplara aykırı olarak alınan kararların yoklukla, esas sözleşmede öngörülen nisaplara aykırı olarak alınan kararların ise iptal edilebilirlikle sakat olacağı yönünde bkz. **Bozkurt**, Tamer: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2018, s. 351; **Korkut**, s. 156 vd.



kararların ise yok hükmünde olduğunu kabul etmektedir<sup>75</sup>. Korkut da, esas sözleşme hükümlerine aykırı genel kurul kararı için yokluk yaptırımının uygulanmasını gerektiren bir durum olmadığını, bu halde BK m.17/1 hükmü uyarınca esas sözleşmedeki yeter sayılara aykırı olan genel kurul kararının batıl olduğu düşünülebilecekse de TTK'da esas sözleşmeye aykırılığın bir iptal sebebi olarak gösterilmesinden ötürü iptal yaptırımının uygulanması gerektiğini ifade etmiştir<sup>76</sup>.

### B. Yüksek Yargının Görüşü

Yüksek mahkeme kanun veya esas sözleşmede ön görülen nisaplar bakımından herhangi bir ayırım yapmayarak yeter sayılara aykırı olarak alınan genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğunu yerleşik olarak içtihat etmektedir.

Bu kapsamda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi konuya ilişkin vermiş olduğu ilk kararında (tespit edebildiğimiz kadarıyla) bir genel kurul karardan söz edilebilmesi için öncelikle pay sahiplerinin ana sözleşmenin veya yasaların öngördüğü biçimde toplanmış ve karar almış olması gerektiğini, eğer ana sözleşmede ön görülen sayıda toplanılmamış ve karar alınmamışsa alınan kararın hukuken geçerli bir karar olarak kabul edilemeyeceğini diğer bir anlatımla böyle bir kararın yoklukla malul olduğuna işaret etmiştir<sup>77</sup>.

Benzer yöndeki bir başka kararda da ilk derece mahkemesi tarafından genel kurul kararlarının TTK.nun 378/1 maddesinde belirtilen çoğunluk ile alınıp ana sözleşmede belirtilen ağırlaştırılmış nisaba uyulmamasının ancak iptal edilebilirlik sebebi olduğunun tespit edilip davanın kabulüne ilişkin verilen karar, *“ana sözleşmede kabul edilen ağırlaştırılmış karar nisabına uyulmaması durumunda, alınan kararların yokluk ile sakat oldukları, bu ilke çerçevesinde inceleme yapılması”* gerekçesi ile bozulmuştur<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Pulaşlı, Şerh, § 34, N: 384.

<sup>76</sup> Korkut, s. 161.

<sup>77</sup> Yarg. 11. HD., T. 24.9.1993, E. 1992/5419, K. 1993/5826 (Lexpera İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:15.06.2024); Benzer yöndeki karar için bkz. Yarg. 11. HD., T. 20.10.1995, E. 1995/4655, K. 1995/789 (Lexpera İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.06.2024).

<sup>78</sup> Yarg. 11. HD., T. 24.01.2002, E. 2001/11392, K. 2002/427 (Lexpera İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 16.06.2024); Benzer yöndeki Yarg. 11. HD., T. 01.10.2001, E. 2001/7442, K. 2001/7269 dosyası tahtında vermiş olduğu kararında da *“Ana sözleşme ortaklar arasında yapılmış bir sözleşme niteliğinde olup, uyulması zorunlu bulunduğundan, gerekli karar nisabını taşımayan kararlar iptali kabil değil, yoklukla sakat kararlardır. Mahkemece bu husus gözden kaçırılarak, ana sözleşmenin emredici hükmüne aykırı olarak karar verilmesi hatalı olmuştur. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; ana*

Konuyu 2002 yılında ele alan Hukuk Genel Kurulu da davacı şirket ana sözleşmesinin tadil edilen 11. maddesinin (d) bendi 2. fıkrasında “genel kurul toplantıları ve toplantılardaki karar nisabı, TTK hükümlerine tabidir dendiikten sonra, 3. fıkrada “Ancak statü tadilleri, sermaye tezyidi, kâr dağıtım kararlarında ve yönetim kurulunun teşkilinde % 70 oy çokluğu ile karar alınacaktır.” hükmünü içerdiğini, ana sözleşmenin ortaklar arasında yapılmış ve uyulması zorunlu olan bir sözleşme olduğunu, gerekli karar nisabını taşımayan kararların iptali kabil olmadığını yoklukla sakat kararlar olduğunu belirlemiş ve mahkemece bu hususun gözden kaçırılarak, ana sözleşmenin emredici hükmüne aykırı olarak karar verilmesinin hatalı olduğunu, bu durumda mahkemece yapılacak işin ana sözleşme ile ağırlaştırılmış karar nisabının uyulmasının zorunlu ve bu hükme uymamanın müeyyidesinin de yokluk olduğunu kabul etmek olduğunu ifade ederek direnme kararının kaldırılmasına karar vermiştir<sup>79</sup>.

Daha yeni tarihli kararında da yüksek mahkeme, yerleşik içtihadını sürdürmüş ve esas sözleşmenin ortaklar arasında yapılmış bir sözleşme niteliğinde olduğunu ve uyulmasının zorunluluk arz ettiğini tespit ettikten sonra ana sözleşmede öngörülen karar nisabını taşımadan alınan kararların yoklukla sakat kararlar olacağını yinelemiştir<sup>80</sup>.

---

*sözleşme ile ağırlaştırılmış karar nisabının uyulmasının zorunlu ve bu hükme uymamanın müeyyidesinin de yokluk olduğu kabul edilerek, davacı isteminin yeniden değerlendirilmesi ve oluşacak sonucuna göre bir karar vermektten ibarettir. Mahkemece, bu hususlar gözden kaçırılarak, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.” yönünde hüküm kurmuştur. (Lexpera İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 16.06.2024); Aynı yönde Yarg. 11. HD., T. 09.10.2001, E. 2001/5691, K. 2001/7567 (Lexpera İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 16.06.2024).*

<sup>79</sup> Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 20.11.2002, E. 2002/11-825, K. 2002/998 (Legalbank İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 20.06.2024).

<sup>80</sup> Yarg. 11. HD., T. 8.4.2019, E. 2018/353, K. 2019/2685 (Lexpera İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 25.06.2024); Aynı yönde Yarg. 11. HD., T. 19.11.2015, E. 2014/10188, K. 2015/12314 (Lexpera İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 25.06.2024); Yarg. 11. HD., T. 21.3.2016, E. 2015/15625, K. 2016/3083 dosyası tahtında da “Bir genel kurul toplantısından söz edebilmek için ana sözleşme ve yasanın öngördüğü yeter sayılarla alınmış bir kararın varlığı gereklidir. Eğer ortaklarca yasal bir genel kurul gerçekleştirilmemiş ise bu toplantıda alınan kararlar yok hükmündedir. Yine, toplantı veya karar yeter sayılarının sağlanmadığı, bakanlık temsilcisinin katılmadığı toplantılar da aynı şekilde yok hükmünde sayılmalıdır. Usul ve şekil kurallarına uygun olarak yapılmış olsa da konusu imkansız ya da yasa'nın veya ana sözleşmenin emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına, şirketin temel yapısına ve sermayenin korunmasına dair hükümlere aykırı olan kararlar da batıl addedilmelidir.” yönünde hüküm kurma yoluna gitmiştir (Lexpera İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 25.06.2024).

Görüleceği üzere Yargıtay; tesis etmiş olduğu ve istikrar kazandırdığı hükümler ile esas sözleşmenin paydaşlar arasında düzenlenen ve uyulması zorunlu olan bir sözleşme niteliğinde olduğunu belirterek yine bu sözleşmede ortaklar tarafından düzenlenen ağırlaştırılmış yeter sayılara uyulmadan alınan genel kurul kararlarının hukuk âleminde hiçbir zaman var olmadığına bir başka anlatımla yoklukla geçersiz olduğuna karar vermektedir. Bu durumda Yargıtay içtihatları uyarınca şirket esas sözleşmesi ile yönetim kuruluna üye seçimine ilişkin nisap ağırlaştırılmış ve genel kurul bu ağırlaştırılmış nisaba uymadan bir karar almış ise alınan kararın yasa düzenlenene asgari yetersayıları sağlayıp sağlamadığına dahi bakılmaksızın yoklukla malul olacağı sonucuna varılmaktadır.

### C. Değerlendirmelerimiz

Konuya ilişkin görüşümüzü belirtmeden önce genel kurul kararının yokluğu ile iptal edilebilirliği konularına da kısaca değinilmesinin faydalı olacağını düşünülmektedir. Bilindiği üzere genel kurul kararlarının hangi hallerde yoklukla geçersiz olacağı iptal ve butlan hallerinden farklı olarak TTK'da özel olarak düzenlenmemiştir. Yokluk; bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının tamam olmaması halinde söz konusu hukuki işlem varlık kazanamaz ve hukuki ilişki kurulamaz, bu durumda hukuki bir işlem yoktur<sup>81</sup>. Yok sayılan işlem şeklen dahi olsa meydana gelmemiş olacağı için alınan genel kurul kararı hiçbir hüküm ve sonuç da doğurmayacaktır. Ayrıca, yok olan genel kurul kararının tespitini herhangi bir zaman aşımı ya da hak düşürücü süre ile bağlı olmaksızın ilgili herkes ileri sürebileceği gibi işlem hukuk âleminde hiç var olmadığı için kimse tarafından ileri sürülmesi de hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta yokluğu kendiliğinden nazara almak zorunludur<sup>82</sup>.

Genel kurul kararlarının iptali ise TTK m. 445'te "446 ncı maddede belirtilen kişiler, kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler." şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu yönüyle genel kurul kararının iptali sebeplerinin, dava açma süresinin, da-

<sup>81</sup> **Oğuzman**, Kemal M./**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 23. Bası, İstanbul 2017, s. 219; **Kırca/Şehirli/Manavgat**, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s. 4 vd.; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 352; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 32 vd.; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 167; **Pulaşlı**, Şerh, § 35, N: 4; **Şener**, s. 531; **Huysal/Karahan**, s. 524; **Bilgili/Demirkapı**, s. 250; **Korkut**, s. 35.

<sup>82</sup> **Moroğlu**, s. 148; **Oğuzman/Barlas**, s. 221; **Kırca**, Hükümsüzlük, s. 216 vd.

vayı açabilecek olan kimseler ile birlikte davanın görüleceği görevli ve yetkili mahkemenin yasa ile özel olarak düzenlendiği ve sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. İptal edilebilir kararlar emredici kurallar dışında kalan ve daha çok ortakların menfaatlerini koruyan düzenlemelere aykırılık taşıyan yorumlayıcı ve şekle ilişkin kuralların ihlal edildiği kararlardır<sup>83</sup>.

Öte yandan hakimin takdir yetkisinin kararın hukuka uygunluğunun denetimiyle sınırlı olduğu, mahkemenin iptali istenen kararda yasada “*kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılık*” şeklinde belirtilen üç iptal sebebinden birinin veya bir kaçının mevcut olup olmadığını inceleyebileceği ancak genel kurul kararının isabetli ya da yerinde olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmede bulunamayacağı da ifade edilmelidir<sup>84</sup>.

Genel kurul kararının yokluğu ve iptaline ilişkin nakledilen tüm bu teorik bilgiler ışığında; bize göre ikili bir ayırım yapılarak konu çözüme kavuşturulmalıdır. Genel kurul yönetim kurulunun seçimine ilişkin esas sözleşme ile ağırlandırılmış nisaba uymadan bir karar almış ise alınan bu kararın geçersizlik türü açısından gündeme gelen yokluk ve iptal edilebilirlik yaptırımlarının deperlendirilmesinde yasada düzenlenen asgari yetersayıların sağlanıp sağlanmadığına bakılarak bir sonuca ulaşılmalıdır.

Bir kere yönetim kurulunun seçimine ilişkin paydaşların çoğunluk iradesi ile esas sözleşmede ağırlandırılmış nisap ön görülmüşse ve ilk toplantıdaki seçimde TTK m.418’de belirtilen **basit nisaba dahi uyulmadan** örneğin yüzde beş paya sahip bir ortak tarafından tek başına bir seçim kararı alınmışsa karar kanaatimize göre yoklukla malul olmalıdır. Zira burada şirket ortakları; kuruluştaki ya da sonradan esas sözleşmede yapmış oldukları değişiklik ile şirket açısından önemli gördükleri yönetim kurulunun seçiminde m.418’de belirtilen nisaptan açıkça saparak bu seçimin en azından şirket paydaşları içerisinde nispi çoğunluğun sağlanarak ve ortak kontrol çerçevesinde gerçekleşmesini arzu etmektedirler. Bu halde esas sözleşmede pay sahiplerinin yönetim kuruluna üye seçimine ilişkin iradesinin m.418’de belirtilen asgari yeter sayıdan açıkça farklılık taşıdığı ve bu nisabın yeterli görülmemeyerek ağırlandırıldığı göz ardı edilmemelidir.

Bu durumda yukarıdaki açıklamalarımıza da atıfta bulunarak, ortakların şirket açısından önemli gördükleri ve yasal düzenlemeden dahi sapma ihtiyacı duydukları bir konuda ilk toplantı yönünden ağırlandırılan nisabın ikinci toplantı bakımından da geçerli olması gerektiği ve hukuki işlemlerin kurucu

<sup>83</sup> Pulaşlı, Şerh, § 34, N: 47.

<sup>84</sup> Kirca/Şehirli Çelik/Manavgat, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s. 63; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 201-202, 338 vd.

şartı olan irade beyanının ortaklar kurulu kararında bir öneriye ancak yasa da ya da esas sözleşmede düzenlenen yeter sayıda olumlu oy verilmesi ile varlık kazanacağı<sup>85</sup> hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hem esas sözleşmede ağırlaştırılan nisaba hem de 418/1'deki nisaplara uyulmadan tesis edilen yönetim kurulu seçimine ilişkin bir genel kurul kararı bize göre de yoklukla sakat olup hukuk âleminde hiç var olmamıştır. Zira burada genel kurul kararı basit çoğunluğun da altına düşülerek, nispi çoğunluk iradesine aykırılık taşıdığı gibi bunun daha da ötesinde genel kurulun toplanıp karar alabilmesi için (anılan oranları hafifletemeyecek bir şekilde) asgari yeter sayıyı belirten ve bu kapsamda nispi emredici nitelikte olan m.418 hükmünü de ihlal ederek hükmü adeta ortadan kaldırmaktadır<sup>86</sup>.

Buna karşın, yönetim kurulunun seçimine ilişkin alınan genel kurul kararı m.418'deki asgari yeter sayıları sağlamakla birlikte eğer esas sözleşmede belirtilen ağırlaştırılmış nisabı sağlamıyor ise biz de öğretide ağırlıklı olarak ileri sürüldüğü üzere genel kurul kararının bu haliyle iptali kabil bir karar olduğunu düşünmekteyiz.

Kanaatimize göre, esas sözleşme ile ön görülen genel kurul toplantı ve karar yeter sayıları yasa da ön görülen nisapları daha da ağırlaştırmaktadır, ana sözleşmedeki bu düzenleme artık kanuni düzenlemenin yerini aldığından bu duruma aykırılık halinde artık kanun hükmüne bir aykırılık doğmamakta sadece esas sözleşme hükmüne aykırı bir genel kurul kararının meydana gelmektedir<sup>87</sup>.

Bu halde şirket genel kurulu, nisaba uymaksızın yönetim kurulunu seçerken yasanın emredici bir hükmünü değil sadece pay sahiplerinin nispi çoğunluk iradesini ihlal etmektedir. Yokluğu savunan yüksek mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere somut uyuşmazlıklarda emredici bir kanun hükmüne değil sözleşme hükmüne aykırılık hali yokluk yaptırımına tabi tutulmakta ve bu sözleşme hükümlerine isabetsiz bir biçimde emredicilik niteliği verilmektedir<sup>88</sup>. Bunun kabulü halinde, kanunda emredici olarak düzenlenmeyen bir hususun esas sözleşme ile düzenlendiği ve aykırı bir karar alındığı her durumda, kararın iptali değil geçersizliği sonucuna ulaşılır ki bu durum da kanunun amacına ve TTK m.445'te belirtilen esas sözleşmeye

<sup>85</sup> **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s. 10.

<sup>86</sup> **Pulaşlı**, Şerh, § 34, N: 383; **Moroğlu** "...genel kurul kararının kanunda emredici olarak tespit edilmiş nisap hükümlerini sürekli olarak kaldırması veya sınırlaması halinde genel kurul kararının konusu itibarıyla nisbi emredici hükme aykırı ve batıl olduğu" görüşündedir. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 140.

<sup>87</sup> **Pulaşlı**, Şerh, § 34, N: 381.

<sup>88</sup> **Yıldız**, Esas Sözleşme, s. 250.

aykırı genel kurul kararlarının iptal edileceği yönündeki düzenlemeye açıkça aykırılık teşkil eder<sup>89</sup>.

Diğer yandan; sorunun çözümünde sakınma ilkesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu ilkeye göre, genel kurul kararlarında iptal yaptırımının kural; işlem güvenliği yönünden sakınca teşkil etmesinden ötürü kesin hükümsüzlük yaptırımı ise istisnai nitelik taşımaktadır ve ancak iptal yaptırımının hukuka aykırılığı gidermede yetersiz kaldığı hallerde istisnaen butlana başvurulmaktadır<sup>90</sup>. Butlanın ikincilliği ilkesi de adı verilen bu genel kurul kararının sıhhati noktasında tereddüt edilmesi halinde öncelikle iptal yaptırımın gündeme gelmesini, özel sebeplerden ötürü iptal etmenin yeterli ve tatmin edici bir müeyyide oluşturmadığı hallerde hukukun genel kaidelelerine göre butlana karar verilmesini ön görmektedir<sup>91</sup>. Kanaatimize göre, butlandan daha ağır bir yaptırım olan yokluk açısından da bu ilke uygulanma kabiliyetini haiz olmalı ve genel kurul kararına yokluğun mu ya da iptal edilebilirliğin mi uygulanacağı konusunda tereddüt yaşanması halinde işlem güvenliği yararına iptalden yana karar alınmalıdır<sup>92</sup>. Bu minvalde asgari nisaba uyulmuş ancak esas sözleşmede belirtilen nisaba uyulmamış bir yönetim kurulu seçimine ilişkin genel kurul kararının yok hükmünde olmadığı, iptali kabil bir karar olduğu yönündeki değerlendirmenin sakınma ilkesi açısından da isabetli bir yaklaşım olduğu söylenebilir.

Ayrıca yönetim kurulu seçimine ilişkin genel kurul kararının yok sayılması pay sahipleri, alacaklılar ve şirketle işlem yapan üçüncü kişiler açısından çok ağır ve hatta düzeltilmesi imkânsız olan sonuçların ortaya çıkmasına da neden olacaktır<sup>93</sup>. Gerçekten de yönetim kurulu genel kurulda -esas sözleşmedeki nisaba uyulmadan-seçildikten sona tabiri caizse iş başı yapıp şirketin yönetim ve temsil organı olarak göreve başlayacaktır.

Bilindiği üzere genel kurul kararlarının iptali öğretideki baskın görüş uyarınca geçmişe etkili olarak etkisini göstermekte ve iptal kararının kesin-

<sup>89</sup> **Pulaşlı**, Şerh, § 34, N: 381.

<sup>90</sup> **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s. 14 vd.; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 67 vd.; **Kırca**, Hükümsüzlük, s. 14 vd.; **Karasu**, Raif: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 1247 vd. (Butlan).

<sup>91</sup> **Pulaşlı**, Hasan: "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 2, İstanbul 2013, s. 343 (Genel Kurul Kararı); **Karahan/Huysal**, s. 526 vd.

<sup>92</sup> **Kırca**, Hükümsüzlük, s. 6 vd.

<sup>93</sup> **Pulaşlı**, Şerh, § 34, N: 385.

leşmesi ile birlikte genel kurul tarafından alınan karar alınma tarihinden itibaren ortadan kalkmaktadır<sup>94</sup>. Her ne kadar yönetim kurulu hukuka aykırı bir biçimde seçilmiş olsa da TTK m.450 uyarınca genel kurul kararının iptaline ilişkin mahkeme kararı, kesinleşmediği veya m.449 uyarınca mahkemece kararın yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verilmediği müddetçe genel kurul kararı tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracak ve seçilen yönetim kurulu şirketi yönetme ve temsil yetkisini haiz olacaktır. Nitekim iptali kabil genel kurul kararları başlangıçta geçersiz olmadığı için iptal edilinceye kadar sağlıklı bir kararın tüm hukuki sonuçlarını muhafaza ederler<sup>95</sup>.

Bu kapsamda yönetim kurulu şirket iç işleyişine ilişkin olarak finansal tabloların hazırlanması, ticari temsilcilerin atanması, iç yönergelerin ve yönetim teşkilatının belirlenmesi, rüçhan haklarının kullandırılması, nama yazılı pay devirlerine izin verilmesi yönünde yönetsel görev ve yetkileri bulunurken<sup>96</sup> diğer yandan üçüncü kişiler ile hukuki işlemlerde bulunarak ortaklığı temsil yetkisini de haizdir. Ayrıca ortada iptali istenen bir genel kurul kararı olsa da karar iptal edilinceye kadar geçerli bir kararın hüküm ve sonuçları doğmakta iptal davası açılrsa dahi bu durum kararın icrasını etkilememekte ve iptale kadar bu kararlara dayanılarak yapılan yönetim kurulunun işlemleri geçerliliğini korumaktadır<sup>97</sup>.

Her ne kadar yönetim kurulunun seçimine yönelik karar sakat olsa da TTK m.373/2 uyarınca, dış ilişkide temsil yetkisinin ticaret sicilinde tescilinden sonra, ilgili kişilerin seçimine veya atanmalarına ilişkin herhangi bir hukuki sakatlık, şirket tarafından üçüncü kişilere, ancak sakatlığın bunlar tarafından bilindiğinin ispat edilmesi şartıyla ileri sürülebilir. Görüleceği üzere yasa koyucu sevk ettiği bu hüküm ile üçüncü kişilerin ortaklığın iç işleyişine ilişkin hukuka aykırılıklardan olumsuz bir şekilde etkilenmesini engelleme düşüncesiyle hareket etmiş ve böylelikle işlem güvenliğini önceliklendirmişdir<sup>98</sup>. Düzenlemede tescil ve ilan ile yaratılan hukuki görünüşe duyulan güvenin korunması amaçlanmakta ve ortaklıkla üçüncü kişi arasındaki men-

<sup>94</sup> Arslanlı, s. 89; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 188; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 336; Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s. 254; Şener, s. 544; Karahan/Huysal, s. 531; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 182.

<sup>95</sup> Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 375.

<sup>96</sup> Bilgili/Demirkapı, s. 266; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 183.

<sup>97</sup> Kayar, s. 257 vd.

<sup>98</sup> Özdin, Funda: "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimine İlişkin Genel Kurul Kararının Hükümsüzlüğünün Yönetim Kurulunca Alınan Kararlara ve Bu Kararlara Dayanılarak Yapılan İşlemlere Etkisi", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, Ankara 2023, s. 289.

faat çatışmasında ticari yaşamın güvenliğini de dikkate alarak tescil ve ilana güvenen üçüncü kişinin çıkarları üstün tutulmaktadır<sup>99</sup>. Diğer yandan yönetim kurulunun seçimine ilişkin genel kurul kararındaki sakatlığın türü bakımından da yasa maddesinde herhangi bir ayırım yapılmamış sadece herhangi bir hukuki sakatlık ifadesi kullanılmıştır. Hatta gerekçede de “hukuki sakatlık ne kadar ağır olursa olsun” şeklinde bir ibareye yer verilmiştir. Öğretideki hakim görüş genel kurul kararının yokluk veya butlanla geçersiz olması ya da iptal edilebilir nitelikte olmasının hükmün kapsamı bakımından herhangi bir etkisinin bulunmadığı yönündedir<sup>100 101</sup>.

Hemen belirtilmelidir ki; TTK m. 373/2 düzenlemesinin altında yatan düşünce, tescil vasıtasıyla şirket tarafından temsile ilişkin olarak yaratılmış olan hukuki görünüşe olan güvenin korunması ve bu yolla işlem güvenliğinin sağlanmasıdır<sup>102</sup>. Bir başka ifade ile TTK m.373/2'nin etkisi yönetim kurulunun temsil yetkisi ve tescile güvenerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü

<sup>99</sup> **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s. 446 vd.; **Akdağ Güney**, s. 118; **Özdin**, s. 289 vd.

<sup>100</sup> **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s. 447; **Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar**, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 316; **Kuru, Özge**: Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 65; **Özdin**, s. 289; **Yıldız, Şükrü**: Hukuki Mütalaalar-4, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 292 vd.

<sup>101</sup> Öğretide **Narbay** da sorunu TTK daha tasarı halindeyken genel kurulu toplantıya davete yetkili ve görevli olanlara ilişkin hükümler noktasında ele almış ve görev süresi biten yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırabilmesi düzenlemesinin yerinde olduğunu ifade ettikten sonra yönetim kurulunun seçimine ilişkin kararın yok veya batıl olduğu ya da daha sonra kesin hükümle iptal edildiği durumlarda, bu yönetim kurulunca gerçekleştirilen genel kurul daveti ve davet üzerine alınan genel kurul kararlarının geçerliliği konusunda tasarıda hüküm bulunmamasını eleştirmiştir.

Müellife göre bu noktada ikili bir ayırım yapılmalıdır. İlk durumda, yönelim kurulu üyelerinin seçimi hakkındaki genel kurul kararı yok ya da batıl olması nedeniyle geçersiz veya daha sonradan kesin hükümle iptal edilmişse ve bu yönetim kurulu üyelerinin ticaret siciline tescil işlemleri de gerçekleştirilmemişse, yapılan genel kurul daveti geçersizdir ve bu davet üzerine alınan kararlar da yok hükmünde kararlar olarak nitelendirilmelidir. İkinci olarak ise Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu Paragraf 121, f. 2’de olduğu gibi tasarıda, ticaret siciline tescil edilmiş olan yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya davete yetkili olduğu açıkça hükme bağlandıktan sonra ister seçimi hakkındaki genel kurul kararının yok ya da batıl olduğu tespit ettirilsin, ister kesin hükümle daha sonra iptal ettirilmiş olsun, seçilmiş bulunan yönetim kurulu üyeleri ticaret siciline tescil edilmişse, bu yönetim kurulu üyelerinin genel kurulu toplantıya daveti geçerli bir davet olarak kabul edilmelidir. **Narbay**, Şafak: “TTK Tasarısında Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, 2006, s. 172 vd.

<sup>102</sup> **Özdin**, s. 290.



kişiler ile sınırlıdır. Ancak bazı hallerde genel kurul kararları nedeniyle üçüncü kişilerin doğrudan bir hak kazanımı söz konusu olmasa da alınan kararın geçerliliğine güvenerek birtakım menfaatleri söz konusu olabilmektedir<sup>103</sup>. Örneğin, kayıtlı sermaye sisteminin kabul edildiği bir anonim ortaklıkta hukuken sakat bir seçim ile göreve gelen yönetim kurulu bir sermaye artırımı kararı aldığı zaman, sermaye yapısı ortaklık ile ticari iş ilişkisine giren üçüncü kişinin alacağı bir nevi teminatını oluşturmaktadır<sup>104</sup>. Nitekim üçüncü kişinin şirketin mevcut sermaye yapısına güvenerek bu ortaklık ile ticari ilişkiye girmesi pek ala mümkündür. Oysaki esas sözleşmede ön görülen nisaba aykırı genel kurul kararının yoklukla geçersiz olduğu kabul edildiğinde yönetim kurulunun seçimine ilişkin karar hiçbir zaman hukuk âleminde var olmadığı ve baştan itibaren hükümsüz olduğu için yönetim kurulunun iç ilişkiye yönelik yönetim yetkisi kapsamında ifa etmiş olduğu sermaye artırımı kararı da kanaatimize göre kendiliğinden geriye etkili olarak geçersiz olma riski ile karşı karşıyadır. Bu kişiler hiçbir zaman yönetim kurulu üyesi sıfatı kazanmadığı için bu kişilerin oluşturduğu yönetim kurulunda alınan kararların geçerli olduğundan bahsetmek de mümkün olmayacaktır<sup>105</sup>. Benzer durumların kar payı ve rüçhan hakkını kullandırılmasına, payların ıskat edilmesine, pay devirlerinin onayına yönelik yönetim kurulu kararları bakımından da geçerli olabileceği göz ardı edilmemelidir. Aynı şekilde pay sahiplerinin doğrudan uğramış oldukları zararın tazmini için yönetim kurulu üyelerine karşı ikame edecekleri sorumluluk davası da izaha muhtaç hale gelecektir. Bu yönüyle de ortaklığın özellikle iç yönetimine ilişkin işlem güvenliğinin tesisi bakımından da iptal yaptırımının uygulanması yokluk yaptırımına kıyasla daha sağlıklı bir yaklaşım olacaktır.

Görüldüğü üzere “yokluk” yaptırımının kabulü halinde hem pay sahipleri hem alacaklılar hem de şirketle işlem yapan üçüncü kişiler açısından hukuki işlem güvenliği tehlikeye atılmaktadır. Kaldı ki; yokluğun ilgili olan herkes tarafından ve her hangi bir zaman aşımı ya da hak düşürücü süre ile sınırlı olmaksızın ileri sürülebileceği de unutulmamalıdır. Bu nedenlerle esas sözleşmedeki nisaplara aykırı olarak alınan genel kurul kararlarının iptali kabil karar olarak nitelenmenin hem hukuk güvenliği hem ortaklar hem de şirketin menfaatleri açısından yerinde olacağını ve Yargıtay’ın bu konuda istikrar kazanmış “yokluk” yönündeki içtihadını artık iptal edilebilirlik yönünde değiştirmesi gerektiğini düşünmekteyiz<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> Çamurcu, s. 131.

<sup>104</sup> Çamurcu, s. 131.

<sup>105</sup> Çamurcu, s. 147.

<sup>106</sup> Pulaşlı, Şerh, § 34, N: 385.

## SONUÇ

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu esas sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe genel kurul tarafından TTK' nın 418. maddesinde belirtilen toplantı ve karar nisaplarına uyularak seçilmek zorundadır. Buna göre ilk genel kurul toplantısında sermayenin en az dörtte birini karşılayan pay sahipleri toplanıp, basit toplantı nisabını sağlayarak, toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile yönetim kurulu üyelerini seçebilme imkanını haizdir. Ne var ki; uygulamada pay sahipleri özellikle önem atfetmiş oldukları işlerde belirli orandaki pay sahibi ya da sahiplerinin katılımını ve olumlu oyunu şart koşmakta ve bu yolla şirkette ortak bir konsensüsün sağlanması için şirket esas sözleşmelerine getirdikleri özel düzenlemeler ile ağırlaştırıcı nisaplar ön görmektedir. Bu durumun en tipik örneklerinden bir tanesi de yönetim kuruluna üye seçiminin esas sözleşme maddeleriyle ağırlaştırılması halidir.

Bu çalışmada; öncelikle TTK m. 340'da belirtilen emredici hükümler ilkesi de dikkate alınarak m. 418/1'in şirket esas sözleşmesi ile daha ağır nisap öngörülebileceğini açıkça belirtmesi ve anılan düzenlemeden sapılabileceğine izin vermesi, yasa koyucu tarafından özellikle azlık pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmasını engellemek için sevk edilmiş özel bir hüküm niteliğini taşıması ve ortakların nisabı ağırlaştırma yönünde esas sözleşmede tecelli eden iradelerinin önüne geçilmesini haklı kılan bir sebebin bulunmaması gerekçeleriyle sözleşme hükmü ile yönetim kuruluna üye seçiminin ağırlaştırılabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda, ağırlaştırılmış bir nisap söz konusu ise ikinci genel kurul toplantısındaki toplantı yeter sayıları bakımından da bu nisaba uyulması gerektiğine işaret edilmiştir.

Ayrıca çalışmada her ne kadar 418. maddenin ikinci fıkrasında karar yeter sayıları bakımından bir ağırlaştırmadan söz edilmediği ve bu yönüyle hükmün açıklık taşımadığı belirtilmiş olsa da ilk fıkrada belirtilen "esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan hâller hariç" ibaresinin ikinci fıkra bakımından da geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir.

Son olarak ise genel kurul tarafından esas sözleşmedeki ağırlaştırılmış yeter sayılara uyulmadan yönetim kurulu seçilmesi halinde bu genel kurul kararının sıhhati üzerinde durulmuştur. Her ne kadar öğreti görüşleri ve yüksek mahkemenin yerleşik içtihatları uyarınca nisaba uyulmadan yönetim kurulunu seçen genel kurul kararının yoklukla malul olduğu ifade edilmiş olsa da, kanaatimize göre sorunun çözümünde ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Eğer genel kurul; yönetim kurulunu yasada ve esas sözleşmede belirtilen nisaplara aykırı bir biçimde seçmiş ise alınan ka-

rarın yok hükmünde olacağı ancak yasadaki yeter sayı sağlanmasına rağmen esas sözleşmede belirtilen yeter sayı sağlanmamış ise bu durumda alınan kararın emredici bir yasa hükmüne aykırılık taşımaması ve sadece pay sahiplerinin nispi çoğunluk iradesini ihlal etmesi nedeniyle iptali kabil olması gerektiği mütalaa edilmiştir.

## KAYNAKÇA

- Adıgüzel**, Burak/**Karademir**, Halis: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğünde İbra Kararına Özgü Durumlar”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl 6, Sayı 73, 2018, s. 379-390.
- Akdağ Güney**, Necla: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Ansay**, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1982.
- Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, C. II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 17. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2024, (Ortaklıklar Hukuku).
- Bahtiyar**, Mehmet: “Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının Toplantı Süresince Korunması Şartına İlişkin TTK 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 59-102, (Toplantı Yetersayısının Toplantı Süresince Korunması).
- Bahtiyar**, Mehmet: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Dönem 2005, Sayı 61, Ankara 2005, s. 47-106, (Değerlendirme).
- Bahtiyar**, Mehmet: Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2001, (Sözleşme).
- Bahtiyar**, Mehmet/**Hamamcıoğlu**, Esra: Yeni TTK’ ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Biçer**, Levent: “Genel Kurul Yönetmeliği’nin “Toplantının Ertelenmesine” Yönelik 28. Maddesine İlişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 1, İstanbul 2024, s. 61-100.
- Biçer**, Levent/**Hamamcıoğlu**, Esra: “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 149-150, İstanbul 2017, s. 71-134.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, 6. Basım, Dora Yayıncılık, Bursa 2018.

- Bozkurt**, Tamer: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2018.
- Çamoğlu**, Ersin: “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili”, Halil Arslanlı Bilim Arşivi, Erişim: [www.arslanlibilimarsivi.com](http://www.arslanlibilimarsivi.com), (Erişim Tarihi: 10.06.2024).
- Çamurcu**, Emin: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2020, s. 33.
- Domaniç**, Hayri: Anonim Şirketler, Eğitim Yayınları, İstanbul 1978.
- Dural**, Halil A.: Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Toplantı ve Karar Yetersayıları, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Eriş**, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı, Anonim Şirketler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1995.
- İmregün**, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul 1989, (Anonim Ortaklıklar).
- İmregün**, Oğuz: “Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 50, Sayı 1-4, İstanbul 1984, s. 349-362, (Yetersayılar).
- Karahan**, Sami/**Huysal**, Ayşegül, S.: Şirketler Hukuku, Mimoza Yayıncılık, Konya 2012.
- Karasu**, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, (Emredici Hükümler).
- Karasu**, Raif: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 1239- 1262, (Butlan).
- Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- Kaşak**, Esra: Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar Tipoloji Kuramı ve Kurumsal Yönetim Perspektifinden Yapılan İnceleme ile Birlikte, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Kayar**, İsmail: “AO ve Kooperatiflerde Genel Kurul Toplantı ve Karar Yetersayılarına Uyulmamasının Sonuçları ve İptal Kararının Etkileri”,

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Kayseri 2008, s. 251-262.

**Kendigelen**, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan Tıpkı 3. Bası, İstanbul 2016 (İlk Tespitler).

**Kendigelen**, Abuzer: Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999 (İmtiyaz).

**Kırca**, İsmail: Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Üçüncü Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, (Hükümsüzlük).

**Kırca**, İsmail/**Şehirali Çelik**, Feyzan H./**Manavgat**, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku Cilt 2/2 Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, (Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü).

**Kırca**, İsmail/**Şehirali Çelik**, Feyzan H./**Manavgat**, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, (Anonim Şirketler Hukuku).

**Kubilay**, Huriye: Türk Ticaret Kanunu m.388'deki Toplantı ve Toplantı ve Karar Yetersayıları Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. İmregün'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1998, s. 387-397.

**Kuru**, Özge: Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

**Moroğlu**, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş 9. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, (Hükümsüzlük).

**Moroğlu**, Erdoğan: "Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği", Makaleler II, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006, s. 11-26, (Ana Sözleşme).

**Moroğlu**, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, 4. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, (Taslak).

**Moroğlu**, Erdoğan/**Kendigelen**, Abuzer: İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

- Narbay**, Şafak: “TTK Tasarısında Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, 2006, s. 168-181.
- Nomer**, Nami H.: Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Oğuzman**, Kemal M./**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 23. Bası, İstanbul 2017.
- Özdin**, Funda: “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimine İlişkin Genel Kurul Kararının Hükümsüzlüğünün Yönetim Kurulunca Alınan Kararlara ve Bu Kararlara Dayanılarak Yapılan İşlemlere Etkisi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, Ankara 2023, s. 285-306.
- Özkorkut**, Korkut: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Ankara, 1996.
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul 1976, (1976).
- Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024 (Şirketler Hukuku).
- Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, (Şerh).
- Pulaşlı**, Hasan: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 2, İstanbul 2013, s. 335-346, (Genel Kurul Kararı)
- Şener**, Oruç H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Şenocak**, Kemal/**Okan**, Neval: Şirketler Hukuku Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Tekil**, Fahiman: Şirketler Hukuku, Cilt II Anonim Şirketler, 2. Bası, Otağ Yayıncılık, İstanbul 1978.
- Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, (Sermaye Ortaklıkları).
- Teoman**, Ömer: “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük Kanununun Anonim ve Limited Ortaklık Genel Kurullarında Toplantı Nisabı Aranma-

yacağını Öngören Hükümleri”, Regesta, Cilt 2, Sayı 2, İstanbul 2012, s. 3-8.

**Veziroğlu, Cem:** Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

**Yıldız, Şükrü:** “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayısı ve Yargıtay Kararları”, Makalelerim, İstanbul 2018, s. 311-354, (Yönetim Kurulu Yetersayı).

**Yıldız, Şükrü:** Türk Ticaret Kanunu Madde 388’deki Yeter Sayıları Hafifleten (3585) Sayılı Kanun Hükümlerinin Anonim Şirket Esas Sözleşmeleri Üzerine Etkileri ve Yargıtay Kararları, Makalelerim, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 173-252 (Esas Sözleşme).

**Yıldız, Şükrü:** Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, (İptal).

**Zengin, İbrahim Ç.:** Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.





**DÜZENLİ GÖÇMENLERİN  
TÜRKİYE’DE KALIŞLARINA İLİŞKİN  
TEMEL ESASLAR VE İKAMET İZİNLERİNE GETİRİLEN  
İDARİ SINIRLAMALARIN KİRACI OLDUKLARI  
KİRA SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1524317>

**Dr. Öğr. Üyesi Gülen Sinem TEK\***

**Öz**

*Yabancıların Türkiye’deki kalışları ikamet izni ile mümkün olmaktadır. İdari kararlar vasıtası ile, bu ikamet izninin alınması ve uzatılmasına yönelik sınırlamalar öngörülebilmektedir. İdari kararlar ile ikamet izni için getirilen sınırlamalar genel olarak ek belge talepleri ve yabancı oturma mahalle uygulaması olarak karşımıza çıkar. Bu sınırlamalar aslında yabancıların ikamet izni talebini konu alsa da, sınırlamalardan sonra yeni kurulacak kira sözleşmeleri ya da süregelen kira sözleşmeleri de dolaylı olarak etkilenmektedir. Yeni kurulan kira sözleşmeleri bakımından istenilen ek belge talepleri ile, idare kiraya verenin yazılı izni alınmadan yabancılar ile yapılacak alt kiralama sözleşmeleri engellemiştir. Yabancıların yabancı oturma mahallelerinde yapacağı bir kira sözleşmesi ise, saikte yanılma hükümleri gereği ya da bazı hallerde önemli sebepler ile, kira sözleşmesinin feshine sebep olabilecektir.*

*Süregelen kira sözleşmeleri bakımından, noter huzurunda yeniden bir kira sözleşmesi imzalanması ihtiyacı doğabilmektedir. Bu halde, mevcut sözleşme hükümleri muhafaza edilse de, kira bedelinin belirlenmesi ve on uzama yılı sonunda kira sözleşmesinin feshi noktalarında kiraya veren daha elverişsiz bir konuma düşer. Kiracının salt kendi menfaati için yapılmış bu ikinci sözleşmeye dayanması çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edecektir. Bununla beraber tarafların iradesi, noter huzurunda yapılan sözleşme ile ilk sözleşmeyi değiştirmek ise, duruma göre bir tadil sözleşmesi ya da muvazaalı bir işlem ile karşılaşılabılır. Kiracının, istenilen belgeleri sunamaması halinde ise, hakkında sınır dışı etme kararı verilecektir.*

\* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (sinem.tek@bau.edu.tr) ORCID: 0000-0001-5878-1397 (Gönderim Tarihi: 29.07.2024-Kabul Tarihi: 21.10.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**Anahtar Kelimeler**

*Düzenli Göçmen, İkamet İzni, Yabancı Oturumuna Kapalı Mahalle, Saikte Yanılma, Kira Sözleşmesinin Önemli Sebep İle Feshi*

**THE BASIC PRINCIPLES REGARDING THE RESIDENCE OF  
REGULAR MIGRANTS AND THE EFFECT OF ADMINISTRATIVE  
RESTRICTIONS ON RESIDENCE PERMITS ON THE LEASE  
AGREEMENTS TO WHICH THEY ARE TENANTS**

*(Research Article)*

**Abstract**

*Foreigners can stay in Türkiye with a residence permit. Administrative decisions may impose restrictions on the issuance and extension of this residence permit. The limitations imposed by administrative decisions for residence permits are generally in the form of additional document requests and closed neighbourhoods for foreigner residency. Although both types of restrictions are related to the foreigner's request for a residence permit, new lease agreements or ongoing lease agreements are also indirectly affected by these restrictions. With the additional document requests for newly established lease agreements, the administration has prevented sublease agreements to be concluded with foreigners without the written consent of the lessor. The closed neighbourhoods for foreigner residency may lead to the termination of the lease agreement for mistake of motive or, in some cases, for good cause, in terms of the residences to be rented in these neighbourhoods after this practice.*

*For ongoing lease agreements, it may be necessary to sign a new lease agreement before a notary public. In this case, although the provisions of the existing contract are retained, the lessor is at disadvantage when it comes to determining the rental price and terminating the lease agreement at the end of ten extension years. The tenant's reliance on this second agreement made solely for his/her own benefit will constitute a violation of the prohibition of contradictory behaviour. However, if the will of the parties is to change the first agreement with the agreement made before the public notary, a modification agreement or a collusive transaction may be encountered. If the foreigner tenant fails to submit the required documents, a deportation order will be issued on his/her behalf.*

**Keywords**

*Regular Migrant, Residence Permit, Closed Neighbourhoods for Foreigner Residency, Mistake of Motive, Termination of the Lease Agreement for Good Cause*

## GİRİŞ

Özel hukuk ilişkilerinde işlem serbestisi esastır; işlem serbestisinin borçlar hukuku alanındaki görünümü de sözleşme özgürlüğüdür (TBK m. 26). Buna göre bir sözleşmenin tarafları, kanunda öngörülen sınırlar dahilinde sözleşmenin içeriğini, şeklini, tarafını seçebilecekleri gibi; sözleşme yapıp yapmamaya karar verme ya da mevcut sözleşmeyi sona erdirmeye hususlarında serbesttirler<sup>1</sup>. Ne var ki sözleşme özgürlüğü de sınırsız değildir; sözleşme özgürlüğünü düzenleyen TBK m. 26’dan hemen sonraki hüküm, bu özgürlüğe getirilen ilk sınırlamayı öngörmektedir. TBK m. 27/I uyarınca, sözleşmelerin kanunun emredici hükümlerine, genel ahlâka, kişilik haklarına aykırı ya da konularının imkansız olmaması gerekir. TBK m. 27/I sözleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların temel çerçevesini ortaya koysa da, bu özgürlük Anayasa’nın hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin koşullarına uyulacak şekilde, başka bazı yazılı ve sözlü kurallar ile<sup>2</sup>, bu kapsamda da idarenin tasarrufları ile<sup>3</sup> yine sınırlanabilir.

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 203 vd.; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023, N. 80 vd.; **Öz**, Turgut/**Acar**, Faruk/**Gökyayla**, Emre/**Develioğlu**, H. Murat (edit.): İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, C. 1, Madde 1-82, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, **İST-Oktay Özdemir**, TBK m. 26, N. 24 vd.; **Thévenoz**, Luc/**Werro**, Franz (edit.): Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 3<sup>e</sup> éd., Helbing Lichtenhanh Verlag, Bâle 2021, **CR-Guillod/Steffen**, art. 19/20 CO, N. 27-29; **Widmer Lüchinger**, Corinne/**Oser**, David (edit.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Auf., Helbing Lichtenhanh Verlag, Basel 2019, **BSK-Meise/Huguenin**, art. 19/20 OR, N. 5-11.

<sup>2</sup> Bu noktada kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamayı öngören TBK m. 27/I’nin geniş yorumlandığını ve bütün yazılı hukuk kaynaklarını kapsayacağına ilişkin bkz. **İST-Ergüne/Kurşun**, TBK m. 27, N. 7; **İST-Oktay Özdemir**, TBK m. 26, N. 49; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, §42, N. 9. Hatta yazılı olmayan hukuk kurallarının da emredici hüküm niteliğinde olabileceği görüşü için de bkz. **BSK-Meise/Huguenin**, art. 19/20 OR, N. 15; **CR-Guillod/Steffen**, art. 19/20 CO, N. 60.

<sup>3</sup> İdarenin tasarrufu ile bir borçlar hukuku sözleşmesinin sınırlandırılmasına örnek olarak, Türkiye’de yerleşik tarafların, Türkiye’de bulunan taşınmazları döviz cinsinden ya da dövize endeksli olarak satamayacağını ya da kiraya veremeyeceğini düzenleyen Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ no: 2008-32/34)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ no: 2018/32-52) gösterilebilir. RG no. 30597, 16.11.2018. Bu düzenlemenin temelinde 20.02.1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun m. 1 yer alsa da (RG no. 1433, 25.02.1930), Kanun Cumhurbaşkanlığı’na Türk parasının kıymetini koruma amacına hizmet edecek her türlü kararı alma yetkisini tanımaktadır. Dolayısıyla borçlar hukuku

Bu sınırlamalara aykırılık genel itibari ile hukuki işlemin geçersizliğine ya da hukuki işlemin geçerliliği etkilenmeksizin bir yaptırımın uygulanmasına neden olacaktır. Bununla beraber, özel hukuk sözleşmesi birebir sınırlama konusu olmadığında da, farklı menfaatlerin korunmasına yönelik getirilen sınırlamalardan da dolaylı olarak etkilenebilmektedir. Başka bir deyiş ile, farklı bir menfaatin korunması için alınan karar özel hukuk sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez veya bu karar sonrasında taraflar tazminat ödemek gibi başka bir yaptırıma uğramazlar. Yine de farklı menfaatin korunmasına yönelik bu kararın özel hukuk sözleşmesine dolaylı etkilerinin olduğu haller ile karşılaşılabilmesi mümkündür. Çalışmamızda bu son durumun bir örneği olarak, düzenli göçmenlerin ikamet izinlerine idari kararlar ile getirilen sınırlamaların, bu kişilerin kiracı oldukları kira sözleşmelerine etkileri değerlendirilecektir. Bu kapsamda, düzenli göçmenlerin Türkiye’de kalışlarına ilişkin temel esaslara ve Türkiye’deki adres kayıtlarına yönelik genel bilgiler verildikten sonra (I), bu adres kayıt sistemine idari kararlar ile getirilen sınırlamaların yeni kurulacak ve süregelen kira sözleşmelerine etkisi incelenecektir (II).

## I. DÜZENLİ GÖÇMENLERİN TÜRKİYE’DE KALIŞLARINA İLİŞKİN TEMEL ESASLAR VE ADRES KAYIT SİSTEMİ

Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kişilerin, başka bir ifade ile yabancıların Türkiye’de kalışları 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu<sup>4</sup> ile düzenlenmektedir. Türkiye’de doksan günden fazla kalacak yabancıların Türkiye’ye girmek için aldıkları vize yeterli değildir, ikamet izni almaları gerekir (YUKK m. 19)<sup>5</sup>.

sözleşmelerine getirilen bu sınırlamanın idarenin tasarrufundan kaynaklandığını ifade etmek yanlış olmaz.

Bu noktada özellikle idarenin tasarrufları ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmayacağını, örnek olarak mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlamanın mutlak olarak kanun hükmü ile düzenlenmesi gerektiğini ifade etmek gerekir (AY m. 35/II). Ne var ki ele aldığımız konu açısından böyle bir problem söz konusu olmadığı için, açıklamalarımızı bu kapsamda tutmak ile yetiniyoruz.

<sup>4</sup> RG no. 28615, 11.04.2013.

<sup>5</sup> Vize zorunluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli: Yabancılar Hukuku, 27. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 85 vd.** Bununla beraber, doksan günden fazla Türkiye’de kalmalarına rağmen; vatansız kişi kimlik belgesi sahipleri, Türkiye’de görevli diploması ve konsolosluk memurları ile Dışişleri Bakanlığınca bildirilen aile üyeleri, uluslararası kuruluşların Türkiye’deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri anlaşmalar ile belirlenmiş olan kişiler, Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu anlaşmalar ile ikamet izninden muaf olanlar, doğum ile Türk vatandaşlığına geçme izni almak sureti ile Türk vatandaşlığını kaybedenler ile uluslararası

Normal şartlar altında ikamet izni başvurusunun, yabancının vatandaşı olduğu ya da yasal olarak bulunduğu ülke konsolosluğu vasıtası ile yapılması lazımdır. Ne var ki Kanun<sup>6</sup>, istisnai olarak ikamet izni başvurularının valilikler aracılığı ile Türkiye içinden de yapılabileceği halleri öngörmüştür. Özellikle yasal yollar ile Türkiye’ye gelmiş bir yabancı, Türkiye’de kalmak ister ve kalış gerekçesini açıklayabilir ise, ikamet izni için valiliklere başvuracaktır. Mevcut ikamet izinlerinin uzatılması da yine valilikler aracılığı ile yapılır<sup>7</sup>.

İkamet izni çeşitleri<sup>8</sup>; kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni, öğrenci ikamet izni, uzun dönem ikamet izni, insani ikamet izni ve insan ticareti mağduru ikamet iznidir. Türkiye’de kesintisiz sekiz yıl ikamet izni ile kalmış olan veya İçişleri Bakanlığı’nca belirlenen şartları yerine getiren yabancılara verilen uzun süreli ikamet izninde (YUKK m. 42), insani ikamet izninde (YUKK m. 46) ve insan ticareti mağduru ikamet izninde (YUKK m. 48) aranan farklı şartlar mevcuttur<sup>9</sup>. Bununla beraber kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni ve öğrenci ikamet izninde ortak olarak Türkiye’de kalınacak adres bilgilerinin verilmesi aranmaktadır<sup>10</sup>. Her üç ikamet izni bakımından

---

koruma başvuru sahibi kimlik belgesi ile uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesini haiz olanlar ikamet izninden muafır (YUKK m. 20).

<sup>6</sup> YUKK m. 22.

<sup>7</sup> YUKK m. 24/I.

<sup>8</sup> YUKK m. 30. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Asar**, Aydoğan: Yabancılar Hukuku (Temel Konular), 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 105 vd.; **Esen**, Emre: Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 174 vd.; **Tekin**, Esra: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na Göre Yabancıların Türkiye’de İkameti”, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2014, s. 86 vd.

<sup>9</sup> İnsan ticareti mağdurlarına tanınan ikamet izni otuz gün ile sınırlıdır ve diğer ikamet izinlerindeki şartlar aranmaz (YUKK m. 48); mağdurun sağlığı, güvenliği ya da özel sebeplerle en fazla altışar aylık dönemler ile üç yılı geçmeyecek şekilde uzatılabilir (YUKK m. 49/I). İnsani ikamet izninde, izin süresinde olmasa da, izin verildikten sonra yabancının adres kayıt sistemine kayıt yaptırması zorunludur (YUKK m. 46/II). Uzun dönemli ikamet izninde ise, en az sekiz yıl ikamet izni ile Türkiye’de yaşamış olma şartları bulunduğundan (YUKK m. 43/I, a), adres şartının evleviyetle yerine geleceği sonucuna varılır.

<sup>10</sup> Bu şart, kısa dönem ikamet izni bakımından “Türkiye’de kalacağı adres bilgilerini vermek” (YUKK m. 32/I, d), aile ikamet izninde “adres kayıt sisteminde kaydı bulunmak” (YUKK m. 35/I, d) ve öğrenci ikamet izninde de “Türkiye’de kalacağı adres bilgilerini vermek” (YUKK m. 39/I, c) şeklinde öngörülmüştür.

Bununla beraber kısa dönem ikamet izninde ayrıca Kanun’da sayılan kalış şartlarından en az birine dayanarak istenildiğinde ilgili bilgi ve belgelerin ibraz edilmesi, Türkiye’ye girişlerine izin verilmeyen yabancılardan olunmaması, genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma şartlarına sahip olunması ve talep edilmesi halinde vatandaş

öngörülen şartların yerine getirilmemesi, bu çerçevede adres bilgilerinde eksiklik bulunması, ikamet izninin verilmemesi ya da verilmiş ikamet izninin uzatılmaması sonucunu doğurur<sup>11</sup>.

İkamet izinleri iptal edilenler, ikamet izninin süresi dolmuş olup da kabul edilebilir bir gerekçesi olmadan süreyi on günden fazla ihlal edenler ve ikamet izni uzatma başvurusunun reddedilmesine rağmen on gün içinde Türkiye'yi terk etmeyenler hakkında sınır dışı etme kararı alınır<sup>12</sup>. YUKK m. 9/IV'te, durumu yetkili makamlarca tespit edilmeden valiliğe başvurarak hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancılar bakımından, idari para cezalarını ödemeleri ve İçişleri Bakanlığı'nca öngörülen ihlal sürelerini aşmalarını halinde, Türkiye'ye giriş yasağı kararı alınmayabileceği düzenlenmektedir. Hükmün zıt anlamından da, hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş olan ve idari para cezasını ödemeyen ya da İçişleri Bakanlığı'nca öngörülen ihlal sürelerini aşan yabancılar bakımından ayrıca Türkiye'ye giriş yasağı kararı da verileceği sonucu çıkmaktadır<sup>13</sup>. Dolayısıyla geçerli bir vize ile Türkiye'ye gelmiş ve Türkiye'de doksan günden fazla kalmak isteyen yabancılar ile, kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni ve öğrenci ikamet izni alan ve bu izinlerini uzatmak isteyen yabancıların Kanun'da öngörülen şartları, bu çerçevede de kalacakları adrese ilişkin bilgileri idareye ibraz etmeleri önemlidir.

Kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni ve öğrenci ikamet izni ile Türkiye'de kalan yabancılar, barınma ihtiyaçlarını üç farklı şekilde karşıla-

---

olunan ya da yasal olarak ikamet edilen ülkenin yetkili makamlarında düzenlenen adli sicil kaydı belgesinin gösterilmesi aranmaktadır. Aile ikamet izninde adres şartının yanında destekleyicinin gelirinin ve aile ferdi başına düşen gelirin Kanun'da öngörülen asgari sınırlamalara uyması, ailenin genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma şartlarına sahip olması ve tüm aile fertlerini kapsayan genel sağlık sigortası yaptırılmış olması, başvuru tarihi itibarı ile beş yıl içinde aile düzenine karşı suçlardan herhangi birinden hüküm giymemiş olduğunun adli sicil kaydı ile belgelenmiş olması ve Türkiye'de en az bir yıldır ikamet izni ile kalınmış olması gerekmektedir. Öğrenci ikamet izninde ise Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyen yabancılardan olmamaları şartı ile, yabancının Türkiye'de bir yüksek öğrenim kurumunda ön lisans, lisans, yüksek lisans veya doktora öğrenimi göreceği olması ya da bakımı ve masrafları gerçek veya tüzel kişi tarafından üstlenilen ve yasal temsilcilerinin rızası ile, ilk ve orta derecede öğrenim göreceği olması icap eder.

<sup>11</sup> Kısa dönem ikamet izni bakımından bkz. YUKK m. 33, aile ikamet izni bakımından bkz. YUKK m. 36 ve öğrenci ikamet izni bakımından bkz. YUKK m. 40.

<sup>12</sup> Saydığımız üç hal ve sınır dışı etme kararı alınacak diğer haller için bkz. YUKK m. 54.

<sup>13</sup> Ayrıca kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından Türkiye'ye girilmesinde sakınca görülen yabancıların ülkeye girişini yasaklanabileceğine ilişkin bkz. YUKK m. 9/I.

yabileceklerdir. İlk olarak Türkiye’de konut olarak kullanabilecekleri bir taşınmaz satın alabilirler ve adres olarak bu taşınmazı gösterebilirler. İkinci olarak, başka bir kişinin yanında kalabilir ve onun adresini ikamet izni başvurusunda kullanabilirler. Son olarak ise, konut olarak kullanılmak üzere bir taşınmaz kiralayabilecekleri gibi, kiraladıkları bir otel ya da yurt odasını da Türkiye’de kaldıkları adres olarak gösterebilirler. İlk ikamet izni başvurularında, kendi maliki oldukları taşınmazda kalıyorlar ise tapu örneği; kiralık bir evde kalıyorlar ise, noterden düzenleme ya da onaylama<sup>14</sup> şeklinde yapılmış bir kira sözleşmesi; otelde kalıyorlarsa, kalışlarına ilişkin belge; yurttaki kalıyorlar ise imzalı ve damgalı bir belge ve üçüncü kişinin yanında kalıyorlar ise, bu üçüncü kişi; evliyse de onunla birlikte eşin noterden verecekleri bir taahhüdü sunmaları gerekir<sup>15</sup>.

Bununla beraber, ikamet izni uzatımlarında yabancının adres kayıt sistemine kayıtlı olması ve idarenin adrese yönelik isteyebileceği diğer belgeleri<sup>16</sup> de ibraz edebilmesi aranacaktır. Dolayısıyla idarenin uygulamada ek belgeler de isteyebileceğine dikkat etmek gerekir. Örnek olarak, barınma ihtiyacını bir kira sözleşmesi çerçevesinde karşılayan düzenli göçmenlerden, ikamet izni uzatımlarında, kiraladıkları konuta ilişkin tapu belgesi örneği getirmeleri ve/veya gelirlerini belgelemeleri istenebilmektedir.

İçişleri Bakanlığı, 01.07.2022’den itibaren geçerli olarak, yeni doğan ve çekirdek aile birleşimi dışında Türkiye genelindeki 1169 mahalleyi yabancı yerleşimine kapatmıştır<sup>17</sup>. Kararın temelinde, demografik yapının bozulma-

<sup>14</sup> Uygulamada bazı göç idaresi müdürlüklerinin onaylama şeklindeki kira sözleşmelerini kabul etmedikleri, mutlaka düzenleme şeklinde sözleşme talep ettiklerine de şahit olunmaktadır. Herhangi bir yasal dayanağı olmayan ve göç idaresi müdürlükleri arasında uygulama farklarına yol açan bu türde taleplerden vazgeçilmesi gerekir.

<sup>15</sup> Aile ikamet iznine başvuracak kişinin zaten eşiyile birlikte hayat ilişkilerinin merkezi yaptıkları bir aile konutları olacağı için, adres kayıt sisteminden aldığı yerleşim yeri belgesini getirmesi yeterlidir. Kısa dönemli ikamet izni ve öğrenci ikamet izninde bu belgelerin ibrazı gereklidir (Çevrimiçi, 29.07.2024): <https://e-ikamet.goc.gov.tr/Ikamet/BasvuruFormuOrnegi/BasvuruFormuBos?tur=0>; <https://e-ikamet.goc.gov.tr/Ikamet/BasvuruFormuOrnegiUzatma/BasvuruFormuBos?tur=5>.

<sup>16</sup> Gerek ilk ikamet izni başvurularında, gerek izin uzatım başvurularında yabancılardan ayrıca başvuru formu, pasaport fotokopisi, biyometrik fotoğraf ve sağlık sigortası ibraz etmeleri, aynı zamanda yeterli ve düzenli gelir kaynağı gösterip harç bedelini ödemeleri istenmektedir. (Çevrimiçi, 29.07.2024): <https://e-ikamet.goc.gov.tr/Ikamet/BasvuruFormuOrnegi/BasvuruFormuBos?tur=0>; <https://e-ikamet.goc.gov.tr/Ikamet/BasvuruFormuOrnegiUzatma/BasvuruFormuBos?tur=5>.

<sup>17</sup> Bu karar ve mahalle listesi için bkz. (çevrimiçi, 29.07.2024): <https://www.goc.gov.tr/mahalle-kapatma-duyurusu-hk2>. Liste incelendiğinde bazen bütün bir semtin, bazen de semtteki birkaç mahallenin yabancı oturma-ya kapalı olduğu görülür. Kararın alındığı



ması için yabancı nüfusun yoğunluklu yaşadıkları mahallelere yeni yabancıların yerleşmelerinin engellemesi düşüncesine bulunur<sup>18</sup>. Uygulamanın hukuki temeli ise, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>19</sup> m. 21/XV'teki "[g]enel müdürlük, kamu düzeni veya kamu güvenliği nedeniyle ikamet izni verebilecek illerle ilgili düzenleme yapabilir" hükmüne dayanmaktadır. Kanuna değil de yönetmeliğe dayanması nedeni ile, idarenin kanuniliği ilkesinin yabancılar hukukunda istisna halini aldığı eleştirisine katkıda bulunmaktadır<sup>20</sup>. Gerçekten de AY m. 16, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin milletlerarası hukuka uygun olarak kanun ile sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Oysa AY m. 23'te öngörülen yerleşme hürriyetine yabancılar bakımından bir kanun ile değil de, kanunun uygulama yönetmeliği ile sınırlama getirilmesinin AY m. 16'ya uygunluğu sorgulanmalıdır. Çekirdek aile birleşmesini istisna olarak öngören bu karar, Türkiye'de öğrenim gören ya da konut satın alan yabancılar açısından esnetilse de, kira sözleşmesi ile ikamet etmekte olan yabancıları bakımından sıkı şekilde uygulanmaktadır<sup>21</sup>.

## II. İKAMET İZİNLERİNE GETİRİLEN İDARİ SINIRLAMALARIN YABANCILARIN KİRACI TARAF OLDUKLARI KİRA SÖZLEŞMELERİNE ETKİLERİ

Türkiye'de yaşayan bir yabancı, idarenin aldığı kararlara uymaz ise ikamet izni alamaz ya da ikamet iznini uzatamaz<sup>22</sup>. Düzensiz göçmen duruma düşmek istemeyen ve Türkiye'de bir kira sözleşmesi ile ikamet adresi<sup>23</sup> edinmiş yabancının, idari kararlara uygun olarak ikamet adresini belir-

ilk zamanlarda bu durum hem yabancılar hem de taşınmaz simsarları nezdinde karışıklığa sebep olmuştur.

<sup>18</sup> Geçici koruma kaydı ya da uluslararası koruma kaydı ile Türkiye'de yaşayan yabancılar da bu kısıtlamaya tâbidirler. Mahalledeki yabancı nüfusunun Türk vatandaşı nüfusuna oranının %20'yi aştığı yerler bakımından bu kararın alındığına ilişkin bkz. (çevrimiçi, 29.07.2024): <https://www.goc.gov.tr/istanbulda-39-ilcenin-yabancilarin-ikamet-izinlerine-kapatildi-iddialarina-iliskin-basin-aciklamasi>.

<sup>19</sup> RG no. 29656, 17.03.2016.

<sup>20</sup> **Alacakaptan**, Ahmet Can: "Türk Yabancılar Hukukunda ve Uygulamada İkamet İzinleri", BUHFD, C. 19, S. 219, 2024, s. 473.

<sup>21</sup> Bkz. İç İşleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı'nın 19.10.2022 tarihli duyurusu (çevrimiçi, 29.07.2024: <https://www.goc.gov.tr/istanbul-ilindeki-yabancilarin-ikamet-izni-basvurulari-hakkinda>).

<sup>22</sup> Yukarıda bkz. I. Düzenli Göçmenlerin Türkiye'de Kalışlarına İlişkin Temel Esaslar ve Adres Kayıt Sistemi.

<sup>23</sup> YUKK m. 3/I, i uyarınca ikamet adresi, Türkiye'de adres kayıt sisteminde kayıtlı olunan yeri ifade eder.

lemesi gerekir. Bu noktada, İçişleri Bakanlığı’nın kararları ile düzenli göçmenlerin Türkiye’de kalışlarına ilişkin ek belge talebi ve yabancı oturmuna kapalı mahalle uygulamasının yeni kurulacak kira sözleşmelerine etkisi olduğu gibi, süregelen kira sözleşmeleri bakımından da yarattığı birtakım sonuçlar bulunmaktadır.

### **A. İkamet İznine Getirilen İdari Sınırlamaların Kira Sözleşmelerinin Kurulmasına Etkisi**

Düzenli göçmenlerin Türkiye’de kalışlarına ilişkin idari kararlar alındıktan sonra kurulan kira sözleşmeleri, kararlarda öngörülen sınırlamalara uygun olmalıdır. Kira sözleşmeleri, ikamet iznine getirilen sınırlamalardan doğrudan etkilenmez. Yine de, yabancı kiracının ikamet izni alamaması ya da mevcut ikamet izninin uzatılmamasının yeni kurulacak kira sözleşmelerinin geçerliliği hususunda birtakım sonuçları olacaktır. Bu noktada, yeni kurulacak kira sözleşmeleri bakımından ek belge talepleri ile yabancı oturmuna kapalı mahalle uygulamasının etkileri ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

#### **1. Ek Belge Taleplerinin Yeni Kurulan Kira Sözleşmelerine Etkisi**

İçişleri Bakanlığı’nın kararlarının yabancıların kira sözleşmesi ile yerleşim yeri edinmelerine yönelik öngördüğü ilk sınırlama, noter huzurunda imzalanmış bir kira sözleşmesi getirilmesi zorunluluğu ve bu kira sözleşmesine istinaden talep edilebilen tapu kayıt örneği ve kaşeli DASK poliçesi nüshasıdır. Bu karar ile dolaylı olarak, önceki dönemlerde kötüye kullanılan alt kiralama yoluyla yabancıya ikamet adresi kazandırılması imkanının önüne geçilmiştir.

Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracının kiralanana başkasına kirala-yabilmesi için kiraya verenin yazılı izni gerekir (TBK m. 322/II). Kiraya verenin yazılı izni olmaksızın yapılan alt kira sözleşmeleri, kiracının kiralanana özenle kullanma borcuna aykırı davrandığı gerekçesi ile feshedilebilir (TBK m. 316/II-III)<sup>24</sup>. Dolayısıyla kiracının kiraya verenin yazılı rızasını almadan üçüncü kişi ile yaptığı alt kira sözleşmesi, asıl kira sözleşmesine aykırılık teşkil edecek ve kiraya veren bakımından bir fesih sebebi oluşturacaktır.

<sup>24</sup> **Aydoğdu**, Murat/**Tuncer**, Nalan: Türk Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 515; **İnceoğlu**, M. Murat: Kira Hukuku, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 516-517; **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 519; **Zevkililer**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 330.

Bununla birlikte, salt kiraya verenin rızasının alınmamış olması, alt kira sözleşmesini hükümsüz kılmaz.

Düzenli göçmenlere özgü olmasa da, geçmiş dönemlerde düzenli göçmenler arasında da sıklıkla başvurulan ikamet adresi edinme metodu alt kiralama sözleşmesi idi. Uygulamada rastlanılan ilk örnek, bir düzenli göçmenin kiraya veren ile kira sözleşmesi yapması; sonrasında ise kiraladığı konutun diğer odalarını başka düzenli göçmenlere alt kiraya vermesiydi. Bu ihtimalde asıl kiracı, İlçe Nüfus Müdürlüğü'ne ikamet kaydı yaptırdıktan sonra alt kiracıların da kendisi ile yaşadığını beyan ederek onların da kaydını gerçekleştirmekteydi<sup>25</sup>. İkinci örnek ise, kiracının kiralananı turizm amaçlı konut kiralamaya elverişli platformlar üzerinden kullanıma sunması idi. Türkiye'de kalmak isteyen yabancıların bu ikinci yöntemi özellikle benimsedikleri görülmekteydi. Kiracılar, kiralananın her bir odasını bir başka yabancıya kiralayıp onların talebi olması durumuna her bir faturayı farklı bir kiracıya devrettiklerinde, yabancıların bu kiralananı ikamet adresi göstererek oturum izni almalarını kolaylaştırmaktaydılar.

Yabancı alt kiracılar bakımından bu durum, olağan yöntemler ile bir kira sözleşmesi yapmaktan çok daha pratik olmaktadır. Zira ilk kez kısa dönemli oturum izni alacak bir yabancıya yabancı kimlik kartı bulunmaz. Türkiye'den alınmış bir oturum izni olmayan, dolayısıyla da Türkiye'de banka hesabı açtıramayacak bir yabancıya taşınmazını kiralamak isteyebilecek maliklerin sayıca fazla olmayacağı aşikardır. Bunun yanında Türkiye'ye yeni gelmiş bir yabancıya, kira sözleşmelerinde âdet olduğu üzere bir kefil gösterme ve güvence yatırma yükümlülüklerini de ne derece yerine getirebileceği tartışmalıdır. Kaldı ki kira sözleşmesini bir taşınmaz simsarı vasıtasıyla yaptığında, simsara ücret ödeme borcu da doğacaktır. Oysa güvence verecek, kefil gösterecek, taşınmaz simsarına ücret ödeyecek yabancı henüz bu aşamada ikamet izni almamıştır; alıp almayacağı ise belirsizdir. Bu gerekçeler ile, turizm amaçlı konut kiralama platformları yabancıların ilk oturum izni taleplerinde son derece pratik bir çözüm olmaktadır.

Bu noktada yabancıların ikamet izni aldıktan sonra da farklı gerekçeler ile bu kiralananı kalmaya devam etmelerine de sıklıkla rastlanılmaktaydı. Amacı itibari ile, kısa dönemli kira sözleşmeleri için kurgulanan sistem, ya-

<sup>25</sup> Her ne kadar İç İşleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün 30.07.2019 tarihli genelgesinde (çevrimiçi, 29.07.2024: [https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/genelge/adres\\_bildirimi\\_ve\\_incelenmesi.pdf](https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/genelge/adres_bildirimi_ve_incelenmesi.pdf)), bir adreste birlikte oturma bildirimini yapanların sayısının yirmiyi aşması halinde adresin MERNİS uygulama yazılımında incelenecekler listesine ekleneceği ilan edilmiş olsa da, yabancılar söz konusu olduğunda bir konuta altı kişi kaydedilebilmektedir.

bancaların günlük kira bedeli ödedikleri uzun döneme yayılan bir sözleşme olarak uygulanmaktaydı. Bu vesile ile asıl kiracı bir yandan maliki olmadığı bir taşınmazdan vergi beyanında bulunup bulunmadığı belli olmayan bir ticari gelir elde etmekte, diğer yandan da yabancı alt kiracılarına karşı konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracıyı koruyan TBK m. 339 vd. hükümleri dolanmaktaydılar. Şöyle ki, TBK m. 339/I, c. 2 gereği, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracıları koruyucu nitelikteki TBK m. 339 vd. hükümlerin geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazlarda altı ay ve daha kısa süreli kira sözleşmelerine uygulanmayacağı esası bulunur. Kiraya verenler de, kiralananın geçici kullanıma özgülendiğini ileri sürüp altı aydan kısa süreli sözleşmeler vasıtası ile özellikle kira bedelinin belirlenmesi ve konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesinin sona erdirilmesi konularında kiracıyı koruyan emredici hükümlere tâbi olmadıklarını iddia etmekteydiler. Oysa kira bedeli günlük olarak belirlense dahi, turizm amaçlı konut kiralama platformu üzerinden kalacak bir yer bulan yabancı kiracının, bu taşınmazda kalışını Türkiye’deki ikamet iznine paralel olarak altı ayı aşacak şekilde uzatabildiğini belirtmek gerekir. Normal şartlar altında TBK m. 339 vd. hükümlerince konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracıyı koruyucu hükümlere tâbi olacak yabancı kiracılardan, birbiri ardına eklenen kısa dönemli kira sözleşmeleri vasıtasıyla bu koruyucu hükümlerden yararlanmalarının önüne geçilmeye çalışılmaktaydı<sup>26</sup>.

Dolayısıyla önceki dönemlerde turist vizesi ile Türkiye’ye giriş yapan, ancak ikamet izni almak isteyen yabancıların kendilerine alt kiralama yapan kişilerden aldıkları adi yazılı bir sözleşme yeterliydi. Ancak özellikle 2022’den itibaren düzenli göçmenlere uygulanan kuralların kademeli olarak sıkılaştırıldığına da şahit olunmaktadır<sup>27</sup>. İlk olarak, kira sözleşmesi ile ikamet adresi edinilmesi halinde, kira sözleşmelerinin noter huzurunda resmi şekilde düzenlenmesini aramış<sup>28</sup>, sonrasında ise noter huzurunda düzenlenen kira

<sup>26</sup> Kiraya verenin kiralananın geçici kiralamalara özgülendiğini iddia ettiği ve TBK m. 339’un uygulama alanına girmemesi için kısa dönem için yaptığı, sonradan uzatılan kira sözleşmelerinin de TBK m. 339’un uygulama alanına tâbi olması gerektiğine ilişkin bkz. **Öz, Turgut/Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, H. Murat** (edit.): İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, C. 4-5, Madde 207-392, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, **İST-Gökyayla**, TBK m. 339, N. 59.

<sup>27</sup> Aynı yönde bkz. **Alacakaptan**, s. 456.

Hatta yazar, Şubat 2022’den itibaren ilk kez ikamet iznine başvuran yabancıların tüm gezi planlarını, otel rezervasyonlarını veya kira sözleşmelerini sunmaları halinde dahi kısa dönemli ikamet izni alamadıklarını aktarmaktadır.

<sup>28</sup> Kira sözleşmelerinin noter huzurunda resmi şekilde yapılması, ikamet izninin alınması için bir şart olup kira sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez. Yabancı kiracı ile kiraya verenin sözlü olarak akdettikleri kira sözleşmesi geçerlidir ve taraflar açısından bağla-

sözleşmeleri de yeterli görülmeyerek yabancılardan oturdukları konuta ilişkin kendi isimlerine ait bir fatura<sup>29</sup> ve kiraya verenden edinecekleri tapu belgesi ve kaşeli DASK poliçesi nüshası sunmaları istenilmiştir. Kiralananın maliki ile doğrudan ilişkide olmayan yabancı kiracının söz konusu belgeleri sunması hayat olaylarının çoğunda mümkün olamadığından, Türkiye’de kısa dönemli ikamet izni almak isteyen yabancılar bakımından alt kiralama, özellikle turizm amaçlı konut kiralama platformları avantajını kaybetmiştir. Bir başka gelişme olarak, 7464 sayılı Konutların Turizm Amaçlı Kiralanmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un<sup>30</sup> yürürlüğe girmesi ile, alınması zorunlu tutulan izin belgesi kiracıların kiraya verenlerin haberi olmaksızın bu platformlar üzerinden taşınmazı kiralamalarının da önünü kapatmıştır.

## 2. Yabancıya Kapatılan Mahalle Uygulamasının Yeni Kurulan Kira Sözleşmelerine Etkisi

Yabancıya kapatılan mahalle uygulaması<sup>31</sup> sonrasında yapılan kira sözleşmeleri bakımından, bu kira sözleşmesinin hangi gerekçe ile sona erdirilebileceği ve sona erdirilir ise, ödenmiş olan güvencenin iadesi problemleri ile uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu nedenle yabancı oturmuna

---

yıcıdır. Ne var ki kiracı, ikamet izni alabilmek için idareye. noter huzurunda resmi şekilde yapılmış bir kira sözleşmesi sunmak zorundadır. İkamet izni verilmesi için aranan bu şart, kira sözleşmesinin şekline ilişkin bir geçerlilik şartı değildir. Bu sebeple, TBK m. 12/I’deki şekil şartının kanunda öngörülmesi gerekliliği ile çelişmez.

<sup>29</sup> Belirtmek gerekir ki başvuru şartlarını ağırlaştıran tek idare İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı değildir. İstanbul’da doğalgaz, elektrik ve su abonelikleri için kira sözleşmesinin yanında tapu fotokopisinin de ibrazı istenerek faturaların yabancı bir kiracıdan başka bir yabancı kiracıya devredilmesine de izin verilmemektedir. Örnek olarak, doğalgaz aboneliği için bkz. Çevrimiçi, 29.07.2024: <https://www.dogalgazistanbul.com/kutuphane/igdas-aboneliği/>.

<sup>30</sup> RG no. 32357, 02.11.2023.

<sup>31</sup> İçişleri Bakanlığı’nın kararı doğrultusunda bazı mahallelerin yabancı yerleşimine kapatılmasının yanı sıra, kanun ile yabancıların oturumunun sınırlandırıldığı yerler de bulunmaktadır. 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu’nda (RG no. 17552, 22.12.1981) birinci derecede kara askeri yasak bölgelerinde yabancıların oturumunun Genelkurmay Başkanlığı’nın iznine tâbi olduğu (m. 7/I, b. c), ikinci derece kara askeri yasak bölgelerinde sivil yabancıların garnizon komutanlığının görüşü alınarak valiliklerce, asker Genelkurmay Başkanlığı’nca oturumlarına izin verilebileceği (m. 9/II-III); 442 sayılı Köy Kanunu (RG no 68, 07.04.1924) m. 88’e göre yabancıların köyde ikamet edebilmek için İçişleri Bakanlığı’nın iznine tâbi oldukları öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Esen**, s. 301 vd. Ne var ki bu sınırlamalar baştan bir kanun hükmüne dayandığından ve doğrudan kira sözleşmesinin geçerliliğini etkilediğinden, incelediğimiz problem kapsamına dahil olmamaktadır.

kapalı mahalle uygulamasının etkisi, kira sözleşmesinin sona ermesi ve ödenmiş güvence bedelinin iadesi çerçevesinde incelenecektir.

#### **a. Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi Bakımından**

Yabancı uyruklu kişi, İçişleri Bakanlığı’nın 01.07.2022 tarihli kararından sonra bir konut arayışına girmiş ve sonradan yabancı oturumuna kapalı olduğu anlaşılan bir mahallede konut kiralamış olabilir. Bu kira sözleşmesinin geçerliliği, geçerli olması halinde ise nasıl sona erdirilebileceğinin değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

#### **aa. Kira sözleşmesinin geçerliliği bakımından değerlendirme**

Düzenli göçmen kiracının yabancı yerleşimine kapalı mahallede yaptığı konut kirası sözleşmesi, göçmenin oturma iznini uzatmasını engellese de, konutun kullanıma elverişliliğini etkilememektedir. Uygulamada nadiren de olsa yabancı kiracıların iki farklı konut kiraladıkları; yabancıya kapalı olmayan mahalledeki konuta adres kaydı yaptırdıkları ancak yabancıya kapalı mahalledeki konutta oturdukları görülebilmektedir. Hatta yabancıya kapalı olmayan mahallede kiralamış oldukları ve adres kayıtlarını yaptırdıkları kiralanan için kira sözleşmeleri sona erse dahi adres kayıtları muhafaza edilmiş ise<sup>32</sup>, bu eski kira sözleşmesini örnek gösterip geçici bir çözüm olarak yabancıya kapalı mahallelerde konut kiraladıklarına da şahit olunmaktadır. Bu ihtimaller de göz önünde tutulduğunda ilk olarak tespit edilecek husus, böyle bir kira sözleşmesinin, başlangıçtaki imkansızlık nedeni ile hükümsüz olmadığıdır. Zira başlangıçtaki imkansızlık, edimin sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç kurulması sırasında mevcut olan objektif, sürekli, maddi ya da hukuki bir engel nedeni ile hiç kimse tarafından yerine getirilemeyecek olmasıdır<sup>33</sup>. Kira sözleşmeleri açısından da başlangıçtaki imkansızlık, kiralananın kullanımını tamamen ortadan kaldıran bir eksikliğe dayanır<sup>34</sup>. Oysa TBK m. 324 gereği kiraya veren kiralananı kiracının kullanımına

<sup>32</sup> Eski kiracı yeni konutuna adresini taşımamış ise ya da kiralanan yeni birisi taşıyıp kendi adres kaydını yaptırmamış ise, yabancı kiracı bu konutta kayıtlı gözükmeye devam edecektir.

<sup>33</sup> **Altunkaya**, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 103.

<sup>34</sup> Odun ve kömür koymak amacıyla kiralanan deponun bu amaca uygun olarak kullanılabilmesinin İmar Müdürlüğü’nün yazılarından mümkün olmadığına anlaşılması üzerine kira sözleşmesinin konusunun imkansız olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 13. HD, 09.12.1981, E. 1981/7575, K. 1981/8064 (Lexpera, erişim tarihi: 29.07.2024). Hatta kiralananın kullanımını tamamen imkansızlaşmamış ise, kiraya verenin kiralananın ayıptan doğan sorumluluğuna müracaat edilebileceğine ilişkin bkz. **Altunkaya**, s. 206.

hazır halde bulundurduğu sürece, kiracı kendisinden kaynaklanan bir sebeple bu kiralananı kullanamasa dahi kira sözleşmesi ile bağlıdır<sup>35</sup>. Bu sebeple kiracının, yabancı oturma kapalı olduğu anlaşılabilir bir mahallede konut kiralaması halinde, ikamet izni bakımından yaşayacağı problemler kiralananın kullanıma hazır bulundurulduğu gerçeğini değiştirmez. Bu noktada bir hukuki imkansızlıktan<sup>36</sup> da söz edilemez. Zira yabancı oturma kapalı bir mahalledeki taşınmazın yabancı tarafından kullanımının, kira sözleşmesine konu olması ya da ifasının konusunu teşkil etmesi de emredici hukuk kuralları ile yasaklanmamıştır. Dolayısıyla yabancı oturma kapalı mahallede, bu karardan sonra bir yabancı tarafından konut kiralanmış olması, kira sözleşmesini hükümsüzleştirmez. Bu husus, sadece yabancı kiracının ikamet izni alamaması ya da mevcut ikamet iznini uzatamamasına sebep olur. Yabancı oturma kapalı mahallede konut kiralanmış olan yabancı hakkında, kendisine idarece tanınacak sürede bu aksaklığı gideremez ise, sınır dışı etme kararı verilecektir. Kira sözleşmesinin hukuki imkansızlık sebebi ile hükümsüz olmamasının pratik bir sonucu da bu noktada kendisini gösterir. Hakkındaki sınır dışı etme kararı uygulanıncaya kadar, yabancı kiracı olduğu bu konutta kalmaya devam edebilecektir<sup>37</sup>.

Düzenli göçmen kiracının salt yabancı yerleşimine kapalı mahallede bir konut kiralaması, kanunun emredici hükümlerine, genel ahlâka, kişilik hak-

<sup>35</sup> Karş. Diş hekimleri için sonradan zorunlu tutulan yeterlilik belgesine sahip olmayan ve öngörülebilir bir gelecekte bu belgeyi alamayacak kiracının muayenehanesini kullanmasının objektif olarak imkansızlaşığına, kiralananın diş hekimi muayenehanesi olarak kullanılacağı hususu olarak kararlaştırılmasına karşısında sözleşmeye uygun kullanılmayacak olması durumunda kiracıdan kira bedeli ödemesinin beklenemeyeceğine ilişkin bkz. BGE 57 II 532. İsviçre öğretisinde kararı uygun bulanlar olduğu gibi (SVIT-Schweizerisches Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2018, SVIT-Müller, art. 266g OR, N. 12), uygun bulmayanlar da (CR-Thénévoz, art. 119 CO, N. 5, dn. 6) vardır.

<sup>36</sup> Kavrama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Altunkaya, s. 218; Kurt, L. Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 93.

<sup>37</sup> Hatta kiralanan kullanıma hazır bulunduruldukça, ifa imkansızlığı dahi gündeme gelmez; kiraya veren kendisinden kaynaklanan bir sebep ile bu taşınmazı kullanamayan kiracıdan kira bedeli talep etme hakkına sahiptir. Aydoğdu/Tuncer, s. 478; İnceoğlu, M. Murat: “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”, AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 246; Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/2, 4. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 169. Bununla beraber, kiralananın kullanılmaması kiralananın yanması, kiralananın sel basması gibi kiracının kendisinden kaynaklanmayan, herkes için objektif bir sebebe dayansa idi, ifa kesin ve sürekli bir sebep ile imkansızlaşığından karşılıklı borçlar TBK m. 136 çerçevesinde ileriye etkili olarak sona erecektir. İST-Öktem Çevik, TBK m. 324, N. 5; Kurt, s. 148; Tandoğan, s. 170.

larına aykırı ya da yukarıda görüldüğü üzere konusu imkansız olmadığından kendi içinde bir hükümsüzlük sebebi barındırmaz. Bununla birlikte, kiracının yanılma hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilme imkanı incelenmelidir. Göçmenin, yabancı oturma mahallesinde bir konut kiralaması, açıklamada yanılma (TBK m. 31) hallerinden birine girmediği müddetçe, iradenin oluşumu aşamasında bir yanılmaya düşüldüğü dikkate alınarak saikte yanılma (TBK m. 32) kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır. Kural olarak saikte yanılma bir esaslı yanılma sayılmayıp, sözleşmenin iptaline yol açmaz; sözleşmenin iptal edilebilmesi için, saikte yanılmanın esaslı olması aranır<sup>38</sup>. TBK m. 32/c. 2-3, saikte yanılma gereği sözleşmenin iptal edilebilmesi için “[y]anılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması [...] durumun karşı tarafça da bilinebilir olması” lazımdır. Bu hükümden yola çıkılarak, yanılığa düşülen hususun yanılan bakımından iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olarak sözleşmenin zorunlu bir temeli kabul edilebilmesinin; yanılan açısından zorunlu bir temel olmasının, başka bir deyişle yanıldığını bilse idi o sözleşmeyi yapmayacak olmasının; iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına göre iptal için haklı bir sebep teşkil etmesinin ve yanılanın hangi saik ile sözleşmeyi yaptığının karşı tarafça bilinmesinin ya da bilinebilir olmasının arandığı söylenebilir<sup>39</sup>.

Türkiye’deki kalışını uzatmak isteyen düzenli göçmenin adres kayıt sistemine kaydolabilmek için idarenin aradığı kriterlere uygun bir yerleşim yeri olabilecek konutu kiralamak, kira sözleşmesindeki saiki olarak görülmemelidir. Bu noktada, düzenli göçmenin kira sözleşmesine konu taşınmazın bulunduğu mahallenin yabancı oturma mahallesine kapatıldığını bilmesi halinde, o konutu kiralamayacağı sonucuna rahatça varılır. Türkiye’deki kalışını devam ettirebilmesi ve düzensiz göçmen statüsüne geçip sınır dışı edilmemesi için bu kişinin İçişleri Bakanlığı’nın 01.07.2022 tarihli kararına ekli listede yer almayan bir mahallede konut kiralaması gerekecektir. Dolayısıyla hem yabancı oturma mahallesinde konut kirası sözleşmesinin devam etmesi, hem de sınır dışı edilmemek için oturuma açık bir mahallede ikinci bir konut kiralamak zorunda olması iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralına göre makul sayılamaz. Türkiye’de kalma niyeti ile bir konut kiralayan dü-

<sup>38</sup> Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023, N. 1190; Oğuzman/Öz, C. I, N. 326; Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halük/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 429.

<sup>39</sup> Eren, N. 1194-1199; Gümüş, Genel, s. 330-340; Kocayusufpaşaoğlu, §36, N. 23-31; Oğuzman/Öz, C. I, N. 328-337; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 430-431.



zenli göçmenden, daha kira sözleşmesi aşamasında yabancı kimlik kartı göstermesi beklendiğine göre, kişinin düzenli göçmen statüsünün devam ettirmeyi, düzensiz göçmen durumuna geçmemeyi önemseydiği sonucuna varılabilir. Dolayısıyla kiracı düzenli göçmenin, ikamet izni alabileceği bir mahallede konut kiralama saiki de kiraya verence bilinebilir niteliktedir. Bütün bu gerekçeler ile, oturuma kapalı mahallede bulunan bir konutu kiralayan kiracının, saikte yanılmasının esaslı olduğu ve bu yanılmaya dayanarak bu kira sözleşmesini, yanılmayı öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde iptal edebileceği kanaatindeyiz. Kira sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olduğundan, özellikle kiralananın zilyetliği kiracıya geçirildikten sonra kiracının iptal beyanında bulunması, sözleşmenin ileri etkili olarak sona ermesine sebep olacaktır<sup>40</sup>.

Düzenli göçmen kiracı, saikte yanılma sebebi ile kira sözleşmesini sona erdirebilse dahi, şayet bu saikte yanılmaya kendi kusuru ile düşmüş ise, sözleşmenin sona erdirilmesi dolayısıyla kiraya verenin uğradığı zararı gidermek ile yükümlüdür (TBK m. 35/I). Her ne kadar normal şartlar altında, giderilecek bu zararın olumsuz zarar olduğu ve hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda olumsuz zararın tazmini yerine olumlu zararı aşmayacak bir tazminata da hakim hükmedebileceği kabul edilmekte ise de<sup>41</sup>, edimlerin ifasına başlanılmış sürekli borç ilişkilerinde ileri etkili sona erme sonucunda olumlu zararın tazmini talep edilecektir. Nitekim, TBK m. 35/II'deki "*ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla*" ifadesinden, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde olumlu zararın tazmininin de talep edilebileceği sonucu çıkarılır. Sürekli edimli sözleşmelerin iptali de bu kapsamda görülmelidir.

Kiraya verenin, saikte yanılma gerekçesi ile kira sözleşmesini iptal eden düzenli göçmen kiracıdan olumlu zararının tazminini isteyebilmesi için, düzenli göçmen kiracının kusuru ile bu saikte yanılmış olması gerekir. İçişleri Bakanlığı ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kararlarını takip etmek,

<sup>40</sup> Bununla birlikte, kira sözleşmesi henüz hükümlerini doğurmadan iptal edilmiş ise, iptal beyanı ile sözleşme başlangıçtan itibaren kesin hükümsüzleşir. Yanılma sonucunda sürekli borç ilişkilerinin iptalinin ileri etkisine ilişkin bkz. **Kanışlı**, Erhan: İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 578 vd.; **Seliçi**, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 57 vd. Genel olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 390.

<sup>41</sup> **Ergüne**, Mehmet Serkan: "Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 917 vd.; **Gümüüş**, Genel, s. 349; **Kocayusufpaşaoğlu**, §36, N. 87-89; **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 344.

kural olarak kiracının sorumluluk alanında olmalıdır<sup>42</sup>. Zira kiraya veren Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ise, müstakbel bir kiracısının yabancı olabileceği ve oturma izni almak zorunda kalabileceğini düşünmesi kendisinden beklenemez. Bu durumda yabancı oturma kapalı mahallede konut kiraya alan kiracı, kendisine düşen araştırma yükümlülüğünü yerine getirmediğinden, iptal dolayısıyla kiraya verenin uğradığı zararı tazmin ile sorumlu olacaktır.

Kiraya verenin de yabancı olması veya yabancı ile evli olması ya da yabancı istihdam etmesi örneklerinde olduğu gibi, ikamet izninin kendi hayatının da bir parçası olduğu hallerde, kendisi ile sözleşme görüşmelerinde bulunan düzenli göçmen kiracı adayının saikte yanılması kiraya verence en azından bilinebilir durumdadır. Bu ihtimalde, yanılmayı bilmesi gereken kiraya veren tazminat isteyemeyecektir<sup>43</sup>.

Kira sözleşmesinin doğrudan kiracı ile kiraya veren arasında yapılması mümkün olduğu gibi, bir taşınmaz simsarı aracılığıyla yapılması da mümkündür. Bu halde taşınmaz simsarının, kiralanacak konutun yabancı oturma kapalı mahallede yer aldığı hususunda tarafları uyarma borcu bulunup bulunmadığı tartışılmalıdır. Vekâlet sözleşmesinin özel nitelikteki bir türü olan simsarlık sözleşmesine, niteliğine uygun olduğu ölçüde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır (TBK m. 520/II)<sup>44</sup>. Bu hususta, vekilin özen borcuna ilişkin TBK m. 506/II-III’ün taşınmaz simsarı bakımından da uygulanma alanı bulur. Vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması ile özen borcu altında olan simsarın, yürüttüğü ticari ve mesleki faaliyet gereği yabancı

<sup>42</sup> Yargıtay’ın araştırma yükümlülüğünün kiracıda olduğuna yönelik başka kararı da bulunmaktadır. Kiraya verenin, daha önce de işyeri olarak kullanılan taşınmazda spor salonu açmak isteyen kiracıya rahatça ruhsat alabileceğini beyan etmesi üzerine kiracının masraf yapması ancak ruhsat alamaması üzerine kira sözleşmesini feshinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, garaj olan taşınmazın spor salonuna çevrilmesi hususunda gerekli araştırmayı yapmayan kiracının sözleşmeyi feshinde haksız olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 6. HD, 03.11.2016, E. 2015/9658, K. 2016/6414 (Legalbank, erişim tarihi: 29.07.2024). Her ne kadar karara konu olan uyuşmazlıkta kiracının tacir olması dolayısıyla basiretli davranması gerekse de, yabancı kiracılardan da sadece kendilerini ilgilendiren hususlarda benzer bir özen göstermeleri beklenebilir.

<sup>43</sup> TBK m. 35/I, c. 2.

<sup>44</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hofstetter**, Josef: *Traité de droit privé suisse*, vol. VII, T. II,1, *Le mandat et la gestion d'affaires*, Éditions universitaires, Fribourg 1994, s. 156; **Öz**, Turgut/**Acar**, Faruk/**Gökyayla**, Emre/**Develioğlu**, H. Murat (edit.): *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu*, C. 6-7-8, Madde 393-649, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, **İST-Öcal Apaydın**, TBK m. 520-525, N. 4; **Şahiniz**, C. Salih: *Türk Borçlar Kanununda Gayrimenkul Tellâllığı (Emlak Komisyonculuğu-Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s. 20-21.

oturumuna kapalı mahallelerden haberdar olması ve sözleşme taraflarından birinin yabancı olması halinde sözleşmenin kuruluş aşamasında tarafları uyarması gerekir. Taşınmaz simsarının bu araştırmayı ve/veya uyarıyı yapmaması özen borcuna aykırılık teşkil edecektir, zira özen borcu çerçevesinde en elverişli esas sözleşmenin akdedilmesi olanağını sunması gerekmektedir<sup>45</sup>. Bu noktada simsarin esas sözleşmenin ifa edilmemesinden sorumlu olmayacağı düşünülebilirse de<sup>46</sup>, sözleşmenin kuruluş aşamasında yabancı oturumuna kapalı mahallede kiralık konut için yabancı kiracı adayını öneren simsarin, kiracının bu ilişkiyi sonlandırmak zorunda kalması sebebi ile kiraya verenin uğradığı zarardan sorumlu tutulabilmesi gerekir. Bu durum, esas sözleşme kurulduktan sonraki salt bir borcun ifa edilememesi halini aşmaktadır. Yabancı oturumuna kapalı mahalle için yabancı bir kiracı adayının önerilmesi, en nihayetinde sözleşme ilişkisinin sonlandırılmasına mahal vereceği için elverişli bir esas sözleşme sayılmaz. Ne var ki simsarin sorumluluğu sadece simsarlık sözleşmesinin karşı tarafı olan kiraya verene yönelik olacağından, simsar sadece kiraya verene karşı simsarlık sözleşmesinden kaynaklanan bu özen borcuna aykırılık dolayısıyla sorumlu olacaktır<sup>47</sup>. Kiraya veren, yabancı oturumuna kapalı mahallede yabancıya konut kiralanması sonucunda sözleşmenin sona ermesi üzerine, bu sözleşmeden beklediği ifa menfaatini yanılmada kusurlu olan kiracıyla beraber özen borcuna aykırı davranan taşınmaz simsarından da isteyebilmelidir. Kiracı ile taşınmaz simsarı birlikte sorumludurlar. Ancak, taşınmaz simsarı ile kiracı arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığından, simsarin kiracıya karşı özen borcundan kaynaklanan bir sorumluluğu da yoktur. Yine de simsar, sözleşmenin gerçekleştirilmesine aracılık ederken kiracı adayını ile içinde bulunduğu yoğun sosyal ilişki dolayısıyla, kiracıya karşı *culpa in contrahendo* temeline dayanarak sorumlu sayılmalıdır<sup>48</sup>. Kiracının da kendisine düşen araştırma yükümlülüğünü yerine getirmediği dikkate alındığında, kiracı ile simsar birlikte kusurlu olduğu görülecektir. Bu sebeple, kiracının *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında taşınmaz simsarından talep edeceği olumsuz zararda indirim yapılması icap eder.

<sup>45</sup> Şahiniz, s. 72-73.

<sup>46</sup> CR-Rayroux, art. 412 CO, N. 30.

<sup>47</sup> Hofstetter, s. 167.

<sup>48</sup> İşlem temasından doğan güven ilişkisi ve ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 46 vd.; Serozan, Rona: “«Culpa in Contrahendo», «Aktin Müspet İhlali» ve «Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme» Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi, C. 2, S. 3, 1968, s. 123.

*ab. Kira sözleşmesinin olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesi bakımından değerlendirme*

Yukarıda görüldüğü üzere<sup>49</sup>, yabancıya kapalı mahallede konut kiralaayan yabancı, her zaman saikte yanılma hükümlerine başvuramamaktadır. Saikte yanılmanın şartları tartışmalı ise ya da yanılma sebebi ile iptal beyanında bulunma hakkından feragat etmiş ise, kiracı saikte yanılmaya dayanarak kira sözleşmesini sona erdiremez<sup>50</sup>. Bu noktada kira sözleşmesinin olağanüstü fesih nedenlerinden, TBK m. 331’de düzenlenen önemli sebepler ile feshi imkanının bulunup bulunmadığı sorgulanmalıdır.

Önemli sebep, kira sözleşmesi kurulur iken tarafların sözleşmenin temeli kabul ettikleri ve dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşenlerden biri için kira sözleşmesine devamı çekilmez hale getiren bir olgu olarak tanımlanmaktadır<sup>51</sup>. Önemli sebep ile feshin gerekçesini oluşturan bu olgunun kural olarak kira sözleşmesinin devamı süresince ortaya çıkması beklenir. Ancak öğretide<sup>52</sup>, kuruluş aşamasından doğan bazı olguların da önemli sebep teşkil

<sup>49</sup> Bkz. II. A. 2. a. aa. Kira sözleşmesinin geçerliliği bakımından değerlendirme.

<sup>50</sup> Kiracının saikte yanılmasını öğrenmesinden itibaren bir yıllık sürede iptal beyanında bulunmaması ihtimalinde, TBK m. 331’e dayanarak kira sözleşmesini önemli sebeple feshedemeyeceğini de belirtmek gerekir. Zira önemli sebeple kira sözleşmesini feshedebilmek için, dürüstlük kuralına göre bu hakkın kullanılmasından vazgeçildiği sonucuna varılacak kadar uzun bir süre beklenilmemesi gerekir. **Aydın**, Gülşah Sinem: Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Erdirilmesi (TBK m. 327-333), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 250; **Aydoğdu/Tuncer**, s. 632. Özellikle konut kiralarının da bir yıllık süre için yapıldığı hayat olaylarında, iptal için öngörülen bir yıllık sürenin dolması ama sözleşmenin sona erdirilmemesi, önemli sebeple fesih hakkına yol açabilecek olgunun artık çekilmez olarak değerlendirilmediği karinesine yol açacaktır.

<sup>51</sup> **Aydın**, s. 185-186; **BSK-Weber**, art. 266g OR, N. 1; **CR-Lachat/Bohnet**, art. 266g CO, N. 1; **Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. IV, m. 207-392, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, TBK m. 331, N. 5; **Giger**, Hans: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 260-266o OR, Stämpfli Verlag, Bern 2020, art. 266g OR, N. 13; **İnceoğlu**, M. Murat: Kira Hukuku, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 231-232; **İST-Makaracı Başak**, TBK m. 331, N. 1; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 646.

<sup>52</sup> **Acar**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-332), 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, TBK m. 331, N. 30; **Aydın**, s. 206-207; **Doğan**, Murat: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 230; **Gümüş**, Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 268; **Günel**, Mustafa Cahit: “Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 216; **Higi**, Peter/**Bühlmann**, Anton/**Wildisen**, Christoph: Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 266-268b OR, 5. Auf., Schulthess Verlag, Zürich 2020, art. 266g OR, N. 43; **İnceoğlu**, C. II, s. 231-232; **Seliçi**, s. 58; **SVIT-Müller**, art. 266g OR, N. 20; **Tandoğan**, s. 231; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 647.

edebileceği ve etkilerinin devam etmesi halinde kira sözleşmesinin feshini gerektirebileceği kabul görmektedir. Öğretinin bu esnetilmiş kabulü, yabancı oturma kapalı mahallelerde yabancı kiracıların tarafı oldukları konut kirası sözleşmeleri bakımından önemli bir destek sağlar. Konutun yabancı oturma kapalı mahallede bulunması kira sözleşmesinin kuruluş aşamasında mevcut bir olgu ise de, kiracının önemli sebeple fesih imkanını engellemektedir. Bununla birlikte, kiralananın yabancı oturma kapalı bir mahallede yer alması sözleşmenin kuruluş aşamasına ilişkin bir olgu olmasına rağmen, kiracı bu durumu en nihayetinde göç idaresine ikamet iznini uzatmak için gittiğinde, randevu günü öğrenecektir. Zira bu durumda evrakı kabul edilmeyip kendisine kira sözleşmesindeki aksaklığı gidermesi, başka bir deyişle yabancı oturma kapalı olmayan mahallede bir konut kiralanması için bir aylık süre tanınacaktır. Dolayısıyla önemli sebeple feshe gerekçe olan olgunun salt kiralananın yabancı oturma kapalı mahalle olmasından ziyade, göç idaresinin bu mahalledeki bir konut için yapılmış kira sözleşmesini reddetmesi olduğunu da savunmak mümkündür.

Kira sözleşmesini önemli sebeple feshetmek isteyen tarafın, feshe konu olgunun ortaya çıkışında kusursuz<sup>53</sup> ya da en azından fesih muhatabına oranla daha az kusurlu<sup>54</sup> olması gerektiği ifade edilmektedir. Gerekçe olarak da, kimsenin kendi kusurlu davranışına dayanarak kendisine hak sağlayamayacağı düşüncesi, dolayısıyla çelişkili davranış yasağı gösterilmektedir<sup>55</sup>. Bunun bir yansıması, sözleşenlerden birinin kendi kusurlu davranışı ile yanılığa düşmesinin kira sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmesine imkan tanımayacak olmasıdır<sup>56</sup>. Dolayısıyla kendi yanılığısı ile yabancı oturma kapalı bir mahallede konut kiralayan düzenli göçmenin sonradan yanılığını öğrenmesi ancak iptal beyanında bulunamaması halinde, bu yanılığa kendi kusuru ile düştüğü için kural olarak TBK m. 331'e göre kira sözleşmesini feshetmesi mümkün olmayacaktır. Ama ikamet izninin kiraya verenin de hayatının bir parçası olduğu haller bakımından, yabancı kiracı adayını kira-

<sup>53</sup> **Burcuoğlu**, Halûk: 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 286; **Doğan**, s. 231; **Eren/Dönmez**, TBK m. 331, N. 6; **Gümüş**, Kira, s. 268; **SVIT-Müller**, art. 266g OR, N. 19; **Tandoğan**, s. 232; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 647-648; **ZK-Higi/Bühlmann/Wildisen**, art. 266g OR, N. 36.

<sup>54</sup> **Acar**, TBK m. 331, N. 35, dn. 78; **Aydın**, s. 220; **İnceoğlu**, C. II, s. 236; **İST-Makaracı Başak**, TBK m. 331, N. 11. Birlikte kusurun bulunduğu hallerde de fesih hakkının engellenmemesi gerektiğini ortaya koyan görüşün de bu görüşe yaklaştığı ifade edilebilir. Bu son görüş için bkz. **Günel**, s. 217.

<sup>55</sup> **Burcuoğlu**, s. 286; **Doğan**, s. 231.

<sup>56</sup> **Aydın**, s. 249-250.

lanacak konutun yabancı oturma kapalı mahallede olduğu hususunda uyarılmayan kiraya verenin de en azından araştırma yükümlülüğünü yerine getirmemiş kiracı kadar kusurlu olduğunu kabul etmek ve kiracıya TBK m. 331 gereği kira sözleşmesini önemli sebeple fesih hakkı tanımak menfaatler dengesi bakımından uygundur.

Kira sözleşmesinin önemli sebebe dayanılarak sona erdirilmesi dolayısıyla hakimin olağanüstü fesih bildirimini parasal sonuçlarını hükme bağlayacağı öngörülmüştür (TBK m. 331/II). TBK m. 331 çerçevesinde kira sözleşmesini sona erdirmek hukuka uygun bir sona erdirmeye hali olduğu için, bu parasal sonuçlar bir tazminat değil, denkleştirme bedeli olarak karşımıza çıkar. Bununla beraber fesih muhatabının kusuru, bu denkleştirme bedelinin indirilmesine ya da tamamen kaldırılmasına yol açabilir<sup>57</sup>. Yine de denkleştirme bedelinin üst sınırının erken fesih nedeni ile ödenecek olan olumlu zarar tazminatı olduğu, hatta kiracının yerine TBK m. 325’teki gibi kira sözleşmesini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması halinde denkleştirme bedeli ödemekten kurtulacağı da ifade edilmektedir<sup>58</sup>. Yabancı kiracının istisnai olarak TBK m. 331’e göre kira sözleşmesini sona erdirebileceği durumda, önemli sebeple feshin bu parasal sonuçlarının da dikkate alınması gerekir. Buna karşılık, yabancı kiracının sözleşmeyi feshi TBK m. 331 kapsamında görülmeyp haksız fesih teşkil ettiğinde, kiraya verenin kiracıdan kira sözleşmesinden beklediği menfaati tam olarak talep etme hakkı doğacaktır.

### ***b. Ödenmiş Güvence Bedelinin İadesi Bakımından***

Özellikle ikamet izni randevusundan hemen önce konut kiralayan düzenli göçmenlerin, ikamet izni alamama riskine karşı kira sözleşmelerine bazı özel kayıtlar eklettikleri görülmektedir. “*Şayet ikamet izni ile ilgili bir sorun çıkarsa, kiracı ... gün içinde depozitosunu alıp kira sözleşmesini sonlandırabilecektir*” kaydı ve benzeri kayıtlar<sup>59</sup>, yabancıların kiracı oldukları

<sup>57</sup> Aydın, s. 258-259; Gümüş, Kira, s. 274-275; İST-Makaracı Başak, TBK m. 331, N. 23. Hakimin, kusurlu tarafın uygun bir bedel teklifini de zararı azaltma külfeti çerçevesinde değerlendirilmesinin yerinde olacağı ve gerektiğinde indirim yapabileceğine ilişkin bkz. ZK-Higi/Bühlmann/Wildisen, art. 266g OR, N. 55, 83.

<sup>58</sup> Aydoğdu/Tuncer, s. 633; İnceoğlu, C. II, s. 255; İST-Makaracı Başak, TBK m. 331, N. 23.

<sup>59</sup> Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde kiracının güvence verme borcunun sınırları, emredici bir hüküm olan TBK m. 342 ile belirlenmiştir. Kiraya verenin kira sözleşmesinden kaynaklanan her türlü alacağını teminat altına alan bu güvence para veya kıymetli evrak olarak verilebilir. Miktar bakımından üç aylık kira bedelini aşamayacak şekilde kararlaştırılan bu güvencenin para ise vadeli bir tasarruf hesabına yatırılması, kıymetli evrak ise de bankaya depo edilmesi gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İST-Tek,

kira sözleşmelerinde yer bulmaya başlamıştır. Bununla beraber bu hüküm ve benzeri hükümlerin hukuki nitelendirmesini yapmak her zaman kolay olmamaktadır.

“Şayet ikamet izni ile ilgili bir sorun çıkarsa, kiracı ... gün içinde depozitosunu alıp kira sözleşmesini sonlandırabilecektir” kaydının bozucu koşul mu olduğu, TBK m. 331 anlamında sözleşmenin olağanüstü feshine yol açacak önemli bir sebep mi teşkil ettiği<sup>60</sup>, yoksa TBK m. 325 çerçevesinde kiralananın süresinden önce geri verilmesi halinde kira borçlarının devam edeceği makul süreyi mi ifade ettiği bir yorum meselesidir. Her üç ihtimal de, kiracının kendi lehine olacak şekilde kira sözleşmesini sona erdirebilmesine imkan sağlasa da, her bir imkan için sona ermenin mali sonuçları farklılık arz eder.

Bu üç ihtimali incelemeden önce, ikamet izni ile ilgili sorunların, yabancı randevusunda ortaya çıkacağını hatırlamak gerekir. Göç idaresi memuru, evrakında sorun tespit ettiği yabancı belgelerini kabulden imtina edecek ve kendisine bu aksaklığı gidermesi için bir aylık süre tanıyacaktır. Bu bir aylık sürede aksaklık giderilmez ise, yabancı düzensiz göçmen statü-

---

TBK m. 342, N. 13 vd. Bu çerçevede, özellikle bir miktar parayı güvence verecek olan kiracının yapması gereken, kendi adına açtıracağı bir bireysel hesaba güvence parasını yatırmaktır. **Acar**, Faruk: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Bakımından Güvence Olarak Kararlaştırılan Paranın Bankaya Yatırılması Zorunluluğu (TBK.m.342/2)”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 17; **Doğan**, s. 358-359; **İnceoğlu**, C. II, s. 73. Ne var ki özellikle Türkiye’ye yeni gelmiş yabancı adres kayıt sistemine kayıt yaptırmadan ikamet izni alamadığı ve banka hesabı açtırmadığı düşünüldüğünde, güvence çoğunlukla doğrudan kira sözleşmesinin kurulması sırasında kiraya verene verilmektedir. Kira sözleşmesinin akdedildiği sırada Türkiye’de bir banka hesabı açtırabilecek olan ya da kiraya veren ile güvence bedelinin sonradan bankaya yatırılacağı ya da depo edileceği hususunda anlaşan yabancı kiracı da, TBK m. 342/III’e uygun olarak kira bedelini ancak kiraya veren kira sözleşmesinin sona ermesinden itibaren üç ay içinde kiracıya karşı kira sözleşmesi ile ilgili dava açtığını veya icra ya da iflâs takibi başlattığını bankaya yazılı olarak bildirmemiş ise talep edebilecektir. Görüldüğü üzere, kiracının güvence bedelini iade alabilmesi için her iki durumda da kiraya verenin katılımı gerekir.

<sup>60</sup> Kira sözleşmelerinin genel hükümleri çerçevesinde taraflar sözleşmenin olağanüstü feshi ile sona ermesini gerektiren önemli sebepleri belirleyebilseler dahi, bu belirlemenin hükmün emredici niteliği sebebi ile sınırlı sayıda olamayacağına ilişkin bkz. **BK-Giger**, art. 166g OR, N. 15; **SVIT-Müller**, art. 266g OR, N. 6. Konut ve çatılı işyeri kiralarında tahliye sebepleri sınırlı sayıda olduğundan (TBK m. 354), tarafların kiracı aleyhine olacak şekilde TBK m. 331 anlamında aslında çekilmez olmayan bir olguyu sözleşmenin olağanüstü feshine yol açacak önemli sebep olarak kararlaştırmaları mümkün değildir. **BSK-Weber**, art. 266g OR, N. 2; **İnceoğlu**, C. II, s. 245. Ne var ki burada olağanüstü feshin kolaylaştırılması kiracı lehine olduğundan, TBK m. 354’teki sınırlama uygulanmayacaktır.

süne geçecek ve hakkında sınır dışı etme kararı verilecektir. Bu sebeple, özellikle ikamet izni randevusundan hemen önce yapılan kira sözleşmeleri bakımından, yabancı kiracının sorun çıkabileceğini öngördüğü, bu sebep ile güvencesini de alarak kira sözleşmesini sona erdirmek istediği sürenin ortalama bir buçuk ay olacağını ifade etmek yanlış olmaz.

Hüküm, tarafların kiracı açısından kira sözleşmesine devamı çekilmez hale getireceğini kabul ettikleri bir önemli sebep olarak yorumlandığında, kural olarak kiracıya tanınacak bir önemli sebeple fesih hali ile karşılaşılır. Hakim bu durumda kiracının sözleşmeyi feshetmesinde kendi kusurunun da bulunduğunu dikkate alarak, kiraya veren lehine bir denkleştirme bedeline hükmedecektir. Sözleşme kaydının etkisi, normal şartlarda kiracının kira sözleşmesini haksız feshine yol açacak bir olguyu, hukuka uygun hale getirerek kiracının sorumlu olacağı mali sonucu sınırlamaktır<sup>61</sup>. Bu yorum yapıldığında, kiraya verenin takas beyanında bulunarak kendi lehine hükmedilecek denkleştirme bedelini tamamen ya da kısmi olarak kira sözleşmesinde kararlaştırılan güvenceden karşılaması mümkündür.

Düzenli göçmen kiracının ikamet izni ile ilgili bir sorun yaşaması, bozucu bir koşul olarak ele alındığında, sürekli edim içerdiğinden kira sözleşmesi ileri etkili olarak sona erecektir<sup>62</sup>. Sözleşmede öngörülen süre tamamlanmadan düzenli göçmen ikamet izni ile ilgili bir sorunun çıktığını ve kira sözleşmesini sona erdirmek istediğini kiraya verene bildirir ise, yine bu süre tamamlanmadan kiralananı tahliye ederek ödediği güvenceyi tamamı ile geri alabilecektir.

Son olarak ise, söz konusu sürenin kiralananın kira sözleşmesi bitiminden önce geri verilmesi halinde, kiracının borçlarının devam edeceği makul süreyi (TBK m. 325/I) işaret ettiği değerlendirilebilir. Bu makul süre, kiralananın somut olarak ne zaman benzer şartlar altında yeniden kiraya verilebildiğine bakılmaksızın, kiralananın ve bulunduğu yerin nitelikleri de dikkate alınarak bir bilirkişi tarafından soyut ve objektif şekilde tespit edilmektedir<sup>63</sup>. Bu noktada tarafların makul süreyi iradi olarak belirleyebilmeleri imkanı sorgulanabilir. Öğretide iradi belirlemenin kiraya veren aley-

<sup>61</sup> Bu yöndeki sonuç için bkz. II. 2. A. ab. Kira Sözleşmesinin Olağanüstü Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi Bakımından Değerlendirme.

<sup>62</sup> **Eren**, N. 3670; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023, N. 1550-1551; **Sirmen**, Lâle: Türk Özel Hukukunda Şart, BATİDER, Ankara 1992, s. 179-180.

<sup>63</sup> **Beytorun**, Gözde: Kiralananın Erken Tahliyesi (TBK m. 325), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 90; **Günel**, s. 267-268; **İnceoğlu**, C. I, s. 641-642; **İST-Öktem Çevik**, TBK m. 325, N. 11.



hine hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabileceği gerekçesi ile bu imkanın kapalı olması gerektiğini ortaya koyan bir görüş<sup>64</sup> bulunsa da, özellikle verdiğimiz bu örnek bakımından kira sözleşmesinin başında belli olacak bir aksaklık bakımından hakkaniyete aykırı bir sonuç doğabileceğini düşünmüyoruz. Katıldığımız görüş uyarınca<sup>65</sup>, kiracı lehine olacak şekilde kiralananın erken tahliyesi için kiracının sorumlu olacağı makul süre taraf iradeleri ile belirlenebilir; soyut yöntem ile belirlenecek süreyi geçmediği sürece taraflar arasındaki bu anlaşma geçerlidir, aksi takdirde soyut yöntem ile belirlenecek sürenin dikkate alınması gerekir. Kiralananın erken tahliyesi halinde de kiracının ödemiş olduğu güvence bedeli kendisine iade edilmelidir. Ne var ki kiraya veren, kiracının makul süre ile sorumlu olduğu kira sözleşmesinden doğan borçlarını bu güvence bedelinden indirebilecektir<sup>66</sup>.

### B. İkamet İznine Getirilen İdari Sınırlamaların Süregelen Kira Sözleşmelerine Etkisi

İdare, düzenli göçmenlerin tâbi olduğu kuralları yabancılara kapalı mahalle uygulaması ve ikamet izni uzatımlarında istenilen ek belgeler vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. İçişleri Bakanlığı'nın 01.07.2022 tarihli yabancı oturma kapalı mahalle uygulamasının süregelen kira sözleşmelerine bir etkisi bulunmaz. Bu mahalleler kapatılmadan önce adres kayıt sisteminde kaydolmuş yabancılar, yabancı oturma kapalı mahallede yer alan kiralananda oturmaya devam edecektir<sup>67</sup>. Bu konutlara ilişkin kira sözleşmesini göstererek de ikamet izninin yenilenmesini talep edebilirler.

<sup>64</sup> **Beytorun**, s. 103.

<sup>65</sup> **Seçer**, Öz: "Kira Sözleşmesinde Erken Tahliyede Makul Süre", BUHFD, C. 17, S. 211, 2022, s. 1241-1242; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 338, dn. 438. Kiracının üç ay öncesinden noter vasıtası ile ihbarda bulunarak kiralananı tahliye edebileceğine ilişkin sözleşme şartının makul süre olarak yorumu için bkz. Yarg. 3. HD, 07.07.2020, E. 2019/5073, K. 2020/3938; benzer şekilde Yarg. 3. HD, 02.03.2021, E. 2020/11527, K. 2021/2139 (Lexpera, erişim tarihi: 29.07.2024). Bununla beraber, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine sözleşme yapma yasağı dikkate alınarak, karşılaştırılan bu sürenin bilirkişi tarafından soyut yönetime göre hesaplanacak süreden fazla olmaması gerekmektedir. **Acar**, TBK m. 325, N. 6.

<sup>66</sup> **Beytorun**, s. 122-123. Kiralananın erken tahliyesi halinde, anahtar teslim tarihinden itibaren hesaplanacak makul süre kira tazminatı ve varsa hasar bedelinin tespit edilerek güvence bedelinden indirileceğine ilişkin bkz. Yarg. 3. HD, 18.10.2018, E. 2017/8681, K. 2018/10302 (Lexpera, erişim tarihi: 29.07.2024). Benzer şekilde bkz. Yarg. 6. HD, 06.06.2016, E. 2016/4904, K. 2016/4387 (karar için bkz. **Eren/Dönmez**, TBK m. 324-325-326, N. 2).

<sup>67</sup> Bkz. İç İşleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı'nın 19.10.2022 tarihli duyurusu (çevrimiçi, 29.07.2024: <https://www.goc.gov.tr/istanbul-ilindeki-yabancilarin-ikamet-izni-basvurulari-hakkinda>).

Yabancı oturma kapalı mahalle uygulaması, süregelen kira sözleşmeleri bakımından bir etki yaratmasa da, bu kiracıların yine de ikamet izni uzatma dönemlerinde idarenin talep ettiği yeni belgeleri sunma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu belgelerden bazılarını kiraya verenin katılımı ile elde edebilecekler, bazılarını ise kiraya verenin katılımına ihtiyaç olmaksızın kendileri sağlayabileceklerdir. Söz konusu belgelerin idarenin tanıdığı ek süreye rağmen sağlanamaması halinde ise, düzenli göçmen statüsünden düzensiz göçmen statüsüne geçeceklerdir. Düzensiz göçmen hakkında verilecek sınır dışı etme kararının, düzensiz göçmenin taraf olduğu kira sözleşmelerine etkisinin de incelenmesi gerekir.

### **1. Ek Belge Getirilmesi Taleplerinin Süregelen Kira Sözleşmelerine Etkisi**

Ek belge taleplerinin süregelen kira sözleşmelerine etkisini değerlendirebilmek için, bu ek belgenin kiraya verenin katılımı ile sağlanabilecek bir ek belge mi, yoksa kiraya verenin katılımı gerekmeksizin kiracı tarafından tek başına sağlanabilecek bir ek belge mi olduğu belirlenmelidir.

#### ***a. Kiraya Veren Katılımı İle Sağlanması Gereken Belgeler Bakımından***

Düzenli göçmen kiracının, kiraya verenin katılımı ile sağlaması gereken belgelerin başında noterde düzenlenmiş kira sözleşmesi gelir. Aynı zamanda idare, düzenli göçmenden kiralananana ilişkin tapu senedi fotokopisi ve/veya güncel ve kaşeli DASK poliçesi nüshası da isteyebilmektedir. Bu son belgelerin düzenli göçmen tarafından, kiraya verenin katılımı olmaksızın sağlanması mümkün değildir.

2022 öncesi ikamet izni başvurularında, Türkiye’de doksan günden fazla kalmak isteyen yabancıların adres beyanı yeterli idi ve verilen iznin uzatılması için de yerleşim yeri belgesi aranmaktaydı. Yerleşim yeri kaydı ise Nüfus Ve Vatandaşlık İşleri Müdürlüklerince<sup>68</sup>, düzenli göçmen kiracının kendi adına tanzim edilmiş bir faturayı ibraz etmesi üzerine verilebilmek-

<sup>68</sup> Yerleşim yeri kayıtlarının Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Müdürlüklerince tutulması genel geçer bir uygulama değildir. Örnek olarak, Uşak İl Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Müdürlüğü 26.04.2019 tarihli duyurusu ile yabancı uyruklu kişilerin İl Göç İdaresi Müdürlüğü’ne adres kayıt beyanında bulunacaklarını ilan etmiştir. Çevrimiçi, 29.07.2024: <https://nvi.gov.tr/usak/yabanci-uyruklularin-adres-beyaninda-yeni-donem>. 2022’den beri ise, adres kayıt işlemleri İl Göç İdaresi ve Nüfus İşleri Genel Müdürlüklerince birlikte gerçekleştirilmekte; yabancıların ilk önce İl Göç İdaresi’ne başvurması gerekmektedir. Çevrimiçi, 29.07.2024: <https://www.goc.gov.tr/ikamet-genel-bilgiler>.

teydi. Ne var ki 2022'den itibaren düzenli göçmenlerin ikamet izni ve bu iznin uzatılması taleplerinde noterde düzenlenmiş bir kira sözleşmesi getirmeleri talep edilmektedir. Dolayısıyla 2022 öncesi kira sözleşmesi sözlü veya adi yazılı olarak ya da turizm amaçlı konut kiralamaya elverişli platformlar üzerinden kira sözleşmesi yapmış ancak nüfus müdürlüğünde adres kaydı yaptıramamış düzenli göçmenlerin, 2022 sonrasında ikamet izinlerini uzatmak için başvurduklarında, kiraya veren ile noter huzurunda yapılmış bir kira sözleşmesi sunmaları gerekir.

Kiraya veren ile kiracı arasında, süregelen ve herhangi bir şekil şartına tâbi olmayan<sup>69</sup> bir kira sözleşmesi varken, idareye sunulmak üzere noterde yeniden bir kira sözleşmesi yaptıklarında, tarafların aralarında süregelen kira sözleşmesi hükümleri ile bu yeni yapılan kira sözleşmesi hükümlerinin örtüşüp örtüşmemesi kendi içinde farklı sorunlar yaratır.

İlk olarak taraflar, süregelen kira sözleşmesinin bütün hükümlerine sadık kalarak noter huzurunda yeni bir sözleşme düzenlemiş olabilirler. Ne var ki resmi şekildeki bu yeni sözleşmenin tarihi, mevcut kira sözleşmesinden sonraki bir tarih olacaktır. Sözleşme tarihindeki farklılık, TBK m. 344 çerçevesinde mevcut kira bedelinin artış yapılmadan ne kadar süre ile ödeneceği, hangi ayda ve hangi oranda artış yapılabileceği, uyarlama talebinin; TBK m. 347 uyarınca kiracının ihtarı ile kira sözleşmesini fesih tarihinin ve on yıllık uzama süresinin dolması halinde kiraya verenin sebep göstermeksizin kira sözleşmesini sona erdirebilme hakkının hangi tarihten başlatılarak hesaplanacağı hususlarında karışıklık yaratacaktır. Bu noktada süregelen kira sözleşmesinin mi, yoksa noter huzurunda imzalanmış kira sözleşmesinin mi uygulanacağı problemi ile karşılaşılacaktır.

Şayet taraflar, noter önünde düzenlenmiş kira sözleşmesinin sadece göç idaresine ibraz için kullanılacağı ve aralarındaki süregelen sözleşmenin ayakta tutulacağı hususunda anlaşılırlar ise, her iki sözleşmenin de hükümleri aynı olduğundan üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmaz. Noterde düzenlenmiş bu yeni kira sözleşmesinin göç idaresine ibrazı ile ikamet izninin uzatılması için zorunlu bir şart yerine getirilmektedir. Her iki sözleşmenin hükümleri aynı olsa da, noterde düzenlenen sözleşmenin başlangıç tarihi ile süregelen kira sözleşmesinin başlangıç tarihi aynı olmayacaktır. Kiraya verenin kira bedelinde artış veya uyarlama talebinde bulunması ya da on yıllık uzama süresi sonrasında kira sözleşmesini sebep göstermeksizin sona erdir-

<sup>69</sup> Kira sözleşmelerinin şekil şartına tâbi olmadığına ilişkin bkz. **Tandoğan**, s. 92; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 223. Ayrıca bkz. Yarg. İBK, 18.03.1942, E. 37, K. 6 (RG no. 5150, 06.07.1942).

mek istemesi halinde, kiracının noter huzurunda yapılan bu ikinci sözleşmeye dayanarak bu taleplerin şartlarının henüz yerine gelmediğini iddia etmesi mümkündür. Her ne kadar kira sözleşmesi geçerlilik şekline tâbi olmasa da, ispat şekline tâbidir<sup>70</sup>. Süregelen kira sözleşmesinin adi yazılı şekilde, göç idaresine sunulacak kira sözleşmesi ise resmi şekilde yapılmasının imza inkarı söz konusu olmadıkça ispat gücü bakımından bir farkı bulunmaz<sup>71</sup>. Ne var ki sözlü olarak yapılan ilk kira sözleşmesi karşısında, göç idaresine sunulmak üzere noter huzurunda akdedilen bir kira sözleşmesi ispat hukuku bakımından kiracıya avantaj sağlayacaktır.

Bu açıdan bakıldığında, kiraya veren ile arasında süregelen bir kira sözleşme varken, özellikle kiralananın zilyetliği kendisine devredilmiş iken, kiracının ikamet iznini uzatabilmesi için salt kendi menfaatine yönelik yapılmış bir sözleşmeye dayanarak kiraya vereni mevcut konumundan daha elverişsiz bir konuma sokması çelişkili davranış yasağına<sup>72</sup> aykırı sayılmalı ve kabul görmemelidir. Kaldı ki aksine bir kabul, kiraya verenlerde notere gitme yönünde isteksizliğe yol açabilecektir. Bu durum ise, düzenli göçmenin kendisine tanınan süre içinde eksik belgesini tamamlayamaması dolayısıyla düzensiz göçmen halini almasına ya da kiraya verenin noter huzurunda sözleşme yaparken fazladan menfaat elde etmeye çalışmasına neden olabilecek niteliktedir<sup>73</sup>. Dolayısıyla taraflar arasında aynı şartları haiz ilk kira

<sup>70</sup> Kira sözleşmesinin ispat şekline bağlı olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 1. HD, 24.03.2011, E. 2011/2270, K. 2011/3426 (Lexpera, erişim tarihi: 29.07.2024). 2024 yılı için senetle ispat sınırı 23.450.- TL’dir (HMK ek m. 1).

<sup>71</sup> **Özkaya-Ferendeci**, H. Özden: “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, 2015, s. 817; **Pekcanitez**, Hakan/**Özekes**, Muhammet/**Akkan**, Mine/**Taş Korkmaz**, Hülya (edit.): Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, **PEKCANITEZ USÛL-Erdönmez**, §15 Deliller (Senet ve Yemin), s. 1782.

<sup>72</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akyol**, Şener: Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 13.

<sup>73</sup> Belirtelim ki bazen göç idaresi müdürlüklerinin uzayan bir kira sözleşmesi olmasına rağmen her yıl ayrıca noter önünde düzenlenmiş yeni bir kira sözleşmesi taleplerine de rast gelinmektedir. Mevcut kira sözleşmesi TBK m. 347/I çerçevesinde uzamış iken, idarenin bu uygulaması nedeni ile kiraya verenlerin kiracıardan fazladan menfaatler elde etmeye çalıştığı, aksi takdirde noter huzuruna gitmeyi reddettikleri haller ile de karşılaşılmaktadır. Kiraya verenin bu yolla elde edebileceği menfaatlere karşı TBK m. 28’deki aşırı yararlanma hükmünün uygulanması düşünülebilir. Kiraya veren, kiracının zor durumda kalmasından yararlanarak elde edeceği fazladan menfaatler ile edimler arasında aşırı oransızlığa sebep olduğunda, kiracıya sözleşmeyi iptal ederek yerine getirdiği edimin iadesi ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep hakkı tanınmalıdır. Bununla birlikte, noter huzurunda akdedilmiş bir

sözleşmesinin, yoksa ikinci kira sözleşmesinin mi uygulanacağına yönelik bir uyuşmazlık çıktığında, noter huzurunda imzalanmış ikinci kira sözleşmesinin düzenli göçmen kiracının ikamet iznini uzatabilmesi için yapıldığı anlaşılabilir ise, kira sözleşmesinin hükümleri, özellikle TBK m. 344 ve 347'nin uygulanma şartları ilk kira sözleşmesi dikkate alınarak belirlenmelidir.

Diğer taraftan, kiraya veren ve düzenli göçmen kiracı, göç idaresine sunulmak üzere noter huzurunda düzenlenen kira sözleşmesi ile, mevcut kira sözleşmesinin şartlarında değişiklik yapmayı tercih edebilirler. Taraflar, yapılan bu değişikliklerin uygulanmasını istemekte iseler, bu ikinci sözleşme ile ilk sözleşmenin tadil edildiği sonucuna varılacaktır. Ancak, kiracının idareye ibrazı için noter önünde yapılmış bu ikinci sözleşmede, ilk sözleşmenin bazı hükümleri değiştirilmiş ama taraflar bu değişikliklerin uygulanmayacağı hususunda aralarında anlaşmış olabilirler. Bu husus farklı saiklere dayanabilir. Örnek olarak, kiraya veren gelir vergisinden kaçınmak için, aradaki farkı elden alacak şekilde, kira bedelinin noter huzurunda düzenlenen sözleşmede düşük gösterilmesini istemiş olabilir. Böyle bir durumda, nitelikli muvazaa halinden söz etmek mümkündür. Tarafların yeni kira sözleşmesinin kendi aralarında hiçbir hüküm ifade etmeyeceğini, eski sözleşmenin hüküm ifade etmeye devam edeceğini kararlaştırdıkları bu durumda; görünürdeki işlem olan yeni kira sözleşmesi, öğretilde tartışmalı olmak ile beraber, kesin hükümsüz sayılmalıdır<sup>74</sup>. Gizli işlem olan eski tarihli kira sözleşmesi herhangi bir başka geçerlilik şartına tâbi olmadığından geçerli olacaktır<sup>75</sup>. Bununla birlikte, muvazaa unsuru sözleşmeye yaygın olmayıp

kira sözleşmesi mevcut iken, her uzama yılında yeniden noter huzurunda imzalanmış bir kira sözleşmesi talep etme uygulamasından da ilgili göç idaresi müdürlüklerinin vazgeçmeleri yerinde olur.

<sup>74</sup> **CR-Winiger**, art. 18 CO, N. 81; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 96; **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 415; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 411. Muvazaalı işlemin ardında aslında bir irade beyanı bulunmadığından yokluk yaptırımının uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. **Eren**, N. 1105; **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auf., Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf 2014, N. 1019; **Jaggi**, Peter/**Gauch**, Peter/**Hartmann**, Stephan: Zürcher Kommentar, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Vertäge; Simulation, Art. 18 OR, 4. Auf., Schulthess Verlag, Zürich 2014, art. 18 OR, N. 137-138; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 354; **Müller**, Christoph: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2018, art. 18 OR, N. 350.

<sup>75</sup> Bu noktada kira sözleşmesinin noter huzurunda imzalanmasının göç idaresinin talep ettiği belge şartının yerine gelmesine hizmet ettiği, yoksa kiracının yabancı olduğu kira

bazı hükümlere, mesela kira bedeline ilişkin ise, kısmi muvazaadan söz edilir. Yine noter huzurunda imzalanan sözleşmedeki görünen bedel kısmi muvazaaya nedeni ile kesin hükümsüz sayılacak, süregelen kira sözleşmesindeki gizli bedel ise başka bir geçerlilik şartına tâbi olmadığından geçerli olacaktır<sup>76</sup>.

Son olarak ise, kiraya veren haksız olarak katılımının gerektiği belgeyi sağlamaya yanaşmaz ise, kiracı iki farklı çözüme başvurabilir. İlk olarak, bir eda davası açarak hakimden kiraya verenin ilgili belgeyi kendisine sağlamasına ya da gereken hukuki işleme katılımı yerine geçecek bir irade beyanında bulunmasına hükmetmesini isteyebilir. Ne var ki özellikle göç idaresi ile olan randevu tarihi yakın ise, bu randevuda ilgili belgenin sunulmaması üzerine göç idaresinin de eksik belgenin sağlanabilmesi için bir aylık ek süre tanyacağı da göz önüne alındığında, kiracının zamanında yetişememesi ve düzensiz göçmen statüsüne geçmesi kuvvetli bir ihtimaldir. Bu durumda kiracının yine zaman ile yarışmak zorunda olduğu ikinci bir çözüm şansı ise, mevcut kira sözleşmesinin kiraya verenin kusurlu davranışı nedeni ile fiilen haksız feshedildiğini savunarak yeni bir konut kiralamak ve bu yeni konuta ilişkin evrakı göç idaresine sunmaktır. Bu noktada kira sözleşmesini haksız fesheden kiraya verenden TBK m. 112 kapsamında olumlu zararını, örnek olarak kiralamak zorunda olduğu ikinci konut için ödeyeceği kira bedeli daha yüksek ise aradaki farkı talep edebilir. Bu çözüm imkanlarından yararlanamayan kiracı düzensiz göçmen statüsüne geçer ve hakkında sınır dışı etme kararı verilir<sup>77</sup>.

### ***b. Kiraya Verenin Katılımı Olmaksızın Sağlanması Gereken Belgeler Bakımından***

Düzenli göçmen kiracının, kiraya verenin katılımı olmaksızın sağlaması gereken belgeler; pasaport, biyometrik fotoğraf, kalınacak sürede yeterli ve düzenli maddi imkana sahip olduğuna ilişkin beyan, ulusal elektronik

---

sözleşmeleri için bir geçerlilik şartı öngörmediğine dikkat edilmelidir. Kaldı ki, TBK m. 12 gereği şekil şartı bir kanun hükmü ile düzenlenebilir, idarenin kararı ile geçerlilik unsuru olan bir şekil şartı öngörülmesi mümkün değildir.

<sup>76</sup> Daha düşük harç ödenmesi amacı ile, satılan taşınmazın satış bedelinin gerçek bedelden az gösterilmesi halinde, Harçlar Kanunu m. 63/IV uyarınca aradaki harç farkı tamamlatılıp vergi cezası ödenmesi ile muvazaalı işlem ayakta tutulmakta ve adeta kesin hükümsüzlük yaptırımı bertaraf edilmektedir. Elden alınan kira bedellerine ilişkin bu yönde bir özel düzenleme bulunmamaktadır.

<sup>77</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. II. B. 2. Kiracı Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Verilmesinin Süregelen Kira Sözleşmelerine Etkisi.

tebligat sistemine başvuru formu<sup>78</sup> ve istenir ise ilgili belgeler, geçerli sağlık sigortası ve ödenmesi gereken harçlardır. Ayrıca turizm amaçlı kalacaklar için seyahat planı ve konaklama yerine yönelik belge; aile ikamet izni şartlarının taşınmaması nedeniyle kısa dönem ikamet izni talep edilmesi halinde, evlilik cüzdanı veya evli olduğunu kanıtlayan onaylı belge gösterilmesi de ek olarak aranabilmektedir. Düzenli göçmen bütün bu belgeleri idareye tek başına, kiraya verenin katılımı gerekmeksizin sunacaktır.

Bu belgeler genellikle düzenli göçmenler tarafından rahatça sağlanmaktadır. Yine de, kalınacak sürede yeterli ve düzenli maddi imkana sahip olduğuna ilişkin belge istenilmesi hali göçmen bakımından problem yaratabilmektedir. Kalınacak sürede yeterli ve düzenli maddi imkana sahip olma hususu kişinin ihtiyaçlarına ve sosyo-ekonomik durumuna göre değişiklik gösterebilse de, idare bu şartı Türkiye'deki asgari gelirin 1,5 katı aylık gelirin olması şeklinde anlamaktadır. Hatta bir sonraki uzama talebi için birkaç aylık süre için bu meblağın bir Türk banka hesabında bulunması gerektiği ihtarında da bulunabilmektedir. Öncelikle bu gelire sahip olmayan ya da koşullarının değişmesi sebebi ile artık bu geliri elde edemeyen göçmenler olabilir. İkinci olarak, Rusya-Ukrayna savaşı dolayısıyla Rusya'ya uygulanan yaptırımlar yüzünden banka hesaplarına erişemeyen, dolayısıyla paralarını Türkiye'ye havale edemeyen Rus vatandaşlarının durumuna benzer durumlar da yaşanabilir. Bu çerçevede idarenin istediği belgeyi sağlayamayan düzenli göçmene, oturma izni randevusundan itibaren otuz günlük bir ek süre tanınacak ve bu ek sürede de istenilen belgenin sağlanamaması halinde düzenli göçmen hakkında sınır dışı etme kararı verilecektir<sup>79</sup>.

## 2. Kiracı Hakkında Sınır Dışı Etme Kararının Verilmesinin Süregelen Kira Sözleşmelerine Etkisi

Bir yabancınnın Türkiye'den sınır dışı edilmesi, sadece ülke güvenliği açısından tehlike yaratması veya kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı bakımından tehdit arz etmesi hallerine özgü değildir. Yabancınnın Türkiye'ye girişi, oturma ve çalışmasında yerine getirmesi gereken idari kurallara uymaması da sınır dışı edilmesi için bir gerekçe yaratır<sup>80</sup>. YUKK m. 54/I, g ve

<sup>78</sup> 15 Nisan 2024'ten itibaren getirilmiş bu yeni zorunluluk için bkz. Çevrimiçi, 29.07.2024: <https://www.goc.gov.tr/ikamet-izni-uzatma-basvurularinda-ulusal-elektronik-tebligat-sistemi-hakkinda-duyuru>.

<sup>79</sup> Bu kararın düzenli göçmenin tarafı olduğu kira sözleşmelerine etkisi ise bir sonraki başlık altında ele alınacaktır. Bkz. II. B. 2. Kiracı Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Verilmesinin Süregelen Kira Sözleşmelerine Etkisi.

<sup>80</sup> Çelikel/Öztekın Gelgel, s. 124. Ayrıca bkz. YUKK m. 54.

j’de, oturma izni süresi dolmuş ve on gün içinde Türkiye’yi terk etmemiş olanlar ile oturma izni uzatma başvurusu reddedilip on gün içinde Türkiye’den çıkış yapmamış olanlar hakkında sınır dışı etme kararı verileceğini düzenlemiştir<sup>81</sup>. İdarenin bu hususta takdir yetkisi bulunmaz<sup>82</sup>. Dolayısıyla kira sözleşmesi devam ederken kiracı düzensiz göçmen statüsüne geçebilir ve hakkında sınır dışı etme kararı verilebilir. Düzensiz göçmen kiracının, bu sınır dışı etme kararına karşı yedi gün içinde idare mahkemesinde itiraz hakkı bulunur; mahkeme itirazı on beş gün içinde karara bağlar ve mahkemenin bu kararı kesindir<sup>83</sup>.

Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların doğrudan sınır dışı edilmesine veya Türkiye’yi terke davet edilmesine karar verilebilir. Bu noktada, kaçma ve kaybolma riski bulunanlara, yasal giriş veya yasal çıkış kurallarını ihlal edenlere, sahte belge kullananlara, asılsız belgelerle ikamet izni almaya çalışanlara veya aldığı tespit edilenlere, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlara herhangi bir süre tanınmadan doğrudan sınır dışı edilmelerine karar verilecek ya da şartları mevcut ise, haklarında idari gözetim kararı alınacaktır<sup>84</sup>.

YUKK m. 56/I kapsamında terk süresi tanınmayacak kişiler haricinde, YUKK m. 54 kapsamında hakkında sınır dışı etme kararı alınmış kişilere, Türkiye’yi terk için on beş ilâ otuz gün süre tanınacaktır. Bu kişiler için bir çıkış belgesi düzenlenir (YUKK m. 56/II). Türkiye’yi terk için süre tanınan yabancılar, terk süresi içinde bu belge ile Türkiye’de kalma hakkına sahip olurlar, ne var ki bu süre içinde yeni bir ikamet izni başvurusu yapmaları mümkün değildir<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> İkamet izni ya da uzatma talepleri reddedilen yabancılar Türkiye’de on gün kalma hakkı tanıyan bir belge verileceğine ilişkin bkz. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 22/XI.

<sup>82</sup> **Bayraktaroğlu Özçelik**, Gülüm: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, TBBD, S. 118, 2013, s. 217, 221; **Doğan**, Vahit/**Yılmaz**, Alper Çağrı/**İzmirli**, Lale Ayhan: Türk Yabancılar Hukuku, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2023, s. 116.

<sup>83</sup> YUKK m. 53.

<sup>84</sup> YUKK m. 56/I.

<sup>85</sup> Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, m. 58/III (RG no. 29656, 17.03.2016). Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türkiye’den sınır dışı edilen yabancıların Türkiye’ye girişleri, en fazla beş yıl olacak şekilde yasaklanabilir. Bununla beraber, düzensiz göçmen kendisine iletilen terk davetine icabet ederek yurt dışına çıkarsa, hakkında Türkiye’ye giriş yasağı kararı alınmayabilir (YUKK m. 9/II). Yukarıda bkz. I. Düzenli Göçmenlerin Türkiye’de Kalışlarına İlişkin Temel Esaslar ve Adres Kayıt Sistemi.



Kiracı hakkında, sınır dışı etme kararı alındığında, bu kararın doğrudan uygulanacağı bir hal mevcut olmasa dahi, Türkiye’de en fazla otuz gün geçirebileceği görülmektedir. Şayet kiracı kendisine tanınan süre içinde Türkiye’yi terk etmez ise, kendisi hakkında idari gözetim kararı alınabilir veya idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilebilir. Bu yükümlülükler belli bir adreste bulunma, bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş, geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ve elektronik izleme olmak üzere sınırlı sayıda sayılmıştır (YUKK m. 57A/I). Bununla birlikte bu yükümlülüklerin birini ya da birkaçını yerine getiren yabancının kalış süresi yirmi dört ayı geçemeyecektir (YUKK m. 57A/II).

Görüldüğü üzere, düzenli göçmen kiracının düzensiz göçmen statüsüne geçmesi durumunda, özellikle de hakkında Türkiye’ye giriş yasağı kararı alınmış ise kiralananın kullanımı belirsiz bir hal alacaktır. Bu çerçevede düzensiz göçmen derhal Türkiye’den sınır dışı edilebilir, kendisine on beş ilâ otuz günlük süre tanınmış ise bu süre sonunda Türkiye’yi terk edebilir ya da Türkiye’yi terk etmekten imtina eder ise iki yıla kadar yine Türkiye’de kalabilir. Er ya da geç, düzensiz göçmen statüsüne geçmiş kiracının Türkiye’den ayrılması gerekecektir. Bu sebeple hakkında sınır dışı etme kararı alınmış olan kiracının fiilen ülkeyi terk etmiş olması ya da olmamasının kendi içinde bir farkı bulunmamalıdır. Kiracının Türkiye’yi terk etmek zorunda kalması özel olarak kira sözleşmesini sona erdirecek bir sebep sayılmayacak olsa da, sınır dışı etme kararının verilmesi ile gerek kiracıya gerek kiraya verene TBK m. 331 gereği önemli sebeple kira sözleşmesinin feshi hakkı tanınmalıdır<sup>86</sup>.

Kiracı hakkında verilen sınır dışı etme kararı, kiracının kendi sorumluluk alanından kaynaklanan bir hususu yerine getirmemesinden kaynaklansa da kusur olarak değerlendirilmemelidir; kiracının da bu gerekçe ile TBK m. 331’e göre kira sözleşmesini fesih hakkı olmalı, bu durum çelişkili davranış yasağına aykırı görülmemelidir. TBK m. 331/II kapsamında olağanüstü fesih parasal sonuçları da düzenleneceğinden, hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş olan kiracı, önemli sebeple fesih nedeni ile kiraya verenin uğrayacağı zarar için bir denkleştirme bedeli öder. Bununla beraber, kiracı hakkındaki sınır dışı etme kararı kiraya verenin sorumluluk alanından doğmuş ise,

<sup>86</sup> Kaldı ki kiracı hukuki olmayan yollar ile ülkeyi terk etmemeyi başarır ise, kiraya veren göçmen kaçakçılığı bakımından suçlu sayılabileceği bir konuma sokulmamalıdır. Göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin TCK m. 79/I’de, doğrudan ya da dolaylı olarak maddi menfaat elde etme amacı ile bir yabancının hukuki olmayan yollardan Türkiye’de kalmasını sağlayan kişi de bu suçun faili olarak sayılmıştır.

örnek olarak kiracının kiraya verenin katılımı ile sağlayabileceği bir belge için haklı bir sebebi olmaksızın işbirliği yapmaya yanaşmamış ise, kiraya verenin olağanüstü feshin sonuçlarından yararlanması çelişkili davranış ya-sağına aykırı görülmelidir. Bu noktada, kiraya verenin TBK m. 331 çerçevesinde olağanüstü feshe başvurarak kira sözleşmesini sona erdirememesi; kiracının TBK m. 331’e müracaat etmesi ya da haksız fesih halinin kabulü durumunda kiracının fiilen Türkiye’yi terkine kadar konutunda oturmasına ve hatta sınır dışı edilen kiracının karşılaması gereken seyahat masraflarına<sup>87</sup> katlanması menfaatler dengesine uygun bir çözüm olarak karşımıza çıkar.

### SONUÇ

İdari kararlar ile kısa dönemli ikamet izni için getirilen sınırlamalar genel olarak ek belge talepleri ve yabancı oturma kapalı mahalle uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki sınırlama türü de, her ne kadar yabancı ikamet izni talebini konu alsada, bu sınırlamalardan sonra yeni kurulacak kira sözleşmeleri ya da süregelen kira sözleşmeleri de dolaylı olarak etkilenmektedir.

Yeni kurulan kira sözleşmeleri bakımından, kiralananın malikinin de katılımını gerektiren ek belge taleplerinin 7464 sayılı Konutların Turizm Amaçlı Kiralanmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’dan dahi önce yabancıların kiracı ya da alt kiracı oldukları sözleşmelerde, kiraya verenin rızası olmaksızın yapılacak alt kiralaları engellediği görülmektedir. Yabancı oturma kapalı mahalle uygulaması ise, bu uygulamadan sonra farkında olmaksızın yabancı oturma kapalı bir mahallede konut kiralayan düzenli göçmen için saikte yanılma nedeni ile kira sözleşmesini ileri etkili olarak sona erdirebilme imkanı doğursa da, saikte yanılma sebebi ile iptal hakkını kullanamayan yabancı kiracının TBK m. 331 çerçevesinde önemli sebep ile olağanüstü fesih imkanının çok sınırlı hallerde kabul edilebileceğine ve denkleştirme bedeli ödeneceğine dikkat edilmelidir. Yabancı kiracıların ikamet izinlerinin verilmemesi ya da uzatılmaması riskine karşılık kira sözleşmesine güvencenin iadesine yönelik koydukları kayıtlar da, yerine göre olağanüstü feshe sebep olacak bir önemli sebep, bozucu koşul ya da kiralananın kira sözleşmesi bitiminden önce geri verilmesi halinde kiracının borçlarının devam edeceği makul süreyi ifade ettiği ileri sürülebilir. Ne var ki yapılacak yoruma göre kiracının sorumlu olacağı mali sonuç farklılaşacaktır.

<sup>87</sup> YUKK m. 60/III. Sınır dışı edilen kişinin seyahat masraflarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Asar*, s. 236-237.

Süregelen kira sözleşmeleri bakımından yabancı oturmuna kapalı mahalle uygulamasının bir etkisi bulunmaz. Kiracı, sonradan yabancı oturmuna kapatılan mahallede yerleşmiş ise, bu mahallede ikamet etmeye devam edecektir. Bununla beraber idarenin talep ettiği ek belgeler, kiraya verenin katılımı ile ya da katılımı olmaksızın sadece kiracı tarafından yerine getirilebilecek belgeler olmak üzere ikiye ayrılır. Kiraya verenin katılımı gereken temel ek belge, noter huzurunda imzalanmış kira sözleşmesidir. Bu sözleşme ile taraflar arasındaki mevcut sözleşme hükümleri muhafaza edilse de, sözleşme tarihi ötelendiği için kiraya verenin TBK m. 344 ve m. 347'deki haklarını kullanması daha elverişsiz bir konuma düşmesi söz konusudur. Tarafların sözleşmeyi değiştirme iradesi yok iken, kiracının salt kendi menfaatine olmak üzere akdedilmiş bu ikinci sözleşmeye kiraya verenin menfaatine aykırı davranmaya çalışır ise, kiracının bu tutumu çelişkili davranış yasağına aykırı görülmeli ve kabul edilmemelidir. Tarafların iradesi, noter huzurunda yapılan sözleşme ile ilk sözleşmeyi değiştirmek ise, duruma göre bir tadil sözleşmesi ya da muvazaalı bir işlem ile karşılaşılabılır. Kiracının, kiraya verenin katılımı gerekmeksizin sağlayabileceği belgeleri sunamaması halinde ise, ikamet izninin şartlarını yerine getirememesi söz konusu olur. Verilen ek sürede de bu eksik belge(ler) tamamlanamaz ise, yabancı kiracı hakkında sınır dışı etme kararı verilecektir. Yabancı kiracı hakkında sınır dışı etme kararı verildiğinde, sınır dışı etme kararının temeli ve süreci fark etmeksizin, taraflardan herhangi birinin TBK m. 331 çerçevesinde önemli sebep ile kira sözleşmesini feshetme hakkı olduğu kabul edilmelidir. Bununla beraber kiraya veren, kendisinin katılımı ile sunulabilecek bir belgenin sağlanmasına haklı bir sebebi olmaksızın katılmadığı için kiracı yabancı sınır dışı ediliyor ise, kiracının sınır dışı edilme prosedürü sürerken kiralanandan yararlanmasına ve hatta sınır dışı edilen kişinin karşılaması gereken seyahat masraflarına katlanması lazımdır.

## KAYNAKÇA

- Acar**, Faruk: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Bakımından Güvence Olarak Kararlaştırılan Paranın Bankaya Yatırılması Zorunluluğu (TBK. m. 342/2)”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 1-20.
- Acar**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-332), 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017 (TBK m. ..., N. ...).
- Akyol**, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Akyol**, Şener: Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Alacakaptan**, Ahmet Can: “Türk Yabancılar Hukukunda ve Uygulamada İkamet İzinleri”, BUHFD, C. 19, S. 219, 2024, s. 447-477.
- Altunkaya**, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Asar**, Aydoğan: Yabancılar Hukuku (Temel Konular), 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Aydın**, Gülşah Sinem: Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Erdirilmesi (TBK m. 327-333), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Aydoğdu**, Murat/**Tuncer**, Nalan: Türk Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Bayraktaroğlu Özçelik**, Gülüm: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, TBBD, S. 118, 2013, s. 211-258.
- Beytorun**, Gözde: Kiralananın Erken Tahliyesi (TBK m. 325), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Burcuoğlu**, Halûk: 6570 Sayılı Yasa’ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Çelikel**, Aysel/**Öztekin Gelgel**, Günseli: Yabancılar Hukuku, 27. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Doğan**, Murat: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Doğan**, Vahit/**Yılmaz**, Alper Çağrı/**İzmirli**, Lale Ayhan: Türk Yabancılar Hukuku, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2023.

- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023.
- Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. IV, m. 207-392, Yetkin Yayınları, Ankara 2023 (Eren/Dönmez, TBK m. ..., N. ...).
- Ergüne**, Mehmet Serkan: “Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 909-926.
- Esen**, Emre: Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.
- Gauch**, Peter/**Schluop**, Walter R./**Schmid**, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auf., Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf 2014.
- Giger**, Hans: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 260-266o OR, Stämpfli Verlag, Bern 2020 (BK-Giger, art. ... OR, N. ...).
- Gümüş**, Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Kira).
- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021 (Genel).
- Günel**, Mustafa Cahit: “Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- Hofstetter**, Josef: Traité de droit privé suisse, vol. VII, T. II,1, Le mandat et la gestion d’affaires, Éditions universitaires, Fribourg 1994.
- Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- Higi**, Peter/**Bühlmann**, Anton/**Wildisen**, Christoph: Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 266-268b OR, 5. Auf., Schulthess Verlag, Zürich 2020 (ZK-Higi/Bühlmann/Wildisen, art. ... OR, N. ...).
- İnceoğlu**, M. Murat: “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması”, AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 237-254.
- İnceoğlu**, M. Murat: Kira Hukuku, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014 (C. I).
- İnceoğlu**, M. Murat: Kira Hukuku, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014 (C. II).

- Jäggi, Peter/Gauch, Peter/Hartmann, Stephan:** Zürcher Kommentar, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Vertäge; Simulation, Art. 18 OR, 4. Auf., Schulthess Verlag, Zürich 2014.
- Kanışlı, Erhan:** İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008.
- Kurt, L. Müjde:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Müller, Christoph:** Berner Kommerntar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2018.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023 (C. I).
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023.
- Öz, Turgut/Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, H. Murat (edit.):** İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, C. 1, Madde 1-82, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019 (İST-Yazar, TBK m. ..., N. ...).
- Öz, Turgut/Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, H. Murat (edit.):** İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, C. 4-5, Madde 207-392, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019 (İST-Yazar, TBK m. ..., N. ...).
- Öz, Turgut/Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, H. Murat (edit.):** İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, C. 6-7-8, Madde 393-649, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019 (İST-Yazar, TBK m. ..., N. ...).
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden:** “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, 2015, s. 813-830.
- Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (edit.):** Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017 (PEKCANITEZ USÛL-Yazar, § ..., s. ...).

- Seçer, Öz:** “Kira Sözleşmesinde Erken Tahliyede Makul Süre”, BUHFD, C. 17, S. 211, 2022, s. 1229-1255.
- Seliçi, Özer:** Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.
- Serozan, Rona:** “«Culpa in Contrahendo», «Aktin Müspet İhlali» ve «Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme» Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi, C. 2, S. 3, 1968, s. 108-129.
- Sirmen, Lâle:** Türk Özel Hukukunda Şart, BATİDER, Ankara 1992.
- SVIT-Schweizerisches Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2018 (SVIT-Yazar, art. ... OR, N. ...).**
- Şahiniz, C. Salih:** Türk Borçlar Kanununda Gayrimenkul Tellâllığı (Emlak Komisyonculuğu-Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.
- Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 4. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Tekin, Esra:** “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na Göre Yabancıların Türkiye’de İkameti”, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2014.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilâ:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Thévenoz, Luc/Werro, Franz (edit.):** Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 3<sup>e</sup> éd., Helbing Lichtenhanh Verlag, Bâle 2021 (CR-Yazar, art. ... CO, N. ...).
- Widmer Lüchinger, Corinne/Oser, David (edit.):** Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Auf., Helbing Lichtenhanh Verlag, Basel 2019 (BSK-Yazar, art. ... OR, N. ...).
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

## GÖREV SÜRESİ SONA EREN YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ STATÜLERİNİN TÜRK VE İSVİÇRE YARGI KARARLARI IŞIĞINDA KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ VE TESPİT EDİLEN SORUNLARA İLİŞKİN ÖNERİLER

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1537199>

**Dr. Öğr. Üyesi Emek TORAMAN ÇOLGAR\***

### Öz

*Bu makalede, görev süresi biten ve yeniden seçilmeyen yönetim kurulu üyelerinin hukuki durumları tespit edilmiş ve bu tespitin yaratacağı çeşitli sorunlara Türk ve İsviçre yargı kararları ışığında çözüm önerileri paylaşılmıştır. TTK ile OR hükümlerindeki paralellik nedeniyle karşılaştırma için İsviçre hukuku seçilmiştir. Ancak anılan hükümlerdeki benzerliklere rağmen, Türk ve İsviçre mahkemeleri ile öğretisinin konuyu çok farklı bakış açısıyla ele almaları dikkat çekicidir ve bu nedenle karşılaştırmalı analizi yapılmaya değerdir. Konu, Türk öğretisi ve yargısını uzun yıllardır meşgul eden, üzerinde çokça tartışılan ve hakkında kıymetli eserler verilen bir konudur. Öte yandan bu çalışma ile mevcut bilimsel birikimden yararlanılarak, öncelikle yönetim kurulu üyelerinin görev süreleri tespit edilmiş, süresi bitmesine rağmen şirketi fiilen yöneten kişilerin görev, yetki ve hukuki sorumlulukları tartışılmış ve benimsenen bakış açısının şirketin temsili ile diğer menfaat sahiplerinin menfaatleri için yaratacağı sorunlara çözüm bulmaya çaba gösterilmiştir.*

### Anahtar Kelimeler

*Yönetim Kurulu, Fiili Organ, Görev Süresi, Görev ve Yetkiler, Sınırlı Yetkili Temsilciler*

\* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (ecolgar@ku.edu.tr) ORCID: 0000-0002-7210-0647 (Gönderim Tarihi: 22.08.2024-Kabul Tarihi: 05.11.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



**COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGAL STATUS OF  
BOARD MEMBERS WHOSE TERM OF OFFICE HAS EXPIRED  
IN THE LIGHT OF TURKISH AND SWISS COURT RULINGS AND  
PROPOSALS IN RELATION TO THE PROBLEMS IDENTIFIED**

*(Research Article)*

**Abstract**

*This article determines the legal status of directors whose term of office expires and who are not re-elected and provides solutions to various problems arising from this determination in the light of Turkish and Swiss case law. Swiss law has been chosen for comparison because of the parallelism between the provisions of the TCC and the OR. However, despite the similarities in the aforementioned provisions, it is noteworthy that the Turkish and Swiss courts and doctrine approach the issue from very different perspectives and therefore it is worthy of comparative analysis. The subject in question has been widely discussed in the Turkish academic and judicial agenda for many years, and valuable works have been published on it. On the other hand, this paper, based on the existing scientific accumulation, first determines the period of the board of the directors, discusses the duties, powers and legal responsibilities of the persons who actually manage the company despite the expiry of the term and tries to find solutions to the problems that the adopted point of view will create for the representation of the company and the interests of other stakeholders.*

**Keywords**

*Board of Directors, de Facto Bod, Period of the Authority, Duties And Responsibilities, Managers with A Limited Authority*

## GİRİŞ

Bu makalenin amacı, görev süresi biten yönetim kurulu üyelerinin hukuki durumlarını tespit etmek ve bu tespitin şirket ve diğer menfaat sahipleri açısından yaratacağı çeşitli güçlüklerle çözüm bulmaktır. Çalışma konusu hakkında bir kanaat oluşturulabilmesi için, görev süresinin sona ermesine rağmen yeni üyelerin neden seçilmemiş olabileceklerinin muhtemel sebepleri üzerinde düşünmekte fayda vardır. Örneğin yakın zaman önce, Covid-19 tedbirleri kapsamında belirli bir süre bazı şirketlerin genel kurul toplantılarının yapılması mücbir sebep nedeniyle mümkün olmamıştı<sup>1</sup>. Böyle bir zorunluluk yanında, pay sahipleri arasında herhangi bir ihtilafın bulunmadığı anonim şirketlerde, sadece ihmalen genel kurulun toplanmaması nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin seçilmemiş olması mümkündür<sup>2</sup>. Öte yandan, genel kurulun güvenini yitirdiğini ve ilk yapılacak genel kurulda azledileceğini bilen yönetim kurulu üyelerinin sırf statülerini korumak için genel kurul toplantıya çağırılmaması ya da pay sahipleri arasındaki uyuşmazlık nedeniyle organların kilitlenmesi ve seçim kararı alınamaması da söz konusu olabilir. Dolayısıyla bu konuda bir karar verirken hem çeşitli ihtimalleri göz önünde bulundurmak hem de farklı senaryolarda farklı sonuçlara varabilmenin mümkün ya da gerekli olup olmadığını tespit etmek gerekir.

Mahkeme kararlarının ayrıntılı analizini yapmadan önce Türk Ticaret Kanunu (TTK)'ndaki ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR)'ndaki yönetim kurulu üyelerinin seçimi ile üyeliğin sona ermesinin sonuçlarına ilişkin öngörülen hükümlere kısaca değinmekte fayda vardır. TTK uyarınca, yönetim kurulu en az bir üyeden oluşur (TTK 359) ve münhasıran genel kurul tarafından (TTK 408), en fazla üç yıl için (TTK 362/1) seçilir. Esas sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa, yeniden seçim mümkündür (TTK 362/2). Yönetim

<sup>1</sup> Özellikle, uzun süreli sokağa çıkma yasağı tedbirlerinin uygulandığı ülkelerde bulunan Türk şirketlerinin genel kurul toplantılarının yapılması mümkün olmadı. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Paslı**, Ali: "COVID-19 Salgınının Anonim ve Limited Ortaklık Yıllık Olağan Genel Kurul Toplantılarına Etkisi: Güncel Koşullar Süreken Genel Kurul Kararı Alınabilir Mi?," Ticaret Kanunu.Net, Cilt 1, Sayı 1, 2020.

<sup>2</sup> Farklı sebeplerle de olsa süresinde genel kurul toplantısı yapılmaması ne yazık ki hem Türk hem de İsviçre uygulamasında yaygındır. İsviçre uygulaması için bkz. **Häusermann**, Daniel M./**Müller**, Matthias, P. A.: "Ende der Amtszeit des nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrates", GesKR, S. 2, 2022, s. 285; Türk uygulamasında aynı tespit için bkz. **Teoman**, Ömer: "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Görev Süresinin Sona Ermesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXV, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2012, 11-27 (Süre), Tartışmalar bölümü, s. 31.

kurulu üyesi, tazminat hakkı saklı olması ve kural olarak gündemde ilgili madde bulunması kaydıyla, genel kurul tarafından her zaman azledilebilir. Haklı bir sebep bulunması ise azil için gündeme bağlılık kuralının istisnasını oluşturur (TTK 364). Yönetim kurulu üyesinin iflasına karar verilmesi, ehliyetinin kısıtlanması, üyelik için gerekli şartları yitirmesi ya da öngörülmesi hâlinde esas sözleşmede aranan ilave nitelikleri kaybetmesi hâllerinde üyelik herhangi bir karara gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer (TTK 363/2). Görüldüğü üzere anılan hükümde sürenin sona ermesi, üyeliği sona erdiren bir hâl olarak düzenlenmemiştir. Genel kurul, kural olarak, süresi bitse dahi, yönetim kurulu tarafından toplantıya davet edilir (TTK 410/1). Ayrıca, belirli koşullarda azlığa ve yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmaması hâlinde her bir pay sahibine toplantı yapılmasını sağlamak talebiyle mahkemeye başvuru hakkı tanınmıştır (TTK 410/2). Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Ticaret Bakanlığının istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, yönetim kurulunu da dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirler. Bu süre içinde sorun giderilmezse mahkeme şirketin feshine karar verir (TTK 530).

İsviçre hukukunda, yönetim kurulu bir ya da daha fazla üyeden oluşur (OR 707/1). Yönetim kurulunu seçmek genel kurulun münhasır yetkisindedir (OR 698). OR 710/2'ye göre, kapalı şirketlerde yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmede aksi düzenlenmediyse üç yıllığına seçilirler, ancak esas sözleşme düzenlemesiyle bu sürenin kısaltılması ya da altı yıla kadar çıkarılması mümkündür. Payları borsada işlem gören şirketlerde ise yönetim kurulu bir yıllığına seçilir (OR 710/1<sup>3</sup>). Hem halka açık hem de kapalı şirketlerde yeniden seçilme, aksi esas sözleşmede öngörülmediyse<sup>4</sup>, mümkündür (OR 710/3)<sup>5</sup>. Yönetim kurulu üyesi, tazminat hakkı saklı olması kaydıyla, genel

<sup>3</sup> Borsaya kote şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin bir yılı aşmaması kuralı, üyelerin bireysel olarak seçilmelerini öngören VegüV 3, OR 710/1'de değişiklik yapılmadan önce kabul edilmiştir. Bkz. **Plüss**, Adrian: § 13 Der Verwaltungsrat Art. 707-722, 726 OR, Das Aktienrecht Kommentar der ersten Stunde BK Berner Kommentar, Stämpfli, Bern 2023, s. 440, N. 25.

<sup>4</sup> **Plüss**, BK- Berner Kommentar, s. 441, N. 27; **Facincani**, Nicolas/**Plüss**, Adrian: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Bası, Schulthess, Zürich Basel Cenevre 2024, Art. 710, N. 5.

<sup>5</sup> Spencer Stuart tarafından yapılan bir araştırmada, İsviçre'de yönetim kurulu üyelerinin ortalama 6 ilâ 10 yıl arası görev yaptıkları belirtilmiştir. Bkz. **Krnet**, Georg:

kurul tarafından her zaman azledilebilir (OR 705). Hesap döneminden itibaren altı ay içinde<sup>6</sup> toplanması gereken genel kurul (OR 699/2), kural olarak yönetim kurulu tarafından davet edilir. Yönetim kurulunun bu yükümlülüğünü ihmal etmesi durumunda, denetçiler (OR 699/1) ile kapalı şirketlerde sermayenin %10'una, halka açık şirketlerde %5'ine sahip olan azlığın (OR 699/3) da genel kurulu toplantıya davet yetkisi vardır. Şirketin zorunlu organlarından birinin bulunmaması hâlinde pay sahiplerine ve alacaklılara, mahkemeye bu durumun düzeltilmesi için başvurma yetkisi tanınmıştır (OR 731b).

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, farklı ihtimaller değerlendirilerek yönetim kurulu üyelerinin görev süreleri belirlenmiştir. İkinci bölümde, sürenin bitiminin üyeliği kendiliğinden sona erdiren bir hâl olup olmadığı tartışılmış ve soruya olumlu yanıt verilmiştir. Üçüncü bölüm çalışmada benimsenen, görev süresinin sona ermesiyle yetkilerin de sona ereceği görüşünün yaratacağı sorunlara ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerine ayrılmıştır. Bu bağlamda öncelikle, şirket adına işlem yapan eski üyelerin yükümlülükleri ile bu yükümlülüklerin ihlali nedeniyle sorumlulukları tartışılmıştır. Ardından, eski üyeler tarafından temsil edilemeyeceği düşünülen şirketin özellikle olağan işlemlerini nasıl yapabileceği tüm menfaat sahiplerinin menfaatleri dikkate alınarak belirlenmiş ve son olarak, şirketi temsil yetkisi bulunmayan eski üyelerin işlemlerinin şirketi bağlama ihtimali değerlendirilmiştir.

## I. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN GÖREV SÜRESİNİN BELİRLENMESİ

Süre bitiminde yönetim kurulunun yetkilerinin belirli bir kapsamla dahi olsa devam edip etmeyeceğini tartışmadan önce, sürenin ne zaman bitmiş kabul edileceğinin belirlenmesinde fayda vardır. Nitekim, uygulamada pek rastlanmayan genel kurul kararında kesin bir tarih belirtilmesi yanında genel kurulun sadece belli bir faaliyet yılı için seçim yapması, süre belirtmemesi, kararının esas sözleşmeye ya da kanuna aykırı olması ya da süreye ilişkin esas sözleşme hükmünün kanuna aykırı olması mümkündür. Sayılan ihti-

---

Verwaltungsrat, 2. Bası, Stämpfli, Bern 2005, Art. 710, N. 413, s. 82'den naklen Spencer Stuart, Board Index, Switzerland 1997.

<sup>6</sup> OR 699/2 hem kapalı hem de halka açık şirketlere uygulanır. Muhasebe Tebliği m. 10/1 uyarınca, halka açık şirketlerde bazı uyumsuzluklar tespit edilmesi ya da bu şirketlerin yaşayan işletme statülerine ilişkin şüphe bulunması nedeniyle finansal tablolarını süresi içinde yayımlamaları mümkün olmazsa, bu şirketlere dört ay ilave süre verilir.

mallerde Türk ve İsviçre yargı kararlarında farklı sonuçlara varılabildiği görülmektedir. Bu nedenle, aşağıda anılan ihtimallere ilişkin tespit edilebilen içtihatlar ile öğretideki görüşler açıklandıktan sonra bir değerlendirme yapılacaktır.

### A. İsviçre Mahkeme Kararları

OR uyarınca, esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin görev süresine ilişkin hüküm bulunması mümkündür ve tartışılması gereken ilk ihtimal, esas sözleşmede OR’de öngörülen azami sürenin altında bir süre öngörülmesidir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi (İFM)’nin, yönetim kurulu üyelerinin görev süresine ilişkin verdiği güncel bir kararına<sup>7</sup> konu olan şirketin esas sözleşmesinde “Yönetim kurulunun görev süresi bir yıldır. Üyelerin görevi bir sonraki genel kurul toplantısında sona erer.” şeklinde bir süre hükmü öngörülmüştür. İFM, öncelikle esas sözleşme hükmünü yorumlamış ve hesap döneminden itibaren altı ay içinde (OR 699/2) genel kurul toplantısının yapılmaması ya da yapılan genel kurul toplantısının gündeminde seçime yer verilmemesi hâlinde yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin sona ereceğine hükmetmiştir. Böylece İFM, bugün için İsviçre öğretisinde neredeyse oybirliği ile kabul edildiği üzere<sup>8</sup>, yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin bir sonraki olağan genel kurulda yapılan seçimle sona ereceğini (genel kuruldan genel kurula); öte yandan, seçimden itibaren belli bir yıl şeklinde hesaplama yapılmayacağını belirtmiştir<sup>9</sup>.

Görüldüğü üzere, yönetim kurulunun görev süresinin belirlenmesinde, genel kurul toplantılarının hesap döneminden itibaren altı ay içinde yapılması gereğini hükme bağlayan OR 699/2 önem taşımaktadır. Bu ise, anılan hükmün emredici nitelikte olup olmadığı, esas sözleşme ile bu sürenin değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı sorularını akla getirmektedir. İFM’nin 1981 tarihli kararına<sup>10</sup> konu olan başka bir uyuşmazlıkta şirketin esas sözleşmesinde, genel kurul toplantılarının hesap döneminden itibaren 8 ay içinde yapılacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar davalı şirket OR 699/2’nin düzen hükmü olduğunu ileri sürmüşse de mahkeme hükmün emredici nitelikte olduğunu şu gerekçelerle tespit etmiştir<sup>11</sup>: (i) Sigorta şirketleri için ka-

<sup>7</sup> BGE 148 III 69, 03.12.2021.

<sup>8</sup> Bkz. I, C.

<sup>9</sup> BGE 148 III 69, 73. Aynı yöndeki kararlar için bkz. BGer 4A 279/2018, 02.10.2018; ZR 97/1988, E. 5.5.3, s. 118, 119.

<sup>10</sup> BGE 107 II 246, 16.06.1981.

<sup>11</sup> BGE 107 II 246, 248, 249.

nun koyucu açıkça sürenin uzatılabileceğini belirtirken<sup>12</sup> burada bir istisnaya yer vermemiştir, (ii) sürenin uzatılabileceğinin kabulü, genel kurulun finansal tabloların onaylanması konusundaki yetkisinin âdeta elinden alınması anlamına gelir ve (iii) özellikle sermaye kaybı hâlinde genel kurulun zamanında yapılmaması alacaklılar için risk taşıyacağından, bu görüş kabul edilemez<sup>13</sup>.

Günümüzde, İFM'nin müstakar görüşü görev süresinin genel kurul toplantısının yapılacağı öngörülen altı ayın sonunda nihayete ereceği yönünde olsa da İFM'nin aksi yönde sonuca vardığı eski kararları da mevcuttur. Örneğin, İFM 1941 yılında verdiği bir kararda<sup>14</sup>, yönetim kurulu üyelerinin görevinin seçimin yıl dönümünde sona ereceğine hükmetmiştir. Benzer şekilde hüküm kurduğu bir başka kararında Mahkeme, seçim kararında sürenin bir sonraki olağan genel kurul toplantısına kadar şeklinde belirlendiği bir ihtimalde, süreyi seçimle başlatıp, bir takvim yılı sonunda sürenin sona ereceğine hükmetmiştir<sup>15</sup>.

Süreyle ilişkin İFM kararlarına konu olan bir başka mesele de şirket esas sözleşmesinde süre bitiminde kendiliğinden yenilemeye ilişkin hüküm bulunma ihtimalidir. Nitekim İFM 2014 tarihli bir kararında<sup>16</sup>, pay sahipleri arasında yaşanması muhtemel bir ihtilafın yaratacağı kilitlenmeye karşı öngörülen üyelerin yeniden seçimine ilişkin esas sözleşme hükmünün, genel kurulun devredilemez yetkilerini ihlal etmesi nedeniyle, geçersiz olduğu sonucuna varmıştır<sup>17</sup>. İFM, bir başka kararında da<sup>18</sup> 2014 tarihli karara atıf

<sup>12</sup> Bkz. Özel Sigorta Kurumlarının Denetlenmesine İlişkin Federal Kanun (SR 961.01) m. 21/1 uyarınca denetim otoritesinin sigorta şirketlerinin genel kurul toplantılarını ötelemelerine izin verme yetkisi vardır.

<sup>13</sup> Öte yandan İFM'nin 2015 tarihli kararında OR 699/2'nin düzen hükmü olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. BGER 4A\_646/2014, 14.04.2015, E. 4.2. Fransızca mahkeme kararının çevirisini yapan Prof. Dr. H. Murat Develioğlu'na teşekkürlerimi sunarım.

<sup>14</sup> 11.02.1941 tarihli İFM kararı yayımlanmamıştır. Ancak anılan karara, İFM'nin BGE 86 II 171, 31.05.1960 kararında atıf yapılmıştır. Bkz. BGE 86 II 171, 175. Sonraki karar, görev süresi bitmesine rağmen genel kurul toplantısı yapılmadığı için yeniden seçilmeyen denetim kurulunun görev süresinin tartışıldığı bir karardır ve bu kararda mahkeme 1941 yılında yönetim kurulu üyelerinin süresine ilişkin varılan sonucun denetim kurulunun görev süresi için benimsenemeyeceği belirtilmiştir.

<sup>15</sup> Mahkeme, 1951 yılına ait genel kurulun 24 Kasım 1952'de yapıldığını belirterek 25 Ekim 1952'ye kadar genel kurul toplantısında seçimin yapılması gerektiğini ifade etmiştir. BGE 86 II 171, 178.

<sup>16</sup> BGE 140 III 349, 27.05.2014.

<sup>17</sup> BGE 140 III 349, 354.

<sup>18</sup> BGE 148 III 69.

yaparak sayılan gerekçeleri benimsemiş ve yönetim kurulunun yetkilerinin, ancak genel kurulun bu yöndeki açık iradesinin varlığı halinde genişleyeceğine belirtmiştir<sup>19</sup>.

### B. Türk Mahkeme Kararları

Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, genel kurulun seçim kararında açıkça bir süre belirtilmemiştir. Yargıtay, yönetim kurulu üyelerinin kanunda öngörülen azami üç yıllık süre için seçildiklerini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, “Ancak, davalı şirket yönetim kurulu en son 14.12.2004 tarihinde seçilmiş olup, 6762 Sayılı TTK’nın 314. (6102 Sayılı TTK’nın 362.) maddesinde de ifade edildiği üzere yönetim kurulu üyelerinin görev süresi en çok 3 yıldır. Bu sürenin sonunda artık yönetim kurulunun görevi hukuken sona erdiği için organ boşluğunun mevcudiyetini kabul etmek gerekir...”<sup>20</sup>. Genel kurulun seçim kararında süre belirtmeyip sadece bir sonraki genel kurul kararına kadar yönetim kurulu üyelerinin görev süresini belirtmiş olması hâlinde ise Yargıtay, bir sonraki genel kurulun süresinde yapılmaması hâlinde dahi kurulun yetkili olduğuna karar vermiştir<sup>21</sup>.

Öte yandan sürenin dolması nedeniyle şirketin organsız kaldığına hükmettiği bazı kararlarda, uzun süren yargılama nedeniyle Yargıtay’ın süreye ilişkin yaklaşımı tam olarak tespit edilememiştir. Örneğin, uyuşmazlık konusu şirkette üyeler 16.01.2009 tarihinde üç yıllık görev süresi ile seçilmiştir. 2010 ve 2011 yıllarına ait genel kurul toplantıları yapılmamış, 28.06.2013 tarihli genel kurulda alınan kararlar da iptal edilmiştir. Mahkeme, şirketin organsız kaldığına ilişkin alt derece mahkemesinin kararını onamış ancak süreye ilişkin açık bir tespit yapmamıştır<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> BGE 148 III 69, 74, 75.

<sup>20</sup> Yarg. 11. HD., E. 2019/17, K. 2021/4936, T. 09.06.2021. Alt derece mahkemesi de bir kararında açıkça süreyi seçim kararı ile başlatıp, üç yılın sonunda görev süresinin dolduğuna hükmetmiştir. Bkz. İstanbul 14. ATM., E. 2016/211, K. 2020/648, T. 22.10.2020. Karar için bkz. **Sarıkaya**, Merve: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Sifatının Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 190.

<sup>21</sup> Yarg. 11. HD., E. 2000/1426, K. 2000/2264, T. 27.03.2000. Karar için bkz. **Çamoğlu**, Ersin (**Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal): Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 406, N. 554; **Alışkan**, Murat: “Görev Süresi Dolan Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Görev ve Yetkilerinin Devam Etmesi”, XXXIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021, s. 14, 15.

<sup>22</sup> Yarg. 11. HD., E. 2018/5372, K. 2019/6823, T. 05.11.2019.

### C. Türk ve İsviçre Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler Işığında Karşılaştırmalı Değerlendirme

Uygulamada pek rastlanmamakla birlikte, genel kurul kararında görev süresinin gün, ay ve yılı içeren kesin bir tarihle belirlenmesi<sup>23</sup> hâlinde, şüphesiz, yönetim kurulunun yetkileri de belirtilen tarihte sona erecektir. Bunun dışındaki ihtimallerde durumun ne olacağı konusunda farklı yönde mahkeme kararları bulunmakta ve mesele öğretilerde tartışılmaktadır.

Süreye ilişkin çeşitli ihtimalleri değerlendirmeden önce, görev süresinin kanunda öngörülen azami sürenin altında ya da azami süre olarak belirlenmesinin çeşitli açılardan faydalarına değinilmelidir. Özellikle bir yıllık bir sürenin öngörülmesi, genel kurulda menfaatleri çatışan farklı pay sahipleri gruplarının bulunması ya da şirketin bir şirketler grubuna dahil olması ihtimallerinde sadakat yükümünün denetimi için faydalı olabilir. Böylece, genel kurul memnun kalmadığı yönetim kurulu üyesini azletmeden ve azlin yaratacağı prestij kayıplarına ve tazminat taleplerine muhatap olmadan yönetim kurulu üyesini değiştirebilecektir<sup>24</sup>. Öte yandan, uzun sürenin de istikrarın sağlanması açısından faydası vardır<sup>25</sup>. Dolayısıyla, süreye ilişkin genel kurul kararı yorumlanırken, bu konuda üstün tutulması gereken tek bir menfaatin bulunmadığı ve her somut olayda genel kurulun iradesinin tespit edilmesi gerektiği unutulmamalıdır<sup>26</sup>. Örneğin, önceki kararlarında seçim kararında süre belirtilmemesine rağmen, her olağan genel kurulda üye seçimi yapan bir şirkette, üyelerin azami süre için seçildiği sonucuna varılamaz. Dolayısıyla, aşağıda yapılan tespitler, somut olayda aksi yönde bir sonuca varılmasını haklı kılacak yerleşik bir uygulamanın bulunmadığı durumlara özgülenmiştir. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerinin aynı anda sona er-

<sup>23</sup> İstisnaen de olsa kesin bir tarih belirlenebileceği yönünde bkz. **Kırca**, İsmail (**Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar): Anonim Şirketler Hukuku C. I, Temel Kavram ve İlkeler Kuruluş Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 450; **Alışkan**, s. 13.

<sup>24</sup> **Krneta**, Art. 710, N. 403, s. 80; **Facincani/Plüss**, CHK - Handkommentar, Art. 710, N. 5; **Kırca** (**Şehirali Çelik/Manavgat**), s. 447, 448. Kısa sürenin avantaj ve dezavantajları bulunduğu yönünde bkz. **Müller**, Roland/**Lipp**, Lorenz/**Plüss**, Adrian: Der Verwaltungsrat, 5. Bası, Schulthess, Zürich Basel Cenevre 2021, s. 63, N. 1.231.

<sup>25</sup> **Krneta**, Art. 710, N. 405, s. 81. Kısa sürenin dezavantajları hakkındaki gerekçeler ile borsaya kote şirketlerde üyelerin bir yıl süre için seçilmesi zorunluluğunun eleştirisi için bkz. **Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, 5. Bası, Schulthess, Zürich 2022, s. 1332, N. 66.

<sup>26</sup> **Kırca** (**Şehirali Çelik/Manavgat**), s. 450, 451. Öte yandan bu kabul, üçüncü kişiler açısından belirsizlik yaratacak niteliktedir ve aşağıda üçüncü kişilerin menfaatlerinin nasıl korunacağı açıklanmıştır. Bkz. III, C.



meyebileceği hatırlanmalıdır. Zira, farklı üyeler için farklı süreler öngörülmesi<sup>27</sup> ve bazılarının yetkilerinin devam etmesi mümkündür<sup>28</sup>. Dolayısıyla, aşağıdaki açıklamalar, yönetim kurulunun tamamı için değil, ilgili üye için yapılmıştır.

### 1. Esas Sözleşmede Süreye İlişkin Düzenleme Olması İhtimalinde

Yukarıda açıklandığı üzere, OR 710'da açıkça yönetim kurulunun görev süresine ilişkin esas sözleşmede düzenleme yapılabileceği öngörülmüştür. Esas sözleşme ile düzenleme yapılmasına izin veren açık bir hüküm TTK'da bulunmamakla birlikte, azami sürenin altında bir süre, örneğin bir ya da iki yıllık bir süre öngörülmesine TTK 340 nedeniyle benimsenen emredici hükümler ilkesi engel değildir<sup>29</sup>. Nitekim, İsviçre öğretisinde sürenin nasıl hesaplanacağına kanunda açıkça belirtilmemesi ve bu durumun tartışma yaratması ihtimaline karşı şirketlere esas sözleşmelerinde bu yönde açık bir hüküm koymaları tavsiye edilmiştir<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> **Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, C. II, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, s. 107; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, s. 390, N. 544; **İzmirli**, s. 74; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 448; **Alışkan**, s. 18. Dn. 35: **Akdağ Güney**, s. 28; **Eminoğlu**, Şerh, m. 362, s. 1698; **Kortunay**, s. 184; **Sarıkaya**, s. 174.

<sup>28</sup> Öte yandan İstanbul Ticaret Odası'nın (İTO) uygulaması kanuna aykırı şekilde aksi yöndedir. İTO'nun "*Anonim şirketlerde, yönetim kurulu "kurul" olarak seçildiğinden, farklı sürelerle görev yapacak şekilde yönetim kurulu üyesi seçilmemelidir. Yönetim kuruluna seçilen bütün üyelerin görev süreleri aynı olmalıdır.*" şeklindeki 07.05.2024 tarihli duyurusu için bkz. [https://www.ito.org.tr/documents/Ticaret-Sicil/onemli\\_bilgiler\\_ve\\_duyurular/uygulama\\_degisiklikleri/as\\_yk\\_gorev\\_suresi.pdf](https://www.ito.org.tr/documents/Ticaret-Sicil/onemli_bilgiler_ve_duyurular/uygulama_degisiklikleri/as_yk_gorev_suresi.pdf).

<sup>29</sup> **Eminoğlu**, Cafer: Şirketler Hukuku Şerhi, Ed. Kemal Şenocak, Cilt 2, Seçkin Yayınları, Ankara 2023 (Şerh), m. 362, s. 1697; **Sarıkaya**, s. 174, gerekçe belirtilmeden esas sözleşmede düzenleme yapılabileceği yönünde bkz. **Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 239, N. 12-21; **Kortunay**, Ayhan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Alma Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 184. Aksi görüş için bkz. **Alışkan**, s. 20. Yazar böyle bir düzenlemenin genel kurulun yönetim kurulunu seçme yetkisine müdahale oluşturacağı gerekçesiyle düzenlemenin 340'a aykırı olacağı kanaatindedir.

<sup>30</sup> **Krnet**, Art. 710, N. 411, s. 82. Örneğin yazar, denetim kurulunun görevinin bir sonraki genel kurulda finansal tabloların sunulmasıyla sona ereceğini düzenleyen OR 730a hükmüne paralel bir hükmün yönetim kurulu üyeleri için bulunmaması nedeniyle böyle bir hükmün öngörülmesini önermektedir. Öte yandan öğretide, Zürih Mahkemesi'nin, ZR 97/1988 kararında, yönetim kurulunun görevlerinin bir sonraki olağan genel kurul toplantısı ile sona ereceğine ve bu toplantının geç yapılması ya da hiç yapılmaması ihtimalinde de yönetim kurulunun yetkilerinin devam edeceğine hükmedildiğinden, böyle bir açık hükme gerek olmadığı savunulmuştur. Bkz. **Forstmoser**, Peter/**Untersander**, Oliver: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht -- Handelsgesellschaften und

Esas sözleşmedeki süreye ilişkin hükmün herhangi bir yoruma ihtiyaç duyurmayacak kadar açık ve kanuna uygun olması hâlinde, genel kurulun bu süreyle bağlı olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin bir yıl için ve bir sonraki genel kurul toplantısına kadar seçileceklerinin düzenlenmiş olması ihtimalinde, genel kurulun bu süreyi aşarak aldığı kararın, esas sözleşmeye aykırılık nedeniyle iptal edilebilir olduğu kabul edilmelidir (TTK 445, OR 706/1)<sup>31</sup>. Esas sözleşmedeki hükmün bu denli açık yazılmaması hâlinde, örneğin, sürenin sadece bir yıl olarak belirlenmiş olması hâlinde, genel kurulun süreyi bir takvim yılı, bir hesap yılı ya da ilk genel kurul toplantısına kadar belirleyebileceği kabul edilmelidir. Öte yandan esas sözleşmede, yönetim kurulu üyelerinin üç yıllığına seçilecekleri öngörülse dahi, genel kurulun bu süreyle bağlı olmadığı, daha kısa bir süre için seçim yapabileceği ve bunun esas sözleşmeye aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmelidir. Zira, genel kurul her zaman yönetim kurulunu azledebiliyor ve bu onun devredilemez yetkisi olarak kabul ediliyorsa daha kısa bir süre için seçim yapabileceğinin de kabulü gerekir.

Esas sözleşmede yönetim kurulunun görev süresinin kanunda öngörülen azami süreyi aşar şekilde (TTK için üç yıl, OR için altı yıl) öngörülmemiş olması hâlinde azami süreyi aşan kısmın kısmi hükümsüz olduğu kabul edilmelidir<sup>32</sup>. Benzer şekilde genel kurulun da yönetim kurulunun görev süresini azami süreyi aşan şekilde belirlemesi hâlinde yine seçim kararı bütünüyle geçersiz olmayıp, üyenin azami süre için seçildiğinin kabulü gerekir. Zira, kısmi hükümsüzlük hallerinde, hükümsüz sayılan bölüm varsa emredici kuralın geçeceği kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Böyle bir durumda şüphesiz, esas sözleşmede öngörülen sürenin altında ama kanuna uygun bir süreyle

---

Genossenschaften -- und im Wertpapierrecht, SJZ, S. 95, 1999, s. 471. Ancak anılan eserden sonra İFM'nin aksi yönde karar verdiği hatırlanmalıdır.

<sup>31</sup> **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 448.

<sup>32</sup> **Domanıç**, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi-II, Temel Yayınları, İstanbul 1988, s. 481; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, s. 405, N. 554; **Eriş**, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Bası, Cilt II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017 (2017), m. 362, s. 1917, 1918; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022 (Şerh), s. 1308; **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 449; **Soykan**, İsmail Cem: Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 38; **Akdağ Güney**, Necla: Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 27, 28; **Alışkan**, s. 13; **Eminoğlu**, Şerh, m. 362, s. 1696; **Sarıkaya**, s. 173.

<sup>33</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip (**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir): Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 4. Bası'dan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 603, 604.

alınan seçim kararına karşı, esas sözleşme hükmünün ihlali nedeniyle iptal davası açılması da mümkün değildir. Zira, esas sözleşme hükmünün kendisi geçerli değildir.

Son olarak, İFM'nin de kararlarında kabul edildiği üzere, esas sözleşmede, kendiliğinden yenilemeye ilişkin öngörülen kayıtların, genel kurulun seçim konusundaki devredilemez yetkisine tecavüz etmesi nedeniyle, geçersiz olduğu kabul edilmelidir<sup>34</sup>. Bu tespit, hem yukarıda alıntılan İFM kararına konu olan pay sahipleri arasında ihtilaf bulunması hâli için hem de ihtilaftan bağımsız sadece genel kurulun yapılmasının ihmal edilmesi hâli için geçerlidir. Şirketin organsız kalmasından endişe ediliyorsa pekâlâ, yönetim kurulu üyelerinin haklı nedenle her zaman azledilebilmesi nedeniyle, görev süresinin azami olarak belirlenmesi<sup>35</sup> ve memnun kalınmayan üyelerin süreleri dolmadan azledilmeleri tercih edilebilir.

## 2. Esas Sözleşmede Süreye İlişkin Düzenleme Olmaması İhtimalinde

İncelenmesi gereken ikinci ihtimal, esas sözleşmede yönetim kurulunun görev süresine ilişkin hiçbir düzenlemenin bulunmamasıdır. Bu durumda, genel kurul kararının yorumlanması gerekecektir. Akla gelebilecek ilk senaryo, genel kurul kararında hiç süre belirtilmemesidir. Nitekim, TTK'da seçim kararında sürenin belirtilmesi zorunluluğu öngörülmemiştir<sup>36</sup>. Türk öğretisinde bazı yazarlar süreyi daraltıcı yorumla bir faaliyet yılı olarak kabul etmektedir<sup>37</sup>. Bir başka görüşe göre, yönetim kurulu üyelerinin bir yıl süre için ve bir sonraki genel kurulda yenileri seçilinceye kadar görevleri devam eder<sup>38</sup>. Son olarak öğretide bazı yazarlara göre süreyi, azami süre olan üç yıl olarak kabul etmek gerekir<sup>39</sup>. Sürenin bir yıl olarak kabul edil-

<sup>34</sup> Aynı yönde bkz. **Sethe**, Rolf/**Humbel**, Claude: "Entwicklungen im Gesellschafts- und Wertpapierrecht", SJZ S. 118, 2022, s. 1023; **Facincani/Plüss**, CHK Handkommentar, Art. 710, N.6; **Stach**, Patrick: Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht OFK - Orell Füssli Kommentar, 4. Bası, Zürich, 2023, Art. 710, N. 2, 4; **Kortunay**, s. 184.

<sup>35</sup> Şirketin organsız kalmasının önlenmesi için azami süre belirlenmesi önerisi için bkz. **Häusermann/Müller**, s. 283.

<sup>36</sup> Öte yandan ikincil mevzuatta bu yönde bir hüküm bulunmaktadır. Genel Kurul Yönetmeliği m. 13/1 (ğ)'de gündemde "*Görev süreleri sona ermiş olan yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi, şayet esas sözleşmede görev süreleri belirtilmemişse görev sürelerinin tespiti.*" şeklinde bir maddeye yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

<sup>37</sup> **Domaniç**, s. 472; **Eriş**, 2017, m. 362, s. 1918; **Soykan**, s. 38.

<sup>38</sup> **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, s. 406, N. 554, **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 451.

<sup>39</sup> **Tekinalp**, s. 239, N. 12-21; **Akdağ Güney**, s. 28; **Eminoğlu**, Şerh, m. 362, s. 1696, 1698; **Kortunay**, s. 185; **Alışkan**, s. 18; **Sarıkaya**, s. 179.

mesi görüşü, olağan genel kurul toplantısının gündeminde yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin madde bulunacağını düzenleyen hükme (TTK 409); üç yıl olması gerektiği görüşü ise, azami süre hakkındaki TTK 362'ye dayanır. Kanımca, TTK 362'nin üstün tutulması ve sürenin üç yıl olarak kabul edilmesi gerekir. Evvela, OR'de karşılığı olmayan TTK 409 genel kurulda yönetim kurulu üyelerinin seçiminin görüşülmesini mutlak suretle ön-görmemekte, sadece üyelerin görev sürelerinin sona erecek olması ihtimalinde bu hususun gündeme eklenmesini düzenlemektedir. Kaldı ki, yönetim kurulu üyelerinin üç yıllığına seçilmiş olduklarının kabulü, genel kurulun üyeleri her zaman azledebilecek olması nedeniyle pay sahiplerinin iradele-rinin hiçe sayılması anlamına gelmez. Nihayet bu sonuç şirketin organsız kalma riskini de azalttığmdan seçimin üç yıl için yapıldığı kabul edilmelidir.

Genel kurul kararında sadece yönetim kurulu üyelerinin belli sayıda yıl (örneğin bir veya iki yıl) için seçildiklerinin belirtilmesi ise en tartışmalı hususlardan biridir. Türk öğretisinde bu konuda üç farklı görüş vardır: Türk öğretisinde, genel kurulun süreyi bir yıl olarak belirlemesi hâlinde bu sürenin, takvim yılı<sup>40</sup>, bir sonraki olağan genel kurulda yeni üye seçilinceye kadar<sup>41</sup> ve ilgili faaliyet yılının sonu<sup>42</sup> şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. İsviçre öğretisinde ise hâkim görüş, yılın genellikle takvim yılı yerine genel kuruldan genel kurula geçecek süre şeklinde yorumlanması yönündedir<sup>43</sup>. Seçimin, zamanında gerçekleşen olağan genel kurul toplantısında yapılması ihtimalinde bir yıl için seçilen yönetim kurulu üyesinin görev süresinin, yine bir sonraki olağan genel kurul toplantısının yapılabileceği sürenin sonunda biteceği kabul edilmelidir. Türk hukuku için bu süre -şirketlerin hesap dönemi birçok hâlde takvim yılıyla örtüştüğünden-mart sonu, İsviçre hukuku için bu süre haziran sonudur. Olağan genel kurul toplantısına ilişkin sürenin düzen hükmü olması ile kastedilen, bu süre so-

<sup>40</sup> Kortunay, s. 185; Sarıkaya, s. 177.

<sup>41</sup> Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 406, N. 554; Kirca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 450; Pulaşlı, Şerh, s. 1266, 1267.

<sup>42</sup> Tekinalp, s. 239, N. 12-21; İzmirli, Yadigâr: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesinin Hukuki Sonuçları, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2001, s. 75; Alışkan, s. 14; Günaydın, Burcu: Anonim Şirkette Zorunlu Organ Eksikliğine Dayanan Fesih Davası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 19.

<sup>43</sup> Forstmoser, Peter/ Meier-Hayoz, Arthur/Nobel Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 27, N. 36; Müller/Lipp/Plüss, s. 63, N. 1.232; Facincani/Plüss, CHK - Handkommentar, Art. 710, N. 5; Böckli, s. 1332; Krneta, N. 404, s. 81; Büchler, Christoph B.: ZK - Zürcher Kommentar, Herausgeber: Lukas Handschin, 3. Bası, Schultess, Zürich Basel Cenevre 2018, Art. 710, N. 5, 17; Sunaric, Predrag: Kurzkomentar OR Obligationen-recht, Hrsg. Henrich Honsell, Basel 2014, Art. 710, N. 5; Forstmoser/Untersander, s. 471.

nunda da genel kurul toplantısı yapılabileceği ve sırf geç yapıldığı için genel kurulda alınan kararların geçerliliklerinin sorgulanamayacağıdır. Yoksa hükmün hiçbir anlamı ve etkisi olmadığı söylenemez. Buna göre, olağan genel kurulu 1 Mart 2024'te yapılan ve bu genel kurulda bir yıllığına seçilen Türk şirketinin yönetim kurulu üyesinin görev süresinin 2025 mart sonunda biteceği kabul edilmelidir. Öte yandan üyenin, bir olağanüstü genel kurulda ya da vaktinde değil de örneğin temmuz ayında yapılan bir olağan genel kurulda bir yıllığına seçilmesi ihtimalinde, süresinin bir sonraki temmuz ayına kadar devam ettiği kabul edilmelidir. Yine uygulamada sık rastlanmamakla birlikte, yönetim kurulunun görev süresinin bir yılın altında, örneğin birkaç ay şeklinde belirlenmesi hâlinde ise sürenin genel kurul kararının tescil ve ilanından itibaren değil, kararın alındığı tarihten itibaren başlatılması ve belirtilen süre ile sona ermesi gerekir<sup>44</sup>. Zira, seçim kararı tescil ve ilan edilecekse de bunlar kurucu değil açıklayıcıdır<sup>45</sup>.

Genel kurulun seçim kararında tayin edilen sürenin yukarıda tartışıldığı üzere esas sözleşmede belirlenen süreyi aşmasının yanında, seçilen üyenin esas sözleşmede belirtilen nitelikleri haiz olmaması gibi bir nedenle de seçim kararının esas sözleşmeye aykırılık nedeniyle iptale tabi olması mümkündür. İptal davasının üç aylık hak düşürücü süre içinde açılmaması hâlinde zaten, bu kararın geçerliliği sorgulanamayacaktır. Ancak karar, yeterli nisapla alınmadığı için yok hükmünde<sup>46</sup> dahi olsa, bu kararın tescil edilmesi hâlinde, tescille yaratılan görünüme güven korunacaktır. Zira, TTK 373/2 uyarınca, temsil yetkisinin ticaret sicilinde tescilinden sonra, ilgili kişilerin seçimine veya atanmalarına ilişkin herhangi bir hukuki sakatlık, şirket tarafından üçüncü kişilere, ancak sakatlığın bunlar tarafından bilindiğinin ispat edilmesi şartıyla ileri sürülebilir<sup>47</sup>. Aynı sonuca İsviçre hukukunda, aksine üstün bir menfaatin bulunmaması hâli hariç olmak üzere, iyi niyetli kişilerin ticaret

<sup>44</sup> **Domanıç**, s. 481; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 450.

<sup>45</sup> **Facincani/Plüss**, CHK - Handkommentar, Art. 710, N. 3; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 450; **Eminoğlu**, Şerh, m. 362, s. 1696. Aksi yönde bkz. **Eriş**, 2017, m. 362, s. 1918; **Pulaşlı**, Şerh, s. 1307.

<sup>46</sup> **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, C. 2/2, s. 10; **Özdin**, Funda: “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimine İlişkin Genel Kurul Kararının Hükümsüzlüğünün Yönetim Kurulunca Alınan Kararlara ve Bu Kararlara Dayanılarak Yapılan İşlemlere Etkisi”, TFM, C. 9, S. 2, 2023, s. 287.

<sup>47</sup> TTK 373/2, sakat kararın tescil edilmesi ihtimaline ilişkindir ve bu durumda, iyi niyetli üçüncü kişileri ve dolayısıyla işlem güvenliğini korumayı amaçlamaktadır. Ancak, sakat kararın tescillinden önce de şirketin bu kararla seçilen yönetim kurulu üyelerinin yaptığı işlemle bağlı olmaları ihtimal dahilindedir. Gerçekten de, seçilen üyenin temsile yetkili olduğu yönünde bir hukuki görünüşün yaratılması halinde de üçüncü kişinin iyi niyeti korunacaktır. Bkz. **Özdin**, s. 290, 291.

siciline güvenini koruyan OR 936b/3 hükmü nedeniyle varılacaktır. Öte yandan seçim kararının iptal edilmemesi ya da yok hükmünde olması hâlinde dahi sicil kaydına güvenen iyi niyetli üçüncü kişilerle yapılan işlemin geçerli olması, tescilin üyelik sıfatındaki sakatlığı sağaltıcı etkiye sahip olacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla bu ihtimalde yine şirketin organsız kalması söz konusu olabilir<sup>48</sup>.

## II. GÖREV SÜRESİ SONA EREN YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

Görev süresinin tespitinden sonra aşağıda, süresi sona eren ve yeniden seçilmeyen yönetim kurulu üyelerinin haklarının ve yükümlülüklerinin devam edip etmediği, sorunun olumsuz yanıtlanması hâlinde ise bunun muhtemel sonuçları değerlendirilecektir.

### A. İsviçre Mahkeme Kararları

İFM'nin 2021 yılında verdiği emsal nitelikteki karara<sup>49</sup> konu olan uyuşmazlıkta, dört kişiden oluşan yönetim kurulunun üye sayısı istifalar nedeniyle ikiye düşmüştür. Eksikliğin genel kurul toplantısı ile tamamlanamaması nedeniyle, Zürih Kantonu Ticaret Mahkemesi<sup>50</sup>, şirketin zorunlu organlarındaki eksiklik hâlinde mahkemeye kayyım atama yetkisi veren OR 931b hükmünü uygulamış ve genel kurulun yapılması amacıyla kayyım atamıştır. Buna rağmen, genel kurul toplantısının yapılması mümkün olmamıştır<sup>51</sup>. İFM, şirketin organsız kaldığına hükmetmiştir. Mahkemenin gerekçeleri şu şekilde özetlenebilir: Yönetim kurulunun görev süresinin kendiliğinden uzayacağına dair esas sözleşme düzenlemeleri gibi yetkilerin süre sona erse dahi devam edeceği görüşü genel kurulun devredilemez yetkilerine tecavüz eder. Özellikle, pay sahipleri ile yönetim kurulu arasında ihtilaf bulunduğu hâllerde yönetim kurulunun yetkilerinin devam edeceğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Genel kurulun seçim iradesinin açık olması gerekir. Halbuki somut olaydaki gibi, yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırması durumunda böyle bir iradeden söz edilemez. İFM ayrıca, yönetim kurulunun yetkilerinin zımnen devam etmeyeceğine hükmedilen önceki üç karara atıf yapmıştır<sup>52</sup>. Örneğin İFM'nin 2015 yılında verdiği bir

<sup>48</sup> Soykan, s. 151, 152.

<sup>49</sup> BGE 148 III 69.

<sup>50</sup> Zürih Mahkemesi kararı, 13.08.2021 (HE210084 -O).

<sup>51</sup> BGE 148 III 69, 70-72. Karara konu olan uyuşmazlığın özeti ve analizi için ayrıca bkz. Häusermann/Müller, s. 278, 279; Facincani/Wissler, s. 279-283.

<sup>52</sup> BGE 148 III 69, 74.

kararında<sup>53</sup>, yönetim kurulunun statüsünü korumak amacıyla genel kurulu toplamadığı bir ihtilafı zımnen uzama görüşünü reddetmiştir. Benzer yöndeki 2014 tarihli karara<sup>54</sup> konu olan bir uyuşmazlıkta da üye seçimi, pay sahipleri arasında yaşanan ihtilaf nedeniyle mümkün olmamıştır ve mahkeme şirketin organsız kaldığına hükmetmiştir. İFM, daha yeni bir tarihli kararında da yine genel kurul toplantısı yapılmaması nedeniyle şirketin organsız kaldığını kabul etmektedir<sup>55</sup>.

Öte yandan İFM'nin yönetim kurulunun yetkilerinin zımnen uzayacağına hükmettiği kararları da mevcuttur. Mahkemeye göre, kural olarak yönetim kurulu genel kurul tarafından bir yıl için seçilir. Ancak mevcut yönetim kurulu üyeleri, azil ve istifa hâli saklı olmak kaydıyla, bir sonraki genel kurulda yeni bir seçim yapılincaya kadar görevlerine devam eder<sup>56</sup>. İFM bir kararında ise denetim kurulunun görev süresine ilişkin verdiği kararın yönetim kurulu için de uygulanabileceğine ve bir sonraki genel kurulun süresinde yapılmaması hâlinde bile, üyelerin genel kurul toplantısına kadar görevde kalacaklarına hükmetmiştir<sup>57</sup>.

## B. Türk Mahkeme Kararları

Konuya ilişkin Yargıtay kararlarına değinmeden önce, şu hususun vurgulanmasında fayda vardır. TTK açıkça, süresi dolan yönetim kurulu üyelerinin genel kurulu toplantıya davet edebileceğini düzenlemiştir<sup>58</sup>. Dolayısıyla, eTTK zamanında tartışmalı olan bu husus bakımından artık bir tereddüt yoktur. Yapılan bu değişiklik dışında, konumuzla ilgili hükümlerde eTTK ile TTK arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu iki kanun zamanında verilen kararlar mümkün mertebe konu bakımından tasnif edilerek açıklanmıştır. Buna karşılık, emsal nitelikte olduğu düşünülen bazı kararlara özel olarak atıf yapılmıştır. Buna göre Yargıtay kararlarında varılan

<sup>53</sup> BGer, 4A\_507/2014, 15.04.2015.

<sup>54</sup> BGE 140 III 349.

<sup>55</sup> Aynı yöndeki karar için bkz. BGer 4A\_380/2020, 25.08.2020. Bu kararda, uyuşmazlık konusu şirketin üye seçiminin kayyım atanma talebinden on yıl önce yapılması nedeniyle mahkeme üyelerinin görev sürelerinin çoktan dolmuş olduğuna hükmetmiştir. Kararın analizi için bkz. **Facincani/Wissler**, s. 281.

<sup>56</sup> BGer 4A\_235/2013, 27.05.2014.

<sup>57</sup> Zürih Mahkemesi, ZR 97/1988, s. 119.

<sup>58</sup> Bu yönde açık bir hükmü içermeyen eski Türk Ticaret Kanunu (eTTK) yürürlüğü döneminde ise, Komiser Yönetmeliği m. 9/10'da, süresi biten yönetim kurulunun görev süresinin bittiği yılı takip eden altıncı ayın sonuna kadar genel kurulu toplantıya davet edebileceği öngörülerek, normlar hiyerarşisine aykırı şekilde, meseleye çözüm bulunmaya çalışılmıştı. Aynı yönde bkz. **Soykan**, s. 147, 148.

sonuçların üç başlık altında incelenmesi mümkündür: Görev süresinin sonunda yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerinin (i) tümü sona erer, (ii) kapsamı sınırlı olmak üzere devam eder ve (iii) tümü devam eder.

(i) Yargıtay'ın çok ayrıntılı ve gerekçeli olarak 1981 yılında verdiği kararında<sup>59</sup>, görev süresinin sonunda üyelerin görev ve yetkilerinin de sona ereceği ve bu durumun organ eksikliğine neden olacağı kabul edilmiştir. Yargıtay öncelikle, vekaletin sona ermesi hâlinde müvekkilin menfaati gerektiriyorsa, müvekkil bizzat işlerini görecektir hâle gelinceye kadar vekilin vekaleti devam etme yükümlülüğünün, süresi dolan yönetim kurulu üyeleri için de uygulanabilir olup olmadığını sorgulamış ve soruyu bunun sakıncalarına değinerek olumsuz yanıtlamıştır. Yargıtay'a göre bu yorum, genel kurulun seçmediği, görev vermediği ve vermek de istemediği yönetim kurulu üyelerinin yetkili olduğu anlamına gelir ki, bu görüş pay sahiplerinin iradelerini hiçe saymak anlamına geleceğinden reddedilmelidir. Kaldı ki, yönetim kurulunun yetkili olacağı geçici sürenin belirlenmesinin güçlüğü yanında, yönetim kurulu üyelerine sınırlı yetki verilmesi TTK 371'e (eTTK 321) aykırı olacağından, mümkün değildir. Yargıtay, ayrıca böyle bir görüşün kabul edilmesinin, statülerini korumak isteyen yönetim kurulu üyelerinin genel kurulu toplantıya çağırılmalarına neden olabileceğini ve geçici ve sınırlı yetkili olduklarını bilen yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerini gereği gibi ifa edemeyeceklerini belirtmiştir. Açıklanan gerekçelerle anılan kararda şirketin organsız kaldığı kabul edilmiştir. Yargıtay, benzer yöndeki bazı kararlarında ise üye sayısında meydana gelen eksikliğin uzun süre giderilmemesi ve genel kurul toplantılarının uzun süre yapılmamasının şirketin organsız kalmasına neden olacağını belirterek organ eksikliğinin giderilmesi için şirkete temsil kayyımı atanmasına karar vermiştir<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Yarg. 11. HD., E. 1981/4751, K. 1981/5019, T. 24.11.1981. İçeriği bakımından mükemmel olarak nitelendirilen kararın ayrıntılı analizi için bkz. **Teoman**, Süre, s. 14.

<sup>60</sup> Yarg. 11. HD., E. 2010/15120, K. 2012/5649, T. 09.04.2012: “Somut olayda davacı vekili, şirketin üç kişilik yönetim kurulunun iki kişiye düştüğünü ve şirketin organsız kaldığını, ayrıca son genel kurul toplantı tarihi olan 22.09.2006 tarihinden itibaren her yıl yapılması gereken genel kurul toplantılarının yapılmadığını ileri sürmüştür. Nitekim ticaret sicil kaydına göre de genel kurul toplantısının 22.09.2006 tarihinden itibaren yapılmadığı anlaşılmıştır. O halde mahkemece, davalı şirketin yönetim kurulunun eksilmesi, dolayısıyla organsız kalması nedeniyle, organ eksikliğinin giderilmesi için şirkete temsil kayyımı atattırılması, kayyım, genel kurul toplantısının yapılması ve organ eksikliğinin giderilmesi amacıyla uygun süre verilerek bu eksiklikler tamamlanmadığı takdirde şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmesi gerekirken,...”. Aynı yöndeki karar için bkz. Yarg. 11. HD., E. 2019/17, K. 2021/4936, T. 09.06.2021: “Bu durumda, öncelikle görev süresi sona ermesine rağmen, şirketi fiilen yönetmeye devam ettiği anlaşılan davalı ortak H. ‘dan, şayet halen bu kişide değilse bulunduğu kişiden veya yer-



(ii) Yargıtay bazı kararlarında, tüm yetkilerin devam edemeyeceğini belirtmekle birlikte, konu bakımından sınırlı bazı işlem ve kararlar açısından yönetim kurulunun yetkili olduğuna hükmetmiştir. Örneğin, TTK 410 nedeniyle artık bir tartışma bulunmayan, süresi dolan yönetim kurulunun genel kurulu çağırma yetkisi bulunup bulunmadığı sorusuna çoğu kararında olumlu yanıt vermiştir<sup>61</sup>. Yüksek mahkemeler bazı kararlarında ise üyelerin yetkilerini konu bakımından sınırlandırmış ve üyelerin “*şirketin gecikmesinde sakınca bulunan işlerin görülmesi için gerekli işlemler*”<sup>62</sup>, “*olağanüstü ve/veya acil işler*”<sup>63</sup>, “*zorunlu işler*”<sup>64</sup> bakımından yetkili olduğunu belirtmiştir<sup>65</sup>. Sınırlı kapsamlı da olsa yetkilerin devam edeceği görüşünün dayanağı olarak kimi zaman, sürenin bitiminin üyeliği kendiliğinden sona erdiren bir hâl olmamasına<sup>66</sup> kimi zaman da vekilin müvekkilin menfaatini gözetme yükümlülüğüne<sup>67</sup> dayandırmıştır.

*den hazırlanmış cetveline esas pay defteri ve hisse devirlerinin tespiti için karar defteri celp edilerek, bu defterler muvacehesinde usulüne uygun şekilde hazırlanmış cetveli listesini hazırlamak, genel kurulu toplantıya çağırma ve seçim gündemiyle toplantı yapmak amacıyla kayyum atanması, organ yokluğunun giderilerek şirketin durumunun kanuna uygun hale getirilmesi için bir süre verilmesi, süre sonunda buna rağmen organ yokluğu giderilemediği takdirde 6102...”; Yarg. 11. HD., E. 1989/6381, K. 1989/5454, T. 17.10.1989: “üyelerin görev süreleri de azami 3 yıla sınırlandırılmış olduğuna göre busüreyi aşan şirket organlarının öngörülen görev sürelerinin dolduğu ve organlar göreve devam etse dahi şirketin hukuken organsız kaldığı kabul edilmelidir. Bu durumda ortak tarafından şirketin feshi istenebilse de şirket için ağır sonuç doğurabilecek bu yolun izlenmesi zorunlu olmayıp organların yeniden seçilememesi durumunda medeni yasa uyarınca şirkete kayyum atanarak genel kurul toplantısı yapılmalı ve organlar yeniden oluşuncaya kadar şirket yönetiminin kayyuma bırakılması gerekir.”*

<sup>61</sup> Bkz. Yarg. 11. HD., E. 5463, K. 6666, T. 01.06.2009; E. 1426, K. 2264, T. 27.03.2000; Yarg. 12. HD., E. 4267, K. 5156, T. 07.10.1991. Kararlar için bkz. **Sarıkaya**, s. 181, 182.

<sup>62</sup> Bkz. Danıştay 9. HD., E. 2008/3124, K. 2010/5803, T. 03.11.2010 (lexpera.com).

<sup>63</sup> 2014 yılında verilen bir kararda, “...Anonim şirketlerde görev süresi biten yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatlarının kendiliğinden düşeceğine dair bir hüküm bulunmaması sebebiyle yönetim kurulunun yeni yönetim seçilene kadar olağanüstü ve acil durumlar için görevlerine devam edeceklerinin kabulü gerekir. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin bitmesiyle şirketin kendiliğinden organsız kaldığından söz edilemez...” sonucuna varılmıştır, bkz. Yarg. 11. HD., E. 2012/13135, K. 2014/3515, T. 25.2.2014. Aynı yönde bkz. Yarg. 11 HD., E. 2021/1446, K. 2022/5737, T. 12.09.2022.

<sup>64</sup> Yarg. 11. HD., E. 2009/12668, K. 2011/10598, T. 20.09.2011 (lexpera.com).

<sup>65</sup> Bu şekildeki sınıflandırma için bkz. **Teoman**, Süre, s. 13, 14 vd.

<sup>66</sup> Yarg. 11. HD., E. 2012/13135, K. 2014/3515, T. 25.02.2014 (lexpera.com).

<sup>67</sup> **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, s. 406, N. 554, yazarlar sürenin bitimini üyeliği kendiliğinden sona erdiren bir hâl olarak değerlendirmekle birlikte acil işlerle sınırlı yetkilerin bulunduğunu savunmaktadır. Ayrıca bkz. **Günaydn**, s. 20.

(ii) Öte yandan, Yargıtay hem eTTK hem de TTK döneminde verdiği birçok kararında konu bakımından herhangi bir kısıtlamaya gitmeden TTK’-da görev süresinin dolmasının üyeliği sona erdiren bir neden olarak sayılmadığı gerekçesiyle süresi dolan üyelerin “yeni yönetim kurulu seçilene kadar görevlerine devam edecekleri”ne hükmetmiştir: “*Yine, anonim şirketlerde görev süresi biten yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatlarının kendiliğinden düşeceğine dair bir hüküm bulunmaması nedeniyle yönetim kurulunun yeni yönetim seçilene kadar zorunlu görevlerine devam edeceklerinin kabulü gerekir (Dairemizin 30.11.1992 tarih 6220/11024 sayılı kararı). Bu durumda yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerinin görev süresinin bitmesiyle şirketin kendiliğinden organsız kaldığından söz edilemez. Bu cümleden olarak ve Dairemizin emsal uygulamalarında yönetim kurulunun görev süresi bitmiş olsa bile genel kurulu toplantıya davet edebilir (11. HD. 07.10.1997 T., E: 4267, K: 5165)*”<sup>68</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Yargıtay’ın yukarıda yapılan tasnife tam uymayan kararları da bulunmaktadır. Örneğin, bir kararında Yargıtay, hem yetkilerin devamını reddederek şirketin organsız kalacağına hükmetmiş hem de şirket için zorunlu işlerin üyeler tarafından yapılabileceğini belirtmiştir<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Yarg. 11. HD., E. 2009/5463, K. 2009/6666, T. 01.06.2009. Benzer yönde bkz. Yarg. 12 HD., E. 2014/20554, K. 2014/24359, T. 20.10.2014: “*Şikayet tarihi itibari ile uygulanması gereken 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 362. ve bunu izleyen maddelerinde, 3 yıllık süre için seçilen anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, görev süreleri sona erdiğinde, bu sıfatlarının kendiliğinden düşeceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, şirketin organsız kalması da düşünülmemeyeceğinden yeni yönetim seçilene kadar önceki yönetim kurulunun görevlerine devam edeceğinin kabulü gerekir. Yerleşik Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.*”; Yarg. 11. HD., E. 2016/14194, K. 2018/6167, T. 10.10.2018: “*TTK’nın 410 ve 411. maddesinde genel kurul toplanarak yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar eski yönetim kurulunun görevinin devam edeceği...*” Aynı yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 12. HD., E. 1998/691, K. 1998/1434, T. 12.02.1998; Yarg. 11. HD., E. 2007/6326, K. 2009/1286, T. 05.02.2009 (Lexpera); Yarg. 12. HD., E. 1589, K. 6352, T. 18.03.2004 ve Yarg. 11. HD., E. 2603, K. 6645, T. 27.06.2002 kararları için bkz. Eriş, 2017, m. 362, s. 1922, 1923.

<sup>69</sup> Bkz. Yarg. 11. HD., E. 2009/12668, K. 2011/10598, T. 20.09.2011: “*Genel kurul, en yetkili organ olup, pay sahiplerinden oluşur. Yönetim kurulu üyeleri ile denetçileri seçme hakkı bu organa aittir. Anılan yetki, devredilemez yetkiler arasında yer alır. Ancak, genel kurul her zaman süresinde toplanamayabilir veya toplanmasına rağmen herhangi bir nedenle hemen yönetim kurulu üyeleri ile denetçileri seçemeyebilir. O halde, şirketin yönetim ve denetim organı olan eski yönetim kurulunun şirketin varlığını devam ettirmek için gerekli ve zorunlu işleri yapmak yükümlüğü mevcuttur. Başka bir anlatımla, yeni yönetim kurulu oluşuncaya kadar eski yönetim kurulunun şirketin devamlılığı için gerekli zorunlu işlemleri yapması geçerlidir. Ancak, bu durum, TTK’nun 314. maddesin-*

### C. Türk ve İsviçre Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler Işığında Karşılaştırmalı Değerlendirme

İsviçre öğretisinde savunulan görüşlerin üç grupta<sup>70</sup> tasnif edilmesi mümkündür. Hâkim sayılabilecek<sup>71</sup> görüşe göre, gündeminde yönetim kurulu üyesinin seçimini içeren genel kurul toplantısı yapıncaya kadar üyelerin yetkileri devam eder<sup>72</sup>. Bu görüş esas itibariyle, yönetim kurulu bulunmadan şirketin faaliyetlerine devam edememesi nedeniyle, pay sahiplerinin farazi iradelerinin mevcut üyelerle şirketin ayakta kalması yönünde olacağı varsayımına dayanır<sup>73</sup>. İkinci görüş ise, genel kurulun toplanması bakımından bir ayırım yapar ve şayet genel kurul toplantısı yapılması ihmal edilirse yetkilerin bir sonraki genel kurul toplantısına kadar devam edeceğini, buna karşılık genel kurul toplanmasına rağmen seçim yapılmaması hâlinde, ilgili genel kurul günü yetkilerin sona ereceğini savunur<sup>74</sup>. Üçüncü görüşe göre, yetkilerin devam edeceği ya da zımnen genişlediği yönündeki görüş kabul edilemez. Zira, yetkilerin devamı için genel kurulun açık iradesine

*deki emredici sürenin aşılarak yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerinin uzadığı veya yenilendiği anlamına gelmez. Eş deyişle, şirketin organsız kaldığı sonucunu ortadan kaldırmaz. Şirketin organsız kalması durumunda, hukuki yararı olanların genel kurul tarafından diğer organların seçimine kadar şirkete yönetim kayyımı atanmasını mahkemen isteme hakları mevcuttur”* (lexpera.com), ayrıca bkz. **Eriş**, 2017, m. 362, s. 1921. Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. Yarg. 11. HD., E. 2009/12668, K. 2011/10598, T. 20.09.2011. Karar için bkz. **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 470.

<sup>70</sup> Bkz. İFM'nin BGE 148 III 69, 73 kararı. Daha detaylı bir tasnifle görüşlerin dört ayrı başlık altında incelenmesi de mümkündür. Bkz. **Vischer**, Markus/**Hohler**, Dominik/**Eckert**, Fabrice: “Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats”, GesKR, S. 3, 2014, s. 408, 409.

<sup>71</sup> **Plüss**, BK- Berner Kommentar, s. 440, N. 26; **Facincani**, Nicolas/**Wissler**, Seline: “BGer 4A 496/2021: Keine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandates”, AJP, S. 3, 2022, s. 281.

<sup>72</sup> **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 27, N. 36; **Müller/Lipp/Plüss**, s. 64, N. 1.233; **Krnet**, s. 81, N. 404; **Tanner**, ZK, Art. 705, N. 11; **Stach**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Art. 710, N. 9; **Vischer/Hohler/Eckert**, s. 408; **Bauen**, Marc/**Venturi**, Silvio, Swiss Board of Directors Organisation Powers Liability Corporate Governance, Schulthess, Zurich Basel Cenevre 2009, s. 15; **Plüss/Facincani-Kunz**, CHK Handkommentar, 3. Bası, 2016, Art. 710, N. 7. Ancak yazarlar son basıda görüş bildirmeksizin sadece İFM'nin 2021 tarihli kararına atıf yapmakla yetinmişlerdir. Bkz. **Facincani/Plüss**, CHK - Handkommentar, Art. 710, N. 7; **Druey**, Jean Nicholas/**Druey Just**, Eva/**Glanzmann**, Lukas: Corporate and Commercial Law, 12. Bası 2021, § 13. Bölüm, N. 72, s. 249.

<sup>73</sup> **Vischer/Hohler/Eckert**, s. 408.

<sup>74</sup> BGE 148 III 69, 72, 73'ten naklen Meinrad Vetter, Der Verantwortungsrechtliche Organbegriff gemäß Art. 754 Abs. 1 OR, Dike, Zürich 2007, s. 147.

ihtiyaç vardır. Bu görüşe göre OR 699/2 nedeniyle üyelerin görev süresi ile yetkileri, hesap döneminden itibaren altı ay sonra sona erer<sup>75</sup>.

Türk öğretisinde de konu hakkında ileri sürülen görüşlerin üç grupta tasnif edilmesi mümkündür. Sayıca az yazar tarafından savunulan görüşe göre, sürenin bitimi üyeliği kendiliğinden sona erdirmeyen ve yönetim kurulu tüm yetkilerini yerlerine yenileri seçilinceye kadar kullanmaya devam edebilir<sup>76</sup>. Bu görüşün dört temel gerekçesi vardır: (i) Şirketle işlem yapan üçüncü kişilerin menfaatinin korunması gerekir<sup>77</sup>. (ii) TBK 513/2 bu sonuca varılmayı engelleyen bir istisnaya yer vermemektedir. Söz konusu düzenleme ölüm, iflas ve ehliyetin kaybı halinde vekalet ilişkisinin sona ereceği, ancak vekâlet verenin menfaatlerinin gerektirmesi halinde, vekalet verenin işleri kendisi görebilecek duruma gelinceye kadar vekilin vekaleti ifaya devam edeceği hakkındadır. (iii) TTK 410/1, süresi dolan yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırabileceğini belirtirken, genel kurulda görüşülecek konuları yeni üyelerin seçilmesi ile sınırlandırmamıştır. (iv) Sürenin sona ermesi üyeliği kendiliğinden sona erdiren bir hâl olarak sayılmamıştır<sup>78</sup>. Öğretide bazı yazarlar ise, şirket için önemine binaen acil ve zorunlu işlerle sınırlı olarak yetkilerin devam edeceğini savunurlar. Bu görüşün dayandığı gerekçeler ise şu şekilde özetlenebilir: (i) TBK 513/2 kıyasen uygulanabilir<sup>79</sup>. (ii) Eski yönetim kurulu üyelerinin de acil işleri yapması onun özen borcu kapsamında kabul edilmelidir. Zira bu işlemlerin yapılmasında şirketin de menfaati bulunmaktadır<sup>80</sup>. Bu grup içinde anılabilecek bazı yazarlar, yetkilerin zımnen uzaması ya da acil ve zorunlu işlerin yapılabilmesi konularında, dolan süreye göre bir ayırım yapar ve âdeta kanundaki azami süreye bir üstünlük tanır. Şayet esas sözleşme ile üç yıldan kısa bir görev süresi belirlenmişse, en azından kanunda öngörülen azami süre olan üç yıla kadar yukarıdaki sorulara olumlu yanıt verilebileceği savunulur<sup>81</sup>. Öğretideki üçüncü

<sup>75</sup> **Sunarıç**, Honsell Kurzkomentar, Art. 710, N. 5; **Böckli**, s. 1336, N. 77, 78; **Vischer/Hohler/Eckert**, s. 410.

<sup>76</sup> **Alışkan**, s. 30, 42, görüşlerin takdimi ve analizi için ayrıca bkz. **Sarıkaya**, s. 185-187.

<sup>77</sup> **Alışkan**, dn. 55.

<sup>78</sup> **Üçışık**, Güzin/**Çelik**, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 394.

<sup>79</sup> **Domaniç**, s. 483; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, s. 406, 407, N. 554, 555; **Pulaşlı**, Şerh, s. 1310, 1311.

<sup>80</sup> **Eriş**, 2017, m. 362, s. 1918; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, s. 406, N. 554; **Alışkan**, dn. 52.

<sup>81</sup> **Domaniç**, s. 482, 483; İsviçre öğretisinde de savunulan, kapalı şirketlerde yönetim kurulunun görev süresinin üç yıl olması nedeniyle bu şirketlerde yetkilerin süre sonunda devam edebileceği görüşü *Sethe/Humbel* tarafından eleştirilmektedir. Zira yazarlara

görüŖe göre, sürenin sona ermesi üyeliği kendiliğinden sona erdiren bir hâldir<sup>82</sup>. (i) Çünkü, aksinin kabulü genel kurulun devredilemez yetkisini ihlâl eder. (ii) Yargıtay kararlarında devam edeceği belirtilen yetkilerin sınırları belirsizdir. (iii) Yetkilerin devam edeceği görüŖü, mevcut yönetim kurulunun görev süresi dolmasına rağmen genel kurulu toplantıya çağırılmayarak Ŗirketi idare ve temsiline olanak tanıyabilir. (iv) TTK 410/1 benimsenen görüŖü desteklemektedir<sup>83</sup>.

Ŗüphesiz görev süresinin sona ermesi nedeniyle Ŗirketin organsız kalması sorununun ilk akla gelen ve kesin çözümü, genel kurulun toplanarak yönetim kurulu üyelerini seçmesidir. Bu toplantı olağan ya da olağanüstü toplantı olabilir<sup>84</sup>. Nitekim hem TTK hem de OR bu olasılıkta genel kurulun toplanabilmesi ve devredilemez yetkisini kullanarak yönetim kurulu üyelerini seçebilmesi için birçok çözüm içermektedir<sup>85</sup>. Örneğin, İsviçre hukukunda<sup>86</sup>, revizyonla kabul edilen OR 699b hükmünde genel kurulu toplantıya çağırma ve gündeme madde ekletme hakkının kullanılabilme eŖikleri

---

göre, İFM'nin kararına konu olan Ŗirket de kapalı bir Ŗirkettir ve esas sözleşmesinde yönetim kurulunun görev süresi bir yıl olarak öngörölmüŖtür. Yazarlar, esas sözleşmede daha kısa bir süre öngörölmemesi halinde ancak yönetim kurulunun yetkilerinin üç yılın bitiminde sona ereceğini belirtmektedirler. Bkz. **Sethe/Humbel**, s. 1023.

<sup>82</sup> **Kırca (Ŗehirali Çelik/Manavgat)**, s. 470-472; **Arıcı**, Mehmet Fatih, "Ticaret Ortaklığınca Avukata Vekâlet (Temsil Yetkisi) Verilmesi ve Bu Vekâlete, Organ Temsilcinin Yetkisinin Sona Ermesinin veya Sınırlanmasının Etkisi", iç: Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt: I, İstanbul 2007, s. 155, 161; **Soykan**, s. 141, 147; **Tekinalp**, s. 239, N. 12-22; **Akdağ Güney**, s. 57-58; **Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 185; **PulaŖlı**, Hasan: Ŗirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022 (Genel Esaslar), s. 381; **Ayan**, Özge: Anonim Ŗirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlölüğü ve Bu Yükümlölüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara 2013, s. 19; **Günaydın**, s. 21, 22; **Sarıkaya**, s. 192-200.

<sup>83</sup> Bkz. **Moroğlu**, Erdoğan: "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri ile Denetçilerinin Görev Süreleri", Makaleler I, 3. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s. 391, 392; **Teoman**, Süre, s. 21; **Kırca (Ŗehirali Çelik/Manavgat)**, s. 471; **Soykan**, s. 145; **Eminoğlu**, Cafer: Anonim Ŗirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Görev Sürelerinin Dolması Bağlamında Organ Yokluğu Sorunsalı, XXXIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku AraŖtırma Enstitüsü, Ankara 2021, s. 79, 80; **Bahtiyar**, Mehmet/**Hamamcıoğlu**, Esra: Yeni TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 40; **Kayıklık**, Abdurrahman: Anonim Ŗirketin Temsili, İstanbul 2024, s. 129, 130.

<sup>84</sup> **Facincani/Wissler**, s. 282.

<sup>85</sup> Aynı tespit için bkz. **Moroğlu**, s. 399; **Kırca (Ŗehirali Çelik/Manavgat)**, s. 450, 471, 472; **Sarıkaya**, s. 197.

<sup>86</sup> İsviçre hukuku için genel kurulun toplanabilme yolları için bkz. **Häusermann/Müller**, s. 280, 281.

düşürülmüştür. Ayrıca, yönetim kurulunun OR 699/1'de öngörülen yükümlülüğünü ihmal etmesi durumunda, denetçilerin de toplantıya davet etme hakkı vardır. TTK ise iki önemli hüküm ekleyerek bu konuda daha etkin çözümler üretmiştir. Öncelikle genel kurulun, süresi dolmuş olsa bile yönetim kurulu tarafından toplantıya davet edilebileceği (TTK 410/1) açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, yönetim kurulunun toplanamaması ya da karar alamaması hâlinde her pay sahibinin mahkemedен genel kurulu toplantıya davet etmesini isteyebilmesi mümkündür (TTK 410/2). Bu imkân özellikle, TTK 411'de düzenlenen azlık hakkının kullanımı için aranan şartların sağlanmadığı durumlarda fayda sağlamaktadır. Zira, azlık hakkının kullanımı için aranan önce yönetim kuruluna başvurulması gereği<sup>87</sup>, hakkın kullanımını güçleştirmekteydi<sup>88</sup>.

TTK 410/1 düzenlemesi, genel kurulun toplanabilmesi için çözüm üretmesi yanında, yönetim kurulu üyelerinin yetkilerinin süre ile sona ereceği görüşünü desteklemesi bakımından da önemlidir<sup>89</sup>. Evvela anılan hüküm, yönetim kurulu üyeliği sıfatının devam edeceğini düzenlemek amacı ile öngörülmemiştir. Sadece eski, yani yetkileri sona eren yönetim kurulu üyelerinin de genel kurulu toplantıya çağırabileceğini belirtmektedir. Bu düzenlemeye, yönetim kurulu bölümü yerine genel kurul toplantıları arasında yer verilmesi de varılan sonucu teyit etmektedir. Gerçekten de kanun koyucu, üzerinde çokça tartışılan ve haberdar olduğu meseleyi bu hükümle çözmüştür. Yani süresi dolan yönetim kurulunun genel kurulu çağırma yetkisi olduğunu açıkça belirtirken diğer konularda yetkili olmadığını aslında vurgulamıştır. İşte meselenin TTK 410/1 ile çözülmüş olması nedeniyle, genel kurulu toplantıya davet etmesi dışındaki diğer yetkiler bakımından örtülü de olsa bir boşluk bulunmamaktadır<sup>90</sup>. Bu nedenle, öğretide bazı yazarlarca savunulduğu üzere, ilişkinin sona ermesi halinde dahi vekilin ifaya devam edeceğini öngören TBK 513/2'nin doğrudan ya da kıyasen uygulanma olanağı yoktur. Kaldı ki, TBK 513/2'nin kıyasen uygulanabilmesi için gerekli olan, şirketin farazi menfaatinin ilişkinin devamı yönünde olduğu şartı her zaman sağlanamaz.

<sup>87</sup> Bkz. Yarg. 11.HD., E. 2004/1883, K. 2004/11064, T. 09.11.2004; Yarg. 11.HD., E. 2004/11837, K. 2004/10469, T. 28.10.2004.

<sup>88</sup> Çünkü süresinin dolması nedeniyle azlığın yönetim kuruluna başvurusu fiilen mümkün değildir ve Türk mahkemeleri bu durumda şekilci bir yorumla, pay sahiplerinin azlık haklarını kullanmaları yerine yönetim kayyımı atanmasını istemeleri gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. II, B.

<sup>89</sup> Soykan, s. 147; Alışkan, dn. 46.

<sup>90</sup> Soykan, s. 142, 143.

TTK ve OR'de genel kurulun toplanabilmesi için öngörülen mekanizmaların kullanılmaması ya da kullanılmasına rağmen sonuç alınmaması hâli, belli koşulların varlığında organ yokluğu olarak nitelendirilmiş ve bu durumda fesih davası açılması öngörülmüştür. Ancak talep edilmesi hâlinde mahkemenin gerekli tedbirleri almasına da izin verilmiş yani yine feshe son çare olarak karar verilmesi kabul edilmiştir<sup>91</sup>. Nitekim, sürenin sona ermesi hâlinde üyeliğin son bulup bulmayacağını tartışıldığı bazı kararlarda Yargıtay da meseleyi genel kurul toplantılarıyla birlikte ele almış ve haklı olarak organların oluşumunun mümkün olduğu, örneğin dava sırasında çağrının veya toplantının yapılmış olduğu durumlarda fesih davasının konusuz kaldığına hükmetmiştir. Benzer şekilde İsviçre öğretisinde de şirketin organsız kalması hâlinde alınabilecek tedbirlerin sınırlı sayıda olmadığı, hâkimin somut adaleti sağlayacak tedbir almasının mümkün olduğu ifade edilmiştir<sup>92</sup>. Görüldüğü üzere, kanun koyucu öncelikle organlardaki eksikliğin giderilmesi için imkânlar yaratmış, buna rağmen organların oluşturulamaması hâlinde, fesih davasının açılmasını kabul etmiştir. Yargıtay da feshe karar vermeden bu eksikliği şirkete süre vererek<sup>93</sup> ya da temsil kayyımı atayarak<sup>94</sup> gidermek yolunu seçmiştir. İsviçre hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak ticaret sicil memurunun<sup>95</sup> da şirketin organsız kaldığını tespit etmesi hâlinde şirkete bu eksikliği gidermesi için süre vermesi mümkündür (OR 939/1). Sicil tarafından verilen süre için bu eksikliğin giderilmemesi durumunda ise sicilin başvurusu üzerine mahkemenin OR 731b hükmüne istinaden şirkete bir kayyım ataması gereklidir.

Süre bitiminde dahi yetkilerin devam edeceği görüşünün reddedilmesini gerektiren belki de en önemli gerekçe, bunun genel kurulun devredilemez yetkilerine tecavüz etmesidir. Sürenin sona ermesine rağmen yönetim kurulu üyelerinin göreve devam edeceğinin kabulü için genel kurulun bu yöndeki

<sup>91</sup> Toplantıya davet için kanunda öngörülen mekanizmalar yanında, TTK 530'da düzenlenen organ eksikliğinin kolayca giderilebilme ihtimali bkz. **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 471-472; **Eminoğlu**, Organ Yokluğu, s. 77, 78.

<sup>92</sup> **Facincani/Wissler**, s. 282.

<sup>93</sup> Yönetim kurulu üyelerinin süresinin dolması hâlinde şirketin fiilen bir yönetim kurulu bulunmayacağından mahkeme tarafından süre verilmesinin bir anlamı olmadığı yönünde bkz. **Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara 2022, s. 412.**

<sup>94</sup> Zorunlu organ eksikliğine dayanan şirketin feshi davasında, geçici hukuki tedbir kapsamında temsil kayyımı atanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Günaydın**, s. 59-70.

<sup>95</sup> Şirketin denetçisinin ticaret siciline kayıtlı olması ihtimalinde, sicilin bu talebini denetçilere göndermesinin de faydalı olacağı, böylece denetçinin de genel kurulu toplantıya davet edebileceği savunulmaktadır. Bkz. Bkz. **Häusermann/Müller**, s. 280, 281.

iradesinin açık olması gerekir ki bu irade ancak usulünce toplanan genel kurulda açıklanabilir. Kabul edildiği üzere, genel kurul toplantılarının yapılması için öngörülen süre (TTK uyarınca üç ay, OR uyarınca altı ay), yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurması yanında, düzen hükmüdür<sup>96</sup>. Ancak sürenin düzen hükmü olmasının anlamı, bu süreden sonra da genel kurul toplantılarının yapılabilmesi ve alınan kararların sırf genel kurul toplantısının geç yapıldığı gerekçesiyle geçerliliklerinin sorgulanamayacağıdır. Öte yandan yönetim kurulu üyelerinin en fazla üç yıl için seçilebilmeleri ve yönetim kurulu üyelerinin seçiminin genel kurulun devredilemez yetkisinde olmasına ilişkin hükümler emredici niteliktedir ve görev süresinin zımnen uzayacağı görüşü üç yıllık sürenin emredici niteliği ile çelişir. Sürenin zımnen uzayacağı fikri, özellikle genel kurulun yönetim kuruluna güvenini yitirdiği, pay sahipleri arasında ihtilaf bulunan hâller için kabul edilebilir değildir. Ancak, pay sahipleri arasında bir çatışmanın bulunmadığı, sadece ihmalen genel kurul toplantısının yapılmaması ihtimalinde de aksi sonuca varılmasını gerektiren pozitif bir norm bulunmamaktadır. Yani görev süresinin zımnen uzadığı, ancak genel kurulun bu iradesini zımnen de olsa tartışmaya mahal vermeyecek biçimde ortaya koyması şartıyla kabul edilebilir. Örneğin görev süresi sona eren yönetim kurulu üyeleri tarafından toplanan genel kurulun toplantı gündeminde yeniden seçim yer almasa da genel kurulca görev süresi sona ermiş üyelere TTK 395/1 ve 396 kapsamındaki işlemler için izin verilmişse böyle bir sonuca varılması olasıdır.

Benzer şekilde, süre sonunda dahi yetkilerin devam edeceğini savunan bazı yazarlarca ileri sürülen, sürenin üyeliği kendiliğinden sona erdiren bir sebep olarak sayılmamış olduğu gerekçesi de reddedilmelidir. Zira, TTK 363'te böyle bir düzenleme yapılsaydı ancak bu malumun ilamı olurdu<sup>97</sup>. Dolayısıyla, Yargıtay kararlarında sıkça dile getirilen, sürenin sona ermesinin üyeliği kendiliğinden sona erdiren sebepler arasında sayılmamış olması nedeniyle yetkilerin devam edeceği görüşü makul gözükmemektedir.

Son olarak esas sözleşmede azami sürenin altında bir süre öngörülmesi hâlinde kanundaki azami süreye kadar yetkilerin devam edebileceği görüşü

<sup>96</sup> İsviçre öğretisi için bkz. **Müller/Lipp/Plüss**, s. 351, N. 3.757.

<sup>97</sup> eTK'da üyeliğin kendiliğinden sona erceğine ilişkin hükümde bir açıklık bulunmasa da öğretilerde bu hususta bir tartışma bulunmamaktaydı. Bkz. **Teoman**, Süre, s. 11. Öte yandan **Teoman**, bu yönde açık bir hüküm konulmamasını eleştirmektedir. Bkz. **Teoman**, Ömer: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Tüm Makalelerim C. III: 2002-2010, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (YK), s. 253, 254; aynı yönde bkz. **Soykan**, s. 147; **Sarıkaya**, s. 193.



de reddedilmelidir. Zira, böyle bir ayırım yapılmasının haklı bir nedeni olmadığı gibi, bir ayırım yapılacaksa, açıkça daha kısa bir süre için yönetim kurulunu seçen pay sahiplerinin iradesine üstünlük tanınmalıdır. Kaldı ki, hem esas sözleşme ile süreye ilişkin bir düzenleme yapılabileceği kabul edilip hem de bu iradenin görmezden gelinmesi çelişki yaratmaktadır.

### III. GÖREV SÜRESİ SONUNDA YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN SONA ERMESİNİN YARATTIĞI SORUNLAR VE BUNLARA ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Bu çalışmada benimsenen görüş uyarınca, görev süresinin sona ermesinin üyeliği kendiliğinden sona erdiren bir hâl olarak kabul edilmesi gerekir. Bu kabul ise öncelikle, artık yetkisi olmamasına rağmen şirketi fiilen yönetmeye devam eden eski üyelerin yükümlülüklerinin ve bu yükümlülüklerin ihlali nedeniyle sorumluluklarının tartışılmasını gerektirir. Ayrıca, kanuna uygun şekilde bir yönetim organına kavuşuncaya kadar şirketin nasıl temsil edileceğine ve eski üyelerle işlem yapan üçüncü kişilerin menfaatlerinin nasıl korunacağına bu bölümde yanıt aranmıştır.

#### A. Eski Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu

İFM, görev süresine ilişkin verdiği emsal nitelikteki 2021 yılında verdiği kararında<sup>98</sup> sürenin sonunda yetkilerin sona ereceği görüşünün, pay sahipleri ve alacaklıların menfaatine zarar vermeyeceğini, zira görev süresi bitmesine rağmen faaliyetlerine devam eden yönetim kurulunun fiili organ olarak sorumluluğunun bulunduğunu belirtmiştir<sup>99</sup>. Gerçekten öğretilerde de süresi bitmesine rağmen fiilen şirketi yönetmeye devam eden eski yöneticiler, fiili organ olarak kabul edilmektedir<sup>100</sup>. Bu görüşe göre, fiili organlar da yönetim kurulu üyelerinin tabi olduğu özen ve sadakat yükümlülüğüne tabidir ve bu yükümlülüklerinin ihlali sorumluluk doğurur<sup>101</sup>. Fiili organ<sup>102</sup> mahkeme kararlarında, “organlar için ayrılmış kararları fiilen alan veya fiili yönetimle ilgilenen ve böylece şirket iradesinin oluşumunda belirleyici bir rol oynayan kişiler...” şeklinde tanımlanmıştır<sup>103</sup>. Öğretilerde ise fiili organ,

<sup>98</sup> BGE 148 III 69.

<sup>99</sup> BGE 148 III 69, 76.

<sup>100</sup> von der Crone/Trautmann, s. 465; Sunaric, Honsell Kurzkommentar, Art. 710, N. 5.

<sup>101</sup> Alışkan, s. 40.

<sup>102</sup> Öğretilerde bu konuda terminolojik birlik bulunmamaktadır. Örneğin fiili organ yerine olgu organ kullanımı için bkz. Helvacı, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 9 vd.

<sup>103</sup> BGer 4A\_474/2011, 04.01.2012 ve orada anılan kararlar: BGE 132 III 523, 04.05.2006, E. 4.5; BGE 128 III 29, 29.10.2001, E. 3a; BGE 117 II 570, 12.12.1991, E. 3.

kanunda öngörülen şekilde yönetim kurulu üyesi olarak seçilmemekle birlikte<sup>104</sup>, organ için<sup>105</sup> öngörülen görevleri fiilen yerine getiren, şirketin yönetiminde etkili olan ve kararlar alıp bunları icra eden kişi olarak tanımlanmıştır<sup>106</sup>.

Fiili organ öğretisi, özellikle sorumluluk hukuku bağlamında gelişmiştir<sup>107</sup>. Gerçekten de İsviçre hukukunda fiili organın sorumluluğuna dair birçok yargı kararı bulunmaktadır. Bu kararların bazıları fiili organın, genel kurulu toplantıya davet etme yükümlülüğüne, bazıları ise iflas başvurusunda geç bulunulmasına ilişkindir. Örneğin, bir kararında<sup>108</sup> İFM, yönetim kurulu bulunmayan bir anonim şirketin faaliyetine devam edemeyeceğini ve bu nedenle şirketin olağanüstü genel kurul toplantısı yapmış olması gerektiğini belirterek, somut uyuşmazlıkta fiili organ olarak kabul ettiği davalının, genel kurulu toplantıya çağırma yükümlülüğü bulunduğuna karar vermiştir. Mahkeme ayrıca genel kurulun toplantıya çağırılması konusunda denetçilerin de görev ve yetkisi olmasının, fiili organın bu sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir<sup>109</sup>. Bir başka kararda ise iflas başvurusunun geç yapılması nedeniyle fiili organın sorumluluğu tartışılmıştır. İFM'ye göre, dolaylı zararlar ilgili olarak, hâkime bildirimde bulunma görevi ilke olarak yal-

<sup>104</sup> Öte yandan usulünce seçilmiş ancak tescil edilmemiş yönetim kurulu üyeleri fiili organ değildir. Bkz. **Fleischer**, Holger: “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, AG, C. 10, 2004, s. 522.

<sup>105</sup> Dolayısıyla bu kişilerin ancak üst düzey yöneticiler olabileceği yönünde, **Fleischer**, s. 522.

<sup>106</sup> Benzer tanımlar için bkz. **Helvacı**, s. 9-11; **Fleischer**, s. 518, 522; **Akın**, Murat Yusuf/**Kuru**, Özge: “Anonim Şirketlerde Fiili Organın Temsil Yetkisinin Varlığı Sorunu: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Ekim 2019 Tarihli Kararı Çerçevesinde Bir Değerlendirme (BGE 146 III 37)”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 8, S. 1, 2022, s. 24; **Ayan**, s. 5; **Altınok Ormancı**, Pınar: “Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar”, İHM, C. 79, S. 4, 2021, s. 1268; **Eminoğlu**, Cafer: Anonim Şirket Özelinde Fiili Yönetim Organı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 33; **Kayıklık**, s. 18.

<sup>107</sup> Tespit için bkz. **Eminoğlu**, Fiili Organ, s. 260; **Akın/Kuru**, s. 33; **Kayıklık**, s. 19. Her ne kadar, fiili organın sorumlu tutulması fikri büyük çoğunlukla taraftar bulsa da bu sonucu, (i) sözleşme ve haksız fiil hukuku kapsamında sorumluluk için yeterli dayanaklar bulunması, (ii) bu kavramın hukuki belirlilikten yoksun olması ve (iii) özellikle konunun tartışıldığı geç iflas başvurusunun ceza hukuku ile bağlantılı bulunması ve ceza hukukunda kıyas yasağının söz konusu olması ve (iv) fiili organ kavramına aceleyle başvurmanın sorumluluk hukukunun hatlarını bulanıklaştıracağı gerekçeleriyle eleştiren yazarlar da bulunmaktadır. Dile getirilen eleştiriler ve bu eleştirilere yanıt için bkz. **Fleischer**, s. 523, 524.

<sup>108</sup> BGer 6B\_697/2014, 27.02.2015. Benzer yöndeki karar için bkz. BGE 148 III 69.

<sup>109</sup> BGer 6B\_697/2014, E. 2.3.

nızca yönetim kuruluna aittir ve kurulun bu görevi devretmesi mümkün değildir<sup>110</sup>. Bu nedenle, fiili organlar bile, yönetim kurulunun bildirimde bulunmasını engellemedikleri veya onları borca batıklık durumundan haberdar etmedikleri sürece, geç bildirim yapılmasından sorumlu tutulamazlar<sup>111</sup>. Benzer yöndeki kararında da mahkeme, öncelikle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hakkındaki hükümlerin üyelik sıfatını taşımayan yöneticilere hangi şartlarla uygulanabileceğini açıklamış, ardından da somut olaydaki davalının yine sorumlu olmayacağına hükmetmiştir. İFM'ye göre, "*Organların 754 aOR kapsamındaki sorumluluğu yalnızca yönetim kurulu üyelerini değil, aynı zamanda yönetimle görevlendirilen tüm kişileri de kapsar. Yalnızca bu şekilde açıkça atanmış olan karar alma organları bu hüküm anlamında idare veya yönetimle görevlendirilmiş sayılmaz. Organlar için ayrılmış kararları fiilen alan veya fiili yönetimi yürüten ve böylece şirket iradesinin oluşumunda belirleyici bir rol oynayan kişiler de yukarıda belirtilen hükmün uygulama alanına girer (BGE 124 III 418 E. 1b; BGE 122 III 225 E. 4b; BGE 117 II 432 E. 2b; BGE 107 II 349 E. 5a). Her halükarda, fiilen bir organ olarak hareket eden kişinin, ilgili bir görevin ihlalden kaynaklanan zararı önleyebilmesi gereklidir, ancak yeterli değildir (BGE 117 II 432 E. 2b, BGE 111 II 480 E. 2a'ya atıfla, bu olasılık olmaksızın ticaret siciline resmi kaydın sorumluluk için yetersiz olduğu kabul edilmiştir). Organ sorumluluğu için ayrıca kişinin, iç organizasyona göre şirketin yönetiminden fiilen sorumlu olması gerekir.*"<sup>112</sup>

Yargıtay'ın da fiili organın sorumluluğunu kabul eden kararları bulunmaktadır. Örneğin 2003 tarihli HGK kararında, fiili organın haksız fiilleri nedeniyle şirket sorumlu tutulmuştur<sup>113</sup>. Yargıtay tarafından farklı gerekçelerle bozulmuş olmasına rağmen, fiili organın sorumluluğu hakkında önemli değerlendirmeler yapan yerel mahkeme kararında<sup>114</sup> ise özetle, anonim şirketlerde organ vasfı değerlendirmesi için, kişinin önemli görev alanlarında bağımsız karar alma yetkisi olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği ve

<sup>110</sup> Bu husus TTK 376'da açıkça düzenlenmiştir.

<sup>111</sup> BGer 4A\_474/2011, E. 3.1. Somut olayda, mahkeme davalıların en fazla de facto yönetici olarak nitelendirilebileceğini belirterek, onlar için sorumluluk şartlarının oluşmadığına hükmetmiştir. Bkz. BGer 4A\_474/2011, 04.01.2012, E. 3.2.

<sup>112</sup> BGE 128 III 29, E. 3a.

<sup>113</sup> Yarg. HGK., E. 2003/4-359, K. 2003/406, T. 11.06.2003. Karar için bkz. **Ayan**, s. 7.

<sup>114</sup> Alt derece mahkemesi kararı, Yargıtay kararında anıldığı şekilde aktarılmıştır. Bkz. Yarg. 23. HD., E. 2013/7191, K. 2014/420, T. 24.01.2014. Kararın ayrıntılı analizi için bkz. **Altınok Ormancı**, s. 1269, 1270.

sorunun olumlu yanıtlanması hâlinde bu kişinin sırf şekli anlamda organ üyesi olmadığı gerekçesiyle organ niteliklerinin reddedilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

Bazı yüksek yargı kararlarında ise, fiili organ nitelemesi yapmaksızın eski yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna hükmetmiştir. Bu kararların birçoğunda şirketin vergi ya da prim borcu nedeniyle eski yönetim kurulu üyeleri sorumlu tutulmaktadır<sup>115</sup>. Dolaylı zararların tazmini talepli bir uyuşmazlıkta ise Yargıtay, "...davalının tarafların %50'şer ortağı oldukları şirkette müdürlük yetkisi sona ermesine rağmen fiilen şirketi idare ettiği ve tasarrufi işlemlerde bulunduğu..." gerekçesiyle şirket malvarlığını kötüye kullanan limited ortaklık müdürünü TTK 553 hükmü uyarınca sorumlu tutmuştur<sup>116</sup>. Bu karar, fiilen göreve devam eden üyenin organ sıfatıyla sorumlu tutulabileceğine işaret eder. Yargıtay'ın 2020 tarihli bir kararı birçok açıdan ilgi çekicidir. Somut uyuşmazlıkta, davalı şirket müdürünün seçildiği genel kuruldan sonra yedi yıl boyunca genel kurul toplanmamış ve yeni müdür seçilmemiştir. Mahkemeye göre, "TTK'nın 626. maddesinde, müdürlerin görevleri yerine getirirken gerekli olan tüm özeni göstermekle yükümlü oldukları belirtilmiş olup, aynı Kanun'un 630/3. maddesinde de müdürün özen yükümlülüğünü ağır bir şekilde ihlal etmesinin azli için haklı sebep sayılacağı düzenlenmiştir. Azlık pay sahiplerinin mahkemeye müracaatla genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep edebilecek olmaları uzun yıllardır toplantı çağrısında bulunmayan davalı müdürün bu konudaki sorumluluğunu ve ağır kusurunu ortadan kaldırmaz... Şu halde, görevde bulunduğu 7 yıllık süreçte en temel vazifelerinden olan genel kurulun toplantıya çağrılması şeklindeki görevini yerine getirmeyen, bu husustaki özensizliği ve ihmali sürekli hale gelmiş davalı müdürün azline karar verilmesi gerekir..."<sup>117</sup>. Görüldüğü üzere, mahkeme sürenin sona ermesini üyeliği sona erdiren bir hal olarak değerlendirmemekte, hatta görev süresi sona ermiş üyenin genel kurul toplantıya davet etmeyerek özen borcuna aykırı davrandığını kabul etmekte ve bu sebeple müdürün haklı nedenle azledilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

Evvvela, yönetim kurulunu seçmek genel kurulun, genel kurul toplantılarının yapılmasını sağlamak da yönetim kurulunun devredilemez bir görevi olduğuna göre, süresinde toplantı yapılmaması nedeniyle, şartların mevcu-

<sup>115</sup> Danıştay 9. D., E. 2020/4290, K. 2021/4720, T. 14.10.2021.

<sup>116</sup> Yarg. 11. HD., E. 2016/12844, K. 2016/7063, T. 11.12.2017.

<sup>117</sup> Yarg. 11. HD., E. 2020/457, K. 2020/4823, T. 09.11.2020.

diyete<sup>118</sup> yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olduğu tespit edilmelidir<sup>119</sup>. Ancak toplantıya davet etmeme nedeniyle sorumluluk hususunda fazla ileriye gitmemekte fayda vardır. Her ne kadar öğretilerde, eski yönetim kurulu üyesinin iyi niyetli üçüncü kişiyle yaptığı işlem nedeniyle şirketin zarara uğraması hâlinde genel kurulu vaktinde toplantıya çağırılmayarak bu sonuca zemin hazırlayan üyelerin sorumluluklarına gidilebileceği, zira bu kişilerin genel kurulu çağırılmayarak özen ve sadakat yükümlülüklerini ihlal ettikleri savunulmuşsa da<sup>120</sup>, böyle genel bir çıkarımın her durumda yapılması mümkün değildir. Zira görev süresi içinde, genel kurulu toplantıya davet etmeyecek kanundan doğan yükümlülüğünü ihlal eden yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları ile görev süresi sonunda ancak belirli koşulların varlığında fiili organ olarak kabul edilebilen eski üyelerin sorumluluklarının farklı esaslara tabi olduğu hatırlanmalıdır. Çünkü kural olarak yönetim kurulu üyeleri için öngörülen yükümlülükler de üyeliğin çeşitli nedenlerle sona ermesi ile son bulur. Her ne kadar İFM kararında görev süresi sona ermesine rağmen faaliyetlerine devam eden eski yöneticilerin fiili organ olarak sorumlulukları bulunduğu belirtmiş olsa da eski yönetim kurulu üyeleri fiili organ olarak nitelendirilseler dahi, onların yönetim kurulu üyeleri ile aynı haklara ve yükümlülüklerle tabi olduğu kabul edilemez. Nitekim İFM'nin fiili organların yetki alanlarının yönetim kurulunun yetki alanına karşılık gelmediği gerçeğini göz ardı ettiği ileri sürülerek İFM'nin vardığı sonuç öğretilerde eleştirilmektedir<sup>121</sup>. Gerçekten de, belirli şartlarla sorumlu tutulabilecek fiili organın, yönetim kurulunun devredilemez yetki ve görevlerini haiz olduğu savunulamaz. Örneğin, aşağıda tartışıldığı üzere<sup>122</sup>, görev süresi sona eren yönetim kurulu üyelerinin şirketi temsile yetkili olmamaları nedeniyle,

<sup>118</sup> Nitekim, genel kurulun geç yapılması nedeniyle şirketin bir zararının olmaması ya da toplantının pay sahipleri arasındaki bir ihtilaf nedeniyle ya da finansal tabloların denetiminin denetçiler tarafından geç yapılması ihtimallerinde ya zarar ya da kusur bulunmadığı için sorumluluk da söz konusu olmaz. **Häusermann/Müller**, s. 282.

<sup>119</sup> Örneğin, çağrı yapılmaması nedeniyle pay sahiplerinin mahkemeye başvurması ihtimalinde yapılan masrafların şirket zararı olarak kabul edilmesi mümkündür. Bkz. **Häusermann/Müller**, s. 282; **Facincani/Wissler**, s. 283.

<sup>120</sup> **Pulaşlı**, Şerh, s. 1309. Yazara göre, azlığın genel kurulu toplantıya davet etme hakkını kullanmaksızın, genel kurul toplantısı yapılmaması nedeniyle sorumluluk davası açması hâlinde birlikte kusurun tartışılması mümkündür. Bkz. ae. s. 1311.

<sup>121</sup> **Plüss**, BK- Berner Kommentar, s. 440, 441, N. 26. Gerçekten de özellikle, eski üyelerin yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerine tabi olup olmadığı İFM kararından net anlaşılamamaktadır. Eski üyelerin, aynı yetkilere sahip olacağı kabul edildiğinde, fiili organın yönetim kurulu üyelerine çok benzeyeceği eleştirisi için bkz. **Häusermann/Müller**, s. 281.

<sup>122</sup> Bkz. III, B.

onların mahkemeye iflas başvurusunda bulunmaları mümkün değildir. Dolayısıyla, görev süresi sona ermesine rağmen fiilen şirketi yönetmeye devam eden eski üyelerin tabi oldukları yükümlülükler ve bu nedenle sorumlulukları, yönetim kurulu üyeleri ile bir tutulamaz. Öte yandan, bu kişilerin TTK 410/1'de öngörüldüğü üzere, devam eden yükümlülükleri bulunması ya da temsil yetkisi bulunmamasına rağmen aşağıda değinilen istisnai durumlarda, işlemin şirketi bağlaması ve bu nedenle şirketin zarar görmesi ihtimalinde TTK 553 vd. hükümlerince sorumlulukları söz konusu olabilir<sup>123</sup>.

### B. Şirketin Temsili

Yukarıda açıklandığı üzere, süresi bitmesine rağmen şirketi fiilen yönetmeye devam eden eski üyelerin belirli koşullarda fiili organ olarak nitelendirilerek sorumluluklarına gidilmesi mümkündür. Öte yandan, yaptığı ya da yapmaktan kaçındığı işlemler nedeniyle eski üyelerin sorumlu olması hususunun şirketin temsilinden ayrı tutulması gerekir. Bu çalışmada benimlenen görüş uyarınca, görev süresinin bitimi yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin sona ermesine neden olduğundan, eski yönetim kurulu tarafından alınan kararlar da geçersiz olur<sup>124</sup>. Öte yandan kararın geçersiz olması, aşağıda tartışılacağı üzere, her durumda, alınan karara istinaden yapılan işlemin geçersizliği sonucunu doğurmaz<sup>125</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda, genel kurulun, süresi dolmuş olsa bile yönetim kurulu tarafından toplantıya çağırabileceğine ilişkin açık hüküm bulunması nedeniyle, eski yönetim kurulu üyeleri tarafından çağrılan genel kurulda alınan kararların geçerliliği sorgulanmaz. Öte yandan İsviçre öğretisinde, yönetim kurulu üyelerinin yetkilerinin sona erdiği kabul edildiğinde, yetkisiz yönetim kurulu tarafından çağrılan genel kurulda alınan kararların da yok hükmünde olacağı savunulmaktadır<sup>126</sup>.

Fiili organın temsil yetkisinin tartışıldığı bir İFM kararına konu olan uyuşmazlık, şirketin şekli organı olmayan bir kişi tarafından imzalanan söz-

<sup>123</sup> Fiili organ olarak kabul edilen kişilerin de TTK 553 kapsamında sorumlu olduğu yönünde bkz. **Altınok Ormancı**, s. 1275; **Eminoğlu**, Fiili Organ, s. 249-251. Gerekçede de fiili organın hükmün kapsamında bulunduğu hususu açıkça ifade edilmiştir. Bkz. TTK 553 gerekçe. TTK 553'ün fiili organa kıyasen uygulanabileceği görüşü için bkz. **Ayan**, s. 226.

<sup>124</sup> İFM kararının böyle bir sonucu olacağı hakkında bkz. **Plüss**, BK- Berner Kommentar, s. 440, N. 26, kararın yok hükmünde olduğu yönünde bkz. **İzmirli**, s. 122.

<sup>125</sup> Bkz. III, C.

<sup>126</sup> **Facincani/Wissler**, s. 281, 282; Benzer endişe için bkz. **Kilchmann**, Jörg: "Stillschweigende Verlängerung Des Verwaltungsratsmandats", EF 10/22, s. 505.

leşmenin şirketi bağlayıp bağlamayacağı hakkındadır. İFM, İstinaf Mahkemesinin, şirketin antetli kağıdını kullanarak sürekli olarak faaliyette bulunan kişiyi fiili organ kabul ederek işlemle şirketin bağlı olacağı yönündeki kararını şu gerekçelerle bozmuştur: İstinaf mahkemesinin kararında atıf yaptığı kararlar fiili organın sorumluluğuna ilişkindir, halbuki burada fiili organın temsil yetkisi tartışılmaktadır. Bir kişinin anonim ortaklığın temsilcisi sayılabilmesi için bu kişiye (i) iç ilişkide temsil yetkisi verilmiş olması (OR 32/1), (ii) böyle bir yetki verilmemekle birlikte, üçüncü kişinin temsil olunana aralarındaki dış ilişkiden böyle bir yetkinin varlığı konusunda çıkarımda bulunmakta haklı olması ya da (iii) temsil yetkisi olmayan kişi tarafından yapılan işleme sonradan icazet verilmesi gerekir<sup>127</sup>.

Yargıtay'ın ise temsil yetkisi konusunda her iki yönde de kararına rastlamak mümkündür. Örneğin, 1983 yılında verdiği kararında Yargıtay haklı olarak süresi dolan yönetim kurulu üyeleri tarafından imzalanan kira sözleşmesinin şirketi bağlamayacağına hükmetmiştir<sup>128</sup>. Öte yandan mahkeme, 2006 yılında verdiği bir kararında tam aksi yönde hüküm tesis etmiş ve süresi dolan yönetim kurulu üyeleri tarafından düzenlenen bonoların şirketi bağlayacağına hükmederek, eski üyelerin temsil yetkisi bulunduğu sonucuna varmıştır<sup>129</sup>. Yargıtay bir başka kararında ise sürenin dolmasının üyeliği kendiliğinden sona erdiren bir sebep olmadığı gerekçesiyle, görev süresi sona eren yönetim kurulu üyelerine tebliğ edilen ödeme emrinin usulsüz olmadığına hükmederek<sup>130</sup>, bu üyelerin pasif temsil yetkisi bulunduğu sonucuna varmıştır<sup>131</sup>. Daha çok ticaret hukuku ve özellikle organ temsili alanında ortaya çıkan<sup>132</sup> pasif temsil ilişkisi öğretide, temsilciye temsil olunan adına sadece irade beyanını kabul etme yetkisi verilmesi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>133</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir kişinin fiili organ olarak kabul edilmesi, onun aynı zamanda temsil yetkisine sahip olduğu anlamına gelmez.

<sup>127</sup> Bkz. BGE 146 III 37. Kararın analizi için bkz. **Altınok Ormancı**, s. 1277, 1278; **Akın/Kuru**, s. 21, 22. Bu kararın İsviçre öğretisinde olumlu karşılandığı tespiti için bkz. **Akın/Kuru**, s. 31.

<sup>128</sup> Yarg. 11. HD., E. 2702, K. 3285, T. 24.06.1983. Karar için bkz. **Eriş**, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, 2. Bası, Cilt I, Adana 1992 (1992), m. 314, s. 884, 885.

<sup>129</sup> Yarg. 12. HD., E. 9132, K. 12669, T. 09.06.2006. Karar için bkz. **Eriş**, 2017, m. 362, s. 1921.

<sup>130</sup> Bkz. Yarg. 12. HD., E. 2012/19987, K. 2012/28110, T. 27.09.2012. (lexpera.com, erişim tarihi 15.08.2024). Aynı yönde bkz. **Pulaşlı**, Şerh, s. 1451.

<sup>131</sup> Fiili organın pasif temsile yetkili olduğu fikrinde bkz. **Pulaşlı**, Şerh, s. 1450.

<sup>132</sup> **Arıcı**, s. 140.

<sup>133</sup> Bkz. **Arıcı**, s. 139 ve dn. 59'da anılan yazarlar; ayrıca bkz. **Kayıklık**, s. 378 vd.

Zira, fiili organ nitelmesi yukarıda açıklandığı üzere sorumluluk hukukuyla ilgilidir. Temsile yetkili organlar ise TTK 370 ve devamı hükümlerine göre belirlenir. Dolayısıyla görev süresi biten yönetim kurulu üyesi olgusal olarak bu görevi devam ettiriyorsa kendisinin “fiili organ” olarak nitelenmesi mümkün olabilir; fakat bu durum onun şirketin yetkili bir temsilcisi olduğu anlamına gelmez<sup>134</sup>. Nitekim güncel İFM içtihadı<sup>135</sup> da bu yöndedir. Bu nedenle, eski yönetim kurulu üyelerinin fiili organ olarak nitelendirilmelerinden bağımsız olarak temsil yetkileri bulunmamaktadır ve yapılan işlem yetkisiz temsilin sonuçlarına tabi olacaktır. Yani şirket bu işleme icazet verebilir ve bu durumda işlemle bağlı olur; aksi hâlde ise işlem şirketi bağlamaz. Öte yandan İFM’nin de isabetle belirttiği üzere, kimi hâllerde yapılan işleme icazet verilmesi de görünüşe güvenin korunması nedeniyle işlemin şirketi bağlaması mümkün olabilir<sup>136</sup>. Ancak bu sonuç, fiili organların şirketi temsil yetkisi olmasından kaynaklanmaz<sup>137</sup>.

Öte yandan, eski yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkisi bulunmadığının kabulü, çözülmesi gereken önemli bir sorun yaratır. Acaba, şirket ya da diğer menfaat sahiplerinin menfaatlerinin gerektirdiği işlemlerin yapılması mümkün olmayacak mıdır? Nitekim, yönetim kurulunun yetkilerinin tamamen ya da kısmen devam edeceğinin kabulündeki temel gerekçe, süresinde genel kurul toplantısı yapmayı ihmal eden binlerce şirketin faaliyetlerine devam edebilmesinin sağlanmasıdır. Şirketin devamının sağlanmasında elbette, şirket tüzel kişiliğinin yanında, bu şirketin alacaklılarının, çalışanlarının ve pay sahiplerinin menfaati olabilir. Örneğin süresi biten yönetim kurulunun şirkete gelen ödeme emrine itiraz etmesine izin verilmesi şirketin; çalışanların maaşlarının ya da alacaklıların alacaklarının ödenebilmesi ise menfaat sahiplerinin menfaatinedir. Maaşların ya da borçların ödenmesi için bankaya talimat verilmesi örneğinde olduğu gibi, üçüncü kişi bankanın, yönetim kurulu üyesinin yetkisiz olduğunu sicilden tespit etmesi ve onunla işlem yapmaktan kaçınması nedeniyle alacaklıların zarar görmesi mümkündür. Benzer şekilde, üçüncü kişinin işlem yapmaması nedeniyle kârlı bir fırsatın

<sup>134</sup> Altınok Ormancı, s. 1278; Hasan Pulaşlı, “Anonim Şirketin Hukuki İşlemlerde Fiili Organ Tarafından Temsil Edilip Edilemeyeceği Sorunu”, Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan, Ankara 2022 (Fiili Organ), s. 520; Kayıklık, s. 19. Aksi görüş için bkz. Akdağ Güney, s. 354.

<sup>135</sup> BGE 146 III 37. Ayrıca bkz. Akın/Kuru, s. 19-22; Pulaşlı, Fiili Organ, s. 497-504.

<sup>136</sup> Anonim ortaklığın temsili bağlamında görünüşe güvenin korunabileceği örnekler için bkz. Kayıklık, s. 325-328.

<sup>137</sup> İşlemin şirketi bağlaması ile fiili organın temsil yetkisinin birbirinden farkına haklı olarak işaret eden görüş için bkz. Akın/Kuru, s. 33.



kaçırılması, ödeme emrine itiraz edilememesi<sup>138</sup> ya da konkordato talebinde bulunulamaması nedeniyle şirketin zarar görmesi de mümkündür. Ancak, bu durum Kanun'un emredici hükümlerinin hiçe sayılarak yönetim kurulunun yetkilerinin devamına gerekçe olamaz. Zira, yönetim kurulunun süre sonunda yetkilerinin sona ereceği kabul edilse bile, şirketin gündelik/olağan iştiğal konusu için gerekli, birçok acil ve zorunlu işlemin yapılabilmesi mümkündür.

Evvvela, iflas başvurusunda bulunmak gibi yönetim kurulunun devredilemez yetkileri dışında kalan işlemlerin TTK 371/7 uyarınca atanan sınırlı temsil yetkili kişiler tarafından yerine getirilmesi mümkün olabilir<sup>139</sup>. Benzer şekilde, temsil yetkisinin bir yönetim kurulu kararına istinaden verilmesi hâlinde de bu yetkinin şirketin temsilcisi değil, organı tarafından verilmesi nedeniyle süre kısıtı engel teşkil etmemelidir. Zira öğretide<sup>140</sup> haklı olarak işaret edildiği üzere yönetim kurulu tarafından temsil yetkisi verilmesi, borçlar hukuku anlamında alt temsil verilmesinden farklıdır. Çünkü şirketin organı adeta şirketin kendisidir<sup>141</sup> ve organ tarafından açıklanan irade de şirketin iradesidir<sup>142</sup>. Her ne kadar, yönetim kurulunun anonim şirketin temsil organı olduğu belirtilse de burada borçlar hukuku bağlamında temsile ilişkin öğeler barındırmakla birlikte teknik anlamda temsil ilişkisi söz konusu değildir<sup>143</sup>. Bu ihtimalde temsil yetkisi organ aracılığıyla doğrudan şirket tüzel kişiliği tarafından tanınmaktadır. Yani bir temsilcinin başka bir kişiyi alt temsilci olarak ataması söz konusu değildir. O hâlde yönetim kurulu, kendi görev süresini aşan bir süre için temsil yetkisi verebilir ve bu yetki yönetim kurulu üyelerinin görev süresi sona erdikten sonra da varlığını korur<sup>144</sup>. Yani yönetim kurulunun görev süresi sona erdikten sonra da şirketin

<sup>138</sup> Danıştay, görev süresi sona erse de yeni üyelerin seçiminin yapılmaması nedeniyle eski üyelerin şirkete yapılan ödeme emrine itiraz edebileceğini belirtmiştir. Bkz. Danıştay Kararı - 9. D., E. 2008/3124 K. 2010/5803 T. 3.11.2010. (lexpera.com).

<sup>139</sup> **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 472.

<sup>140</sup> **Kayıklık**, s. 129-130.

<sup>141</sup> Nitekim TMK 50'ye göre, "Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludur."

<sup>142</sup> **Arıcı**, s. 159. Yazar haklı olarak organ ile kanuna uygun şekilde seçilmiş organları kastettiğini, öte yandan fiili organların bu kapsamda olmadığını vurgulamaktadır. Bkz ae, s. 159.

<sup>143</sup> **Altınok Ormancı**, s. 1265. Organsal temsil kavramı için ayrıntılı bilgi için bkz. **Kayıklık**, s. 7 vd.

<sup>144</sup> Yönetim kurulunun tüm üyelerinin görevi sona ermiş olsa dahi, kurul tarafından atanan ticari mümessil ve ticari vekillerin yetki ve görevlerinin son bulmayacağı yönünde bkz. **Pulaşlı**, Genel Esaslar, s. 416, 417. Noterler birliği genelgesinde de, yönetim kurulu

acil işleri iradî temsil yoluyla görülebilecektir. Öte yandan, yönetim kurulunun görev süresinin dolması ve dolayısıyla yetkilerinin ortadan kalkması, onların yetkilerini devrettiği murahhasların da yetkilerinin sona ermesine neden olur<sup>145</sup>. Bu nedenle burada işaret edilen çözüme yetki devri değil, iradi temsil yoluyla ulaşılması olanaklıdır.

### C. Eski Yönetim Kurulu Üyeleri ile İşlem Yapan Üçüncü Kişilerin Korunması

Yetkisi olmamasına rağmen bir işlemin eski yönetim kurulu üyeleri tarafından yapılması ve bu işleme yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanacak olması ihtimali şüphesiz öncelikle işlemin karşı tarafı için risk oluşturur. İFM, süre sonunda yönetim kurulunun yetkilerinin sona ereceğine hükmettiği kararında<sup>146</sup>, sicil kayıtlarının<sup>147</sup> kural olarak iyi niyetli üçüncü kişilerin menfaatini koruyacağını (OR 936b/3), zira bu kişilerin ancak sürenin bittiğini bilmeleri halinde, işlemin kendilerini bağlamayacağını belirtmiştir<sup>148</sup>. Öte yandan TTK'da, sicile güvenin korunacağına ilişkin OR 936b/3 hükmüne paralel genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, TTK 422 uyarınca, genel kurulda alınan kararların belirtildiği tutanağın ticaret sicili müdürlüğüne verilmesi ve bu tutanakta yer alan tescil ve ilana tabi hususları tescil ve ilan ettirilmesi gerekir. İşte, yönetim kurulu seçimi de bu kapsamda tescil ve ilana tabidir<sup>149</sup>. Ayrıca, TTK 370'te<sup>150</sup> öngörülen birlikte temsil kuralından farklı bir temsil usulü öngörülmek istenirse, yönetim kurulunun TTK 373'e

---

tarafından yetkilendirilen kişilerin bu yetkilerinin yetkiyi veren ya da onun yerine geçen yönetim kurulu tarafından geri alınmadıkça hukuken geçerliliklerini koruyacağı, ve imza sirküleri ile yetki belgesini ibraz eden şirket yetkililerinin noterliklerde işlem yapabilmelerinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Bkz. <https://portal.tnb.org.tr/Lists/BirlestirilmisGenelgelerListesi/Attachments/16/Birlestirilmis%20Genelge%202016.pdf> (Erişim tarihi, 19.08.2024).

<sup>145</sup> **Kayıklık**, s. 130.

<sup>146</sup> BGE 148 III 69.

<sup>147</sup> İsviçre hukukunda da yönetim kurulu üyeliğindeki her değişikliğin sicile bildirilmesi gerekir. Bildirim imzaya yetkili yönetim kurulu üyesi yanında ayrılan kişi tarafından da yapılabilir. Bkz. **Facincani/Plüss**, CHK - Handkommentar, Art. 710, N. 4.

<sup>148</sup> BGE 148 III 69, 75, 76.

<sup>149</sup> TTK 339 uyarınca ilk yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmeyle atanır ve esas sözleşmenin tamamı tescil ve ilan olunur (TTK 354/1). Tescil edilen hususlarda meydana gelen değişikliklerin de tescil ve ilan edilmesi gerektiğinden (TTK 31, 35), sonraki yönetim kurulu üyelerinin tamamının da tescil ve ilanı zorunludur. Bkz. **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 452.

<sup>150</sup> “Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.”

göre bir karar alarak, temsile yetkili kişileri ve bunların temsil şekillerini belirlemesi ve bu kararın da tescil ve ilan edilmesi gerekir. Dolayısıyla, her durumda ticaret sicil gazetesinde, yönetim kurulu üyelerinin seçim kararı ile yetki devri yapıldıysa temsil ilzam kararı görünmektedir. Bu nedenle, şirketin eski yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine ilişkin sicil kaydı düzeltilmediği sürece, sicilin olumsuz etkisi gereği, onun tarafından yapılan işlemle şirketin bağlı olması gerekir<sup>151</sup>.

İlan edilen genel kurul ve yönetim kurulu kararında süre, herhangi bir şüpheye yer vermeyecek açıklıkta ise, artık üçüncü kişinin korunmasına gerek yoktur<sup>152</sup>. Bu durumda işlem ancak şirket tarafından icazet verilmesi ile bağlayıcı olur. İcazet verilmesi gereken hallerde açık ya da örtülü şekilde verilebilecek bu icazetin yeni yönetim kurulu tarafından verilmesi gerekir. Yine, kanunda öngörülen azami süreyi aşan seçim kararı tescil ve ilan edilse dahi üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunması söz konusu olmaz<sup>153</sup>. Öte yandan, genel kurul kararında süre belirtilmemiş ya da tartışmaya açık şekilde muğlak olarak belirtilmişse, bu yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemle şirket bağlı olacaktır. Burada şu hususun da belirtilmesinde fayda vardır. Her ne kadar, TTK 371 uyarınca, yönetim kurulunun yetkilerinin birlikte temsil ve şube dışında sınırlandırılmayacağı, böyle bir sınırı içeren karar tescil ve ilan edilse dahi bunun üçüncü kişinin iyi niyetini ortadan kaldırmayacağı belirtilmiş olsa da sürenin izin verilmeyen bir sınır olarak nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>154</sup>. Zira bu iradi bir sınır değil, kanundan kaynaklanan bir sınırdır ve bu da üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasında bulunmasına engel teşkil eder.

Son olarak belirtmek gerekir, şirketle işlem yapan iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması ancak bu ilişkinin hukuki işlemler nedeniyle kurulması hâlinde söz konusu olur. Buna karşılık, şirket tarafından bir hukuki işlem yapılması olarak sayılamayan örneğin vergi tarhi gibi hususlarda sicilin olumsuz fonksiyonuna dayanılmaz<sup>155</sup>.

<sup>151</sup> **Domanıç**, s. 482; **İzmirli**, s. 121; **Pulaşlı**, Şerh, s. 1309; **Arıcı**, s. 165; **Sarıkaya**, s. 200; **Kayıklık**, s. 130.

<sup>152</sup> Görev süresi sonunda yönetim kurulu üyelerinin yetkilerinin sona ermesiyle, onlar tarafından yapılan işlemin belirli şartlarda şirketi bağlamasının farkına haklı olarak değinen görüş için bkz. **Moroğlu**, s. 390, 391.

<sup>153</sup> **Domanıç**, s. 481.

<sup>154</sup> Üçüncü kişilerden görev süresini kontrol etmelerinin beklenemeyeceği yönünde, **Domanıç**, s. 482. Öte yandan yazar, ticari temsilciler için öngörülemeyecek süre sınırı gibi izin verilmeyen sınırlamaların iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği kuralının yönetim kurulu için geçerli olmadığını belirtmektedir. Bkz. ae, s. 481.

<sup>155</sup> **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 473.

## SONUÇ

Bu çalışmada, görev süresinin sonunda yönetim kurulu üyeliğinin ve üyeler için öngörülen hak ve yükümlülüklerin sona ereceği savunulmaktadır. Gerek TTK'da gerek OR'de organ eksikliğini gidermek için bir sürü yol öngörülmüşken, sırf birçok şirketin, ihmalen ya da bilinçli olarak süresinde genel kurullarını toplamamaları gerçeği nedeniyle, soruna kanuna aykırı karar vererek çözüm üretmenin mahkemelerin ya da öğretinin görev ve yetkisinde olmadığı düşünülmektedir<sup>156</sup>. Kaldı ki, kanunda aksi yorumun yapılmasına izin veren bir değişiklik yapılmadığı sürece meseleye, içtihadı birleştirme kararı verilmeksizin, Yargıtay kararları ile çözüm bulunması fiilen mümkün değildir. Bu nedenle, görev süresinin sona ermesi üyeliği kendiliğinden sona erdiren bir hâldir. Süresi bitmesine rağmen şirketi yönetmeye devam eden eski yöneticiler ise ancak fiili organ olarak nitelendirilebilir ve belirli şartlarla sorumlulukları söz konusu olabilir. Yönetim kurulunun bulunmaması her ne kadar şirketin organsız kalmasına yol açacaksa da bunun hemen fesih davası açılmasına sebep olmayacağı, kaldı ki açılan fesih davasında bile mahkemelerin soruna çözüm bulma yetkisi olduğu unutulmamalıdır. İşte şirketin organsız kaldığı kabul edilen o ara dönemde de şirketin süresi içinde yetkilendirilmiş iradi temsilcilerle acil işlemlerini yapabilmesi mümkündür. Çoğu zaman, eski üyelerin seçimine ilişkin kaydın sicilden terkin edilmediği sürece, sicil olumsuz fonksiyonu gereği, iyi niyetli üçüncü kişilerin, işlemin ayakta tutularak korunacağı da unutulmamalıdır.

---

<sup>156</sup> Yargıtay 11. HD. üyesi Sn. Mustafa Acır'ın genel kurulunu süresinde yapmadığı için organsız kalan binlerce şirketin feshinin istenmemesi nedeniyle soruna Yargıtay'ın çözüm bulması yönündeki itirazına Teoman da bunun devletin görevi olduğuna dikkat çekmiştir. Bkz. **Teoman** (Süre, Tartışmalar bölümü), s. 31. Ayrıca bkz. BGE 148 III 69, 74-76.

**KAYNAKÇA**

- Akdağ Güney**, Necla: Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Akın**, Murat Yusuf/**Kuru**, Özge: “Anonim Şirketlerde Fiili Organın Temsil Yetkisinin Varlığı Sorunu: İsviçre Federal Mahkemesi’nin 9 Ekim 2019 Tarihli Kararı Çerçevesinde Bir Değerlendirme (BGE 146 III 37)”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2022, C. 8 S. 1, s. 17-42.
- Alışkan**, Murat: “Görev Süresi Dolan Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Görev ve Yetkilerinin Devam Etmesi”, XXXIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021, s. 9-49.
- Altınok Ormancı**, Pınar: “Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar”, İHM, C. 79, S. 4, 2021, s. 1261-1283.
- Arıcı**, Mehmet Fatih: “Ticaret Ortaklığınca Avukata Vekâlet (Temsil Yetkisi) Verilmesi ve Bu Vekâlete, Organ Temsilcinin Yetkisinin Sona Ermesinin veya Sınırlanmasının Etkisi”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt I, İstanbul 2007, s. 127-170.
- Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, C. II, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960.
- Ayan**, Özge: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara 2013.
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara 2022.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- Bahtiyar**, Mehmet/**Hamamcioğlu**, Esra: Yeni TTK’ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- Bauen**, Marc/**Venturi**, Silvio: Swiss Board of Directors Organisation Powers Liability Corporate Governance, Schulthess, Zürih Basel Cenevre 2009.
- Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, 5. Bası, 2022.
- Büchler**, Christoph B.: ZK - Zürcher Kommentar, Herausgeber: Lukas Handschin, 3. Bası, Schulthess, Zürih Basel Cenevre 2018.

- von der Crone, Hans Caspar/Trautmann, Matthias:** “Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft”, SZW, S. 5, 2012, s. 461-476.
- Domaniç, Hayri:** Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi-II, Temel Yayınları, İstanbul 1988.
- Druey, Jean Nicholas/Druey Just, Eva/Glanzmann, Lukas:** Corporate and Commercial Law, 12. Bası, Schulthess, Zürich 2021.
- Eminoğlu, Cafer:** Şirketler Hukuku Şerhi, Ed. Kemal Şenocak, Cilt 2, Seçkin Yayınları, Ankara 2023 (Şerh).
- Eminoğlu, Cafer:** Anonim Şirket Özelinde Fiilî Yönetim Organı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022 (Fiilî Organ).
- Eminoğlu, Cafer:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Görev Sürelerinin Dolması Bağlamında Organ Yokluğu Sorunsalı, XXXIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2021, s. 53-84 (Organ Yokluğu).
- Eriş, Gönen:** Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Bası, Cilt II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017 (2017).
- Eriş, Gönen:** Ticari İşletme ve Şirketler, 2. Bası, Cilt I, En-Kay Yayınevi, Adana 1992 (1992).
- Facincani, Nicolas/Wissler, Seline:** “BGer 4A\_496/2021: Keine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandates”, AJP, S. 3, 2022, s. 279-283.
- Facincani, Nicolas/Plüss, Adrian:** Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Bası, Schulthess, Zürich Basel Cenevre 2024.
- Fleischer, Holger:** “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, AG, C. 10, 2004, s. 517-528.
- Forstmoser, Peter/Untersander, Oliver:** “Entwicklungen im Gesellschaftsrecht -- Handelsgesellschaften und Genossenschaften -- und im Wertpapierrecht”, SJZ, S. 95, 1999, s. 470-477.
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter:** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Günaydın, Burcu:** Anonim Şirkette Zorunlu Organ Eksikliğine Dayanan Fesih Davası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- İzmirli, Yadiğâr:** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesinin Hukuki Sonuçları, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2001.

- Häusermann, Daniel M./Müller, Matthias, P. A.:** “Ende der Amtszeit des nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrates”, GesKR 2022, S. 2, s. 278-285.
- Helvacı, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.
- Kayıklık, Abdurrahman:** Anonim Şirketin Temsili, İstanbul 2024.
- Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar:** Anonim Şirketler Hukuku C. I, Temel Kavram ve İlkeler Kuruluş Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.
- Kilchmann, Jörg:** “Stillschweigende Verlängerung Des Verwaltungsratsmandats”, EF 10/22, s. 503-507.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 4. Bası’dan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Kortunay, Ayhan:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Alma Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- Krnet, Georg:** Verwaltungsrat, 2. Bası, Stämpfli, Bern 2005.
- Moroğlu, Erdoğan:** “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri ile Denetçilerinin Görev Süreleri”, Makaleler I, 3. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s. 389-400.
- Müller, Karin/Lang, Michèle:** Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2022, ZBJV 160/2024, s. 1-27.
- Müller, Roland/Lipp, Lorenz/Plüss, Adrian:** Der Verwaltungsrat, 5. Bası, Schulthess, Zürich Basel Cenevre 2021.
- Özdin, Funda:** “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimine İlişkin Genel Kurul Kararının Hükümsüzlüğünün Yönetim Kurulunca Alınan Kararlara ve Bu Kararlara Dayanılarak Yapılan İşlemlere Etkisi”, TFM, C. 9, S. 2, 2023, s. 285-305.
- Paslı, Ali:** “COVID-19 Salgınının Anonim ve Limited Ortaklık Yıllık Olağan Genel Kurul Toplantılarına Etkisi: Güncel Koşullar Süreken Genel Kurul Kararı Alınabilir Mi?,” Ticaret Kanunu.Net , C.1, S.1, 2020.

- Plüss**, Adrian: § 13 Der Verwaltungsrat Art. 707-722, 726 OR, Das Aktienrecht Kommentar der ersten Stunde BK Berner Kommentar, Stämpfli, Bern 2023.
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022 (Şerh).
- Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022 (Genel Esaslar).
- Pulaşlı**, Hasan: “Anonim Şirketin Hukuki İşlemlerde Fiili Organ Tarafından Temsil Edilip Edilemeyeceği Sorunu”, Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 493-523 (Fiili Organ).
- Sarıkaya**, Merve: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Sıfatının Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.
- Sethe**, Rolf/**Humbel**, Claude: “Entwicklungen im Gesellschafts- und Wertpapierrecht”, SJZ S. 118, 2022, s. 1017-1026.
- Soykan**, İsmail Cem: Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- Stach**, Patrick: Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht OFK - Orell Füssli Kommentar, 4. Bası, Zürich 2023.
- Sunaric**, Predrag: Kurzkomentar OR Obligationen-recht, Hrsg. Henrich Honsell, Basel 2014.
- Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Teoman**, Ömer: “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Görev Süresinin Sona Ermesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXV, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2012, 11-27 (Süre).
- Teoman**, Ömer: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Tüm Makalelerim C. III: 2002-2010, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (YK).
- Üçışık**, Güzin/**Çelik**, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Vischer**, Markus/**Hohler**, Dominik/**Eckert**, Fabrice: “Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats”, GesKR, S. 3, 2014 s. 405-410.





## DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİN TOPLUM SÖZLEŞMESİ VE MEŞRUIYET EKSENİNDE TEMELLENDİRİLMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1508569>

Arş. Gör. Dr. Selim MİSAFİR\*

### Öz

Devlet gibi toplumsal yapıların henüz ortaya çıkmadığı dönemlerde de cezalandırmaya başvurulduğu görülmektedir. Cezalandırmanın ilk görünüşleri diyebileceğimiz sistematik olmayan bu uygulamalarda, kamusal bir yetki söz konusu değildir. Devletli toplumların ortaya çıkışı ile cezalandırma yetkisinin zamanla devlet tekeline geçtiği öne sürülür. Toplum sözleşmesi teorisine göre, siyasal toplumu kurmak amacıyla hareket eden insanlar; cezalandırma yetkisini devlete devretmişler ve böylece bu yetki devlet tekeline girmiştir. Modern devlet ile devletin cezalandırma yetkisi, meşru şiddet tekeline sahip egemen gücün yönetimi altında işlerlik kazanmıştır. Tarihsel süreç itibarıyla egemenlik anlayışında yaşanan dönüşümün söz edilen cezalandırma yetkisinin kullanımını ve genel olarak cezalandırma sistemini etkilediği görülmektedir. Günümüzde egemenliğin sınırsız olmamasına uyar biçimde devletin cezalandırma yetkisinin sınırsız olduğundan söz edilememekte ve dolayısıyla toplumsal yaşamın devamı bakımından kaçınılmaz olduğu bir gerçek olan bu yetkinin meşruiyetinin kimi durumlarda sorgulanması gündeme gelmektedir. Bu çalışmanın amacı, değişime uğrayan ceza adalet sisteminde devletin üstlenmiş olduğu rolün toplum sözleşmesi teorisi ekseninde kamu hukukundaki izleri ve hukuki temelleri bakımından meşruiyeti üzerinde durmaktır.

### Anahtar Kelimeler

Cezalandırma, Ceza Adaleti, Devletin Şiddet Tekeli, Meşruiyet, Toplum Sözleşmesi Teorisi

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Antalya (selimmisafir@gmail.com) ORCID: 0000-0002-9268-6104 (Gönderim Tarihi: 01.07.2024-Kabul Tarihi: 23.10.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**FUNDAMENTALS OF THE STATE'S AUTHORITY  
TO PUNISH CRIME ON THE AXIS OF  
SOCIAL CONTRACT AND LEGITIMACY**

*(Research Article)*

**Abstract**

*The punishment has also been used in periods when social structures such as states had not yet emerged. In these non-systematic practices, there is no public authority. With the emergence of state societies, it is argued that the authority to punish crime gradually passed to the state monopoly. According to the social contract theory, people who act to establish a political society transferred the authority to punish to the state. Thus, this authority became a state monopoly. The use of the said authority to punish crime and system of punishment has been affected by the transformation in the understanding of sovereignty. It is a fact that sovereignty is not unlimited in modern state. Similarly the state's authority to punish crime is not unlimited although it is clearly inevitable in social life. And in some cases the legitimacy of the authority to punish crime is questioned. The aim of this study is to focus on the legitimacy of the state's role in the improving criminal justice system in terms of its legal foundations and to include its traces in public law on the axis of the social contract theory.*

**Keywords**

*Criminal Justice, Legitimacy, Monopoly on Violence, Punishment, Social Contract Theory*

## GİRİŞ

Devletsiz toplumlar zamanlarına denk düşen aile ve kabilenin yükseldiği ilk dönemlerde insanoğlu, şahsı ya da mülkü tehlikede olduğunda ya da bir başkası tarafından zarar gördüğünde hukuku kendisi uyguluyordu. Kişi, kendi kendinin yargıcı ve intikamcısıydı. Kişisel intikam, eski çağ uygarlıklarında ihkak-ı hak<sup>1</sup> uygulamalarına neden oluyordu. ‘Bana verdiğin zarara karşı ben de sana zarar vermeliyim’ yaklaşımını esas alan bu düşünce, intikam gütmekteydi. Kısasa dayanan ‘güçlü haklıdır’ biçimindeki bu sistem, bir ceza adalet sistemi ile değiştirilerek revize edildi. Devlete atfedilen cezalandırma yetkisine dayanan yeni sistem, herkesin barış içinde yaşamasının temelini teşkil etmenin ve kişilere barışçıl davranma ödevi yüklemenin<sup>2</sup> yanı sıra kişisel intikama karşı kamusal intikamı ikame etmenin ötesinde daha adil bir toplumsal düzen idealini ifade etmektedir.

Devletin cezalandırma yetkisi ve bunun sınırları, genel kamu hukuku, ceza hukuku gibi kamu hukukunun farklı alanları ile ilişkilidir<sup>3</sup>. Kapsamlı araştırmalar yapılması gerektiği anlaşılan konunun Türkçe basılı yayınlarda ve genel itibarıyla Türkçe yazında kimi yönleriyle üzerinde çalışılmaya başlandığı görülmektedir. Bu kısa çalışmada konu, ancak belirlenen toplum sözleşmesi ve meşruiyet eksenindeki etkileşimi ile ele alınarak incelenebilecektir.

## I. CEZANIN ANLAMI VE CEZALANDIRMA KAVRAMI

Kabul edilebilir olmayan bir fiil ya da duruma karşılık olarak bir kişi veya varlığa acı verecek ya da onu bir şeyden mahrum edecek bir yaptırımı ifade eden ceza kavramı, hukuk alanında terim anlamıyla; egemen güç olan devletin kamu düzenini bozan suça karşılık olan yaptırımı uygulamasıdır. Cezalandırma kavramı ise, ceza hukukunda karşılığını bulduğu dar anlamı

<sup>1</sup> Kişinin hakkı olduğunu düşündüğünü gayri hukuki yol ve yöntemlerle bizzat elde etmesine ihkak-ı hak denmektedir. Anayasal demokratik hukuk devletinin hüküm sürdüğü herhangi bir hukuk düzeni, sahip olduğu meşru otoriteyi sarsabilecek bu gibi bir fiile izin vermemektedir. Modern hukuk sistemlerinde kişinin hukuku kendi yöntemleriyle yerine getirmeye çalışması, bu yüzden mümkün değildir. İhkak-ı hak yasağı, -istisnai haller dışında- kamu güvenliğinin sağlanması bakımından zaruri görülür. Aksi hali, kamu düzenini bozacak ve kaosa neden olacaktır.

<sup>2</sup> **Klein**, Eckart: “Devletin Şiddet Tekeli”, Çev. Ali Emrah Bozbayındır, Anayasa Teorileri, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 647.

<sup>3</sup> **Metin**, Yüksel/**Dinler**, Veysel: “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları”, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2012, s. 3.

ile suç işleyen faile devletin ceza verme uygulaması iken genel kamu hukuku perspektifinde geniş anlamı ile egemen olanın bireyleri disipline etme ve kontrol altında tutmasına ilişkin cezai süreçlerinin tamamını ifade etmektedir<sup>4</sup>. Bu manada cezalandırma, toplumsal disiplini sağlamaya yarayan iktidarın işleyişine ilişkin araçlardandır<sup>5</sup>.

İlk insanlara dair anlatılan menkıbelerde karşılaşılan suç ve ceza olgularının insanlık kadar kadim olduğu görülür. Devletsiz toplumlarda dahi suç ve cezalardan bahsetmek mümkündür<sup>6</sup>. Bir hukuk sisteminin ortaya çıkmadığı dönemlerde de toplumsallığın gereği olarak çeşitli cezai yöntemlere rastlanmaktadır<sup>7</sup>. Bu dönemlerde karşılıklılık esasından ve toplumsal tepkiden doğan yaptırımları ihtiva eden saiklerle cezalandırmaya başvurulmuştur<sup>8</sup>.

Cezalandırmanın amacı, birlikte yaşama arzusuyla bir araya gelen insanlar arasında güvenliği sağlamaktır. Esasen cezalandırmanın amaçları iki grupta toplanabilir: Misilleme reaksiyonunu ifade eden birinci amaç ödetmeye hizmet etmekte iken, birey ve topluma karşı yönelecek suçun işlenmeden önce önüne geçilmesini hedefleyen ikinci amaç ise önlemeye hizmet etmektedir<sup>9</sup>. İlki, cezalandırma amacını geçmişe atfeder. Bu görüşe göre, cezalandırma süreci geçmişle hesaplaşmaya dönüşmektedir. Suç işleyerek hukuka aykırı davranan ve toplumsal düzeni bozan kişi, bunun bedelini ödemelidir. İkinci görüş ise, işlenen suçun geleceğe dönük sonuçları ile ilgilenmektedir. İslah kavramını temel alan bu görüşe göre, kişilerin gelecekte tekrar suç işlemesinin önüne geçebilecek bir cezalandırma süreci dikkate alınmalıdır.

Cezalandırmanın amacının her iki görüşün ortaya koyduğu hususları kümülatif olarak kapsadığını söylemek gerekir. Bu bakımdan cezalandırma süreci, geçmiş ve gelecek ile bağlantılı olarak suça ilişkin tamamlayıcı bir işlevsellik üstlenmektedir<sup>10</sup>. Günümüzde her iki görüşün birleşimi denebile-

<sup>4</sup> **Dinler**, Veysel: Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2013, s. 28.

<sup>5</sup> **Özdek**, Yasemin: “Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarındaki Dönüşümler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 33, Sayı 4, 2000, s. 22.

<sup>6</sup> Bkz. **Clastrès**, Pierre: Devlete Karşı Toplum, Çev. Mehmet Sert/Nedim Demirtaş, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1991, s. 143 vd.

<sup>7</sup> **Dinler**, s. 50.

<sup>8</sup> **Özcan**, Mehmet Tevfik: “Yazılı Hukukun Hareket Noktası Olarak İlkel Hukuk”, Anadolu Araştırmaları, Sayı 12, 1990, s. 61-62.

<sup>9</sup> **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 573-574.

<sup>10</sup> **Dinler**, s. 91.

cek karma görüş, yaygın kabule mazhar olmuştur<sup>11</sup>. Aslında cezalandırmaya genelde atfedilmiş üç amaç vardır: İntikam, caydırma ve ıslah. Fakat günümüzdeki -modern anlayış diyebileceğimiz- eğilimin intikamı ceza hukukunda ve cezalandırma sisteminde işlevsiz kılmaya yönelik olduğu görülmektedir<sup>12</sup>.

Bu hususta ‘ceza hukukunun amacı bağlamında nihai hedef toplumun suçtan korunması, faillerin caydırılması ya da ıslahı mıdır?’ sorusu akla gelmektedir. Esasında ceza hukukunun amacı cezalandırma, cezalandırmanın amacı ise caydırma ve ıslahıdır. Diğer bir ifade ile ceza hukukunun amacı aslında yöntemidir ki bu da cezalandırmadan başka bir şey değildir. Zira cezanın ödetme özelliği, onun varlık nedeni olup özü ve esasından ayrı değildir<sup>13</sup>. Hukuk otoritelerine göre, doğal olarak cezalandırmanın nihai amacı da toplumun korunmasıdır. Nitekim hukuka dair sorunları çözebilmek, ancak toplumsal olanı irdelemekle olanaklı hale gelir<sup>14</sup>. Ceza hukukunun toplumu koruması gerektiği varsayılmaktadır ancak bunun uygulamada başarılı olduğunu söylemek güçtür. Buna rağmen cezalandırma, bugüne kadar toplumun icat ettiği en etkili meşru müdafaa silahlarından biri olarak öne çıkmaktadır.

## II. CEZAYA İLİŞKİN İLK UYGULAMALAR VE CEZALANDIRMA SİSTEMİNİN GELİŞİMİ

Toplumsal yaşamın düzenli biçimde yürütülmesine katkıda bulunan başat araçlardan biri olan cezalandırmanın kökeni, çok eskidedir. Öyle ki yazı dahi, yasa için icat edilmiştir<sup>15</sup>. İlkel toplumlarda yasa, hafızalarda yer etmek ve hiçbir zaman unutulmamak üzere vücuda yazılmıştır<sup>16</sup>. Devlet gibi toplumsal kurumların henüz oluşmadığı zamanlarda da cezalandırma vakidir. Nitekim ilkel uygulamalar olarak, cezaya konu yasak pek çok davranış ve bunlara karşı cezalandırmaya konu yaptırımlar<sup>17</sup> bulunmaktadır<sup>18</sup>. Ancak

<sup>11</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 574.

<sup>12</sup> Hukuk, vatandaşları intikam duygularına olan bağlılıklarından vazgeçmeleri konusunda aşama aşama eğiterek alıştırmaktadır. Whitman, James Q.: “Between Self-Defense and Vengeance/Between Social Contract and Monopoly of Violence”, Tulsa Law Review, Cilt 39, Sayı 4, 2003, s. 910.

<sup>13</sup> Hafizoğulları, Zeki: Ceza Normu, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, s. 191.

<sup>14</sup> Hafizoğulları, s. 20.

<sup>15</sup> Clastres, s. 143.

<sup>16</sup> Clastres, s. 151.

<sup>17</sup> Özcan, bu yaptırımları tamamen hukuk dışı toplumsal kontrol yaptırımları ve hukukun gözlemlendiği ilkel toplumların yaptırımları olarak ikiye ayırmaktadır. İlk ayrımına Eskimo ve Kalinga halklarını, ikinci ayrımına ise Cheyenne ve Ashanti halklarını örnek vermektedir. Bkz. Özcan, s. 63 vd.

kamusal yetkiden bahsedilemeyen bu uygulamalarda, insan doğasının ürünü olan farklı adalet yaklaşımları geçerlidir<sup>19</sup>. Suçluya karşı toplumun gösterdiği reaksiyon, Tanrıya özgü adalet anlayışı ile kesişen biçimde ve dinsel niteliktedir<sup>20</sup>.

İkel uygulamalarda cezalandırma felsefesine esas olan düşüncelerin başında, kefaret ve ibret konuları gelmektedir. Kefaret düşüncesinin temelinde, suç işleyen kişinin iç dünyasında manevi bir ıstırap yaşatılması maksadı yatmaktadır. Böylece, suçlunun yaptığı eylemin karşılığı olarak yaşayacağı mahkûmiyetle arınabileceği fikri öne çıkmaktadır. Suçu aynı zamanda bir günah olarak değerlendirdiği görülen kefaret yaklaşımının özellikle din odaklı bir cezalandırma felsefesinin yansıması olduğu söylenebilir. Dini kurallar, cezai yaptırımlar üzerinde belirleyici olmuştur<sup>21</sup>. İnsanlığın ilk günlerinden laik dönemlere kadar iktidar sahibi egemen güçler, her hukuki muamelede olduğu gibi suç ve cezaların tayininde de Tanrısal iradeye dayanma yoluna gitmişlerdir<sup>22</sup>.

Eski uygarlıkların cezalandırma anlayışının bir diğer dayanak noktası olan ibret, işlenen suç ile kamusal barış ve düzenin bozulmasının cezasız kalmamasının toplumun diğer bireyleri için bir kıstas olması ile açıklanmaktadır. Acımasız da olsa yasa yasadır anlamına gelen<sup>23</sup> Latince *dura lex sed lex* tabiri, cezalandırma sürecinde ibretin önemini altını çizen bir Roma hukuku ilkesidir. Cezaların ibretlik olabilmesi için yaptırımların şekil ve içerik boyutlarıyla işkenceye varacak oranda dozunun artmasına neden olan ibret düşüncesi, dayak, zindan, kürek, sürgün, idam gibi cezalandırma türlerini ortaya çıkarmıştır<sup>24</sup>. Geç Ortaçağ'dan itibaren intikam, kefaret ve ibret gibi düşüncelerin etkilerinin azalmaya başladığı öne sürülmektedir<sup>25</sup>.

Cezalandırma sisteminin gelişmesinin arka planında yatan pek çok neden sıralanabilir. Tarihsel süreçte, yasa ve kılıcı elinde tutan egemen gücün ceza hukukunu geliştirmek maksadıyla değiştirmesinin sebepleri olarak<sup>26</sup>;

<sup>18</sup> **Dinler**, s. 49.

<sup>19</sup> **Selçuk**, Sami: "Eski Çağlarda Suç Hukuku", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 1016.

<sup>20</sup> **Selçuk**, s. 1016.

<sup>21</sup> **Dinler**, s. 90.

<sup>22</sup> **Selçuk**, s. 1016.

<sup>23</sup> **Clastres**, s. 143.

<sup>24</sup> **Dinler**, s. 90.

<sup>25</sup> **Schlink**, Bernhard: Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk, Çev. Reyda Ergün, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2012, s. 25.

<sup>26</sup> Bu konuda bkz. **Akal**, Cemal Bâli: İktidarın Üç Yüzü, 6. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 137 vd.

halkı arasında barışı sağlamak ama bundan da öte insan gücünü korumak ve yüksek ölüm oranını azaltmak istemesi örnek verilebilir<sup>27</sup>. Bunun yanı sıra, kısasa dayalı uygulamaların olduğu cezalar ile insanların sakatlanmalarını azaltmak veya alanını korumak için sahip olması gereken savaş gücünü zayıflatmaktan başka işe yaramayan bir ceza hukuku sisteminden kurtulmayı hedeflemiş olabilir<sup>28</sup>. Zira bu dönemlerde cezalandırma sisteminin nesnesi, fiziksel bedendir<sup>29</sup>. Ancak ceza ile yıldırma yöntemi olarak insan bedeninin hedef tahtasına konmasından vazgeçilmiştir<sup>30</sup>. Böylece zamanla mutlak ceza teorilerinin yetersiz kaldığı gerçeğinin, genel hayat telakkilerinden ve yaşanan haksızlık tecrübelerinden anlaşıldığı gözlemlenmektedir.

Hukuk ve toplumsal değişme etkileşimi bağlamında, hukukun reform aracı olarak kullanılması ile toplumsal iyileşmesinin sağlanması çabası; yönetilenlerin taleplerine cevap vererek toplumsal birliği güçlendirecek olan siyasal iktidarın böylece varlığını sürdürebilmesi amacına yöneliktir<sup>31</sup>. Bu manada yaşanan değişim ve dönüşüm ile ceza hukukunu salt cezalandırmadan ibaret gören yorumların yerine -insani gelişmelere de endeksli şekilde ağırlıklı olarak önleyici teorinin öne çıktığı gözlemlenmektedir. Nispi ceza teorisi olarak da adlandırılan bu teoriye göre ceza gelecek için verilir<sup>32</sup>. Cezanın amacı, suçun işlenmesini önlemek ve bu yolla toplum düzenini korumaktır. Bu doğrultulu çağdaş düşüncede, cezaya ilişkin olarak akılcı yaklaşım öne çıkmış ve duygusal unsurlar terk edilmiştir<sup>33</sup>. Cezaya ilişkin bu dönüşümle eşgüdümlü biçimde, feodaliteye özgü sözleşmeler sistemi ile kişilerin saldırılardan korunma teminatı elde etme karşılığında feodal beyin iktidarına tabi olmaları<sup>34</sup>, devletin şiddet tekeline tekabül eden cezalandırma yetkisinin kurumsallaşmasının önünü açacaktır.

<sup>27</sup> **Day**, Frank D.: “Ceza Hukukunun Kökeni ve Doğası”, Çev. Devrim Aydın, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 16, 2011, s. 241.

<sup>28</sup> **Day**, s. 242.

<sup>29</sup> **Saygılı**, Abdurrahman: “Mikro-İktidarın Bir Fiziği: Hapishane”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 53, Sayı 2, 2004, s. 180.

<sup>30</sup> **Foucault**, Michel: Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 6. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2015, s. 9.

<sup>31</sup> **Özcan**, Mehmet Tefik: Hukuk Sosyolojisine Giriş, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 216.

<sup>32</sup> **Centel**, Nur: “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001, s. 340.

<sup>33</sup> **Dönmezer**, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: I, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s. 6.

<sup>34</sup> **Klein**, s. 648.



### A. Doğa Durumu ve Cezalandırma Yetkisinin Toplum Sözleşmesi İle Devlete Devri

Toplu hareket etme ve topluluk olma hedefiyle bir araya gelen insanların devleti oluşturmaktaki temel güdülerinin araştırılması, devletin kökenine ilişkin tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu minvalde, devletin ortaya çıkışına dair doktrinde birçok teori ortaya atılmıştır<sup>35</sup>. Bu bilimsel öngörülerin en bilinenlerinden biri, toplum sözleşmesi teorisidir<sup>36</sup>. Modern hukuk düşüncesinde karşılaşılan doğal hukuk doktrini temsilcilerinin bu konudaki görüşleri öne çıkmaktadır. 17. ve 18. yüzyıllarda hukukun ve devletin temeli olduğu savıyla<sup>37</sup> rağbet gören toplum sözleşmesi teorisi, devlet kudreti ve bu kudretin sınırlanmasına yönelik uygulamalar bakımından ele alınarak irdelenmiştir. Özü itibariyle toplum sözleşmesi teorisinde, devletli toplumlar öncesi için tasvir edilen doğa durumunu sona erdiren ve yöneten ile yönetilenler arasında yapılmış düzen ve adaleti sağlama karşılığında itaati öngören varsayıma dayalı bir sözleşmeden bahsedilmektedir. Teori bağlamında doğa durumu ise, toplumun tamamını kapsayan üstün bir otoritenin ve buna yönelik teşkilatın bulunmadığı döneme tekabül etmektedir<sup>38</sup>.

Toplum Sözleşmesi teorisinin öne çıkan isimleri Thomas Hobbes, John Locke ve Jean-Jacques Rousseau'nun kuramları ana hatları ile benzerlik arz etmekle birlikte birbirinden farklı yönleri de mevcuttur. Örnek olarak her üçünün doğa durumuna ilişkin görüşleri şöyle özetlenebilir: Hobbes'a göre doğa durumunda kavga ve kargaşa hâkimdir. Hobbes, bu durumu *homo homini lupus* (insan insanın kurdudur) deyimini ile betimler. Doğa durumunda özgürlükler, Hobbes'un bir su canavarı olarak sembolize ettiği ve Leviathan dediği devlete bırakılmıştır<sup>39</sup>. Hobbes'un devlet anlayışı otoriterdir. Locke, doğa durumunda özgürlüğün ve huzurun var olduğunu söyler<sup>40</sup>. İnsanların bir araya gelerek cezalandırma yetkisini devlete devrettiğini öne sürer. Rousseau'ya göre ise, doğa durumunda barış ve eşitlik söz konusudur. Özel

<sup>35</sup> Bu teoriler hakkında detaylı okumalar için bkz. **Zabunoğlu**, Yahya Kâzım: Kamu Hukukuna Giriş: Devlet - Tanım, Kaynak ve Unsurlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 328, Ankara 1973, s. 47 vd.

<sup>36</sup> Devletin toplum sözleşmesi teorisi üzerine değil sosyal haksız fiil teorisi üzerine kurulduğunu öne süren farklı bir bakış açısı için bkz. **Whitman**, s. 919 vd.

<sup>37</sup> **Güriz**, Adnan: Hukuk Başlangıcı, 15. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2013, s. 185.

<sup>38</sup> **Zabunoğlu**, s. 52.

<sup>39</sup> **Hobbes**, Thomas: Leviathan, Çev. Semih Lim, 22. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2021, s. 99 vd.

<sup>40</sup> **Locke**, John: Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ebabil Yayınları, Ankara 2012, s. 9 vd.

mülkiyet, bu eşitliği bozmuştur. İnsanlar bir araya gelmiş, akıl ve iradeleri ile yanılmaz Genel İrade'yi oluşturarak devleti meydana getirmiştir<sup>41</sup>. Bu manada Rousseau, devletin; insan akıl ve iradesinin ürünü olduğunun altını çizmektedir.

Kuramı ile cezalandırma yetkisinin toplum sözleşmesi ile devlete devredildiğini apaçık biçimde ileri süren Locke'a ayrıca bir parantez açmak gerekir. Locke, toplum sözleşmesi teorisini cezalandırma kavramı ve cezalandırma yetkisi üzerinden kurgulamaktadır<sup>42</sup>. Bu kurgu, cezalandırma yetkisinin insanlar tarafından devlete devrinden yola çıkmaktadır. İnsanların can ve mal güvenliği ile özgürlüklerinin temini ile adaleti dayalı bir cezalandırma sisteminin getirilmesi, siyasal toplumun kurulmasının esası ve devletin ortaya çıkma amacıdır<sup>43</sup>. Locke, bu savında doğa durumunu tasvir eder. Doğa durumunda doğa kanunlarını ihlal edenin yol açtığı zarardan etkilenen herkes, o ihlalciiyi yargılama ve cezalandırma hakkına sahiptir<sup>44</sup>. Kişi, kendisini zarara uğratanı tek başına yargılayabilir ve cezasını verebilir. Bu gibi bir davranış doğa durumunu tehlikeye atacağından kişilerin birlikte hareket etmek suretiyle doğa kanununu ihlal edeni cezalandırması mümkündür.

Locke düşüncesinde “*her insan, saldırganı cezalandırma ve doğa yasasının yürütücüsü olma hakkına sahiptir*”<sup>45</sup>. Gelgelelim doğa yasasının yürütücüsü olma hakkını elinde tutan bir kişinin kendi davasında yargıç konumunda olması adalet ideali ile bağdaşmaz ve başkaca yeni anlaşmazlıklara yol açarak süregiden bir bozgunculuğa ya da daha yeni bir tabirle sosyal anarşiye neden olabilir. Zira kendi davasında hüküm verecek kişinin dağıtacağı adalet, nesnel ölçütlerin ötesine geçebilir<sup>46</sup>. İnsanların kendi davalarında tarafsız hareket etmelerini beklemek fazlaca iyimserliktir, kişilerin kin ve nefret duygularının bütünüyle önüne geçilmesi olası değildir<sup>47</sup>. İntikam duygusuna kapılan kişi, cezalandırmanın ölçüsünü kaçırarak adaletin tesis edilmesi yolunda iken yeni adaletsizliklere yol açabilir. Locke'a göre, doğa

<sup>41</sup> **Rousseau**, Jean-Jacques: Toplum Sözleşmesi, Çev. Ali Timuçin, Bulut Yayınları, İstanbul 2007, s. 86.

<sup>42</sup> Locke'un varsayımına göre insanlar, suçluların cezalandırılmasını sağlamak için siyasal toplumu oluşturmuşlardır. **Özcan**, Hukuk Sosyolojisine Giriş, s. 29.

<sup>43</sup> **Göze**, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 176.

<sup>44</sup> **Göze**, s. 174.

<sup>45</sup> **Locke**, s. 12.

<sup>46</sup> **Locke**, s. 15.

<sup>47</sup> **Göze**, s. 174.

durumunda eşit, barışık ve huzurlu yaşamalarına rağmen insanların bu durumdan çıkma kararı almalarının<sup>48</sup> ve toplum sözleşmesi yaparak cezalandırma yetkilerini devlete devretmelerinin nedeni buna dayanmaktadır.

Locke'a göre, kişilerin doğa durumunu terk ederek siyasal toplumu kurmak için kendi rızalarıyla bir toplum sözleşmesi tayin etmeleri ve devlet düzenine geçmelerinin tek sebebi, ihtiyaç duydukları asayişî güçlendirmek ve bu sayede daha güvende hissetmektir<sup>49</sup>. Zira cezalandırma felsefesinde doğa durumuna özgü ihkak-ı hak yaklaşımı, doğal yaşamı bitmek bilmeyen bir savaş haline dönüştürmektedir. Kişilerin gerektiğinde kendilerini cezalandıracak bir otorite olarak üstün iktidarın bulunduğunu bilmeleri, bu savaş haline girmemelerini sağlamaktadır<sup>50</sup>. Doğa durumunda devreye girecek doğa yasasına göre, kişinin kendini tehlikelerden koruması önce gelir ve kendisini yok etmeye dönük tehditleri misliyle bertaraf etme hakkı bulunmaktadır.

Eserleri ile hümanist bir ceza hukuku doktrinin öncüsü olan Cesare Beccaria'nın cezalandırma hakkındaki düşünceleri, Locke ile örtüşmektedir. Beccaria'ya göre cezalandırma hakkı, toplumsal güvenlik ve huzurun korunması gerekliliğinden doğmaktadır<sup>51</sup>. İnsanları, özgürlüklerini kısıtlayacak bir siyasal kuruluş olarak devleti yetkilendirmeye iten neden, emniyet ihtiyacından kaynaklanan bir zorunluluktur. Kişilerin rıza ile müşterek olarak feragat ettiği kimi özgürlüklerinin toplamı, devletin cezalandırma yetkisini açıklamaktadır<sup>52</sup>. Bu bağlamda devletin kişiler arası ilişkilerde adaleti tesis etme görevini layıkıyla yerine getirmemesi ve toplumsal yararı aşan biçimde<sup>53</sup> hareket etmesi, sosyal yaşamı sekteye uğratarak kişilerin tekrar doğa durumuna dönmesine sebep olabilir. Bunu önlemeye yönelik olarak cezalandırma yetkisinin toplum sözleşmesi ile siyasal toplumu oluşturan kişileri temsil eden kanun koyucuda olması ile suç ve cezaların yalnızca kanunlar aracılığıyla belirlenmesi<sup>54</sup> ve dolayısıyla herkes için geçerli, genel ve soyut

<sup>48</sup> **Çapar, Selim/Yıldırım, Şükrü:** "Hobbes ve Locke'un Devlet Düşüncesine Katkıları", *Türk İdare Dergisi*, Cilt 77, Sayı 474, 2012, s. 93.

<sup>49</sup> **Göze,** s. 176.

<sup>50</sup> **Göze,** s. 174.

<sup>51</sup> **Beccaria,** Cesare: *On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s. 10.

<sup>52</sup> **Beccaria,** s. 10-11.

<sup>53</sup> **Bayrak,** Emek: "Siyasi İktidarın Geçirdiği Dönüşümler Bağlamında Cezalandırmanın Seyri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 125, 2016, s. 48.

<sup>54</sup> **Dönmezer/Erman,** s. 53.

nitelikte kanunlar yapılması gerekir<sup>55</sup>. Bu kanunların olabildiğince açık ve basit olması ise, suç önlemeyi sağlayabilecek unsurlardan biri olacaktır<sup>56</sup>.

Devletin cezalandırma yetkisinin devlet organizasyonunun kurumsallaşmasıyla devlet organlarınca kullanılan bir yetkiye dönüştüğü ve yaşanan toplumsal ve hukuki gelişmeler sonrasında devlet tekeline girdiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda devletin cezalandırma yetkisi, hukuk kurallarının uygulanması ile yasaya itaati sağlamaya dönük devlete ait yetki anlamına gelmektedir<sup>57</sup>. Tarihsel süreçte devletin cezalandırma yetkisinin gelişimi yeknesak bir çizginin takibi şeklinde ilerlememiş<sup>58</sup> ve devlet; cezalandırma yetkisini tekeline bir anda almamış, bu süreç uzun ve çetrefilli bir evrimsel aşama sonrasında gerçekleşmiştir<sup>59</sup>. Bununla birlikte devletin cezalandırma yetkisi, meşru şiddet tekeline sahip egemen gücün iktidarında kavramsal ve kurumsal işlevselliğini modern devlet ile elde etmiştir. Modern hukuki kavramsallaşmada, kuramsal manada egemenliğin ayırıcı özelliği olan sürekliliği sayesinde, egemen gücün bu iktidarının kaynağı; yasaya özgülenerek bağımsız hale getirilmiştir<sup>60</sup>.

## B. Modern Devlette Cezalandırma Yetkisi

Modern devletin doğuşu, kronolojik olarak feodalizmin tarih sahnesinden çekildiği 16. Yüzyıl başlarına rastlar. İlk görünümü ile Kuzeybatı Avrupa'da karşılaşılan<sup>61</sup> modern devlet, milliyetçiliği yükselten ve ülke sınırlarını belirginleştiren devlettir. 17. Yüzyıl ile siyasal düzenin hukukleştirilmesinde yeni yöntemlerin benimsendiği bir süreçten geçen<sup>62</sup> modern anlayışı yansıtan bu devlet modeli, yeni bir siyasal kuruluş görünümünde ve öncesinden ayrıksı bir yapı arz etmektedir<sup>63</sup>. Modern düşüncenin şekillenmesinde etkili olan Aydınlanma felsefesinin<sup>64</sup> de katkıları ile modern dev-

<sup>55</sup> **Beccaria**, s. 17.

<sup>56</sup> **Beccaria**, s. 104.

<sup>57</sup> **Metin/Dinler**, s. 4.

<sup>58</sup> **Klein**, s. 649.

<sup>59</sup> **Selçuk**, s. 1025.

<sup>60</sup> **Akal**, s. 66.

<sup>61</sup> **Bayrak**, Emek: "Şiddet Tekelinin Tarihsel Gelişimi ve Bugüne Dair Notlar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 68, Sayı 1, 2019, s. 65.

<sup>62</sup> **Gauchet**, Marcel: Yurttaşını Arayan Demokrasi, Der. ve Çev. Zeynep Savaşçın, İletişim Yayınları, İstanbul 2013, s. 27.

<sup>63</sup> **Kapani**, Münci: Politika Bilimine Giriş, 33. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara 2013, s. 43.

<sup>64</sup> "Aydınlanma Nedir?" sorusuna Kant'ın verdiği yanıt üzerinden Aydınlanma felsefesini eleştirel bakış açısıyla ele alan bir yaklaşım için bkz. **Foucault**, Michel: Özne ve İktidar, Çev. Işık Ergüden/Osman Akınhay, 4. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2014, s. 162-192.

lette hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, anayasal sistem gibi prensiplerle devlet gücünün sınırlanması, egemen gücü de hukuka tabi kılmış ve cezalandırma iktidarını<sup>65</sup> adil bir toplumsal hukuk sistemi lehine dönüştürmüştür. Aksi görüşteki Bauman'a göre Aydınlanma, toplumsal düzeni yeniden tasarlayıp yönetme işlevi çerçevesinde devleti yeniden örgütlemeyi ve kişilerin yaşamını kurallar ile düzenleyerek toplumsal mekanizmayı yaratma faaliyetinde devletin gücünü ve iddialarını genişletmeyi sağlayacak bir uygulamaydı<sup>66</sup>. Ancak Aydınlanma düşüncesinin özellikle insanı ve aklı öne koyan yaklaşımı ile yerleşik hukuk politikalarında yol açtığı olumlu gelişmeleri yadsımak mümkün değildir. Cezalandırma iktidarına ilişkin bu dönüşüm, cezalandırma felsefesine de doğrudan yansımıştır. Modern öncesi dönemde öne çıkan intikam odaklı cezalandırma, modern çağda -ortadan kalkmamakla birlikte- yerini suçun önlenmesi amacına bırakmış ve cezada intikam düşüncesi öncelik olmaktan çıkmıştır<sup>67</sup>.

Toplumsal düzenin adalet ve huzur içerisinde sürdürülmesinin araçlarından biri olan cezalandırma, devletin egemenlik alametlerindedir. Devletin zor kullanma gücü ya da şiddet tekelinin somut görünümüne en çok kavuştuğu alan, cezalandırma yetkisinin kullanımında söz konusu olmaktadır<sup>68</sup>. Ulus devletin yükselişiyle<sup>69</sup>, egemenliğin bir sonucu olarak yasa yapma iradesinin devlete ait olduğu ve devletin iç işlerinde kendi yasasını herhangi bir dış müdahaleye uğramaksızın düzenleyebileceği kabul edilmiştir<sup>70</sup>. Fiziksel zor kullanma gücünün fiilen tekelleştirilmesinden daha önemli biçimde, merkezi bir şiddet düzeni resmen uygulamaya konmuştur<sup>71</sup>. Modern devlette cezalandırma yetkisi, kurumsal ve yasal olarak böylece devlet güdümüne girmiştir. Bununla birlikte ilerleyen zamanlarda söz konusu yetkinin

<sup>65</sup> **Dinler**, s. 116.

<sup>66</sup> **Bauman**, Zygmunt: Yasa Koyucular ile Yorumcular Modernite, Postmodernite ve Entelektüeller Üzerine, Çev. Kemal Atakay, 3. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul 2012, s. 99.

<sup>67</sup> **Karakehya**, Hakan/**Özger**, Hande: "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Ortaya Çıkışında Etkili Olan Koşullar", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, 2020, s. 174. Day, s. 243.

<sup>68</sup> **Dinler**, s. 43-44.

<sup>69</sup> Fransız Devrimi sonrasında yaygınlaşan ulusal egemenlik anlayışı akabinde, modern devlet ile ulus devlet iç içe geçmiştir. **Şaylan**, Gencay: Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi, 2. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2003, s. 45-46.

<sup>70</sup> **Bulut**, Nihat: "Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 2, 2003, s. 185.

<sup>71</sup> **Pierson**, Christopher: The Modern State, 3rd Edition, Routledge, London and New York 2011, s. 8.

kullanımına ilişkin usul ve esaslar, daha önce görülmeyen biçimde kural ve sınırlamalara tabi tutulmuştur. Nitekim klasik egemenlik anlayışını törpüleyerek devlet gücünü hukuk ile bağlı ve kısıtlı kılan tüm gelişmeler<sup>72</sup>, cezalandırma yetkisi bakımından eşgüdümlü ilerlemiştir.

Modern devlet ile özdeşleştirilen<sup>73</sup> ve devletin varlık nedeni<sup>74</sup> olan egemenliğin, mutlak biçimdeki klasik görünümüne ilişkin değişimin etkilerinin en çok görüldüğü alanların başında cezalandırma yetkisi gelmektedir<sup>75</sup>. Nitekim küreselleşme, uluslararası sözleşmeler ve insan hak ve özgürlüklerinin evrenselliği kabulleri, devlet egemenliğini aşındırarak devletin cezalandırma yetkisinin genel sınırları üzerinde daraltıcı bir etki meydana getirmiştir. Aynı zamanda modern devlet, devletin şiddet tekeline doğurmuştur. Esasen modern devlete özgü bir kavram olan devletin şiddet tekelinin kökeni, göze göz dişe diş<sup>76</sup> gibi ilkel uygulamalara dayanmaktadır. Devletin cezalandırma yetkisinin tekel haline gelişi, modern devlete özgü iki örgütsel form olan ordu ve polisi de ortaya çıkaran olgudur<sup>77</sup>.

Modern cezalandırmanın hayata geçişindeki ilk adım, modern devletin egemen güç olarak yargısal uygulamalardaki tam hükümranlığını göstermesidir<sup>78</sup>. Bireyi özgür kılma iddiası ile ortaya çıkan ve toplumsal rızayı devletin meşruiyet kaynağı olarak belirleyen<sup>79</sup> modern anlayış, esasen aynı bireyi disipline etmeyi de amaçlamaktadır. Bir disipline etme çağı olan modern çağ, bunu iktidar aracılığıyla yapmaktadır<sup>80</sup>. Modern düşüncenin bu yolda başvurduğu araçların başında hukuk ve devlet gelmektedir. Cezalandırma ise, bireyin disipline edilmesinde modern devlette modern hukukun temel yöntemi olmuştur. Modern cezalandırma yöntemleri çok boyutlu ve değişken bir içeriğe bürünmüştür. Varsayma dayanan bir yetkiyi ifade eden devletin

<sup>72</sup> Egemenlik kavramının doğuşu, gelişimi ve dönüşümü hakkında detaylı okumalar için bkz. **Hakyemez**, Yusuf Şevki: *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

<sup>73</sup> **Saygılı**, Abdurrahman: “Modern Devletin Çıplak Sureti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 59, Sayı 1, 2010, s. 78.

<sup>74</sup> **Hakyemez**, s. 61.

<sup>75</sup> **Dinler**, s. 116.

<sup>76</sup> **Whitman**, s. 916.

<sup>77</sup> **Bayrak**, “Şiddet Tekelinin Tarihsel Gelişimi ve Bugüne Dair Notlar”, s. 68.

<sup>78</sup> **Özkazanç**, Alev: “Biyo-politik Çağda Suç ve Cezalandırma: Denetim Toplumunda Neo-liberal Yönetimsellik”, *Toplum ve Bilim*, Sayı 108, 2007, s. 16.

<sup>79</sup> **Karadağ**, Nergiz: *Devlet-Şiddet İlişkisi Bağlamında Devletin Şiddet Tekeli*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016, s. 121.

<sup>80</sup> **Karakehya/Özger**, s. 194-195.

cezalandırma yetkisi, modern devlete özgü devlet organları vasıtasıyla bireysel ve toplumsal sahada somut etkilerini göstermektedir.

Modern devlet, toplumsal düzeni tesis etmek için hukuka ve onun pozitif görünümü olan yasaya başvurur. Bu bağlamda modern devletin bireyin sosyal disiplininde kullandığı araç, modern ceza hukukuna özgü cezalandırma süreçleri olmaktadır. Modern ceza sisteminde yaptırımların yumuşatıldığı savına hak vermek gerekse de modernlik öncesi bir yöntem olan azap çektirmenin örtülü olarak sürdüğünü<sup>81</sup> belirtmek gerekir. Bireyleri hapisane olarak adlandırılan yaygın ve örgütlü bulunan bir yere kapatılarak sürekli gözetim altında tutmak suretiyle ıslahını amaçlayan hürriyeti bağlayıcı cezalar, modern devlete has ceza yöntemleridir<sup>82</sup>. Cezalandırmada hapisane sisteminin yaygınlaşmasının kayda değer sonucunun, cezalandırma sistemine gösterilen toleransı artırmak ve bir cezalandırma iktidarını doğal ve meşru kılmayı başarmak olduğu belirtilmektedir.<sup>83</sup>

Günümüzde küreselleşme politikaları ekseninde hayata geçirilen ceza reformlarının temel hedefi, küreselleşen dünyanın dönüştürdüğü yeni toplumsal ilişkiler ile bağdaşacak bir cezalandırma sistemi tesis edebilmektir<sup>84</sup>. Modern devlette cezalandırmanın seyri, bu politikalarının tesiri altında hapisane gibi araçlarla bütünüyle kontrol odaklı bir yapıya bürünmüş<sup>85</sup>, disiplin toplumundan denetim toplumuna<sup>86</sup> doğru bir geçiş yaşanmıştır. 20. Yüzyıl itibarıyla, hapisane gibi modern devlete özgü ceza kurumlarının rasyonelliği ve etkinliği konusunda ciddi şüpheler ortaya çıkmasının<sup>87</sup> esas nedenlerinden birinin de bu husus olduğu söylenebilir.

### III. DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİNİN MEŞRUIYETİ

Devletin cezalandırma ve bu anlamda suç ve cezaları tayin edebilme yetkisi, egemenliğin göstergesi ve doğal neticesidir. Devlet egemenliğinin yükselişi, toplumsal yaşama ilişkin emredici normların ihlali halinde bireysel cezalandırma yoluna gidilmesi ihtimalini yani ihkak-ı hak gibi uygulamaları

<sup>81</sup> **Saygılı**, “Mikro-İktidarın Bir Fiziği: Hapisane”, s. 181.

<sup>82</sup> **Karakehya/Özger**, s. 174.

<sup>83</sup> **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 386.

<sup>84</sup> **Özdek**, s. 22.

<sup>85</sup> **Bayrak**, “Siyasi İktidarın Geçirdiği Dönüşümler Bağlamında Cezalandırmanın Seyri”, s. 39.

<sup>86</sup> Bkz. **Özkazanç**, s. 25 vd.

<sup>87</sup> **Garland**, David: Punishment and Society A Study in Social Theory, The University of Chicago Press, Chicago 1990, s. 4.

ortadan kaldırmıştır. Bu bakımdan cezalandırma yetkisi, meşruiyetini esas itibariyle devletin üstün buyurma gücü olan, bölünmez, devredilemez ve mutlak nitelikteki egemenlik unsurundan alır. Dolayısıyla özü itibariyle devletin cezalandırma yetkisinin meşruluğunda esas kıstas, bu yetkinin kaynağındaki egemen güç olan devletin meşruluğundan başka bir şey değildir<sup>88</sup>. Öyle ki Max Weber, devleti; belirli bir bölgede fiziksel gücün meşru kullanım tekeli (başarılı bir şekilde) elinde bulunduran insan topluluğu olarak tanımlar<sup>89</sup>. Fiziksel zor kullanma gücüne ilişkin devletin cezalandırma yetkisinin dâhil olduğu şiddet tekeli, devlet gücüne sahip olan siyasal iktidarın ayırt edici özelliği olarak değerlendirilir<sup>90</sup> ve onun toplumsal yapı içerisinde bu yetkiyi meşru olarak kullanmakta biricik olarak kabul edilmesini açıklar. Siyasal iktidar, bu sayede diğer iktidar biçimlerinden ayrılarak nihailik özelliğine sahip olmaktadır<sup>91</sup>.

#### A. Meşruiyetin Tartışılması

Devletin cezalandırma yetkisine sahip olması ve dolayısıyla şiddet tekeli elinde bulundurması, elbette o devlete mutlak ve sınırsız nitelikte bir alan sağlamaz. Devleti ayırı kılan, bu yetkiyi haiz olmasındaki meşruluğudur. Nitekim haklılığa olan inancı ifade eden meşruiyet, toplumsal rıza ve itaatin varlığı ile mümkün olmaktadır. Doğal hukukçu bir meşruiyet yaklaşımı, hukukilik ile meşruluğu da birbirinden bağımsız hale getirir<sup>92</sup>. Klasik egemenliğe ilişkin yukarıda vurgulanan hususlar minvalinde dönüşümden bahsedilebiliyorken devletin cezalandırma yetkisine ilişkin bir meşruiyet sorgulaması yapılması da olağandır. Nitekim modernlik öncesi ve sırasında toplum sözleşmesi savunucuları dâhil birçok düşünür, -birbirinden oldukça farklı tarihsel dönemlerden ve coğrafi alanlardan olmalarına, başkaca kültürel, toplumsal ve dini yaşam aidiyetlerine dayanmalarına rağmen- bu yetki bağlamında çıkabilecek meşruiyet krizi halini öngörür kuram ve fikirler ortaya koymuşlardır.

<sup>88</sup> Karadağ, s. 111.

<sup>89</sup> Weber, Max: From Max Weber: Essays in Sociology, translated by H. H. Gerth and C. Wright Mills, Oxford University Press, New York 1946, s. 78. Weber'e göre meşru şiddet kullanma tekeli elinde bulundurduğunu iddia eden bir birlik olan devlet, başka bir şekilde de tanımlanamaz. Weber, s. 334.

<sup>90</sup> Kapani, s. 52.

<sup>91</sup> Poggi, Gianfranco: Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği, Çev. Aysun Babacan, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 12.

<sup>92</sup> Atay, Ender Ethem: "Hukukta Meşruiyet Kavramı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 1997, s. 136.



Platon, “Yasalar” isimli eserinde ideal devlet düzeninin ancak iyi yasalar yapılmasıyla ayakta kalabileceğini savunur<sup>93</sup> ve bir devletin bekası için ödül ve cezaların adil bir şekilde tayin edilerek cezalandırma adaletinin sağlanması gerekliliği üzerinde durur. Döneminin Pers devletini örnek veren Platon, Perslerin devlet yönetiminde baskıcı ve özgürlükleri kısıtlayıcı bir yöntem uygulamalarının<sup>94</sup> toplumsal düzenlerini bozduğunu belirtir. Aynı hususu farklı bir çerçevede değerlendiren İbni Haldun’a göre ise, insan için zaruri olan toplumsal yaşamda; bu toplumsallığın doğal gerekliliklerinden biri, yeri geldiğinde kendisine başvurulacak engelleyici bir otoritenin var olmasıdır. Bu otoritenin kararları, bazen Allah’ın dininin hükümlerine dayanır. Bu durumda, sevap ve cezaya iman ederek otorite sahibine uymak gerekir. Otorite sahibine, bu kurullarla hükmederken uyruğunun menfaatini gözetmesine inanıldığı için itaat edilmesi gerekir<sup>95</sup>. İbni Haldun’un meşruiyet arayışının din eksenli bir yaklaşım olduğu görülmektedir. Platon, İbni Haldun’un otorite sahibi dediği bu kişiyi devlet adamı olarak nitelemiş ve onu öküzlere göz kulak olan bir çoban ya da atıyla ilgilenen bir seyis gibi tek bir canlının yetiştirilmesiyle değil daha çok sürü halindeki hayvanlarla ilgilenenlere benzetmiştir<sup>96</sup>. Meşruiyet tartışmasını da devlet adamının bu yönetme, hükmetme yetisi çerçevesinde suç ve cezanın ölçülülüğünün doğru tespit edilmesi<sup>97</sup> bağlamında yapmıştır.

Benzer bir meşruiyet sorgulamasına girişen Hobbes, uyruğun hayatının egemen tarafından korunmaması durumunda bu uyruğun egemene itaat etmeyi reddedebileceği düşüncesine sahiptir<sup>98</sup>. Sözleşmecî bir filozof olarak Hobbes’un bu görüşünü, bir insanın can ve mal güvenliğini korumak için<sup>99</sup> yaptığı akdin geçersiz olduğu ve uyrukların kendilerine zarar vermeye zorlanamayacakları gibi görüşlerinin tutarlı bir sonucu olarak değerlendirmek mümkündür<sup>100</sup>. Locke ise, siyasal iktidar toplum sözleşmesine aykırı davran-

<sup>93</sup> Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin: Genel Kamu Hukuku, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2013, s. 30.

<sup>94</sup> Yıldırım, Tolga: “Affin Hukukî Mahiyeti ve 2018/2929 Sayılı Kanun Teklifinin Kısa Bir Değerlendirmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 146, 2020, s. 14.

<sup>95</sup> İbni Haldun: Devlet, Çev. Osman Arpaçukuru, 5. Baskı, İlke Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 89.

<sup>96</sup> Platon: Devlet Adamı, Çev. Furkan Akderin, 3. Baskı, Say Yayınları, İstanbul 2014, s. 42.

<sup>97</sup> Yıldırım, s. 14.

<sup>98</sup> Hobbes, s. 171.

<sup>99</sup> Çapar/Yıldırım, s. 92.

<sup>100</sup> Yürüşen, Melih: İnsan Doğası, Sosyal Düzen ve Değişim, Liberte Yayınları, 2013, s. 471.

narak yükümlülüklerini uymadığında ya da başkaca herhangi bir biçimde bir toplum nezdindeki meşruiyetini kaybettiğinde, bu toplumun sözleşmeyi feshederek yeni bir siyasal iktidar kurabilme hakkı olduğuna inanmaktadır<sup>101</sup>. Locke'un egemenliğin sahibi olduğunu düşündüğü<sup>102</sup> siyasal topluma verdiği bu hak, ilk çağlardan bu yana<sup>103</sup> tartışmalı olan direnme hakkıdır.

Direnme hakkı, Locke öncesinde farklı devlet ve toplum kuramlarında gündeme gelmişse de bunun bütüncül manada bir hak olarak nitelenmediği görülmektedir. Örneğin İbni Haldun'un "*Devlet kötü ve zalim olursa, bu devlet uyruklar için zararlıdır, onları mahveder*"<sup>104</sup> söylemine rağmen halka ayaklanma, zulme ve baskıya karşı direnme hakkı tanıdığı sonucunu çıkararak mümkün değildir<sup>105</sup>. Bununla birlikte, baskıcı ve cezalandırıcı bir yönetimin, halkın metanetini ve cesaretini kıracağını belirtir<sup>106</sup>. Yine, insan haklarını kuramsal düzlemde açıklamaya çalışan ilk düşünürlerden Grotius, direnmenin hangi durumlarda kabil olup olmadığına ilişkin tespitler yapmıştır<sup>107</sup>. Ancak direnme hakkına sistematik kazandıran Locke olmuştur<sup>108</sup>. Rousseau ise, Genel İrade'nin yanılmayacağı tezinden hareketle yok edilemeyeceğini düşündüğü için<sup>109</sup> direnme hakkından bahsetmez ve bu çerçeveden bir meşruiyet arayışına değinmez.

Cezalandırma, işlenen suç ile hedef alınan kamusal barışın yeniden sağlanması amacına matuftur. Toplum sözleşmesi ile cezalandırma yetkisinin kişilerden alınarak kurumsallaştırılması ve nesnel biçimlerde genel ve soyut kanunlarla kullanılması, devletin cezalandırma yetkisinin tekel hale gelmesini gerektirmektedir. Modern toplumda bireylerin cezalandırma normları ve müesseselerine rıza göstermeye meyilli olmalarının temelinde bu husus yatmaktadır<sup>110</sup>. Cezalandırmanın toplum sözleşmesi teorisi ile for-

<sup>101</sup> **Locke**, s. 149. **Değirmenciöglü Yıldız**, Burcu: "John Locke'ta Doğa Durumu ve Direnme Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XX, Sayı 3, 2016, s. 375.

<sup>102</sup> **Yürüşen**, s. 472.

<sup>103</sup> Örneğin Sophokles'in Antigone eserinde, direnme hakkının izlerine rastlanabilir. **Göze**, s. 603.

<sup>104</sup> **İbni Haldun**, Mukaddime C. I, Çev. Zakir Kadiri Ugan, 2. Baskı, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1968-1970, s. 475'den aktaran **Uygun**, Oktay: İbni Haldun'un Devlet Kuramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 117.

<sup>105</sup> **Uygun**, s. 117.

<sup>106</sup> **Akad/Vural Dinçkol**, s. 85.

<sup>107</sup> Bkz. **Grotius**: Savaş ve Barış Hukuku, Çev. Seha L. Meray, Say Yayınları, İstanbul 2011, s. 59-67.

<sup>108</sup> **Değirmenciöglü Yıldız**, s. 375.

<sup>109</sup> **Rousseau**, s. 183.

<sup>110</sup> Bu konuda bkz. **Topuzkanamış**, Engin: Hukuk ve Disiplin Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları, Zoe Kitap, İstanbul 2019.

müle edilmesi, hem kurallar sistemi ile evrenselliğini sağlamak hem de ceza uygulamalarını türdeş hale getirmek suretiyle etkinliğini çoğaltarak bir cezalandırma iktidarı kurmak ve fakat daha önemlisi kişiler nezdinde cezalandırma yetkisinin ebedi olarak kabullenilmesi gibi işlevler<sup>111</sup> ile meşruiyet algısına hizmet etmektedir.

İnsan hak ve özgürlüklerini hayata geçirmekle yükümlü olan devletin, bu hak ve özgürlükleri kısıtlayacak cezalandırma yetkisini kullanırken keyfi davranması beklenemez<sup>112</sup>. Bu yetkinin keyfi kullanılmasının önüne geçecek düzenlemeler var olduğu müddetçe, keyfi uygulamalara müdahale zemini de oluşacaktır<sup>113</sup>. 21. Yüzyılda, her ne kadar devletler hala cezalandırma yetkisinden kaynaklanan meşru şiddet tekeli gibi hayati önemdeki araçlara sahip olsalar da geleneksel devlet egemenliği teorilerine dayanan varsayımların aksine artık ayrıcalıklı kabul edilemezler<sup>114</sup>. Değişen egemenlik anlayışı ile yeni yapılanmalara giden devletin toplum nezdinde suç ve cezayı yaygınlaştırmak suretiyle cezalandırma iktidarını güçlendirmesi ve şiddet tekeliyi yoğunlaştırması<sup>115</sup>, doğal olarak meşruiyet tartışmalarını gündeme getirmiştir.

Meşruiyet tartışmasını, varsayıma dayalı bir akıt olduğu kabul edilen toplum sözleşmesinden doğan karşılıklı yükümlülüklerle ilişkin birtakım ilkeler çerçevesinde de değerlendirmek gerekir. Örneğin *protectio trahit subjectionem et subjectio protectionem* ilkesi, kişinin vatandaşı olduğu devlete sadakat borcu ile devletin de bu vatandaşı koruma borcu anlamına gelmektedir<sup>116</sup>. Bu ilke, hem vatandaş hem de devlete karşılıklı borç yüklemektedir. Bir devletin vatandaşını koruyamaması durumunda bu vatandaşın devletine sadakat borcundan bahsedilemeyecekken bir vatandaşın devletine ihanet etmesi halinde ise, devletin o vatandaşını koruma yükümlülüğü ortadan kalkacaktır<sup>117</sup>. Nitekim sadakat borcuna aykırı davrananlar, vatandaşlıktan çıkarılabilir ya da vatana ihanet suçu ile cezalandırılabilirler<sup>118</sup>.

<sup>111</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 110.

<sup>112</sup> Dönmezer/Erman, (13. Baskı) s. 38'den aktaran Dinler, s. 89.

<sup>113</sup> Poggi, s. 103.

<sup>114</sup> Pierson, s. 167.

<sup>115</sup> Özdek, s. 46.

<sup>116</sup> Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2014, s. 159.

<sup>117</sup> Doehring, Karl: Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul 2002, s. 29.

<sup>118</sup> Gözler, s. 159.

## B. Meşruiyetin Normatifliği

Bir toplumda suç ve ceza koyma yetkisi egemen olan güce aittir. Doğa durumunu sona erdiren toplum sözleşmesi ile cezalandırma yetkisinin tek egemen haline gelen devletin tekeline girdiği savunulmaktadır. Ancak aynı sözleşmenin bir gereği olarak, cezalandırma tekeline sahip olan devlet; toplumsal adaleti sağlama yolunda hukuk devleti ilkesine uygun hareket etmelidir. Demokratik bir hukuk devletinde şiddet tekeli kapsamındaki devletin cezalandırma yetkisi, hukukileşme baskısıyla karşılaşır<sup>119</sup>. Hukuk devleti bağlamında devlet kudretinin sınırlandırılması hususu, insan hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahalesi nedeniyle özellikle devletin cezalandırma yetkisi bakımından somut görünümüne kavuşur. Bu manada devletin cezalandırma yetkisine getirilen sınırlamalar, çeşitli uluslararası sözleşmelerde veya ülke anayasalarında düzenlenen hükümlerle belirlenmektedir. Bu yöntem, meşruiyete ilişkin pozitif hukukun normatif düzenlemelerini ifade etmektedir. Nitekim bir devletin ceza mevzuatı, o devletin suç siyasetine denk düşmektedir<sup>120</sup>. Devletler hukuku, hem devletlerin uluslararası toplum nezdindeki yükümlülükler bağlamında öncül sorumlu olmaları hem de iç düzenlerini sağlama ve bu manada şiddet tekeline elinde bulundurma kudretine sahip olmaları esaslarına dayanmaktadır<sup>121</sup>.

Modern siyasal ortamda en yüksek iktidar mahalli olan devlet<sup>122</sup>, günümüzde; sahip olduğu cezalandırma yetkisinin bir kısmını yasama organı eliyle kullanmaktadır. Modern hukuk devletlerinde kanunlar, demokratik seçimlerle halkın göreve getirdiği yasama organı tarafından anayasal çerçevedeki yöntemlere dayalı olarak yapılmaktadır<sup>123</sup>. Suç ve cezaların ancak yasalarla getirilebilmesini ifade eden ve meşruluğun ancak karinesi sayılabilecek<sup>124</sup> kanunilik ilkesi, devletin cezalandırma yetkisinin meşruiyetinin şekli yönünü karşılamaktadır.

Meşruiyetin normatif bağlamı bakımından kanunilik, cezalandırma yetkisinin sınırlamaya tabi tutulmasında etkin bir unsurdur. Suç ve cezaların

<sup>119</sup> Klein, s. 654.

<sup>120</sup> Tokgöz, Havva Begüm: "Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, s. 436. Ceza hukukunun insan hak ve özgürlüklerine müdahalesindeki meşruluk da suç siyaseti ile açıklanmaktadır. Tokgöz, s. 436.

<sup>121</sup> Klein, s. 649.

<sup>122</sup> Poggi, s. 33.

<sup>123</sup> Dinler, s. 214.

<sup>124</sup> Kapani, s. 89.

tain edilmesi bahsinde evrensel bir hukuki standart olan ve çağdaş kamu hukukunun bir ilkesi haline gelen<sup>125</sup> ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesi, kanunilik yoluyla devletin cezalandırma yetkisinin meşruiyetine hizmet etmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Aydınlanma düşüncesiyle birlikte polis devleti uygulamalarına karşı gelişme kaydederek 20. Yüzyıl itibariyle çağdaş anayasalar ve ceza kanunlarına dâhil olmuştur<sup>126</sup>. Modern dünyada uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ayrılmaz bir parçası olan bu ilke, uluslararası toplum nezdinde hukuk devleti olabilmenin bir göstergesi olmuş ve devletin cezalandırma yetkisinin meşruluğunu salt olarak açıklamaya yetmemekle birlikte bu meşruluk arayışında öncül bir koşula dönüşmüştür. Bu yönüyle mevzuatın gerekliliğini vurgulayan ve ortaya çıkaran kanunilik, devletin fiziksel kuvvet kullanmasını iyileştirmekte ve böylece cezalandırma yetkisinde bir kontrol mekanizması işlevi üstlenmektedir<sup>127</sup>.

Modern devletin cezalandırma esaslarını tespit eden ceza kanunları, demokrasi, insan hakları ve hukuk devletini esas almalıdır. Demokratik bir toplumun gerekliliklerine uygun biçimde çoğulcu, eşitlikçi ve insancıl bir yaklaşımı yansıtan cezai düzenlemeler gerçekleştirilmelidir. Buna mukabil yeni ceza kanunlarının meydana getirdiği netice, daha fazla sayıda insanın hapisanelere gönderilmesi olmuştur<sup>128</sup>. Modern hukuk sistemine özgü ceza kanunları faili değil fiili dikkate alarak cezalandırmayı amaç edinir ki bu husus, suç ve cezaların belirlenmesinde bireysel ve öznel özelliklerden ziyade nesnel koşullardan yola çıkılmasını ve düşman ceza hukukunun modern yaklaşımla bağdaştırılmamasını izah etmektedir<sup>129</sup>. Modern öncesi dönemin meşruiyet arayışları, yeni dönemde kadük kalmıştır<sup>130</sup>. Modern devlet öncesindeki dönemde dünyevi ve maddi olmayan saiklerle açıklanan meşruiyet, modern devletin ortaya çıkışıyla kaynağını akla dayandırmış; böylece hukukun kaynağı da rasyonel hale gelmiştir<sup>131</sup>.

<sup>125</sup> **Dönmezer/Erman**, s. 22.

<sup>126</sup> **Dinler**, s. 214.

<sup>127</sup> **Klein**, s. 655.

<sup>128</sup> **Özdek**, s. 33. Özdek, 1990’lı yıllar itibariyle dünya ölçeğinde mahpus sayısındaki yükselme trendine; verdiği hapisane nüfusları üzerinden dikkat çekmektedir. Bkz. **Özdek**, s. 34.

<sup>129</sup> **Dinler**, s. 252.

<sup>130</sup> **Karadağ**, s. 121.

<sup>131</sup> **Saygılı**, “Modern Devletin Çıplak Sureti”, s. 89.

## SONUÇ

Modern hukuk sistemlerinde toplumsal düzenin tesisi amacıyla bireylerin davranışlarına ilişkin suçlar ve cezalar, yalnızca devlet tarafından belirlenebilir. Günümüz hukuk devletleri, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi ışığında; suçu ve ona karşılık gelen yaptırım olan cezayı yasalarla öngörmektedir. Temelleri toplum sözleşmesi teorisine dayandığı öne sürülen suç ve cezayı ihdas etme yetkisi, devletin yasama fonksiyonunun ürünüdür.

Devlet, elinde bulundurduğu cezalandırma yetkisiyle hukuka riayet ve böylece toplumsal barışı temin görevlerini üstlenmiştir. Özgür ve güvenli bir ortamın tesisi ile bunların sağlanması için kullanılacak güç bakımından devletin tek otorite olması ile buna hanel getirecek başka kişi ya da kurumlara müsaade etmemesi, devletin meşruiyetini açıklamaktadır. Kişisel cezalandırma yöntemlerine son verilmesi ile hukuk devleti eliyle toplumsal güvenin ve bireysel özgürlüklerin inşası, devletin elinde tuttuğu şiddet tekeli ve cezalandırma yetkisi aracılığıyla gerçekleşmekle aynı zamanda bu yetkiyi meşru kılmaktadır.

Devletli toplum yapısına geçilmesiyle toplum sözleşmesi ile tayin edildiği öne sürülen cezalandırma yetkisi, kurumsal yapıdaki devlete geçmiş ve zamanla bu yetki devletin tekeline girmiştir. Devletin şiddet tekeli ifade eden cezalandırma yetkisinin kaldırılması ya da pazarlık konusu yapılması olası değildir. Bununla birlikte, suç ve cezaların hangi kapsamda yer alacağı ve cezaların ölçüsü hususunda, devlet üzerinde egemen güç olan kanun koyucunun takdir yetkisi olsa da bu yetki sınırsız değildir. Bu yetkinin temelinde, adaletle sınırlı toplumsal yarar bulunmaktadır. Bu sınır unsurların aşılması ve ihlali, hukuki ve toplumsal bir meşruiyet krizi meydana getirebilir. Devlet iktidarına sahip egemen güç, cezalandırma da dâhil olmak üzere her durumda toplumsal rıza ve itaati elde etmeli ve böylece meşruiyet kazanmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Akad**, Mehmet/**Vural Dinçkol**, Bihterin: Genel Kamu Hukuku, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2013.
- Akal**, Cemal Bâli: İktidarın Üç Yüzü, 6. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013.
- Atay**, Ender Ethem: “Hukukta Meşruiyet Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 1997, s. 121-166.
- Bauman**, Zygmunt: Yasa Koyucular ile Yorumcular Modernite, Postmodernite ve Entelektüeller Üzerine, Çev. Kemal Atakay, 3. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul 2012.
- Bayrak**, Emek: “Siyasi İktidarın Geçirdiği Dönüşümler Bağlamında Ceza-landırmanın Seyri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 125, 2016, s. 39-58.
- Bayrak**, Emek: “Şiddet Tekelinin Tarihsel Gelişimi ve Bugüne Dair Notlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 68, Sayı 1, 2019, s. 57-82.
- Beccaria**, Cesare: On Crimes and Punishments and Other Writings, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Bulut**, Nihat: “Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 2, s. 173-197.
- Centel**, Nur: “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001, ss. 337-372.
- Clastres**, Pierre: Devlete Karşı Toplum, Çev. Mehmet Sert/Nedim Demirtaş, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1991.
- Çapar**, Selim/**Yıldırım**, Şükrü: “Hobbes ve Locke’un Devlet Düşüncesine Katkıları”, Türk İdare Dergisi, Cilt 77, Sayı 474, 2012, s. 77-102.
- Day**, Frank D.: “Ceza Hukukunun Kökeni ve Doğası”, Çev. Devrim Aydın, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 16, s. 240-247.
- Değirmencioğlu Yıldız**, Burcu: “John Locke’ta Doğa Durumu ve Direnme Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XX, Sayı 3, 2016, s. 375-410.
- Dinler**, Veysel: Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2013.
- Doehring**, Karl: Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul 2002.

- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: I, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- Foucault, Michel:** Özne ve İktidar, Çev. Işık Ergüden/Osman Akınhay, 4. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2014.
- Foucault, Michel:** Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 6. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2015.
- Garland, David:** Punishment and Society A Study in Social Theory, The University of Chicago Press, Chicago 1990.
- Gauchet, Marcel:** Yurttaşını Arayan Demokrasi, Der. ve Çev. Zeynep Savaşçın, İletişim Yayınları, İstanbul 2013.
- Göze, Ayferi:** Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Gözler, Kemal:** Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2014.
- Grotius:** Savaş ve Barış Hukuku, Çev. Seha L. Meray, Say Yayınları, İstanbul 2011.
- Güriz, Adnan:** Hukuk Başlangıcı, 15. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2013.
- Hafizoğulları, Zeki:** Ceza Normu, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.
- Hakyemez, Yusuf Şevki:** Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Hobbes, Thomas:** Leviathan, Çev. Semih Lim, 22. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2021.
- İbni Haldun:** Devlet, Çev. Osman Arpaçukuru, 5. Baskı, İlke Yayıncılık, İstanbul 2013.
- İbni Haldun:** Mukaddime Cilt I, Çev. Zakir Kadiri Ugan, 2. Baskı, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1970.
- Kapani, Münci,** Politika Bilimine Giriş, 33. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara 2013.
- Karadağ, Nergiz,** Devlet-Şiddet İlişkisi Bağlamında Devletin Şiddet Tekeli, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016.
- Karakehya, Hakan/Özger, Hande:** “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Ortaya Çıkışında Etkili Olan Koşullar”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, 2020, s. 169-201.
- Klein, Eckart:** “Devletin Şiddet Tekeli”, Çev. Ali Emrah Bozbayındır, Anayasa Teorileri, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 645-667.



- Locke**, John: Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ebabel Yayınları, Ankara 2012.
- Metin**, Yüksel/**Dinler**, Veysel: “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları”, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2012, s. 3-54.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Özcan**, Mehmet Tevfik: “Yazılı Hukukun Hareket Noktası Olarak İlkel Hukuk”, Anadolu Araştırmaları, Sayı 12, 1990, s. 55-82.
- Özcan**, Mehmet Tevfik: Hukuk Sosyolojisine Giriş, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Özdek**, Yasemin: “Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarındaki Dönüşümler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 33 Sayı 4, 2000, s. 21-48.
- Özkazanç**, Alev: “Biyopolitik Çağda Suç ve Cezalandırma: Denetim Toplumunda Neo-liberal Yönetimsellik”, Toplum ve Bilim, Sayı 108, 2007, s. 15-52.
- Pierson**, Christopher: The Modern State, 3rd Edition, Routledge, London and New York 2011.
- Platon**: Devlet Adamı, Çev. Furkan Akderin, 3. Baskı, Say Yayınları, İstanbul 2014.
- Poggi**, Gianfranco: Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği, Çev. Aysun Babacan, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- Rousseau**, Jean-Jacques: Toplum Sözleşmesi, Çev. Ali Timuçin, Bulut Yayınları, İstanbul 2007.
- Saygılı**, Abdurrahman: “Mikro-İktidarın Bir Fiziği: Hapishane”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 53, Sayı 2, 2004, s. 177-196.
- Saygılı**, Abdurrahman: “Modern Devletin Çıplak Sureti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 59, Sayı 1, 2010, s. 61-97.
- Schlink**, Bernhard: Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk, Çev. Reyda Ergün, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2012.
- Selçuk**, Sami: “Eski Çağlarda Suç Hukuku”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 1013-1059.
- Şaylan**, Gencay: Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi, 2. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2003.

- Tokgöz**, Havva Begüm: “Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütop-yalar Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, s. 431-467.
- Topuzkanamış**, Engin: Hukuk ve Disiplin Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları, Zoe Kitap, İstanbul 2019.
- Uygun**, Oktay: İbni Haldun’un Devlet Kuramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Whitman**, James Q.: “Between Self-Defense and Vengeance/Between Social Contract and Monopoly of Violence”, Tulsa Law Review, Cilt 39, Sayı 4, 2003, s. 901-924.
- Yıldırım**, Tolga: “Affin Hukuki Mahiyeti ve 2018/2929 Sayılı Kanun Teklifinin Kısa Bir Değerlendirmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 146, 2020, s. 9-53.
- Weber**, Max: From Max Weber: Essays in Sociology, translated by H. H. Gerth and C. Wright Mills, Oxford University Press, New York 1946.
- Yürüşen**, Melih: İnsan Doğası, Sosyal Düzen ve Değişim, Liberte Yayınları, 2013.
- Zabunoğlu**, Yahya Kâzım: Kamu Hukukuna Giriş: Devlet - Tanım, Kaynak ve Unsurlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 328, Ankara 1973.



## DOĞU EGE ADALARININ SİLAHLANDIRILMASI SORUNU

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1480095>

**Dr. Tayfur YUMUŞAK\***

### Öz

Yunanistan'ın egemenliğine bırakılan Doğu Ege adaları, çeşitli uluslararası andlaşmalarla gayri askeri statü altına konulmuştur. Bu statünün temel gerekçesi, Türkiye'nin güvenliğini sağlama amacı taşımaktadır. Buna rağmen Yunanistan 1964 yılından bu yana Adalar'ı silahlandırmakta ve bunlar için kabul edilen gayri askeri statü şartlarını ihlal etmektedir. Yunanistan silahlandırma faaliyetlerini yürütürken, gayri askeri statü koşullarının köklü değişikliğe uğradığını, meşru savunma hakkına sahip olduğunu ve Türkiye'nin gayri askeri statü şartlarının yerine getirilmesini talep etme hakkına sahip olmadığını ileri sürmektedir. Yunanistan'ın bu görüşleri, uluslararası hukuk ilke ve kuralları bakımından bazı sorunlara işaret etmektedir. Bu kapsamda Türkiye'nin kendi güvenliği için getirilmiş olan gayri askeri statü hükümlerinin ihlal edildiğini uluslararası kamuoyuna anlatabilmesi, barışçıl yollarla uyumsuzluğu çözüme kavuşturması gerekmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Doğu Ege Adaları, Gayri Askeri Statü, Andlaşma Koşullarında Köklü Değişiklik, Meşru Savunma Hakkı, Türkiye ve Yunanistan'ın Görüşleri

\* Avukat, Ankara 2 Nolu Baro, Ankara (tayfur.yumusak@hotmail.com) ORCID: 0000-0002-7901-5090 (Gönderim Tarihi: 07.05.2024-Kabul Tarihi: 08.07.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

## THE PROBLEM OF ARMING OF THE EASTERN AEGEAN ISLANDS

*(Research Article)*

### **Abstract**

*The Eastern Aegean islands, which were left under the sovereignty of Greece, were placed under non-military status under various international agreements. The main reason for this status is to ensure Türkiye's security. Despite this, Greece has been arming the Islands since 1964 and violating the non-military status conditions accepted for them. Greece claims that while carrying out its armament activities, the conditions for non-military status have changed radically, that it has the right to self-defense and that Türkiye does not have the right to demand the conditions for non-military status be met. These views of Greece point to some problems in terms of international law principles and rules. In this context, Türkiye needs to be able to explain to the international public that the non-military status provisions introduced for its own security have been violated and to resolve the dispute through peaceful means.*

### **Keywords**

*Eastern Aegean Islands, Non-Military Status, Fundamental Change of Circumstances, Right of Self-Defense, Views of Türkiye and Greece*

## GİRİŞ

Türkiye ile Yunanistan ülkeleri arasında kalan adalar beş gruba ayrılabilir. İlk gruptaki adalar, Kuzey Sporad adalarıdır. Bunlar; “Hasır”, “Keçi”, “İblislik”, “Bozada”, “Çamlıca”, “İskados”, “İskoblos”, “İkizceler”, “İskiri”, “İşkiroz”, “İksiri Poli”, “Maymuncuk” adalarıdır. İkinci grubu oluşturan Kiklat adaları, Girit adasının kuzeyinde yer alan dokuz adadan oluşmaktadır. Bunlar “Eğriboz”, “Andire”, “İtsindin”, “Nergiscik”, “Mekene”, “Nakşe”, “Bara”, “Yamorko”, “Değirmenlik” adalarıdır. İlk iki grupta sayılan bu Adalar, Yunan anakarasına yakın olan Batı Ege adalarıdır. Bu Adalar’a ilişkin Türkiye ile Yunanistan devletleri arasında herhangi bir hukuki ihtilaf bulunmamaktadır. Bu iki devlet arasında hukuki sorun oluşturan adalar Doğu Ege adalarıdır<sup>1</sup>. Bu adalar Boğaz-önü (“Limni”, “Semadirek”, “Taşoz”, “İmroz”, “Tavşan”), Menteşe (“Rodos”, “İstanköy”, “Meis” gibi adaları da içerecek şekilde Oniki Adalar (*Dodè-Canese*) ya da Güney-doğu Ege adaları veya Karya adaları) ve Saruhan bir diğer adıyla Kuzey-doğu Ege (“Midilli”, “İpsara”, “Sakız”, “Sisam”, “Hürşit”, “Nikarya”) adalarıdır<sup>2</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Türkiye ile Yunanistan arasındaki hukuki ihtilaf, Doğu Ege adaları üzerinden çıkmaktadır. Yunanistan’a bırakılmış olan Doğu Ege adaları, çeşitli uluslararası anlaşmalar ve sözleşmelerle gayri askeri statü altına konulmuştur. Buna rağmen Yunanistan 1964 yılından itibaren bu Adalar’ı silahlandırmaktadır. Türkiye anakarasına yakın olan bu Adalar’ın gayri askeri statü altına konulma sebebi Türkiye’nin güvenliğini sağlama amacı taşımaktadır. Yunanistan’ın silahlandırma faaliyetleri hem Türkiye’nin güvenliğine tehdit hem de gayri askeri statü şartı getiren uluslararası metinlerin ihlali anlamı taşımaktadır. Makale sınırları içerisinde, uluslararası anlaşmaların Doğu Ege adalarına ilişkin getirmiş olduğu gayri askeri statü hükümlerine, Türkiye ile Yunanistan’ın gayri askeri statü hükümlerine ilişkin görüşlerine ve bu görüşlerin uluslararası hukuk ilke ve kuralları bakımından değerlendirilmesine yer verilmiştir.

<sup>1</sup> **Yüksel**, Cüneyt **Singil**, Nesrin: “Uluslararası Hukukta Gayri Askeri Statü ve Doğu Ege Adaları’nın Askerileştirilmesi Sorunu”, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt 43, Sayı 2, 2023, s. 455; **Bölükbaşı**, Deniz: *Turkey and Greece: The Aegean Disputes: a Unique Case in International Law*, Cavendish Publishing, Great Britain 2004, s. 663.

<sup>2</sup> **Yüksel/Singil**, s. 455; **Bölükbaşı**, s. 664.

## I. DOĞU EGE ADALARININ GAYRİ ASKERİ STATÜSÜNE İLİŞKİN AKDEDİLEN ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR

Yukarıda beş grup halinde sayılan Ege adalarının tamamı, 1830 yılına kadar Osmanlı İmparatorluğu'nun egemenliği altında kalmıştır. 1830 yılında, Yunanistan'ın bağımsızlığını kazanması ile Batı Ege adaları (*Kuzey Sporad ile Kiklat adaları*) Yunanistan'ın egemenliğine geçmiştir<sup>3</sup>. Bu Adalar, Türkiye ile Yunanistan arasındaki silahlandırma sorununun konusunu oluşturmamaktadır. Bu gruba, 1898 yılında Yunanistan tarafından ele geçirilen Kiklat adalarının güneyindeki Girit adası da dâhil edilebilir<sup>4</sup>.

Silahlandırma sorununun konusunu oluşturan Doğu Ege adaları ile ilgili ilk gelişme, 1912 yılında yaşanmıştır. Libya'da İtalya ile savaşa giren Osmanlı İmparatorluğu, Balkan Savaşı'nın patlak vermesi üzerine İtalya ile 18 Ekim 1912 tarihli Uşi Andlaşması'nı imzalamak zorunda kalmış, Balkan Devletleri'nin Adalar'ı ele geçirmesi ihtimali üzerine savaşın sonuna kadar bu Adalar'ın İtalya'ya bırakılmasına razı olmuştur<sup>5</sup>. Andlaşma konusu olan Adalar, Mentеше olarak da anılan Güney-doğu Ege adalarıdır. Bu adalara “*Oniki Adalar*” da denilmektedir<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Bu husus 3 Şubat 1830 tarihli Londra Protokolü ile kararlaştırılmıştır, ilgili Protokol'ün orijinal nüshası için bkz. International Treaties and Protocols - GREECE LIBERATED (mfa.gr) (Erişim Tarihi: 24.6.2024); Bunun yanı sıra doktrinindeki bir çalışma için bkz. **Ertürk**, Yaşar: Adalar (Ege) Denizinde Türk-Yunan Mücadelesi, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 48.

<sup>4</sup> **Pazarıcı**, Hüseyin: Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1986, s. 2; **Bulut**, Serkan: Türkiye - Yunanistan Arasında Ege Sorunu ve AB Üyelik Sürecine Etkisi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 6.

<sup>5</sup> 18 Ekim 1912 tarihli Uşi Andlaşması'nın hükümleri için bkz. Treaty of Peace Between Italy and Turkey (1912) - Turkey in the First World War (turkeyswar.com) (Erişim Tarihi: 24.6.2024); I. Dünya Savaşı neticesinde Adalar, fiilen İtalyanlar'da kalmıştır. Ancak hukuken bir devir söz konusu olmamıştır. Adalar üzerindeki haklar, Lozan Barış Andlaşması'nın 15 ve 16. maddeleri ile sona ermiştir. Bu bilgiler için bkz. **Kargın**, Şahin: Ege Adalarının Hukuksal Statüsü Ege Sorunları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 15; **Altuncuoğlu**, Neslihan: “Uluslararası Antlaşmalar Işığında Ege Adaları Sorunu”, History Studies, Cilt 4, Sayı 4, 2012, s. 3; **İnce**, Fuat: “Lozan Barış Antlaşması ve Ege Adaları”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Sayı 53, 2013, s. 106; **Bölükbaşı**, s. 682.

<sup>6</sup> Bu Adalar'a Oniki Adalar denilmesinin nedeni oniki adet adadan oluşmasından kaynaklanmamaktadır. Osmanlı İmparatorluğu'nun bu adaları oniki kişilik yönetim ile yönetmesinden ötürü Oniki Adalar denmektedir. Kaldı ki bu adalar oniki adet olmayıp on dört ada ve bitişik adacıklardan oluşmaktadır. Bunlar; Stampalia (Astropolia), Rodos (Rhodos, Rhodes), Kalki (Calki, Khalki), Karpatos (Scarpanto), Kazos (Casos, Casso),

Uşi Andlaşması'nın yapılmasından bir süre sonra Balkan Savaşı sona ermiş, savaş neticesinde Osmanlı İmparatorluğu; Boğaz-önü ve Saruhan adalarından Taşoz, Midilli, Sakız, İpsara, Nikarya, Limni, Semadirek, İmroz (Gökçeada) başta olmak üzere birçok adanın hâkimiyetini kaybetmiş, bu Adalar Yunan işgali altına girmiştir<sup>7</sup>.

Savaş sonrasında Osmanlı İmparatorluğu ile Balkan Devletleri arasında 30 Mayıs 1913 tarihli Londra Andlaşması imzalanmış, bu Andlaşma neticesinde Osmanlı İmparatorluğu Girit üzerindeki tüm haklarından vazgeçmiştir<sup>8</sup>. Akabinde taraf devletlerin Andlaşma hükümlerine uymayı taahhüt ettikleri 14 Kasım 1913 tarihli Atina Andlaşması imzalanmıştır<sup>9</sup>. Londra Andlaşması'nın 4 ve 5. maddeleri ile Atina Andlaşması'nın 15. maddesi mucibince; Osmanlı İmparatorluğu'na ait olup Yunan işgali altında bulunan Adalar'ın geleceğini tayin hakkı; İngiltere, Fransa, Almanya, Avusturya - Macaristan, Rusya ve İtalya'dan oluşan Altı Büyük Devlet Kararı'na bırakılmıştır<sup>10</sup>. Bu kapsamda 13-14 Şubat 1914 tarihli Altı Büyük Devlet Kararı'na göre İmroz, Bozcaada ve Meis adası haricinde, 13 Şubat 1914'te Yunan işgali altında bulunan Adalar'ın, Yunanistan'a verilmesi öngörül-

---

Piskopis (Piscopis, Tilos), Miziros (Misiros), Kalimnos (Calminos, Kalymnos), Leros, Patmos, Lipsos, Simi, İstanköy (Cos, Kos), ve Meis (Castellorizo). Oniki Adalar'a ilişkin açıklamalar için bkz. **Pazarıcı**, s. 14.

<sup>7</sup> İşgal altına girmesi, Osmanlı İmparatorluğu'nun bu Adalar üzerindeki egemenliğini kaybettiği anlamına gelmez, doktrinde bu yöndeki açıklamalar için bkz. bkz. **Toluner**, Sevin: Limni Adasının Hukuki Statüsü ve Montreux Boğazlar Konvansiyonu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 1987, s. 4; **Gözenç**, Selami: Avrupa Ülkeler Coğrafyası, Çantay Kitabevi, İstanbul, 1995, s.140; **Başeren**, Sertaç Hami: Ege Sorunları, TÜDAV Yayınları, İstanbul 2003, s. 29.

<sup>8</sup> 30 Mayıs 1913 tarihli Londra Andlaşması'nın 4. maddesiyle bu husus hüküm altına alınmıştır, Andlaşma metni için bkz. Türk-Yunan İlişkileri Forumu - London Peace Treaty (30 May 1913) (turkishgreek.org), (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

<sup>9</sup> 14 Kasım 1913 tarihli Atina Andlaşması hükümleri için bkz. **Cambridge University Press**: "The Treaty of Peace Between Turkey and Greece", The American Journal of International Law, Cilt 8, Sayı, 1, 2017, s. 46-55, s. 46.

<sup>10</sup> "17 Mayıs 1913'te Londra'da imzalanan Barış Andlaşmasınının 5. maddesinde, bir yanda Osmanlı Hükümeti, öte yanda Balkanlı müttefikler (Bulgaristan, Yunanistan, Karadağ, Sırbistan) Girit hariç Ege denizindeki bütün Osmanlı adalarının geleceğini kararlaştırma yetkisini Altı Büyüklere bıraktıklarını beyan etmişlerdir. ... 5. madde hükmüne uyma sözünün anlamı nedir? Altı Büyüklerin önerdiği ve savaşan tarafların kabul ettiği, Yunan işgali altındaki adalar sorununun çözümünde Altı Büyüklerin arabuluculuğudur ki, bu, uyumsuzluğa kesin ve bağlayıcı bir çözüm getirme yetkisini içermez. ... Nitekim (süreç sonunda) Osmanlı Hükümeti tarafından Altı Büyükler Kararı reddedilir", açıklamalar için bkz. **Toluner**, s. 5 vd.



müştür<sup>11</sup>. Son haliyle, Uşi Andlaşması neticesinde Osmanlı İmparatorluğu tarafından İtalya'ya bırakılan Güney-doğu Ege adaları (Oniki Adalar) Yunanistan'ın egemenliği altına girmiştir<sup>12</sup>. Ancak Yunanistan'ın Adalar üzerindeki egemenliği gayri askeri statü şartı ile sınırlandırılmıştır<sup>13</sup>. Bir başka ifade ile Adalar, silahsızlandırılmak ve askeri amaçlar dışında kullanılmak şartıyla Yunanistan'ın egemenliğine bırakılmıştır<sup>14</sup>. İlgili Karar'da gayri askeri statü şartının Türkiye'nin güvenliği için getirildiği açık ifadelerle belirtilmiştir. Yunanistan, 21 Şubat 1914 tarihli cevabıyla bu hükümleri kabul ettiğini açıklamıştır<sup>15</sup>. Buna karşın Osmanlı İmparatorluğu, 16 Şubat 1914 tarihli Notasında, Adalar'ın Yunanistan'ın egemenliğine bırakılmasına ilişkin hükümleri kabul etmeyeceğini açıklamıştır<sup>16</sup>.

I. Dünya Savaşı'nın başlaması üzerine kesin olarak hukuksal bir sonuca bağlanmamış bulunan Doğu Ege adaları ile ilgili düzenleme, Savaş sonrası

<sup>11</sup> 1914 tarihli Altı Büyük Devlet Kararı'na ilişkin bkz. Ege Uyuşmazlıklarına İlişkin Arka Plan Notu / T.C. Dışişleri Bakanlığı (mfa.gov.tr) (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

<sup>12</sup> İtalya, Oniki Adalar'ı vermemek için yeni gerekçeler aramaya başlamış, 1914 yılı boyunca İngiltere, İtalya ve Osmanlı İmparatorluğu arasında Oniki Adalar konusundaki görüşmeler devam ederken I. Dünya Savaşı başlamıştır. İtilaf devletleri, İtalya'yı kendi saflarına çekmek için Oniki Adalar'ın İtalya'ya verilmesini 26 Nisan 1915 günü Londra'da yaptıkları gizli andlaşma ile kabul etmişlerdir. Paris Barış Andlaşması'nın 14. maddesi gereğince Oniki Adalar'ın Yunanistan'a verilmesine karar bu adalar İtalya egemenliğinde kalmıştır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. **Karğın**, s. 18; **Altuncuoğlu**, s. 3.

<sup>13</sup> “*Altı Devlet, ayrıca, zilyetliğine sahip olacağı adaların tahkim edilemeyeceği ve bahri ya da askeri amaçla kullanılmayacağı konusunda Altı devlete ve Türkiye'ye Yunanistan'ca tatmin edici güvenceler verilmesine ... karar vermiştir*”, metinler için bkz. **Pazarıcı**, s. 3.

<sup>14</sup> **Toluner(a)**, Sevin: “Objektif Hukuki Durum Yaratan Andlaşmalar Kavramı Gerekliliği Midir?“, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 25, Sayı 1-2, Yıl 2005, s. 562; **Acer**, Yücel: “Doğu Ege Adalarının Silahlandırılması ve Egemenlik Tartışması: Türkiye İçin Yeni Bir Hukuki Yol”, Kriter Dergisi, Yıl 6, Sayı 66, 2022, erişim için bkz. Doğu Ege Adalarının Silahlandırılması ve Egemenlik Tartışması: Türkiye İçin Yeni Bir Hukuki Yol, Dosya / Savunma ve Güvenlik Yücel Acer | Kriter Dergi (Erişim Tarihi: 24.6.2024); **Bölükbaşı**, s. 665.

<sup>15</sup> **Pazarıcı**, s. 3; **Bölükbaşı**, s. 667.

<sup>16</sup> “*İmparatorluk Hükümeti, Yunan işgali altındaki adaların geleceğini kararlaştırma yetkisini Büyük Devletlere bırakırken, Boğazlara komşu ve Asya ülkesinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan bu adaların Osmanlı'nın zilyetliğinde bulunmasını zorunlu kılan nedenleri de defalarca açıklamış; Büyük Devletleri tanıyan yetkinin ilgili tarafların çıkarlarına uygun bir çözümün gerçekleştirilmesi yolunda kullanılacağı umudunu taşımıştır. Oysa büyük devletlerin, İmparatorluğun hayati icablarını göz önünde bulundurmamalarını ve sorunu ciddi bir tartışma zemini olmayacak biçimde düzenlemeleri, esefle karşılanır*”, Osmanlı İmparatorluğu'nun 16 Şubat 1914 tarihli Notası'nın aktarımı için bkz. **Toluner**, s. 7; Orijinal Fransızca metin için bkz. **Bölükbaşı**, s. 667.

akdedilen 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması ile hükme bağlanmıştır<sup>17</sup>. Andlaşmanın 12. maddesine göre; Kuzey-doğu Ege adalarından; İmroz, Bozcaada, Tavşan adaları Türkiye'ye; Limni, Semadirek, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya Yunanistan'a bırakılmıştır<sup>18</sup>. Andlaşma'nın 13. maddesinde Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya adalarının gayri askeri statü altına konuldukları herhangi bir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde öngörülmüştür<sup>19</sup>. Ancak Andlaşma'nın 12. maddesinde “Doğu Akdeniz adaları ve özellikle Limni, Semadirek, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya adaları üzerinde Yunan egemenliği konusunda ... 13 Şubat 1914 tarihinde Yunan Hükümetine bildirilen karar ... doğrulanmıştır” demek suretiyle sayılan Adalar dahil ve bu adalar dışında Yunanistan'ın 1912-1913'te işgal ettiği öteki Ege adalarının da 1914 tarihli Altı Büyük Devlet Kararı'nın gayri askeri statü hükümlerinin etkisi altına sokulduğunu söyleme olanağı vardır<sup>20</sup>. Şu halde Boğaz-önü adalarından Limni ve Semadirek adalarının 12. madde hükmü ile gayri askeri statü altına konulduğu ifade edilebilir<sup>21</sup>. Ancak bu konuda, aşağıda da yer verildiği üzere, Türkiye ve Yunanistan arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır.

Lozan Barış Andlaşması'nın 15. maddesine göre Güney-doğu Ege adaları (Oniki Adalar) İtalya'ya bırakılmış, ancak bu Adalar gayri askeri statü

<sup>17</sup> 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması hükümleri için bkz. kanunbmmc00200343.pdf (Erişim Tarihi: 24.6.2024); Doktrinde bu yöndeki bir açıklama için bkz. **Bölükbaşı**, s. 673.

<sup>18</sup> **Lozan Barış Andlaşması** 12. madde: “İmroz ve Bozca Adaları ile Tavşan adaları dışında, Doğu Akdeniz adaları ve özellikle Limni, Semadirek, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya adaları üzerinde Yunan egemenliğine ilişkin 17/30 Mayıs 1913 günlü Londra Andlaşmasının beşinci ve 1/14 Kasım 1913 günkü Atina Andlaşmasının on beşinci maddeleri hükümleri uyarınca 13 Şubat 1914 günkü Londra Konferansında alınıp 13 Şubat 1914 günü Yunan Hükümetine bildirilen karar, işbu andlaşmanın İtalya'nın egemenliği altına konulan ve on beşinci maddede yazılı olan adalara ilişkin hükümleri saklı kalmak koşulu ile doğrulanmıştır. Asya kıyısından üç milden az uzaklıkta bulunan adalar, işbu andlaşmada tersine hüküm olmadıkça, Türkiye egemenliği altında kalacaktır”.

<sup>19</sup> **Lozan Barış Andlaşması** 13. madde: “Barışın sürekli olmasını sağlamak amacı ile Yunan Hükümeti, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya Adalarında aşağıdaki önlemlere saygı göstermeği yükümlendirir: 1- Bu Adalarda hiçbir deniz üssü ve hiçbir istihkâm kurulmayacaktır. 2- Yunan, savaş uçakları ve öteki hava araçlarının Anadolu kıyısındaki topraklar üzerinde uçuşu yasaklanacaktır. Buna karşılık, Türkiye Hükümeti de savaş uçaklarının ve öteki hava araçlarının sözü geçen adalar üzerinde uçuşmasını yasaklayacaktır. 3- Söz konusu adalarda Yunan, Silâhlı Kuvvetleri, silâh altına alınıp yerinde eğitilebilecek olan normal askersel birlikle ve tüm Yunanistan topraklarındaki jandarma ve polis sayısı ile orantılı olacak, bir jandarma ve polis örgütü ile sınırlı kalacaktır”.

<sup>20</sup> **Pazarıcı**, s. 10; **Yüksel/Singil**, s. 460.

<sup>21</sup> **Bölükbaşı**, s. 676.

altına konulmamıştır<sup>22</sup>. Şu halde; Lozan Barış Andlaşması kapsamında Yunanistan'a bırakılan Adalar gayri askeri statü altına konulurken, İtalya'ya bırakılan Güney-doğu Ege adaları için böyle bir statü öngörülmemiştir.

Lozan Barış Andlaşması'nın 16. maddesi, "*Türkiye işbu Andlaşmada belirlenen sınırları dışındaki tüm topraklar ile bu topraklardan olup gene bu Andlaşma ile üzerinde kendi egemenlik hakkı tanınmış bulunanlar dışındaki Adalarda ... her ne nitelikte olursa olsun, sahip olduğu tüm hak ve senetlerden vazgeçtiğini açıklar*" hükmünü içermektedir. Doktrinde bu hükmün, Türkiye'nin her türlü hakkından vazgeçtiği anlamına gelmeyeceği savunulmaktadır. Zira hükümde kullanılan terimler yalnızca Türkiye'nin egemenlik hakkıyla ilgili hükümler olup, Adalar üzerinde Yunanistan'ın egemenliğinin sınırlanması konusunda Türkiye'nin elde ettiği haklarını kapsar nitelikte değildir<sup>23</sup>.

1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması'nın eki niteliğindeki Lozan Boğazlar Sözleşmesi'ne de yer verilmesi gerekir<sup>24</sup>. Zira Sözleşme ile Boğazlar'dan geçiş güvenliğinin sağlanması amacıyla, Boğazlar ve Boğaz-önü adaları gayri askeri statü altına konulmuş ve daha önce gayri askeri statü altında olduğu kabul edilen Adalar'ın bu statüsü teyit edilmiştir<sup>25</sup>. İlgili Sözleşme'de gayri askeri statü, "*boğazlardan serbest geçiş ve ulaştırmanın engellenmemesi*" koşulu ile öngörülmüştür<sup>26</sup>. Bununla birlikte II. Dünya Savaşı öncesinde devletlerin bloklaşması ile Akdeniz ve Karadeniz'deki tehditler artmış, bu kapsamda Türkiye kendi güvenliğini sağlamak amacıyla Boğazlar meselesini gündeme getirmiştir. Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin getirdiği koşullarda köklü değişiklikler meydana geldiğini ve yeni bir Boğazlar Sözleşmesi akdedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>27</sup>. Türkiye'nin bu talepleri üzerine 20 Temmuz 1936 tarihinde Montrö Boğazlar Sözleşmesi akdedil-

<sup>22</sup> **Lozan Barış Andlaşması** 15. madde: "*Türkiye aşağıda sayılan adalar üzerindeki tüm hak ve senetlerinden İtalya yararına vazgeçer: Bugün İtalya'nın işgali altında bulunan Astampalya (Astropalia), Rodos (Rhodes), Kalki (Calki), Skarpanto, Kazos (Casso), Piskopis (Tilos), Misiros (Misyros), Kalimnos (Kalymnos), Leros, Patmos, Lipsos (Lipso), Sombeki (Simi) ve İstanköy (Koş) adaları ile bunlara bağlı olan adacıklar ve Meis (Castellorizo) adası*".

<sup>23</sup> "*(aksini kabul etmek) hem bir andlaşmanın bağlantıları içinde yorumlanması ilkesine hem de bir andlaşmanın etkinliği ilkesine aykırı düşmektedir*", açıklamalar bkz. **Pazarıcı**, s. 11.

<sup>24</sup> 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması'nın Eki niteliğindeki Lozan Boğazlar Sözleşmesi metni için bkz. kanunbmmc00200343.pdf (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

<sup>25</sup> **Lozan Boğazlar Sözleşmesi** 4 ve 6. maddeleri.

<sup>26</sup> **Lozan Boğazlar Sözleşmesi** 3. madde.

<sup>27</sup> **Toluner**, s. 15; **Bölükbaşı**, s. 679.

miştir<sup>28</sup>. Bu Sözleşme’ye göre daha önce gayri askeri statü altına konulan Boğazlar Bölgesi içinde yer alan Boğaz-önü adalarından İmroz, Bozcaada ve Tavşan adalarının bu statüsü kaldırılmış, bu Adalar’ın Türkiye tarafından silahlandırılmasının önünde engel kalmamıştır<sup>29</sup>.

II. Dünya Savaşı’nın sona ermesinden sonra 10 Şubat 1947 tarihinde Paris Barış Andlaşması imzalanmıştır<sup>30</sup>. Andlaşma kapsamında Güney-doğu Ege adaları, galip devletler tarafından mağlup devlet İtalya’dan alınmış, gayri askeri statü altına konulması şartıyla Yunanistan’ın egemenliğine bırakılmıştır<sup>31</sup>. Türkiye bu andlaşmanın tarafı değildir<sup>32</sup>.

Yukarıda sırasıyla açıklandığı üzere, 1830’dan 1947 yılına kadar yapılan uluslararası andlaşmalar göz önüne alındığında; Limni, Semadirek, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya ile Güney-doğu Ege adalarının gayri askeri statü altına konularak Yunanistan’ın egemenliğine bırakıldığı anlaşılabilir<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> 20 Temmuz 1936 tarihli Montrö Boğazlar Sözleşmesi’nin hükümleri için bkz. kanuntbmmc01603056.pdf (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

<sup>29</sup> 20 Temmuz 1936 tarihli Montrö Boğazlar Sözleşmesi Ek Protokolü “1. Türkiye, işbu Sözleşmenin Başlangıç kesiminde tanımlandığı biçimde Boğazlar bölgesini hemen yeniden askerleştirebilecektir”.; Bu hükümlerle Türkiye bakımından gayri askeri statü sona ererken Yunanistan bakımından Lozan Boğazlar Sözleşmesi’nin getirdiği sınırlamalar geçerliliklerini korumaktadır, doktrinde bu yöndeki görüşler için bkz. **Yüksel/Singil**, s. 462; ayrıca bkz. **Toluner**, s. 15 vd.; **Bölükbaşı**, s. 681.

<sup>30</sup> 10 Şubat 1947 tarihli Paris Barış Andlaşması’nın hükümleri için bkz. Türk-Yunan İlişkileri Forumu - TREATY OF PEACE WITH ITALY - 1947 (turkishgreek.org) (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

<sup>31</sup> **Paris Barış Andlaşması** 14. madde: “İtalya işbu Andlaşma ile aşağıda belirtilen oniki adayı tüm egemenliği ile Yunanistan’a terk eder; Stampalia (Astropiala), Rhodes (Rhodos), Calki (Kharki), Scrapanto, Cassos (Casso) Piscopis, (Tilos), Misiros (Nisyros), Calimnos (Kalymnos), Leros, Patmos, Lipsos (Lipso), Simi, (Symi) ve Meis (Castellorizo) ve bitişik adacıklar. Bu adalar silahsızlandırılacak ve öyle kalacaklardır”. Gayri askeri statünün kapsamı ise aynı Andlaşmanın XIII. Ekinin D maddesinde yapılan tanıma göre şöyledir: “İşbu andlaşma amacıyla ‘askerden arındırılma’ ve ‘askerden arındırılmış’ terimleri ile iki ülke üzerindeki ilgili karasularındaki, bütün deniz, kara ya da hava tesisleri ve istihkâmları ile kara, deniz ya da hava yapay engellerinin silahlarının, kara, deniz ya da hava birliklerinin üsleri kullanmasının ya da bu birliklerce süreli ya da geçici olarak kalınmasının her türlü askeri eğitimin ve savaş malzemesi üretiminin yasaklanması biçiminde anlaşılması gerekmektedir. Bu yasaklama sınırlı sayıda içe yönelik görevleri yerine getirecek ve bir tek kişi tarafından taşınabilen ve kullanılabilen silahlarla donatılmış iç güvenlik personeli ile bunlar için gerekli askeri eğitimi içermektedir”; Paris Barış Andlaşması’nın 14. maddesine ilişkin doktrin görüşleri için bkz. **Hayta**, Necdet: “İkinci Dünya Savaşı Yıllarında Ege Adaları Sorunu”, Atatürk Araştırmaları Dergisi, Cilt 12 Sayı 36, Yıl 1996, s. 847.

<sup>32</sup> **Toluner(a)**, s. 564.

<sup>33</sup> “Lozan Barış Andlaşmasının 16. maddesi, ‘Türkiye, ... egemenliği işbu andlaşmada tanınmış adalardan başka bütün öteki adalar üzerindeki her türlü haklarından ve sıfatla-

Gayri askeri statü şartı, Türkiye'nin güvenliğini sağlamak amacıyla getirilmiştir. Buna rağmen Yunanistan, andlaşmalardan doğan yükümlülüklerini ihlal ederek Adalar'ı silahlandırmakta, Türkiye'nin güvenliğini tehdit etmektedir. İlk silahlandırma girişimi, 1964 yılında olmuş, Yunanistan, Rodos ve İstanköy adalarını silahlandırmıştır<sup>34</sup>. Buna karşın Türkiye tarafından Yunanistan'a Nota verilmiş, Yunanistan'dan uluslararası andlaşmalara uyması talep edilmiştir<sup>35</sup>. Yunanistan verdiği cevapta, askeri bir tahkimat yapmadığını ve uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülüklerini yerine getirdiğini ifade etmiştir<sup>36</sup>. İkinci silahlandırma girişimi 1969 yılında Limni adasında gerçekleşmiş, Türkiye bu hukuksuz girişime karşı da Yunanistan'a Nota vermiştir. Dikkat etmek gerekirse, Yunanistan'ın Adaları silahlandırmaya başlaması, Kıbrıs Sorunu'nun ortaya çıktığı tarihlere denk gelmektedir<sup>37</sup>. O tarihten günümüze kadar giderek büyük bir sorun haline dönüşen Adalar'ın silahlandırılması sorununun tarihsel arka planı bu şekildedir. Aşağıda yer verilen açıklamalarda Adalar'ın silahlandırılmasına ilişkin Yunanistan'ın görüşlerine, ardından bu görüşlerin eleştirilerine yer verilmiştir.

## II. DOĞU EGE ADALARININ SİLAHLANDIRILMASINA İLİŞKİN YUNAN GÖRÜŞLERİ VE ELEŞTİRİLER

Yunanistan, gayri askeri statü altına konulan Doğu Ege adalarını silahlandırmakta ve uluslararası andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmektedir<sup>38</sup>. Yunanistan silahlandırma faaliyetlerini bazı görüşlere dayandırmaktadır. Bu görüşler şu şekilde özetlenebilir:

*rından vazgeçmiş olduğunu bildir...’ demek suretiyle ilk bakışta, kendi egemenliğine girmeyen bütün adalar için Türkiye'nin her türlü hakkından vazgeçtiği biçiminde anlaşılabilir görünmektedir. Oysa burada kullanılan terimler yalnızca Türkiye'nin egemenlik hakkıyla ilgili hükümler olup, adalar üzerinde Yunanistan'ın egemenliğinin sınırlanması konusunda Türkiye'nin elde ettiği haklarını kapsar nitelikte değildir”, bkz. Pazarıcı, s. 11.*

<sup>34</sup> **Bölükbaşı**, s. 723.

<sup>35</sup> **İnan, Y./Acer, Y.:** “Aegean Disputes”, Foreign Policy Institute, 2004, s. 125-157, s. 137; **Bölükbaşı**, s. 723.

<sup>36</sup> **İnan/Acer**, s. 137; **Bölükbaşı**, s. 723.

<sup>37</sup> **Schmitt**, Michael N.: “Aegean Angst: A Historical and Legal Analysis of the Greek-Turkish Dispute”, Roger Williams University Law Review Cilt 2, Sayı 1, Yıl 1996, s. 51.

<sup>38</sup> “Gayri askerî statülerinin sürdürülmesi koşuluyla Yunanistan'a devredilen adaların toplam sayısı 23'tür. Bu adalar; Taşoz, Bozbaba, İpsara, Semadirek, Limni, Midilli, Sakız, Nikarya, Sisam, İstanbulya, Rodos, Herke, Kerpe, Çoban, İleki, İncirli, Kelemez, İlyöz, Batnoz, Lipsos, Sömbeki, İstanköy ve Meis'tir” açıklamalar için bkz. **Mercan**, Muhammed Veli/**Farımaç**, Halis Esad: “Ege'de Türk-Yunan Geriliminin Kavramsal Haritası ve Tarafların Tezleri”, İNSAMER Rapor, Sayı 133, Yıl 2021, s. 16.

a-) Adalar için kabul edilen gayri askeri statü şartlarında köklü değişiklikler meydana gelmiştir (*rebus sic stantibus*), dolayısıyla Adalar silahlandırılmalıdır.

b-) Türkiye'nin Ege'de 4. Ordu'yu kurması, Kıbrıs'a asker çıkarması gibi gerekçelerle Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesinde yer alan meşru savunma ilkesi işletilmeli, bu kapsamda Adalar silahlandırılmalıdır.

c-) Güney-doğu Ege adaları için gayri askeri statü şartı getiren andlaşma, Paris Barış Andlaşması'dır. Türkiye bu Andlaşma'ya taraf değildir. Şu halde, Türkiye'nin gayri askeri statü şartlarının yerine getirilmesini talep etme hakkı yoktur. Yunanistan tarafından Adalar silahlandırılabilir.

Aşağıda, Yunanistan tarafından ileri sürülen bu görüşlere, ardından bu görüşlerin uluslararası hukuk ilke ve kuralları bakımından değerlendirmelerine yer verilmiştir.

#### A. Yunanistan'ın Gayri Askeri Statü Sebeplerinde Köklü Değişim Meydana Geldiği Görüşü (*Rebus Sic Stantibus*) ve Eleştirisi

Yunanistan, Doğu Ege adalarının gayri askeri statüsü altına konulmasının sebeplerinde köklü değişiklikler meydana geldiği görüşündedir<sup>39</sup>. Uluslararası hukukta *rebus sic stantibus* olarak anılan bu kayıt, Yunanistan tarafından Adalar'ın silahlandırılmasının sebebi olarak kabul edilmektedir. Bu görüş, üç dayanak üzerinden açıklanmaktadır:

**Birinci Dayanak:** Yunanistan'a göre Adalar'ın gayri askeri statü altına konulma sebebi ortadan kalkmıştır. Zira Türkiye ile Yunanistan arasında 1930 yılından itibaren dostluk ilişkileri başlamış, her iki ülke uluslararası barış ve güvenliği temin etme iddiasıyla ortaya çıkan Birleşmiş Milletler Örgütü'ne üye olmuştur. Her iki ülke bununla da yetinmemiş, 1952'de NATO'ya üye olmuşlardır<sup>40</sup>. Bu kapsamda iki ülke birbirine yaklaşmıştır. Şu halde, Türkiye'nin güvenliğini sağlamak amacıyla getirilmiş olan gayri askeri statü şartı üstü kapalı olarak sona ermiştir. Zira Türkiye ile Yunanistan artık dosttur, Türkiye'ye yönelecek herhangi bir tehdit de bulunmamaktadır<sup>41</sup>. Yunanistan tarafından ileri sürülen görüş bu şekilde açıklanmakla birlikte bu görüşün uluslararası hukukun ilke ve kuralları ile birlikte değerlendirildiğinde bazı sorunlara işaret ettiği açıktır. Şöyle ki,

<sup>39</sup> **Pazarıcı(a)**, Hüseyin: Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 122; **Mercan/Farımaz**, s. 16; **Bölükbaşı**, s. 757 vd.

<sup>40</sup> **Bölükbaşı**, s. 799.

<sup>41</sup> **Pazarıcı(a)**, s. 123; **Turan**, Cem: Türk-Yunan İlişkileri ve Ege Sorunları, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2016, s. 92.

- 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62. maddesine göre, andlaşmanın akdedildiği şartlarda taraflarca öngörülemeyen bir değişiklik meydana gelmesi durumunda maddede belirtilen şartların yerine getirilmesi koşulu ile andlaşmanın sona erdirilebilmesi, andlaşmadan çekilme ya da andlaşmanın yürürlüğünün askıya alınabilmesi mümkündür<sup>42</sup>. Maddede belirtilen şartlar ise andlaşmanın yapıldığı şartlarda bir değişiklik bulunması, bu değişikliğin tarafların andlaşma ile bağlanma rızalarının esaslı bir temelini oluşturması ve tarafların andlaşma kapsamında icra edecekleri yükümlülüklerin köklü bir şekilde değişmiş olmasıdır. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, Yunanistan'ın gayri askeri statü şartlarında köklü değişiklik meydana geldiğine dair görüşü hukuki bir temele dayanmamaktadır<sup>43</sup>. Zira iyi dostluk ilişkilerinin gelişmiş olmasının, Adalar'ın gayri askeri statüsünün ortadan kaldırılması bakımından köklü bir değişiklik olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Kaldı ki bu dostluk ilişkileri, Türkiye'nin lehine/menfaatine getirilmiş olan gayri askeri statü şartından daha iyi bir güvence sağlamaz<sup>44</sup>. Son cümleyi teyit etmek bakımından ifade etmek gerekirse; 1960 yılından itibaren başlayan Kıbrıs Sorunu, dostluk ilişkilerinin bozulmasına neden olmuştur. Günümüzde iki devlet arasında devam eden deniz yetki alanları (*karasuları, kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge*) sorunu, iki ülkeyi savaşın eşiğine kadar getirmiştir. Bu açıklamalar ışığında, Yunanistan'ın dostluk ilişkilerini gerekçe gösterip gayri askeri statü şartlarında köklü değişiklik meydana geldiğini iddia etmesi hukuki dayanaktan yoksundur. Aynı sonuç, uluslararası içtihat tarafından da desteklenmektedir. Uluslararası Adalet Divanı 1997 tarihli *Gabcikova - Nagymaros* Davası'nda, mevcut siyasi şartlarda yaşanan değişikliğin ilgili andlaşmanın konu ve amacıyla yakından bağlantılı olmadığını tespit etmiştir<sup>45</sup>.

- Yunanistan, gerek kendisinin gerek Türkiye'nin Birleşmiş Milletler ile NATO'ya üye olmasının gayri askeri statü şartlarında bir değişikliğe işaret ettiği görüşündedir<sup>46</sup>. Birleşmiş Milletler Bildirisi üzerinden evrensel bir güvenlik sistemi kurulması amaçlandığı göz önüne alındığında bu görüş bir an için kabul edilebilir. Ancak II. Dünya Savaşı sonrası NATO ve Varşova

<sup>42</sup> 22 Mayıs 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin hükümleri için bkz. Türk-Yunan İlişkileri Forumu - VİYANA ANDLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİ (turkishgreek.org) (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

<sup>43</sup> **Yüksel/Singil**, s. 464 vd.; Aynı zamanda **Bölükbaşı**, s. 799 vd.

<sup>44</sup> **Pazarıcı(a)**, s. 123.

<sup>45</sup> **Uluslararası Adalet Divanı**, "Gabcikovo – Nagymaros Davası (Macaristan/Slovakya)", (25.9.1997), 104. paragraf, 7377.pdf (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

<sup>46</sup> **Başeren**, s. 104; **Turan**, s. 92.

Paktı'nın ayrı ayrı kurulması bu amacın başarısız kaldığını göstermiştir<sup>47</sup>. Kaldı ki, Birleşmiş Milletler'in getirdiği sistemde, yeniden askerleştirme ve silahlandırma değil bütün dünyayı silahsızlandırma amacı yatmaktadır. Bunun yanı sıra; NATO Andlaşması'nın 8. maddesi, "...önceden taraflarca akdedilen yükümlülüklerin aksi belirtilmedikçe aynen geçerli olmaya devam edeceği..." hükmünü içermektedir. Gerek Türkiye gerek Yunanistan, NATO'ya üye olduklarında 8. maddenin aksine bir şerh düşmemiş, bunun yerine Yunanistan 10.05.1969 tarihli bir Notasında gayri askeri statü şartının yürürlükte olduğunu teyit etmiştir. Buradan çıkan sonuca göre NATO'ya üyelik, Adalar için kabul edilen gayri askeri statü şartlarında köklü değişiklik meydana getirmemiştir.

- Yunanistan bir yandan gayri askeri statü şartlarında köklü bir değişiklik meydana geldiğini ileri sürerken diğer yandan uluslararası andlaşmalarla getirilen gayri askeri statü şartlarının geçerli olduğunu kabul etmektedir. Daha açık bir ifade ile Türkiye, 2 Nisan 1969 tarihli Notasında Yunanistan'ın; Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya Adası'ndaki jandarma kuvvetlerinin sayısının Lozan Andlaşması'nın 13. maddesinde öngörülen sınırları aştığını beyan etmiş; buna karşın Yunanistan, 10 Mayıs 1969 tarihli Notası ile adı geçen Adaların hukuki statüsünün devam ettiğini dile getirmiştir<sup>48</sup>. Ayrıca, köklü bir değişikliğin varlığı kabul edilse dahi, Andlaşma'nın kendiliğinden sona ermesi mümkün değildir. Zira bu çerçevede Türkiye Cumhuriyeti, Türk Boğazları bakımından Lozan Boğazlar Sözleşmesi ile öngörülen gayri askeri statü koşullarında köklü değişiklik meydana geldiğini ileri sürerek, buna ilişkin düzeltmelerin Montreux Boğazlar Sözleşmesi ile gerçekleştirilmesini sağlamıştır<sup>49</sup>.

**İkinci Dayanak:** Yunanistan, 1936 tarihli Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile Boğaz-önü adalarının gayri askeri statüsünün kaldırıldığını, buradan hareketle gayri askeri statü şartlarında köklü değişiklik meydana geldiğini ileri sürmektedir<sup>50</sup>. Daha açık bir ifade ile Yunanistan, kendisine ait olan Boğaz-önü adalarından Limni ve Semadirek adalarının gayri askeri statüsünün

<sup>47</sup> **Pazarıcı(a)**, s. 123; **Başeren**, s. 104.

<sup>48</sup> **Yüksel/Singil**, s. 465; **Bölükbaşı**, s. 722.

<sup>49</sup> **Yüksel/Singil**, s. 465.

<sup>50</sup> Yunanistan'ın bu görüşü Yunan Dışişleri Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Direktörü Economides tarafından ortaya atılmıştır, bu yöndeki açıklamalar için bkz. **Economides**, Constantine P.: "La prétendue obligation de démilitarisation de l'île de Lemnos", *Revue Hellénique de Droit International*, 1981, 7-11, bu kaynağın aktarımı için bkz. **Pazarıcı(a)**, s. 124, dipnot 411.



Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile kaldırıldığı görüşündedir<sup>51</sup>. Bu görüşe göre ilgili Sözleşme, gayri askeri statü hükmü getiren Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin 4. maddesini ortadan kaldırmıştır. Bu sonuca Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Başlangıç Bölümü'nün 2. cümlesinden ulaşılmaktadır. Yunanistan, kendi görüşünü güçlendirmek adına dönemin Türkiye Dışişleri Bakanı Tevfik Rüştü Aras'ın sözlerini dayanak göstermektedir. Buna göre Aras, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ni onay için Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunarken Yunanistan için de gayri askeri statünün kalktığını ifade etmiştir<sup>52</sup>. Bu gerekçeler üzerinden açıklanan Yunan görüşü, uluslararası hukuk ilke ve kuralları göz önüne alındığında hukuki dayanaktan yoksun görünmektedir. Şöyle ki,

- Yunanistan, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Başlangıç Bölümü'nün 2. cümlesini referans almaktadır. İlgili cümle, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Türk Boğazları'nın statüsünü düzenleyen Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin yerine geçtiğini ifade etmektedir<sup>53</sup>. Buradan hareketle; Boğaz-önü adalarından Yunanistan'a bırakılan Limni ve Semadirek adalarının gayri askeri statüsünün sona erdiği sonucu çıkarılmaktadır<sup>54</sup>. Ancak Başlangıç Bölümü'nün birinci cümlesi ile ikinci cümleyi birlikte değerlendirmek gerekir. Birinci cümle "*Boğazlar genel deyimiyile belirtilen Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve Karadeniz Boğazı'ndan geçişi ve ulaşımı*" demektir. Öyleyse, birinci cümle ile ikinci cümle birlikte okunduğunda; - *Montrö Boğazlar Sözleşmesi, Boğazlardan geçiş ve ulaşım serbestisine ilişkin Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin getirdiği hükümlerin yerine geçmiştir* - anlamı çıkmaktadır<sup>55</sup>. Şu halde, Başlangıç Bölümü'ndeki cümleleri kırparak Limni ve Semadirek adalarının gayri askeri statüsünün sona erdiği sonucuna varılmaz. Aksi durum, - *andlaşmada yer alan bir kelimenin andlaşmanın bütünü içinde ifade ettiği anlam uyarınca yorumlanması* - ilkesine aykırı olur.

- Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde, Boğaz-önü adalarından Limni ve Semadirek adalarının gayri askeri statüsünün sona erdiğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun yerine gayri askeri statüsü sona eren bölgeler,

<sup>51</sup> Avar, Y./Lin, Y. Chou: "Aegean Disputes Between Turkey and Greece: Turkish and Greek Claims and Motivations in the Framework of Legal and Political Perspectives" International Journal of Politics and Security, Cilt 1, Sayı 1, Yıl 2019, s. 66; Bonavita, Mauro: "Contemporary Strategies And Conflicts In The Aegean Sea Region", Opinion Documents, Sayı 39, Yıl 2019, s. 12.

<sup>52</sup> Bölükbaşı, s. 759.

<sup>53</sup> Bu görüş için bkz. Bonavita, s. 12; Schmitt, s. 53.

<sup>54</sup> Bonavita, s. 12; Schmitt, s. 53.

<sup>55</sup> Toluner, s. 23.

Sözleşme'nin ayrılmaz bir parçasını oluşturan Ek Protokol'ün 1. maddesinde belirtilmiştir. Belirtilen bölge, Boğazlar Bölgesi olup bundan kastedilen ise Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve Karadeniz Boğazı'dır. Gayri askeri statünün sona ermesi, Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve Karadeniz Boğazı'ndan yapılan ulaşımın serbestliği ve güvenliği ile ilişkilidir. Dolayısıyla bu tariften, Limni ve Semadirek adalarının gayri askeri statülerinin sona erdiği sonucu çıkarılamaz<sup>56</sup>.

- Yunan görüşünü dayanaksız bırakan bir başka husus, gayri askeri statü getiren hükümlerin amaç ve kaynakları üzerinden açıklanabilir. Zira Boğazlar Bölgesi'nin gayri askeri statü altına konulması, Boğazlardan geçiş serbestisini sağlama amacı taşırken; Adalar'ın gayri askeri statü altına konulması ise Türkiye'nin güvenliğini sağlama amacı taşımaktadır. Dolayısıyla bu ikisinin amaçları birbirinden farklıdır<sup>57</sup>. Boğazlar Bölgesi'nin gayri askeri statü altına konulmasının kaynağı, Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin 4. maddesidir. Adaların gayri askeri statü altına konulmasının kaynağı Altı Büyük Devlet Kararı'nı teyit eden Lozan Barış Andlaşması'nın 12. maddesidir. Dolayısıyla bu ikisinin kaynakları birbirinden farklıdır<sup>58</sup>. Anlaşılacağı üzere, amaç ve kaynakları birbirinden farklı olan iki düzenleme bulunmaktadır. Montrö Boğazlar Sözleşmesi, amacı Boğazlardan geçiş serbestisini sağlamak olan ve kaynağı Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin 4. maddesi olan hükmün yerine geçmiştir. Bunun neticesinde, Türkiye'nin egemenliğinde bulunan Boğazlar Bölgesi'nin ve Boğaz-önü adalarından İmroz, Bozcaada ve Tavşan adalarının gayri askeri statüsünü sona erdirmiştir<sup>59</sup>. Yunanistan'a ait olan Limni ve Semadirek adalarının gayri askeri statüsü, kaynağı Lozan Barış Andlaşması'nın 12. maddesi gereğince devam etmektedir<sup>60</sup>.

- Yunanistan, görüşünü güçlendirmek adına dönemin Türkiye Dışişleri Bakanı Tevfik Rüştü Aras'ın sözlerini dayanak göstermiştir<sup>61</sup>. Ancak bu

<sup>56</sup> Toluner, s. 24; Bölükbaşı, s. 763.

<sup>57</sup> Toluner, s. 16; İnan/Acer, s. 138.

<sup>58</sup> Toluner, s. 16; İnan/Acer, s. 138.

<sup>59</sup> “Boğazlar terimi Yunan egemenliğindeki adaları kapsamaz. Bu terim ile daima İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı kastedilmiştir. Boğazlar terimine hiçbir yerde bundan başka bir anlam verilmiş değildir”. Lozan Boğazlar Sözleşmesi md. 1'de yapılan Boğazlar tarifinde adalara yer verilmemiştir. Yine bu Sözleşme'nin md. 4 ve 6 hükümlerinde askerlikten arındırılacak yerlerden söz edilirken “bölgeler ve adalar” ifadesi kullanılmış, böylece adalar ayrı tutulmuştur. Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde ise Boğazlar umumi tabiri altında Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve Karadeniz Boğazı'nın ifade edildiği belirtilmiştir.”, bu açıklamalar için bkz. Başeren, s. 93.

<sup>60</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz. Başeren, s. 90; Pazarcı(a), s. 124; Mercan/Farımaz, s. 16.

<sup>61</sup> Schmitt, s. 53; Yüksel/Singil, s. 470.

sözler, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin resmi yorumunu oluşturmamaktadır<sup>62</sup>. Zira sözleşmelerin resmi yorumu taraflarca ve birlikte yapılır. Oysa böyle bir durum söz konusu değildir. Zira Aras'ın sözleri iyiniyet göstergesi içeren temenni niteliğinde tek taraflı irade açıklamasıdır<sup>63</sup>. Uluslararası Adalat Divanı içtihadına göre tek taraflı irade açıklamasının yapılması yetmez, ayrıca bu açıklama ile bağlanma niyeti, tutarlı uygulama ve bu uygulamanın aleniyet kazanması gerekmektedir. Bu şartların gerçekleşmesi halinde tek taraflı irade açıklaması bağlayıcılık kazanmaktadır. Aras'ın sözleri ve bu sözlerin uygulaması göz önüne alındığında şartların gerçekleşmediği açıktır<sup>64</sup>. Yunanistan'ın uygulaması ile de bu yorum teyit edilmiştir<sup>65</sup>. Zira Yunanistan 1969 yılında Limni adasına askeri tahkimat gerçekleştirmiş, bunun üzerine Türkiye tarafından kendisine verilen notaya cevaben Limni adasının ve diğer adaların gayri askeri statüde bulunduğunu teyit ettiğini açıklamıştır<sup>66</sup>.

**Üçüncü Dayanak:** II. Dünya Savaşı sonrası akdedilen Paris Barış Andlaşması ile hem İtalya silah ve askerden arındırılmış hem de İtalya'dan alınarak Yunanistan'a bırakılan Güney-doğu Ege adaları için gayri askeri statü şartı getirilmiştir. 1951 yılında İtalya, gayri askeri statü şartlarında köklü değişiklikler meydana geldiğini, dolayısıyla Paris Barış Andlaşması'nın gözden geçirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yunanistan, buradan hareketle Paris Barış Andlaşması ile getirilen gayri askeri statü şartlarında

<sup>62</sup> Dışişleri Bakanı Tevfik Rüştü Aras'ın sözleri şu şekildedir: “*Lozan mukavelenamesiyle gayri askeri hale ifrağ edilmiş olan, komşumuz ve dostumuz Yunanistan 'a ait Limni ve Semadirek Adalarına dair olan hüküm de Montrö Mukavelenamesi ile kalkmış bulunuyor demektir ki bundan da ayrıca memnunuz*”, bu sözlerin aktarımı için bkz. **Başeren**, s. 98.

<sup>63</sup> “*Gerçekten de, Tevfik Rüştü Aras konuşmasını; 'Bu münasebetle yeni Türk siyasetinin bir vasfını da tekrar kaydetmek isterim: Kendimiz için iyi gördüğümüzü dostlarımız için de iyi görmek ve hakkımızda nareva telakkî ettiğimiz her şeyi yalnız dostlarımız için değil fakat hiçbir devlet hakkında temenni etmemek' sözcükleri ile sürdürmüştür. Bunların, Konferans öncesinde Yunan Adalarının yeniden askerileştirilmesi sorununa iyi niyetle yaklaşma sözünün, Konferans ertesinde de tekrarlanmasından başka bir amaç taşımadığına dikkat çekilmiştir*”, açıklamalar için bkz. **Başeren**, s. 99.

<sup>64</sup> **Toluner**, s. 42; **Başeren**, s. 100.

<sup>65</sup> **Pazarıcı(a)**, s. 125; **Başeren**, s. 102.

<sup>66</sup> **Toluner**, s. 43; Bunun yanı sıra doktrinden başka bir görüş sunulması gerekirse; “*(Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin akdedildiği) Konferans'ta Yunan temsilcisi E. B. Mavrudis'in Vradini Gazetesi'ne, Adalar konusunun Montreux Konferansı'nın konusu ile ilgili olmadığı ve bu sebeple ele alınmayacağına ilişkin verdiği demeci de adeta Sözleşme'den Limni ve Semadirek'in gayri askeri statülerinin kaldırıldığına dair bir anlamın çıkarılamayacağını ispatlar niteliktedir*”, açıklamalar için bkz. **Yüksel/Singil**, s. 467.

köklü değişiklikler meydana geldiğini ileri sürerek Güney-doğu Ege adalarını silahlandırmaya başlamıştır. Yunanistan tarafından ileri sürülen bu görüş ve bu görüşten ortaya çıkan uygulama hukuki dayanaktan yoksundur. Zira İtalya'nın askerden arındırılması ile Güney-doğu Ege adalarının askerden arındırılması, sebep bakımından birbirinden farklıdır<sup>67</sup>. İlkinde, dünya savaşına neden olan İtalya'yı, savaş sonrası daha etkin bir şekilde denetleme fikri ağır basarken; ikincisinde Türkiye'nin güvenliğini sağlama fikri ağır basmaktadır<sup>68</sup>. Dolayısıyla Yunanistan'ın iki farklı sebeple getirilmiş gayri askeri statü hükümlerini kendi menfaatlerine uygun yorumlayarak Adalar'ı silahlandırması uluslararası hukuk kuralları ile bağdaşmamaktadır. Uluslararası hukukta yerleşik kural ahde vefadır. Bir diğer ifade ile taraf olunan akde riayettir. *Pacta sunt servanda* olarak anılan bu ilke, gayri askeri statü şartlarını ihlal eden Yunanistan tarafından ihlal edilmektedir<sup>69</sup>.

### B. Yunanistan'ın Meşru Savunma İlkesi Kapsamında Adaları Silahlandığı Görüşü ve Eleştirisi

Yunanistan'ın Doğu Ege adalarını silahlandırması, 1974 öncesi ve sonrası olmak üzere iki şekildedir. 1974 öncesinde Yunanistan, 1964 yılından itibaren Rodos ve İstanköy adalarından başlayarak Doğu Ege adalarını silahlandırmakla birlikte silahlandırma faaliyetlerini gizli bir şekilde yürütmüştür. Türkiye'nin itirazları karşısında Yunanistan, silahlandırma iddialarını yalanlamış, bu faaliyetlerin hukuken yasak olduğunu ve bu yasağa riayet ettiğini açıklamıştır<sup>70</sup>. Dolayısıyla 1974 öncesi Yunanistan, Adalar'ın gayri askeri statü altına konulduğu hususunu teyit etmiştir. Ancak 1974'ten sonra aynı Yunanistan, silahlandırma faaliyetlerini reddetmeyerek, aksine bu eylemleri gerekçelendirme yoluna gitmiştir. Bu kapsamda Yunanistan, Türkiye tarafından 30 Mayıs 1974 tarihinde Türk Donanması eşliğinde Ege Denizi'nde petrol aranmasını, 20 Temmuz 1974 tarihinde Kıbrıs Barış Harekati'nin yapılmasını, ardından 1975 yılında Ege'de 4. Ordu'nun kurulmasını bir "*tehdit*" olarak nitelendirmiş, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesi kapsamında meşru savunmanın hakkına sahip olduğunu ileri sürmüştür. Buradan hareketle Yunanistan; meşru savunma ilkesi kapsamında Adalar'ın silahlandırılabilceği görüşündedir<sup>71</sup>. Buna ilişkin Yunanistan Dışişleri Ba-

<sup>67</sup> Yüksel/Singil, s. 469.

<sup>68</sup> Bölükbaşı, s. 805 vd.; Ayrıca bkz. Pazarıcı(a), s. 126.

<sup>69</sup> Bölükbaşı, s. 755.

<sup>70</sup> Acer, Y.: "Yunanistan'ın Gerginlik Politikası ve Hukuki Çarpıtmalar", SETA Analiz S. 376 (2022): 7-17, s. 8; Mercan/Farımaz, s. 15; Turan, s. 93.

<sup>71</sup> Pratt, Martin/Schofield, Clive: "The Imia/Kardak Rocks Dispute in the Aegean Sea", Boundary and Security Bulletin, Cilt 4, Sayı 1, Yıl 1996, s. 65; Çelikkol, A. Oğuz/

kanı Nikos Dendias, 18 Şubat 2022 tarihli Moskova ziyareti esnasında kendisine yönelen soruya verdiği cevapta bu hususa işaret etmiştir<sup>72</sup>. Bakan Dendias, Türkiye'nin Ege Denizi'nde güçlü bir donanmaya ve en büyük çıkarma filosuna sahip olduğunu, 1995'ten beri açık ve ciddi bir şekilde savaş tehdidinde bulunduğunu ve ayrıca Kıbrıs, Irak ve Suriye'de askeri operasyonları yapmasını ve Libya'da askeri kuvvetlerini konuşlandırmasını Yunanistan'a yönelik bir tehdit arz ettiğini açıklamıştır. Buraya kadar açıklandığı şekliyle Yunanistan'ın meşru savunma hakkına sahip olduğu gerekçesiyle Doğu Ege adalarını silahlandırması uluslararası hukuk ilke ve kurallarıyla bağdaşmamaktadır<sup>73</sup>. Şöyle ki,

- Türkiye, 1975 yılında NATO'ya bağlı bulunmayan 4. Ordu'yu oluşturmuştur. Bu Ordu'yu Anadolu kıyılarında ve eğitim amaçlı konuşlandırmıştır<sup>74</sup>. Türkiye'nin bu hareketi, Yunanistan'ın meşru savunma görüşünü haklı göstermez. Zira Türkiye'nin silahlı kuvvetlerini ülke topraklarının herhangi bir yerinde konuşlandırmasını engelleyen bir kısıtlama olmadığı gibi Ege Ordusu da Yunanistan'ın Adalar'ı silahlandırma eylemlerinden önce değil, sonra kurulmuştur<sup>75</sup>.

- Yunanistan'ın meşru savunma ilkesi kapsamında Adalar'ı silahlandırma hakkının bulunduğu görüşü, meşru savunma hakkının tanımı, şartları ve uygulaması ile bağdaşmamaktadır. Son cümleyi detaylandırmak gerekirse; Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesine göre Örgüt üyelerinden birinin meşru savunma hakkına başvurabilmesi silahlı bir saldırıya hedef olması gerekmektedir. Silahlı saldırı, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bir Kararı ile tanımlanmıştır. İlgili tanıma göre silahlı saldırı "*bir devletin ülkesinin başka bir devlet silahlı kuvvetlerince saldırıya ya da işgale uğraması*" halidir<sup>76</sup>. Şu halde silahlı saldırı gerçekleşmeden meşru savunma hak-

---

**Karabel**, Sibel: "Türkiye-Yunanistan İlişkileri ve Denizden Kaynaklanan Uluslararası Sorunlar", Bilge Strateji C. 9, S. 16 (2017): 13-31, s. 18; **Karğın**, s. 34; **Başeren**, s. 106; **İnan/Acer**, s. 138; **Avar/Lin**, s. 66.

<sup>72</sup> 18 Şubat 2022 tarihli Yunanistan Dışişleri Bakanı Nikos Dendias açıklamaları için bkz. GREEK FOREIGN MINISTER DENDIAS CONCEDES THE DEMILITARIZED STATUS OF THE EASTERN AEGEAN ISLANDS AND THE DODECANESE (avim.org.tr), (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

<sup>73</sup> **Acer**, s. 13; **Bölükbaşı**, s. 798.

<sup>74</sup> **İnan/Acer**, s. 139.

<sup>75</sup> **Karğın**, s. 38.

<sup>76</sup> **Birleşmiş Milletler Genel Kurulu**: "Saldırının Tanımlanması", 3314(XXXIX) Karar, 14 Aralık 1974 Tarih, United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX) (umn.edu) (Erişim Tarihi: 24.6.2024)

kına başvurulamaz<sup>77</sup>. Silahlı saldırının gerçekleşmesi halinde saldırıya uğrayan devletin vereceği karşılığın gerekli, orantılı ve derhal olması gerekir<sup>78</sup>. Meşru savunma hakkına, ancak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi gerekli önlemleri alıncaya kadar başvurulabilir. Bu hakkın, bireysel ya da kolektif olarak kullanılabilmesi mümkündür. Meşru savunma hakkına başvuran üye devletin, bu çerçevede aldığı önlemleri derhal Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne bildirmesi gerekir. Birleşmiş Milletler Şartı ile Genel Kurul Kararı'ndan çıkan anlam bu şekilde açıklanabilir. Bu açıklamalar ışığında Yunanistan'ın görüşünü temellendirdiği “*sözde tehdit*” iddiasının, kendisine yönelik bir silahlı saldırı olarak kabul edilemeyeceği açıktır<sup>79</sup>. Yunanistan'ın, Türkiye'nin bir nevi rutin sayılabilecek faaliyetlerini “*saldırı*” olarak nitelendirmesi, ardından bu saldırıya karşı savunma gerekçesi ile Adalar'ı silahlandırması meşru savunma hakkı olarak nitelendirilemez<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Saldırı gerçekleşmeden meşru savunma şartlarının gerçekleşmediğine yönelik doktrin görüşleri için bkz. **Nuhiç**, Hazir: Uluslararası Hukuk ve Birleşmiş Milletler Kararları Çerçevesinde Saldırı Kavramı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 28; **Çullu**, Fatih: Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Programı Uluslararası Çatışma Hukukuna Göre Önleyici Meşru Müdafaa Doktrinin Gelişimi ve Örnek Olay İncelemesi, Milli Savunma Üniversitesi Alparslan Savunma Bilimleri ve Milli Güvenlik Enstitüsü Müdürlüğü Güvenlik Araştırmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022, s. 65; **Değdaş**, Ulaş Can: “Uluslararası Hukukta Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1 Sayı 6, 2018, s. 21-40, s. 37; **Cömert**, İbrahim: Önleyici Meşru Müdafaa ve Uluslararası Hukuktaki Yeri, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Çankaya 2006, s. 78; **Dağ**, Akın: Birleşmiş Milletler Antlaşması Kapsamında Bireysel Meşru Müdafaa Hakkı Örnek Olay İsrail-Filistin Çatışması, Ege Üniversitesi Sosyal Bölümler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2014, s. 97; **Halhallı**, Ozan Emin: “Rusya Federasyonu ve Ukrayna Çatışmasının Uluslararası Hukuk Açısından Kısa Bir Analizi”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), Cilt 5, Sayı 2, 2022, s. 442-464, s. 445; **Reçber**, Kamuran: Uluslararası Hukuk, Dora Yayınları, Bursa 2014, s. 265; **Acer**, Yücel/**Kaya**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin, Ankara 2021, s. 370; **Gündüz**, Aslan: Milletlerarası Hukuk, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 126; **Çetin**, Burak: Birleşmiş Milletler Antlaşmasında Kuvvet Kullanma Yasağının İstisnası Olarak Bireysel Meşru Müdafaa Hakkının İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 66; **Karadağ**, Ulaş: “Birleşmiş Milletler Antlaşması'na Göre Meşru Müdafaa Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2016, s. 171-186, s. 174 vd.

<sup>78</sup> **Yüksel/Singil**, s. 475.

<sup>79</sup> **Yüksel/Singil**, s. 475.

<sup>80</sup> **Yüksel/Singil**, s. 475; **Karğın**, s. 38; **Başeren**, s. 106; **Avar/Lin**, s. 66 vd.

Kaldı ki Türkiye'den Yunanistan'a karşı silahlı saldırı gerçekleştirilmemiştir<sup>81</sup>. Yanı sıra meşru savunma hakkına başvurulması, geçici bir nitelik arz etmekte olup; sürekli olarak Doğu Ege Adaları'nın askerileştirilmesine de imkân vermez<sup>82</sup>.

- Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin 9. maddesi ile taraflara şu yükümlülük getirilmektedir; *“Eğer savaş durumunda Türkiye ya da Yunanistan savaşan devlet haklarını kullanarak yukarıda belirlenen askerlikten arındırılmış duruma bir değişiklik getirmiş olurlarsa, barış yapılır yapılmaz işbu Sözleşme’de öngörülen rejimi yeniden kurmak zorunda olacaklardır”*. Bu hükümden anlaşılacağı üzere savaş sonrasında dahi gayri askeri statüyü tekrardan tesis etme yükümlülüğü, saldırının ya da savaşın olmadığı bir zamanda meşru savunma ilkesi bahane gösterilerek ortadan kaldırılamaz. Kaldı ki, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesinde yer alan meşru savunmanın şartları da oluşmamıştır.

### C. Türkiye'nin, Gayri Askeri Statü Şartı Getiren Paris Barış Andlaşması'na Taraf Olmadığı Görüşü (*Res Inter Alios Acta*) ve Eleştirisi

Makalenin başında yer verildiği üzere Güney-doğu Ege adaları (Oniki Adalar), Lozan Barış Andlaşması ile önce İtalya'ya, ardından II. Dünya Savaşı'ndan sonra imzalanan Paris Barış Andlaşması ile Yunanistan'a bırakılmıştır. Adalar İtalya'ya bırakılırken egemenlik kısıtlaması altına konulmuşken, aynı Adalar Yunanistan'a bırakıldığında gayri askeri statü altına konulmuşlardır<sup>83</sup>. Buna rağmen Yunanistan, Adaları silahlandırmaktadır. Bunun dayanağı olarak Yunanistan, Türkiye'nin Paris Barış Andlaşması'na taraf olmadığını, dolayısıyla Adalar için ilgili Andlaşma'da öngörülen gayri askeri statü hükümlerinin yerine getirilmesini talep etme hakkının bulunmadığını ileri sürmektedir<sup>84</sup>. Yunanistan, bu görüşünü temellendirirken Paris Barış Andlaşması'nın 89. maddesinden hareket etmektedir. İlgili maddede, Andlaşma hükümlerinin taraf olmayan devletlere herhangi bir hak ve men-

<sup>81</sup> Karğın, s. 38.

<sup>82</sup> Yüksel/Singil, s. 475.

<sup>83</sup> 10 Şubat 1947 tarihli Paris Barış Andlaşması 14. madde.

<sup>84</sup> “Yunanistan ... 23 Nisan 1992 tarihli notasıyla Türkiye'nin 1947 tarihli andlaşmaya taraf olmamasından ötürü ihlal iddialarında bulunamayacağını ileri sürerek bir bakıma ‘ilgili taraf’ sıfatını tartışma girişiminde bulunmuştur”, açıklamalar için bkz. Toluner(a), s. 567; Mercan/Farımaz, s. 16; Pazarıcı(a), s. 127; Turan, s. 93; İnan/Acer, s. 138.

faat sağlamayacağı hüküm altına alınmıştır. Benzer sonuca 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesinden de ulaşılabılır. İlgili maddede “*bir andlaşma rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne yükümlülük doğurur*” hükmü yer almaktadır. Uluslararası hukukta “*pacta tertiis*” olarak anılan bu ilkedен hareket eden Yunanistan, Paris Barış Andlaşması'nın tarafı olmayan Türkiye'ye karşı herhangi bir yükümlülüğü bulunmadığını savunmaktadır<sup>85</sup>. 18 Şubat 2022 tarihli Moskova ziyareti esnasında kendisine yöneltilen soruya cevap veren Yunanistan Dışişleri Bakanı Nikos Dendias, Türkiye'nin Paris Barış Andlaşması'na taraf olmamasından ötürü gayri askeri statü şartları bakımından talepte bulunamayacağını ileri sürmüştür<sup>86</sup>. Bu görüş üzerinden şekillenen Yunanistan yaklaşımı, hukuki dayanaktan yoksundur. Şöyle ki,

- Yunanistan'ın ileri sürdüğü -*üçüncü devletlerin rızası olmadan hak ve yükümlülük doğuramayacağı*- ilkesi istisnasız bir ilke değildir. Bu ilkenin istisnalarından biri objektif statü yaratan andlaşmalardır<sup>87</sup>. Uluslararası mahkeme kararları da bu yöndedir. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı, “*Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi*” üzerine verdiği 1949 tarihli danışma görüşünde objektif statü yaratılması durumunda bunun bütün devletler için geçerli olacağını belirtmiştir<sup>88</sup>. Güney-doğu Ege adalarının gayri askeri statüsü bu nitelikte kabul edilmektedir. Bu karardan da hareketle Türkiye, Yunanistan'dan Paris Barış Andlaşması'nın getirdiği gayri askeri statü şartına uymasını talep edebilir<sup>89</sup>. Bunu kısıtlayan bir durum söz konusu değildir.

<sup>85</sup> **Bölükbaşı**, s. 813.

<sup>86</sup> 18 Şubat 2022 tarihli Yunanistan Dışişleri Bakanı Nikos Dendias açıklamaları için bkz. GREEK FOREIGN MINISTER DENDIAS CONCEDES THE DEMILITARIZED STATUS OF THE EASTERN AEGEAN ISLANDS AND THE DODECANESE (avim.org.tr), (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

<sup>87</sup> **Toluner(a)**, s. 566; **İnan/Acer**, s. 140; **Yüksel/Singil**, s. 471; **Bölükbaşı**, s. 814.

<sup>88</sup> **Uluslararası Adalet Divanı**: Birleşmiş Milletler Hizmetinde Yaşanan Yaralanmaların Tazmini, (11.4.1949), s. 185, Latest developments | Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations | International Court of Justice (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

<sup>89</sup> “*Yunanistan ... 23 Nisan 1992 tarihli notasıyla Türkiye'nin 1947 tarihli andlaşmaya taraf olmamasından ötürü ihlal iddialarında bulunamayacağını ileri sürerek bir bakıma 'ilgili taraf' sıfatını tartışma girişiminde bulunmuştur. 4 Haziran 1992 tarihli cevabında Türkiye, Paris Konferansı zabularına atıf yaparak, daimi olarak öngörülen bu rejimin varlık nedeninin Türkiye'nin güvenliğini sağlamak olduğunu; objektif hukuk yaratan bu aynı siyasi statüye uyulmasını talep etme hakkını haiz olduğunu iddia etmiştir*”, açıklamalar için bkz. **Toluner(a)**, s. 567.



- Lozan Barış Andlaşması'nın 16. maddesinde "*Türkiye işbu Andlaşmada belirlenen sınırları dışındaki tüm topraklar ile bu topraklardan olup gene bu Andlaşma ile üzerinde kendi egemenlik hakkı tanınmış bulunanlar dışındaki Adalarda -ki bu toprak ve Adaların geleceği ilgililerce saptanmış ya da saptanacaktır- ...*" hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre Adalar'ın geleceği üzerine Türkiye "*ilgili devlet*" olarak söz söyleme hakkına sahiptir. Yanı sıra Paris Barış Andlaşması ile Güney-doğu Ege adalarının gayri askeri statü altına konulma sebebi Türkiye'nin güvenliğidir. Gerek Lozan Barış Andlaşması'nın 16. maddesinden çıkan anlam gerek Paris Barış Andlaşması ile gayri askeri statü getirilme sebebi göz önünde bulundurulduğunda Türkiye, Yunanistan'ın Güney-doğu Ege adaları üzerinde gayri askeri statü yükümlülüklerine uymasını bir hak olarak talep edebilir<sup>90</sup>. Bunun önünde engel bulunmamaktadır.

- Paris Barış Andlaşması 1947 yılında akdedilmiştir. Yunanistan 1964'ten itibaren Güney-doğu Ege adalarını silahlandırmaya başlamış, Türkiye bu girişimlere karşı verdiği Notalarla Yunanistan'dan Paris Barış Andlaşması'nın getirdiği gayri askeri statü şartına uymasını talep etmiştir. Yunanistan Notalara verdiği cevaplarda bu şarta riayet ettiği yönünde cevaplar vermiştir. Ancak Yunanistan ilk defa 23 Nisan 1992 tarihli Notasıyla Türkiye'nin Paris Barış Andlaşması'na taraf olmamasından ötürü gayri askeri statü hükümlerinin ihlal edildiğini ileri sürme hakkına sahip bulunmadığını ileri sürmüştür. Uluslararası hukukun tutarsız davranışları korumadığı iyice yerleşmiş bir prensiptir. Yunanistan'ın geç gelen itirazı, ancak kendi tutumunun tutarsızlığını sergileyen bir veri değerini taşır ve uluslararası hukuk bakımından bunun bir karşılığı olmaz<sup>91</sup>.

### III. GÖRÜŞ VE ÖNERİLER

Türkiye ile Yunanistan devletleri arasında çözüme kavuşturulmamış birden fazla hukuki ihtilaf ve sorun bulunmaktadır. Kıbrıs Sorunu, Ege ve Akdeniz'deki deniz yetki alanlarının paylaşımı sorunu, hava sahası sorunu, egemenliği tartışmalı ada, adacık ve kayalıklar sorunu bu kapsamda sayılabilir. Bu makale sınırları içerisinde Türkiye ile Yunanistan devletleri arasındaki Doğu Ege adalarının silahlandırılması sorunu üzerinde durulmuştur. Bu sorun, günümüze kadar çözüme kavuşturulamamıştır.

Sorunun ana kaynağını Doğu Ege adalarının gayri askeri statüsünden ileri gelmektedir. 1914 tarihli Altı Büyük Devlet Kararı, 1923 tarihli Lozan

<sup>90</sup> Toluner(a), s. 567; Pazarıcı(a), s. 127; Turan, s. 93.

<sup>91</sup> Toluner(a), s. 567.

Barış Andlaşması ve eki niteliğindeki Lozan Boğazlar Sözleşmesi nihayetinde 1947 tarihli Paris Barış Andlaşması olmak üzere akdedilen andlaşmaların tamamında, istisnasız bir şekilde, Doğu Ege adalarının gayri askeri statü altına konulması söz konusudur. Uluslararası hükümler bu şekilde olmakla birlikte Yunanistan, bu metinlere aykırı olarak, 1964 yılından itibaren Adalar'ı silahlandırmaya başlamış, ancak bu faaliyetlerini gizli bir şekilde yürütmüştür. Silahlandırma faaliyetleri açığa çıktığında, bu hususu inkâr etmiş, gayri askeri statü şartı getiren andlaşma ve sözleşme hükümlerine riayet ettiğini açıklamıştır. 1974 yılından sonra da Adalar'ı silahlandırmaya devam etmiş, bu defa bu faaliyetlerini gizlemeyip hukuksal gerekçelerle temellendirme çabasına girmiştir.

Çalışmamızda yer verildiği üzere Yunanistan i-) andlaşma şartlarında köklü değişiklik meydana geldiği gerekçesiyle ii-) meşru savunma hakkına sahip olduğu gerekçesiyle ve iii-) Türkiye'nin Paris Barış Andlaşması'na taraf olmadığı gerekçesiyle Doğu Ege adalarını silahlandırmaktadır. Yunanistan'ın görüşünü temellendirdiği gerekçeler, uluslararası hukuk ilke ve kuralları ile düşünüldüğünde bazı sorunlara işaret etmektedir. Buna rağmen Yunanistan'ı silahlandırma faaliyetlerinden men edecek, uluslararası hukuka riayetini sağlayacak bir gelişme ya da konsensüs sağlanmış değildir. Bu makalenin yazıldığı dönemlerde Türkiye ile Yunanistan devletleri arasındaki ilişkilerde yumuşama söz konusu olmasına rağmen Doğu Ege adalarının gayri askeri statüsü sorunu üzerine bir çözüme ulaşılmış değildir. Bir çözüme ulaşılması da kolay görünmemektedir. Buna rağmen bazı çözüm önerilerine değinilmelidir. Şöyle ki,

- Türkiye, Yunanistan ile Doğu Ege adalarının gayri askeri statüsüne ilişkin bir müzakere süreci başlatmalı, müzakere sürecinde kendisini temsil edecek kişileri; uluslararası hukuk bilgisine sahip, yabancı dil bilen, gayri askeri statü şartı getiren andlaşmalara taraf olan devletlerin bu konudaki görüşlerine hâkim kişiler arasından seçmelidir. Sonuç alınması zor görünse de, bu müzakereler esnasında elde edilecek bazı veriler, çözüme ulaşılmışında hukuki etki taşıyacaktır.

- Yukarıda da ifade edildiği üzere gayri askeri statü şartı ilk olarak 1914 tarihli Altı Büyük Devlet Kararı ile hüküm altına alınmış, ardından bunu Lozan Barış Andlaşması, eki niteliğindeki Lozan Boğazlar Sözleşmesi ve Paris Barış Andlaşması takip etmiştir. Bu andlaşmaların tamamında gayri askeri statünün getirilme sebebi Türkiye'nin güvenliğini sağlama amacı taşımaktadır. Gayri askeri statü hükümlerinin ihlali, Türkiye'nin güvenliğinin ihlali anlamına, dolayısıyla bu şartın konulduğu uluslararası andlaşmaların ihlali anlamına gelecektir. Şu halde Türkiye, bu andlaşmalara ve sözleşme-

lere taraf olan devletlere ihlal durumunu bildirmeli ve bu hususta uluslararası kamuoyu oluşturmalıdır. Taraf devletler üzerinden Yunanistan'a baskı kurulmalı ve Yunanistan'ın uluslararası andlaşmalara riayeti sağlanmalıdır.

- Türkiye'nin olası bir askeri gerilim durumunda gayri askeri statüdeki Doğu Ege adalarına ilişkin uyuşmazlığı hem Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi hem de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu gündemine getirmek üzere aktif bir tutum izlemesi gerekir. Birleşmiş Milletler'in uluslararası barış ve güvenliğin korunması ile ilgili asli organı Güvenlik Konseyi'dir. Konsey bu görevlerini yerine getirirken soruşturma yapmakta, komisyonlar teşekkül ettirmekte ve arabuluculuk faaliyetlerine girişmektedir. Bu kapsamda, Doğu Ege adalarının uluslararası andlaşmalara aykırı bir şekilde silahlandırılması üzerine çıkan hukuki ihtilaf, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne taşınabilir, barışçıl çözüm yolları ile bir netice alınması amaçlanabilir. Ancak, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinin farklı çıkarlar nedeniyle bir karar alınmasını veto etmeleri güçlü bir ihtimaldir. Güvenlik Konseyi'nin yanı sıra bu sorunun Genel Kurul gündemine taşınması da mümkündür. Ancak, Genel Kurul'un, Güvenlik Konseyi'nden daha kısıtlı bir yetkiye sahip olduğu hatırlanmalıdır. Ayrıca Genel Kurul kararları bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğindedir. Buna rağmen Genel Kurul'dan çıkarılacak bir karar, Yunanistan üzerinden uluslararası kamuoyu oluşturulması bakımından önemli bir etkiye sahip olacaktır. Daha açık bir ifade ile alınacak bir Genel Kurul kararı ile Türkiye'nin uluslararası hukuk kapsamında diğer devletlere haklılığını göstermesi, devletlerin bu meseleye ilişkin gelecekte yaşanacak sorunlar bakımından Türkiye'nin yanında yer almasına katkı sunacaktır.

- Buraya kadar sunulan çözüm önerileri, uyuşmazlıkların barışçıl yolla ve diplomatik usullerle çözüme kavuşturulması üzerinedir. Yanı sıra yargısal usullerle uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması da düşünülmelidir. Bu kapsamda Uluslararası Adalet Divanı akla gelmelidir. Her ne kadar Divan'ın tarafların ortak rıza olmaksızın bir davaya bakabilmesi mümkün değilse de Türkiye'nin uluslararası hukuk çerçevesinde gerçekleştirilecek olan çözümlere açık olduğunu göstermek bakımından böyle bir yola başvurusu önem arz etmektedir. Böyle bir durumda Yunanistan'ın, 1994 tarihli beyanını ileri sürerek, Divan'ın yargı yetkisini reddetmeye yönelik bir tutum içerisine girmesi olasıdır. Bununla birlikte, Yunanistan'ın esasa ilişkin bir karar verilmesini engellemeye çalışması, uluslararası kamuoyunun tepkilerine yol açabilecektir.

## SONUÇ

Boğaz-önü, Menteşe ve Saruhan adaları Doğu Ege adalarını oluşturmaktadır. Bu Adalar, Türkiye kıyılarına yakın adalardır. Bundan ötürü bu Adalar'ın Türkiye'nin güvenliğini sağlama amacıyla gayri askeri statü altına konulması söz konusudur. Gayri askeri statü şartı getiren uluslararası metinler şu şekildedir: 13-14 Şubat 1914 tarihli Altı Büyük Devlet Kararı, 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması (12, 13, 15. maddeleri), bu Andlaşma'nın Eki niteliğindeki Lozan Boğazlar Sözleşmesi (4 ve 6. maddeleri) ve 10 Şubat 1947 tarihli Paris Barış Andlaşması (14. maddesi). Uluslararası hükümler açık olmakla birlikte Yunanistan 1964 yılından itibaren Doğu Ege adalarını silahlandırmakta, uluslararası andlaşmalarla getirilen gayri askeri statü şartını ihlal etmektedir.

İlk silahlandırma girişimi 1964 yılında Rodos ve İstanköy adalarının silahlandırılması ile söz konusu olmuştur. Yunanistan, 1974 yılına kadar silahlandırma faaliyetlerini gizli bir şekilde yürütmüştür. Buna rağmen gayri askeri statü içeren uluslararası andlaşmaların yürürlükte olduğunu ve bunlara riayet ettiğini açıklamıştır. 30 Mayıs 1974 tarihinde Türk Donanması eşliğinde Ege Denizi'nde petrol aramasına girişilmesi, 20 Temmuz 1974 tarihinde Kıbrıs Barış Harekâtı'nın yapılması ve 1975 yılında Ege'de 4. Ordu'nun kurulması üzerine Yunanistan silahlandırma faaliyetlerini alenen sürdürmeye başlamış, bu faaliyetlerini hukuksal gerekçelendirme yoluna gitmiştir. Bu kapsamda Yunanistan; i-) gayri askeri statü şartlarında köklü değişiklik meydana geldiği gerekçesiyle, ii-) meşru savunma hakkına sahip olduğu gerekçesiyle ve iii-) Gayri askeri statü şartı getiren Paris Barış Andlaşması'na Türkiye'nin taraf olmadığı gerekçesiyle Doğu Ege adalarını silahlandığını açıklamaktadır. Bu gerekçelere dayanan Yunan görüşü, uluslararası hukuk ilke ve kuralları ile birlikte değerlendirildiğinde ortaya bazı sorunlar çıkmaktadır. İlk olarak Yunanistan, bir yandan gayri askeri statü şartlarında köklü değişiklik meydana geldiğini ileri sürmüş diğer yandan gayri askeri statü şartı getiren uluslararası andlaşmaların geçerli olduğunu ve bunlara riayet ettiğini açıklamıştır. Bu yaklaşım nedeniyle Yunanistan'ın *rebus sic stantibus* olarak anılan bu ilkeye dayanması olanaksız hale gelmiştir. İkinci olarak Yunanistan, Türkiye'nin Ege Denizi'nde Türk Donanması eşliğinde petrol aramasını, Kıbrıs Barış Harekâtı'na girişmesini ve Ege'de 4. Ordu'yu kurmasını bir "saldırı tehdidi" olarak nitelendirmiş, meşru savunma hakkına dayalı olarak Adalar'ı silahlandığını açıklamıştır. Ancak Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesine göre meşru savunma hakkına başvurmak için bir silahlı saldırıya uğramak gerekir ki, Türkiye tarafından Yunanistan'a böyle bir saldırı gerçekleştirilmemiştir. Bu durum, Yunanistan'ın

meşru savunma hakkına sahip olmadığını göstermektedir. Son olarak, Güney-doğu Ege adalarının gayri askeri statü altına konulmasını içeren Paris Barış Andlaşması'na Türkiye'nin taraf olmaması nedeniyle Yunanistan bu Adalar'ın silahlandırılabilceği görüşündedir. Ancak Türkiye bu Adalar bakımından Lozan Barış Andlaşması'nın 16. maddesi bakımından "ilgili devlet"tir. Ayrıca gayri askeri statü şartı getiren Paris Barış Andlaşması, objektif statü yaratan bir andlaşmadır. Dolayısıyla Türkiye Paris Barış Andlaşması'na taraf olmadan da gayri askeri statü şartlarının yerine getirilmesini talep etme hakkına sahiptir.

Yunanistan'ın Doğu Ege adalarının silahlandırılmasına ilişkin ileri sürdüğü görüşler, uluslararası hukuk ilke ve kuralları bakımından bazı sorunlara işaret etmektedir. Buna rağmen Yunanistan'ın Adalar'ı silahlandırma faaliyetleri devam etmektedir. Bu durum karşısında Türkiye'nin, Yunanistan ile arasındaki uyuşmazlığı barışçıl bir şekilde çözmesi bu kapsamda diplomatik ve yargısal usullere başvurması gerekmektedir. Her iki usulde de, Türkiye adına yetkilendirilecek temsilcilerin, uluslararası hukuk ilke ve kurallarına vakıf, yabancı dil bilen, gayri askeri statü şartı getiren uluslararası andlaşmalara taraf olan devletlerin görüşlerine hakim kimseler arasından seçilmesi gerekir. Bundan sonra Türkiye, Yunanistan ile Doğu Ege adalarının gayri askeri statüsüne ilişkin bir müzakere süreci başlatmalıdır. Sonuç alınması zor görünse de, bu müzakereler esnasında elde edilecek bazı veriler, çözüme ulaştırılmasında hukuki bir etki taşıyacaktır. Yanı sıra Türkiye, gayri askeri statü şartı getiren andlaşmalara ve sözleşmelere taraf olan devletlere gayri askeri statü şartının ihlal edildiğini bildirmeli ve bu hususta uluslararası kamuoyu oluşturmalıdır. Taraf devletler üzerinden Yunanistan'a baskı kurulmalı ve Yunanistan'ın uluslararası andlaşmalara riayeti sağlanmalıdır. Türkiye ikili girişimlerin yanı sıra Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ile Genel Kurul nezdinde de girişimde bulunmalı, bu kapsamda bir kamuoyu oluşturabilmelidir. Her ne kadar Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerin sahip oldukları veto yetkisi nedeniyle karar alamadığı ve Genel Kurul kararlarının bağlayıcı olmadığı hesaba katılsa da, bu iki ana organ nezdinde yürütülecek sürecin uluslararası kamuoyunun oluşturulması bakımından önemli bir etkiye sahip olacağı unutulmamalıdır. Yargısal usullerle bakımından sorunun Uluslararası Adalet Divanı'na taşınması gündeme alınmalı, bu yönde Türkiye'nin atacağı adımların hukuki etki doğuracağı kabul edilmelidir.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar

- Acer**, Yücel/**Kaya**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin, Ankara 2021.
- Başeren**, Sertaç Hami: Ege Sorunları, Tüдав Yayınları, İstanbul 2003.
- Bölükbaşı**, Deniz: Turkey and Greece: The Aegean Disputes: a Unique Case in International Law, Cavendish Publishing, Great Britain 2004.
- Ertürk**, Yaşar: Adalar(Ege) Denizinde Türk-Yunan Mücadelesi, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Gündüz**, Aslan: Milletlerarası Hukuk, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- Gözenç**, Selami: Avrupa Ülkeler Coğrafyası, Çantay Kitabevi, İstanbul 1995.
- Pazarıcı**, Hüseyin: Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları A.Ü.S.B.F Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara 1986.
- Pazarıcı**, Hüseyin: Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Reçber**, Kamuran: Uluslararası Hukuk, Dora Yayınları, Bursa 2014.
- Toluner**, Sevin: Limni Adasının Hukuki Statüsü ve Montreux Boğazlar Konvansiyonu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 1987.

### Makaleler

- Acer**, Yücel: “Doğu Ege Adalarının Silahlandırılması ve Egemenlik Tartışması: Türkiye İçin Yeni Bir Hukuki Yol”, Kriter Dergisi Cilt 6, Sayı 66, 2022, erişim için bkz. Doğu Ege Adalarının Silahlandırılması ve Egemenlik Tartışması: Türkiye İçin Yeni Bir Hukuki Yol, Dosya / Savunma ve Güvenlik Yücel Acer | Kriter Dergi (Erişim Tarihi: 07.05.2024).
- Acer**, Yücel, “Yunanistan’ın Gerginlik Politikası ve Hukuki Çarpıtmalar”, SETA Analiz, Sayı 376, 2022, s. 7-17.
- Altuncuoğlu**, Neslihan: “Uluslararası Antlaşmalar Işığında Ege Adaları Sorunu”, History Studies, Cilt 4, Sayı 4, 2012, s. 1-13.
- Avar**, Yusuf/**Lin**, Yu Chou: “Aegean Disputes Between Turkey and Greece: Turkish and Greek Claims and Motivations in the Framework of Legal

and Political Perspectives”, International Journal of Politics and Security, Cilt 1, Sayı 1, 2019, s. 57-70.

**Bonavita**, Mauro: “Contemporary Strategies And Conflicts In The Aegean Sea Region”, Opinion Documents, Sayı 39, 2019, s. 1-36.

**Çelikkol**, Oğuz, A./**Karabel**, Sibel: “Türkiye-Yunanistan İlişkileri ve Denizden Kaynaklanan Uluslararası Sorunlar”, Bilge Strateji, Cilt 9, Sayı 16, 2017, s. 13-31.

**Değdaş**, Ulaş Can: “Uluslararası Hukukta Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 6, 2018, s. 21-40.

**Halhallı**, Ozan Emin: “Rusya Federasyonu ve Ukrayna Çatışmasının Uluslararası Hukuk Açısından Kısa Bir Analizi”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), Cilt 5, Sayı 2, 2022, s. 442-464.

**Hayta**, Necdet: “İkinci Dünya Savaşı Yıllarında Ege Adaları Sorunu”, Atatürk Araştırmaları Dergisi, 1996, s. 817-847.

**İnan**, Yüksel/**Acer**, Yücel: “Aegean Disputes”, Foreign Policy Institute, 2004, s. 125-157.

**İnce**, Fuat: “Lozan Barış Antlaşması ve Ege Adaları”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Sayı 53, 2013, s. 101-128.

**Karadağ**, Ulaş: “Birleşmiş Milletler Antlaşması’na Göre Meşru Müdafaa Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2016, s. 171-186.

**Mercan**, Muhammed Veli/**Farımaz**, Halis Esad: “Ege’de Türk-Yunan Geriliminin Kavramsal Haritası ve Tarafların Tezleri”, İNSAMER Rapor, Sayı133, 2021 s. 1-26.

**Pratt**, Martin/**Schofield**, Clive: ‘The Imia/Kardak Rocks Dispute in the Aegean Sea’, Boundary and Security Bulletin, Cilt 4, Sayı 1, 1996, s. 62-69.

**Schmitt**, Michael N.: “Aegean Angst: A Historical and Legal Analysis of the Greek-Turkish Dispute”, Roger Williams University Law Review, Cilt 2, Sayı 1, 1996, s. 15-56.

**Toluner(a)**, Sevin: “Objektif Hukuki Durum Yaratan Andlaşmalar” Kavramı Gerekli Midir?”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 25, Sayı 1-2, 2005, s. 519-580.

**Yüksel, Cüneyt/Singil, Nesrin:** “Uluslararası Hukukta Gayri Askeri Statü ve Doğu Ege Adaları’nın Askerileştirilmesi Sorunu”, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt 43, Sayı 2, 2023, s. 447-489.

### Tezler

**Bulut, Serkan:** Türkiye-Yunanistan Arasında Ege Sorunu ve AB Üyelik Sürecine Etkisi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2010.

**Cömert, İbrahim:** Önleyici Meşru Müdafaa ve Uluslararası Hukuktaki Yeri, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Çankaya 2006.

**Çetin, Burak:** Birleşmiş Milletler Andlaşmasında Kuvvet Kullanma Yasağının İstisnası Olarak Bireysel Meşru Müdafaa Hakkının İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

**Çullu, Fatih:** Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Programı Uluslararası Çatışma Hukukuna Göre Önleyici Meşru Müdafaa Doktrinini Gelişimi ve Örnek Olay İncelemesi, Milli Savunma Üniversitesi Alparslan Savunma Bilimleri ve Milli Güvenlik Enstitüsü Müdürlüğü Güvenlik Araştırmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022.

**Dağ, Akın:** Birleşmiş Milletler Antlaşması Kapsamında Bireysel Meşru Müdafaa Hakkı Örnek Olay İsrail-Filistin Çatışması, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2014.

**Karğın, Şahin:** Ege Adalarının Hukuksal Statüsü Ege Sorunları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

**Nuhiç, Hazir:** Uluslararası Hukuk ve Birleşmiş Milletler Kararları Çerçevesinde Saldırı Kavramı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

**Turan, Cem:** Türk-Yunan İlişkileri ve Ege Sorunları, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2016.

### Mahkeme Kararları

**Uluslararası Adalet Divanı:** *Birleşmiş Milletler Hizmetinde Yaşanan Yaralanmaların Tazmini*, (11.4.1949), Latest developments | Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations | International Court of Justice (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 07.05.2024).



**Uluslararası Adalet Divanı:** “Gabcikovo – Nagymaros Davası (Macaristan /Slovakya)”, (25.9.1997), 7377.pdf (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

**Birleşmiş Milletler Kararları**

**Birleşmiş Milletler Genel Kurulu:** “Saldırının Tanımlanması”, 3314 (XXXIX) Karar, 14 Aralık 1974 Tarih, United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX) (umn.edu) (Erişim Tarihi: 24.6.2024).

## BERN SÖZLEŞMESİ'NİN TARİHSEL GELİŞİMİ, SÖZLEŞME KORUMASININ İLKELERİ VE KORUNAN ESERLER İLE MENFAATLER

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1486295>

Arş. Gör. Hasan Serat GÖKÇEK\*

### Öz

Bern Sözleşmesi'nin fikir ve sanat eserlerinin yeknesak ve evrensel bir tarzda korunmasında temel bir araç halini alması yüz yılı aşan yavaş ancak istikrarlı bir devrimin sonucudur. Sözleşme'nin ve Sözleşme'den doğan Bern Birliği'nin 1886 yılında İsviçre'nin Bern şehrinde başlayan yolculuğunda, 1896 yılındaki ilk revizyondan 1971 yılında gerçekleştirilen son revizyona kadar Sözleşme defalarca gözden geçirilmiştir. Bütün bu süreçte Sözleşme'nin muhtelif metinlerine taraf ülke sayısı artmaya devam etmiş ve bu revizyonlar ile Sözleşme'nin fikir ve sanat eserleri üzerindeki menfaatlerin korunması bakımından ortaya koyduğu çerçeve belirgin hale gelmiştir.

Bu bağlamda Sözleşme'nin 1886 yılında milli muamele ilkesi ve tercüme hakkı ile başlayan yolculuğu, önce genişleyen asgari haklar sepeti ile desteklenmiştir. Daha sonraları doğrudan doğruya Sözleşme nezdinde eser olarak kabul edilen ürünlerin sayısı da artmıştır. Ayrıca Sözleşme korumasının, eserin kaynak ülkesindeki herhangi bir formalitenin yerine getirilmesine bağlı olmadığı ilkesiyle, Sözleşme korumasının başlangıcı adeta eserin yaratılma anı olarak sabitlenmiştir. Bugün gelinen noktada, Sözleşme'ye taraf ülke sayısının artmasıyla eser korumasının asgari standardı, Sözleşme'nin öngördüğü koruma olmuştur. Hem Bern Sözleşmesi'nin tarihinin hem de bu Sözleşme'nin öngördüğü korumanın çeşitli yönlerden ele alınması bu nedenle büyük bir öneme sahiptir.

Eldeki çalışmada öncelikle Sözleşme'nin ortaya çıkışını gerektiren nedenler ve Sözleşme'nin ortaya çıkışı ele alınmış ve bu kapsamda Türkiye'nin de Sözleşme'ye taraf oluşuna yer verilmiştir. Bunun ardından Sözleşme'nin eser üzerindeki menfaatlerin korunmasına yönelik getirdiği temel ilkeler işlenmiş ve korunan eserler ile korunan eserler üzerindeki menfaatlerin neler olduğu incelenmiştir.

\* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir (serat.gokcek@ieu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-0773-3771 (Gönderim Tarihi: 18.05.2024-Kabul Tarihi: 04.09.2024) Yazar, eserin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**Anahtar Kelimeler**

*Bern Sözleşmesi, Eser Koruması, Milli Muamele İlkesi, Asgari Haklar, Fikir ve Sanat Eserleri*

**HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE BERNE CONVENTION,  
THE PRINCIPLES OF CONVENTIONAL PROTECTION AND  
THE PROTECTED WORKS AND INTERESTS**

*(Research Article)*

**Abstract**

*It is a result of a slow, however steady, motion that the Berne Convention has become an essential tool in the protection of literary and artistic works in a uniform and universal manner. In the journey of the Convention and Berne Union emanating from the Convention that began in the city of Berne, Switzerland, in 1886, the Convention has been revised many times, beginning with the first revision in 1896 until the last one in 1971. During this process, the number of countries that are parties to the various texts of the Convention has continued to increase, and the framework set out by the Convention that pertains to the protection of interests in literary and artistic works has become evident.*

*In this regard, The Convention's journey, which started in 1886 with the principle of national treatment and the right of translation, was first supported by an expanding basket of minimum rights, and then the number of products directly recognized as works under the Convention increased. Moreover, with the principle that Convention protection is not dependent on the fulfillment of any formalities in the country of origin of the work, the beginning of Convention protection has been fixed as the moment of creation of the work. Today, with the increase in the number of parties to the Convention, the minimum standard of copyright protection has become the protection envisaged by the Convention. It is therefore of great importance to examine both the history of the Berne Convention and the various aspects of its protection.*

*In this work, firstly, the reasons that necessitated the emergence of the Convention and the emergence of it are discussed, and how Turkey joined the Convention is also mentioned. After that, main principles that are laid down by the Convention that concern the protection of interests in the works alongside the protected works and interests in them are studied.*

**Keywords**

*Berne Convention, Protection of Artistic Works, Principle of National Treatment, Substantive Minima, Literary and Artistic Works*

## GİRİŞ

9 Eylül 1886 tarihli Edebi ve Artistik Eserlerinin Korunması için Bern Sözleşmesi'nin (Sözleşme), ve Sözleşme nedeniyle varlık kazanan Bern Birliği'nin (Birlik) ortaya çıkışından yüz yıldan fazla bir süre geçmesine karşın, Sözleşme'nin eserlerin uluslararası düzeyde yeknesak biçimde korunmasında oynadığı rol azalmamış, aksine artmıştır. Sözleşme'nin uğradığı her revizyonla (*revision*) kapsamına aldığı haklar ve eserler genişlemiş, Sözleşme, çağın gereklerine uygun olarak yeni hükümlerle güncel kalabilmiştir. Günümüzde de Bern Sözleşmesi, kendisinden sonra eserlerin korunmasına dair imzalanan birçok uluslararası sözleşmeye rağmen ve belki de bunlar nedeniyle önemini korumaktadır. Zira Bern Sözleşmesi'ne taraf ülke sayısı, Bern Sözleşmesi'nin tarihi gelişimi, uygulaması ve Bern Sözleşme'nin revizyonlarının gösterdiği tecrübeler, Bern Sözleşmesi'nden sonra gelen ve eserlere dair olan veya eserlere ilişkin hükümler ihtiva eden uluslararası sözleşmeler için Bern Sözleşmesi'ni bir temel almayı zorunlu kılmaktadır. Bunun en somut örneği fikri mülkiyet haklarının ticari yönlerini ele alan TRIPS (*Trade Related Intellectual Property Rights*) Sözleşmesi'nin, TRIPS Sözleşmesi'ne taraf olan ülkeleri Bern Sözleşmesi'nin 1 ila 21. maddelerine uymakla yükümlü kılmasında görülebilir<sup>1</sup>.

Uluslararası eser korumasının belkemiği olan bu belgenin 1971 Paris metnine Türkiye de 2003/6170 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve 4117 sayılı uygun bulma kanunu ile taraf olmuştur<sup>2</sup>. Ne var ki Sözleşme'nin, Türk hukuk doktrini açısından olağan bir incelemenin konusu olmaktan öteye gittiği ise kolaylıkla söylenemeyebilir. Gerçekten de Sözleşme'yi nispeten etraflıca inceleyen tespit edebildiğimiz kadarıyla üç yazar olmuştur<sup>3</sup>. Bunlardan ilki

<sup>1</sup> Türkiye'de TRIPS Sözleşmesi'ne tarafıdır. Ancak Türkiye'nin TRIPS Sözleşmesi'ne taraf olması, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na taraf olması nedeniyledir. Zira Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın eklerinden birisi (EK 1C) de TRIPS Sözleşmesi'dir. Türkiye'nin zikredilen Anlaşma'ya katılması 29 Ocak 1995 tarihli ve 22186 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4067 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş ve bunun ardından Türkiye, 25 Şubat 1995 tarihli ve 2221 sayılı mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan 95/6525 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla 31/12/1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na ve dolayısıyla TRIPS Sözleşmesi'ne taraf olmuştur.

<sup>2</sup> Bkz. I, B.

<sup>3</sup> Burada zikredilen yazarlar, Bern Sözleşmesi'ni, fikir ve sanat eserleri hukuku ya da genel olarak fikri mülkiyet hukuku ile çalışmalar yapan diğer yazarlara nazaran daha geniş kapsamlı ve detaylı incelemişlerdir. Şüphesiz aralarında **Tekinalp**'in de olduğu birçok yazar, eserlerinde Bern Sözleşmesi'ne yer vermiştir. Ne var ki bu yazarlar Bern Sözleşmesi'ni burada zikredilenler kadar detaylı ele almamışlar, bu nedenle kendilerine ve eserlerine belirttiğimiz bağlam içerisinde, burada, değinilmemiştir.

**Ernst Hirs**'tir. **Hirs**, 1950 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanan Bern Sözleşmesi adlı makalesinde, Sözleşme'nin tarihi gelişiminin yanı sıra hükümlerini de ele almıştır<sup>4</sup>. Bundan başka yakın zamanda **Esra Dardağan**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı adlı eserinde, Sözleşme'ye önemli bir yer ayırmış ve Sözleşme'yi, Sözleşme'nin temel ilkeleri yönünden iki ayrı bölümde incelemiştir<sup>5</sup>. Nihayetinde **Fırat Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku adlı genel eserinin Bern Sözleşmesi'ne ayırdığı kısımda, Sözleşme'yi on sayfada incelemiştir<sup>6</sup>. Bu çalışmalardan başka Sözleşme'ye temas eden birçok çalışma bulunsa da bu çalışmaların Sözleşme'yi yeteri kadar ve detaylı olarak ele aldığını söyleyebilmek güçtür. Sözleşme'nin konusunu teşkil ettiği bir çalışmaya ihtiyaç olduğu da, bu nedenle, ifade edilebilir.

Ne var ki Sözleşme'nin ilgili her maddesiyle ele alınması ve bu maddelerin açıklanması bir makalenin kapsamını aşacak boyuttadır. Zira yüz yılı aşkın bir süredir varlığını sürdüren bir organizma olan Sözleşme'nin her bir maddesi bünyesinde ayrı bir tarih ve devinim barındırmaktadır. Dolayısıyla Sözleşme'yi bir araştırma makalesinin kapsamını aşmadan incelemek iddiasında bulunan bir çalışmanın, ancak Sözleşme'nin en önemli unsuru olan eserlere (ve eser sahiplerine) bahsettiği korumayı, bu korumayı tanımlayan ve sınırlarını çizen ilkeler ekseninde ele alması mümkündür. Şüphesiz korumanın üzerinde durduğu ilkeler dışında, anlatılanları tamamlayıcı bir biçimde korunan eserlere ve menfaatlere de çalışmada yer verilmesi faydalı olacaktır. Bununla beraber Sözleşme'nin ve böylelikle Birlik'in ortaya çıkışının tarihsel olarak da incelenmesi, koruma başlığı altında anlatılacaklar için bir arka plan oluşturacağından, Sözleşme'nin ortaya çıkış süreci de çalışmada öncelikle ele alınacaktır. Ancak Sözleşme'nin ortaya çıkış süreci bağlamında, salt Sözleşme'nin ortaya çıkışı incelenecek ve eserlerin, eserler üzerindeki menfaatlerin ve korumanın ilkelerinin tarihi gelişimi ise bunlara ilişkin bölümde ele alınacaktır. Tarihsel süreç başlığı altında ayrıca Türkiye'nin de Sözleşme'ye taraf olmasına yer verilecektir.

Böylelikle çalışmada hukuk perspektifiyle Sözleşme'nin tarihsel gelişimi ele alınmış olacak ve Sözleşme koruması bağlamında korunan eser türlerinin neler olduğu, korunan bu eserler üzerinde ise eser sahibinin hangi

<sup>4</sup> **Hirs**, Ernst: "Bern Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1- 2, 1950, s. 130 vd. (Bern Sözleşmesi).

<sup>5</sup> **Dardağan**, Esra: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, 1. Bası, Betik Yayıncılık, Ankara 2000, s. 27 vd. ve s. 146 vd.

<sup>6</sup> **Öztan**, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 38 vd.

menfaatlerin korunduğu ve genel olarak korumayı şekillendiren ilkelerin neler olduğu aktarılmış olacaktır. Bu sayede Sözleşme'ye yönelik akademik ilginin canlandırılması yönünde bir çaba sarf edildiğinden söz edilmesi mümkün hale gelecektir.

## I. BERN SÖZLEŞMESİ'NİN TARİHİ

### A. Genel Olarak

19. yüzyılın ilk yarısı boyunca devletlerin vatandaşlarının eserlerini korumaya yönelik arzuları belirgin olsa da aynı devletlerin yabancı eserleri korumaması ya da korumak istememesi yabancı eserler bakımından süregelen korsancılığın yaygın ve önü alınamaz bir durum olmasıyla sonuçlanmıştı<sup>7</sup>. Korsancılığın döneminde geldiği boyutu gözler önüne seren bir durum özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) yaşanmaktaydı. ABD'de İngiliz yazarların İngiltere'de yazdığı romanların ithal edilmiş orijinal versiyonları değil, ABD'de basılan korsan versiyonları tercih ediliyordu, zira korsan romanlar orijinalin yaklaşık onda biri tutarındaydı<sup>8</sup>. Örneğin Charles Dickens'ın Bir Noel Şarkısı adlı romanını okumak isteyen Londralı bir okuyucu, roman için 1843 yılındaki değeriyle 2,50 dolar ödemek zorundayken, Amerika'daki okuyucu ise altı cent ödeyerek romanın kopyasını satın alabiliyordu<sup>9</sup>.

Böyle bir ortamda belirli bir esere koruma sağlayıp sağlamamayı, eserin yabancı mı yoksa milli mi olduğunu devletler, “eserin milliyeti” ya da “yazarının milliyeti” kriterlerine göre tayin etmekteydi<sup>10</sup>. Birinci kriter göre ilk defa devletin ülkesinde yayımlanan eserler yerli ya da milli eser olarak kabul edilmekte ve korunmaktaydı, yani bu kriter bir bakıma ülkesel bir temel üzerinde durmaktaydı<sup>11</sup>. Diğer kriter ise eserin ilk defada belirli bir

<sup>7</sup> **Ricketson, Sam/Ginsburg, Jane**: International Copyright and Neighbouring Rights The Berne Convention and Beyond, 2nd edn., Oxford University Press, New York 2006, s. 19-20.

<sup>8</sup> **Dutfield, Graham/Suthersanen, Uma**: Global Intellectual Property Law, 1st edn., Edward Elgar, Cheltenham 2008, s. 72.

<sup>9</sup> **Dutfield/Suthersanen**, s. 101, dn. 47, **Vaidhyanathan, Siva**: Copyrights and Copywrongs The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity, 1st edn., NYU Press, New York 2001, s. 50'den naklen.

<sup>10</sup> **Henn, Harry**: “Quest for International Copyright Protection”, Cornell Law Review, Cilt: 39, Sayı: 1, 1953, s. 43; **Ricketson/Ginsburg**, s. 24.

<sup>11</sup> **Henn**, s. 44; ABD'de yalnızca ABD vatandaşlarının veya ABD'de ikamet eden kişilerin meydana getirdiği eserler korunmaktaydı. Bunun dışında ABD vatandaşı olmayan kimselelerin meydana getirdiği eserler ülkeye serbestçe ithal edilebiliyor, çoğaltılabiliyor ve dağıtılabiliyordu. Ancak 1891 yılında Amerikan Senatosu hem İngiliz hem de Amerikan

ülkede yayımlanıp yayımlanmamasından ziyade, eser sahibinin vatandaşlığını esas almakta ve şayet eser sahibi koruma talep edilen ülkenin vatandaşı ise, meydana getirildiği yerden bağımsız olarak esere koruma sağlanmaktaydı<sup>12</sup>. Bu kriterleri sağlamayıp yabancı bir eser konumunda bulunan eserler bakımından ise korumanın karşılıklılık şartına göre sağlanacağını belirtilen düzenlemeler, özellikle iki yanlı uluslararası sözleşmeler, söz konusuydu<sup>13</sup>. Ne var ki karşılıklılığın bulunup bulunmadığı yabancı bir devletin hukukunun araştırılmasını ve yorumlanmasını gerektirdiği için, karşılıklılık şartı üzerine kurulu fikri hak koruması daha ziyade karmaşık ve etkisiz kalmaktaydı, ki bu nedenle yabancıların meydana getirmiş olduğu eserler bakımından korsancılık birçok ülke için gündemde kalan bir konu olmaya devam etmişti<sup>14</sup>.

Eserlerin korunmasında uluslararası öneme sahip bir adım, 1852 yılında Fransa tarafından atıldı. Fransa’da 1852 yılında yayımlanan emirname ile eserlerin korunmasında, Bern ile TRIPS Sözleşmeleri’nde de ifadesini bulacak milli muamele ilkesi kabul edilmiş oldu<sup>15</sup>. Bu ilkeye göre yabancılara,

---

yayımcıların baskısıyla Chace Act’i çıkartmış, böylelikle yabancıların eserlerinin korunmasını karşılıklılık şartına bağlanmıştır, bkz. **Goldstein**, Paul/**Hugenholtz**, Bern: International Copyright Principles, Law and Practice, 4th edn., Oxford University Press, Oxford 2019, s. 29.

<sup>12</sup> **Henn**, s. 45.

<sup>13</sup> **Goldstein/Hugenholtz**, s. 28; bu dönemde eser koruması için akdedilen iki yanlı uluslararası sözleşmelerde karşılıklılığın iki ayrı türüne rastlanmaktaydı. Bunlardan ilki şekli karşılıklıydı. Şekli karşılıklılıkta A ülkesinde, B ülkesinin vatandaşlarının meydana getirdiği bir esere sağlanan korumanın, B ülkesinin kendi vatandaşına sağladığı koruma gibi, bu koruma ile aynı içerikte ve kapsamda olması gerekmiyordu. A ülkesinin, B ülkesinin vatandaşlarına, kendi vatandaşlarına sağladığı korumayı sağlaması yeterliydi. Bunun düzeyi ise önem arz etmiyordu. Maddi karşılıklılıkta ise A ülkesi ile B ülkesinin birbirlerinin vatandaşlarına sağladığı eser korumasının aynı düzeyde olması gerekmektedir. Bu hususta bkz. **Vaver**, David: “The National Treatment Requirements of the Berne and Universal Copyright Conventions Part -I-”, International Review of Industrial Property and Copyright Law, Vol. 17, No. 5, 1986, dn. 5 (Part -I-); dikkat edildiğinde şekli karşılıklılığın, özünde milli muamele ilkesini barındırdığı görülür. Zira şekli karşılıklılıkta her iki ülkenin, birbirlerinin vatandaşlarına sağladığı korumanın aynı olması gerekmemekte, yalnızca bu ülkelerin birbirlerinin vatandaşlarına sağladıkları korumanın, kendi vatandaşlarına sağladıkları koruma gibi olması gerekmektedir. Dolayısıyla karşılıklılık dendiğinde, bundan temel itibariyle maddi karşılıklılık anlaşılmalıdır.

<sup>14</sup> **Burger**, Pete: “The Berne Convention Its History and Its Key Role in the Future”, Journal of Law and Technology, Sayı: 3, 1988, s. 8; **Ricketson/Ginsburg**, s. 26.

<sup>15</sup> **Henn**, s. 46; **Burger**, s. 9; **Hirsch**, Ernst: Hukuki Bakımdan Fikri Say Cilt -I-, 1st edn., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1943, s. 78; **Hirş**, Bern Sözleşmesi, s. 134.

(daha doğrusu yabancı eserlere) vatandaşlara sağlanan koruma ne ise, o sağlanacaktı. Söz konusu ilkenin felsefi temelini, eser sahibinin eseri üzerindeki haklarının mülkiyet hakkı gibi, ülke veya vatandaşlık ile sınırlanamayacak doğal haklar olduğu anlayışı oluşturmaktadır<sup>16</sup>. Karşılıklılık ilkesine nazaran milli muamele ilkesinin uygulanması daha kolaydı, zira milli muamele ilkesine göre koruma talep edilen ülkenin mahkemeleri, karşılıklılığın olup olmadığını araştırmak için yabancı bir hukuku incelemiyor yalnızca kendi hukukuna göre bir değerlendirme yapıyordu<sup>17</sup>. Ayrıca Fransa'da vatandaş olan eser sahiplerinin kazandığı haklar, doğrudan doğruya yabancı eser sahiplerine de tanınıyordu. Bununla beraber Fransa 1852 Emirnamesi'nin uygulanmasında karşılıklılık aramadığı için, kendisine koruma sağlanan yabancı eser sahiplerinin tabiiyetinde bulunduğu devletler, Fransız vatandaşlarının eserlerine koruma sağlamasa bile, bu devletin vatandaşlarının eserleri Fransa'da korunmaktaydı<sup>18</sup>. Fransa'nın bu tutumu ise, Fransa'nın 1862 yılına kadar yirmi üç ayrı ve karşılıklılık esasına dayanan iki yanlı uluslararası sözleşme yapmasını sağlamıştı<sup>19</sup>. Böylelikle uluslararası alanda eserlere sağlanan koruma artmıştı.

Ne var ki yalnızca iki yanlı uluslararası sözleşmeler ile sağlanan koruma özünde sınırlıydı. En başta, sözleşmelerdeki koruma süreleri kısaydı ve söz konusu sözleşmelerden taraf devletler kolaylıkla çekilebiliyordu. İlave ten bir uluslararası sözleşmeye taraf olan her bir devlet, koruma için birbirinden ayrı ve bağımsız şartların yerine getirilmesini isteyebildiğinden koruma süreci zahmetliydi. A ülkesinde meydana getirilen bir eserin ayrı sözleşme hükümleri nedeniyle B, C ve D ülkelerinde ne ölçüde korunacağı ise mükerrer değerlendirmeleri gerektirmekteydi<sup>20</sup>. Buna ek olarak iki yanlı sözleşmelerdeki MFN (*most favoured nation*, en çok gözetilen ulus) kaydı nedeniyle, akit devletlerden birisinin başka bir devletle daha avantajlı hükümler içeren bir sözleşme yapması durumunda, eser sahibine sağlanan koruma da pekâlâ değişebiliyordu<sup>21</sup>. Bütün bunlar dikkate alındığında, iki yanlı uluslararası sözleşmelerle sağlanan korumanın yeterli ve tutarlı gelmediği, aynı zamanda adeta pamuk ipliğine bağlı olduğu açıktı.

<sup>16</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 22.

<sup>17</sup> Burger, s. 10.

<sup>18</sup> Burger, s. 10; Goldstein/Hughenoltz, s. 28.

<sup>19</sup> Burger, s. 10; Ricketson/Ginsburg, s. 29.

<sup>20</sup> Goldstein/Hughenoltz, s. 30.

<sup>21</sup> Goldstein/Hughenoltz, s. 30.



Fransa'nın 1852 Emirnamesi'nden sonra ve 19. yüzyılın son yarısında eser sahibinin korunması için daha güçlü nitelikte uluslararası koruma talep eden bir akım ortaya çıktı. Eser sahipleri milli hukuklarda daha dikkate alınır oldu ve etkili bir siyasi grup haline geldiler<sup>22</sup>. Nihayetinde 1858 yılında birçok farklı ülkeden, farklı menfaatleri temsil eden ve eserlerin karşılıklılık şartı olmaksızın korunması ilkesini ve eserlerin küresel olarak korunması idealini benimseyen katılımcılarla Yazarlar ve Sanatçılar Kongresi Brüksel'de toplandı, burada eserlerin uluslararası korunmasına yönelik çeşitli öneriler kabul edildi<sup>23</sup>. Aynı Kongre 1861 ve 1877 yıllarında birer kez daha toplandı ve her toplantıda devletlerin eser sahiplerinin uluslararası korunması için birlikte hareket etmesini talep eden öneriler benimsendi<sup>24</sup>. 1877 yılında toplanan Kongre, Uluslararası Hukuk Enstitüsünden artistik eserlere yönelik evrensel bir yasa taslağı hazırlamasını istedi, Uluslararası Hukuk Enstitüsü her ne kadar bu isteğe sıcak baksa da ortaya somut bir çalışma konmadı ve proje rafa kaldırıldı<sup>25</sup>.

1878 yılına gelindiğinde Paris Evrensel Fuarı'nda, toplanan birçok kongrenin yanı sıra Uluslararası Edebiyat Kongresi de toplanmıştı<sup>26</sup>. Victor Hugo'nun başkanlığını yaptığı ve Turgenyev, Bancroft, Löwenthal ve Jerrold gibi sanatçılar ile yayımcıların katıldığı, Kongre 17 Haziran 1878 tarihinde açıldı ve izleyen on iki gün içerisinde diğer oturumları gerçekleştirildi<sup>27</sup>. Uzun ve sistematik olmayan tartışmaların ardından Kongre'de Bern Sözleşmesi'nin temelini oluşturacak çeşitli öneriler üzerinde uzlaşmaya varıldı ve yeni bir cemiyet (*Association Littéraire Internationale*, 1884 yılında yazarlar dışında diğer sanatçıların üyeliğe kabul dahil edilmesiyle cemiyetin adı *Association Littéraire et Artistique Internationale* [ALAI] halini aldı.)

<sup>22</sup> Burger, s. 10.

<sup>23</sup> Burger, s. 11; Henn, s. 45; Goldstein/Hugenholtz, s. 30; Hirsch, s. 79; söz konusu önerilerden en önemlileri için bkz. Ricketson/Ginsburg, s. 46-47.

<sup>24</sup> Burger, s. 11; Henn, s. 45; Ricketson/Ginsburg, s. 48.

<sup>25</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 48-49.

<sup>26</sup> Fuarın açık olduğu esnada fuarda Uluslararası Edebiyat Kongresi dışında Sınai Mülkiyet Hakkındaki Uluslararası Kongre de gerçekleştirilmekteydi. Söz konusu Kongre'de çok yanlı bir uluslararası sözleşme için bir öntasarının hazırlanmasına karar verilmiş ve bu maksatla bir komisyon tayin edilmişti. Komisyonun hazırladığı öntasarı 1880'de Paris'te toplanan bir konferansta tartışılmış, ardından 1883 yılında yine Paris'te düzenlenen bir konferansta, bugün dahi Sözleşme ile birlikte yürürlükte bulunan Sınai Mülkiyetin Korunması için Paris Sözleşmesi imzalanmıştır, bkz. Hirsch, s. 80-81.

<sup>27</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 49; Ayiter, Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, S Yayınları, Ankara 1981, s. 24.

kuruldu<sup>28</sup>. Kongre'de kabul edilen önergeler arasında (i) eser sahiplerine bir imtiyazın tanımadığı, eser sahiplerinin tam aksine tür mülke ve hakka sahip olduğu, (ii) eser sahibinin, eser sahibinin haleflerinin ve kanuni temsilcilerinin hakkının süreyle kayıtlı olmadığı, (iv) tüm edebi, bilimsel ve artistik eserlerin kaynak ülkesi dışındaki diğer ülkelerde, milli eserler gibi muamele görmesi gerektiği, (v) bu korumanın söz konusu olabilmesi için yalnızca eserin ilk kez yayımlandığı ülkenin formalitelerini sağlaması gerektiği yer aldı<sup>29</sup>.

1878 yılında Paris'te gerçekleştirilen kongrenin ardından, bu kongrenin bir ürünü olan *ALAI* tarafından 1882 yılında Roma'da tertip edilen başka bir kongrede, Fransız evrenselcilerinin görüşlerinin sindiği, eser korumasının evrensel olarak öngörüldüğü bir taslak yasa üzerinde tartışılmaya başlansa da Alman Yayıncılar Birliği'nden (*Börsenverein des Deutschen Buchhandels*) Dr. Paul Schmidt'in daha pragmatik teklifi üzerine evrensel bir eser koruması yerine, Dünya Posta Birliği gibi, eserlerin korunması için evrensel bir birlik kurulması üzerinde anlaşmaya varıldı<sup>30</sup>. Böyle bir hareket tarzında, tüm menfaat sahiplerinin fikirlerinin dikkate alınması gerektiğinden ve bu da derhal yapılamayacağından, İsviçre'nin Bern şehrinde “edebi mülkiyet için bir Birlik kurulmasına yönelik tartışmalar yapmak ve anlaşmaya varmak üzere organlardan ve menfaat sahibi grupların temsilcilerinden oluşan bir konferansın” düzenlenmesine karar verildi<sup>31</sup>. Bunun üzerine İsviçre hükümeti konferans için ev sahipliği yapmayı kabul ederek gerekli diplomatik girişimlerde bulunma görevini üstlendi<sup>32</sup>. Nihayetinde ilk Bern Konferansı 10 Eylül 1883 tarihinde toplandı ve Konferans'ta üç gün süren tartışmanın ardından on maddeden oluşan bir taslak Sözleşme metni ortaya çıktı<sup>33</sup>. İsviçre hükümeti bu metni 3 Aralık 1883 tarihinde “tüm medeni ülkelerin”

<sup>28</sup> **Burger**, s. 11; **Seville**, Catherine: *The Internationalisation of Copyright Law Books, Buccaneers and the Black Flag in the Nineteenth Century*, 1st edn., Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 59; **Bogsch**, Arpad: “The First Hundred Years of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works” içinde **WIPO**, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986*, International Bureau of Intellectual Property, Cenevre 1986, s. 19; **Hirsch**, s. 80; **Ricketson/Ginsburg**, s. 49 ve 50; **Türker**, Gökçen: “Fikri Hakların Tarihi Gelişimi”, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Sayı: 135, 2014, s. 15.

<sup>29</sup> **Seville**, s. 59; **Ricketson/Ginsburg**, s. 49.

<sup>30</sup> **Bogsch**, s. 19; **Seville**, s. 60-61; **Burger**, s. 11; **Goldstein/Hugenholtz**, s. 30. **Ricketson/Ginsburg**, s. 51.

<sup>31</sup> **Seville**, s. 60-61; **Ricketson/Ginsburg**, s. 51.

<sup>32</sup> **Bogsch**, s. 19; **Seville**, s. 61.

<sup>33</sup> **Bogsch**, s. 19; **Seville**, s. 61.

hükümetlerine, 1884 yılında bir uluslararası sözleşme akdetmek üzere toplanmaya yönelik bir davetiye ile birlikte gönderdi<sup>34</sup>.

İsviçre hükümetinin teklifi, davet edilen birçok ülke tarafından büyük bir heyecanla karşılandı ve 1884 yılında Almanya, Avusturya-Macaristan (Her iki ülke için ayrı bir temsilci gönderildi), Belçika, Kosta Rika, Fransa, Birleşik Krallık, Haiti, Hollanda, İsveç, Norveç ve İsviçre'nin katılımıyla Bern'de ikinci ancak daha ziyade resmi bir Konferans toplandı<sup>35</sup>. Konferans'ta temsil edilen ülkelerin görüşlerini, genel olarak üç ayrı grupta toplamak mümkündür: İlk grupta kodifiye edilmiş, evrensel bir eser korunmasını hedefleyen ülkeler varken, spektrumun diğer ucunda mümkün olduğunca çok ulusal serbesti ve mümkün olduğunca az yeknesaklık isteyen ve Sözleşme'nin karşılıklılık ilkesi üzerinde kurulmasını arzu eden ülkeler vardı<sup>36</sup>. Üçüncü grupta ise ortalama bir görüşü savunan ülkeler bulunmaktaydı, bu ülkeler her ne kadar kodifiye edilmiş bir uluslararası telif hukukuna sıcak baksalar da çeviri hakkı ve koruma süresi gibi bazı meselelerde yerel hukuk açısından esneklik de istiyorlardı<sup>37</sup>. Üç ayrı görüşün hararetle çarpıştığı on gün süren bu Konferans'ın sonunda, 1883'teki Kongre'de benimsenmiş olan eser sahibi yanlısı, Fransız evrenselci görüşün izlerini taşıyan taslak Sözleşme'den uzaklaşmış, evrenselci ve kapsayıcı bir hukuk yaklaşımından taviz verilmişti<sup>38</sup>.

Bir yıl sonra yeniden toplanan Konferans, 1884'te kabul edilen taslak Sözleşme metni üzerinden tartışmalara devam etti. Bu Konferans'ta evrensel bir eser koruması sisteminden vazgeçilmiş ve eser korumasının doğası ve kapsamı akit ülkelere bırakılmıştı<sup>39</sup>. Bunun Birlik'e daha fazla ülkenin katılımını sağlayarak Birlik'in üye sayısını artıracak ve kapsamını genişleteceği umuluyordu<sup>40</sup>. Tekrar bir yıl sonra ancak bu kez son defa toplanan Bern Konferansı'nın ana odağı taslak Sözleşme metninin tartışılmasından ziyade bunun imzalanmasıydı. Bu amaç ile ilk kez 6 Eylül 1886'da toplanıldı ve bundan üç gün sonra 9 Eylül 1886 tarihinde, 1885'te kabul edilmiş olan taslak Sözleşme ufak değişikliklerle on ülkenin temsilcileri tarafından imzalandı<sup>41</sup>. Sözleşme 5 Aralık 1887 tarihinde imzacı ülkeler için yürürlüğe girdi.

<sup>34</sup> **Bogsch**, s. 19; **Seville**, s. 61; **Burger**, s. 12; **Ricketson/Ginsburg**, s. 56.

<sup>35</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 60.

<sup>36</sup> **Burger**, s. 12.

<sup>37</sup> **Burger**, s. 13.

<sup>38</sup> **Burger**, s. 14; **Ricketson/Ginsburg**, s. 73.

<sup>39</sup> **Ricketson/Ginsburg**, 1885 Konferansı'nda yaşananları beklenmedik bir bahar büyümesi yaşayan bir ağacın, diğer bahar gelmeden budanmasına benzetmektedir, s. 76.

<sup>40</sup> **Burger**, s. 14, ayrıca dn. 84.

<sup>41</sup> **Bogsch**, s. 19; **Goldstein/Hugehnoltz**, s. 30-31.

Böylelikle, edebi ve artistik eserlerin yeknesak ve etkili biçimde korunmasını hedef tutan Bern Birliği (Birlik) de doğmuş oldu<sup>42</sup>.

Bern Sözleşmesi'nin 1886 yılında imzalanan son halinin (yani 1885 Konferansı'nda kabul edilen son halinin) aslında iki uç görüşün uzlaşısının bir sonucu olduğu söylenebilir<sup>43</sup>. Konferanslara katılan ülkeler arasında eser sahibinin hakkına yaklaşım olarak radikal farklılıklar bulunduğu (Fransa ile Büyük Britanya'nın yaklaşımları) düşünüldüğünde böyle bir uzlaşmayı takdirle karşılamak gerekir. Bununla birlikte, söz konusu bu uzlaşımın ve uzlaşma için verilen tavizlerin neticesinde Sözleşme'de nihai olarak ifadesini bulan görüşün, üçüncü ve ortada kalan görüş olduğu da pekâlâ ifade edilebilir. Buna karşın imzalanan Sözleşme metninin, Sözleşme kapsamında eser sahiplerine yeterli bir koruma sağladığını söylemek ise mümkün değildi. Sözleşme'de her ne kadar karşılıklılık şartına dayalı olarak milli muamele ilkesi kabul edilmiş idiyse, Sözleşme açıkça ve yalnızca eserin başka bir dile çevrilmesi hakkını güvence almış, bunun dışında işleme hakkı konusunda sessiz kalmıştı<sup>44</sup>. Temsil hakkının ise Sözleşme'de milli muamele ilkesine tabi olduğu ifade edilmişti<sup>45</sup>. Sözleşme kamunun bilgi alma ve bilgiye erişme hürriyetini de temin etmek amacıyla akit devletlerin eser sahibinin açık rızası olmamasına rağmen eserinin çoğaltılmasına izin verilebileceği halleri de düzenlemişti. Düzenlemeye göre eser sahibinin açık rızası olmadan çoğaltılabilecek eserler arasında gündelik haberler, gazetadaki köşe yazıları, ya da siyasi tartışmaya yönelik haberler varken, edebi ya da artistik eserlerin bilimsel yayımlarda kullanılması halleri de eser sahibinin haklarına getirilen bir sınırlandırma olarak Sözleşme'de yerini almıştı<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> **Öztrak**, İlhan: *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, 1. Bası, AÜSFY, Ankara 1971, s. 7; meydana gelen bu Birlik'in bir tüzel kişiliğe sahip olduğu ifade edilmekte ise de, Birlik'in organlarının diğer uluslararası örgütlerde olduğu gibi bir fonksiyon göstermediği, organların kendi başlarına büyük çaplı projelere girişmediği veya diğer devletlerle Birlik adına uluslararası sözleşmeler akdetmek için bir çabada bulunmadığı (ve belki de bu tür faaliyetlere gerek olmadığı) düşünülürse, tüzel kişiliğin, yalnızca Birlik'in eser sahiplerinin haklarının uluslararası olarak korunması için bir araya gelmiş devletlerin oluşturduğu özerk ve devamlı bir topluluk oluşunu vurgulamak bakımından bir önem taşıdığı söylenmekte ve 1970'te Birlik'in idari görevleri yerine getirmekle yükümlü organı olan Uluslararası Büronun görev ve yetkileri WIPO'ya geçtiğinden "Birlik'in tüzel kişiliği" kavramının oldukça soyutlaştığı dile getirilmektedir, bkz. **Ricketson/Ginsburg**, s. 226; **Ayiter**, s. 24; **Erel**, Şafak: *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 39.

<sup>43</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 80.

<sup>44</sup> **Seville**, s. 64; **Goldstein/Hugenholtz**, s. 31.

<sup>45</sup> **Burger**, s. 18-19.

<sup>46</sup> **Burger**, s. 16.

Korumaya yönelik (maddi) hükümleri, imzalandığı sırada günümüzün milli kanunlarının oldukça gerisinde bulunan Sözleşme'nin bir Birlik'e vücut veren özelliğinin sonucu olan süreklilik ve evrensellik onu kendisinden önce gelen iki yanlı uluslararası sözleşmelerden ayırt etmiş ve Sözleşme'nin zamanın değişen koşullarına uygun olarak gözden geçirilebilmesinin önünü açmıştır<sup>47</sup>. Bununla birlikte Sözleşme'nin sonraki revizyonlarına katılabilmek için yeni Sözleşme'ye katılmak bir koşul halini almamış, Birlik'e katılmak isteyen ülkelerin Sözleşme'nin herhangi bir metnine katılması yeterli gelmiştir<sup>48</sup>. Böylelikle Birlik ülkelerinin birbirlerine karşı hakları ve yükümlülükleri taraf oldukları Sözleşme'nin metnine göre tespit edilmiş, aynı anda Sözleşme'nin birden çok metni farklı ülkelerde yürürlükte bulunmuştur<sup>49</sup>. İlaveten Sözleşme'nin 1886 metninin 17. maddesinde Sözleşme'nin revizyonlara tabi olacağı ve Sözleşme'de değişikliği gerektiren bu tür meselelerin Birlik ülkelerinde yapılacak konferanslarda değerlendirileceği de belirtilmiştir.

Sözleşme'nin ve meydana getirdiği Bern Birliği'nin devamlılığını temin etmek, Sözleşme'nin değişen koşullara uyum sağlayabilmesi için gerekli girişimlerde bulunmak, eser sahiplerinin haklarına ilişkin bilgileri koordine etmek ve yayımlamak gibi amaçlarla bir de Uluslararası Büro kurulmuştur<sup>50</sup>. Bu Büro Birlik'in devamlılığını sağlama amacına ve 9 Eylül 1886 tarihindeki Nihai Protokol'ün 6. maddesine<sup>51</sup> uygun olarak sıradaki Konferans'ı, Protokol'de belirtildiği gibi dört ya da altı değil, ancak on yıl sonra, yani 1896 yılında Paris'te organize edecekti<sup>52</sup>. Bern Sözleşmesi, ilki 1896 yılında Paris'te başlayan ve bundan sonra 1908'de Berlin'de, 1914'te Bern'de, 1928'de Roma'da, 1948'de Brüksel'de, 1967'de Stockholm'da ve 1971 Paris'te gerçekleşen konferanslarda çeşitli ve eser sahibine sağlanan kuru-

<sup>47</sup> Goldstein/Hugenholtz, s. 31.

<sup>48</sup> Goldstein/Hugenholtz, s. 32.

<sup>49</sup> Günümüzde Sözleşme'nin nihai metni olan 1971 Paris metnine taraf 176, genel olarak Sözleşme'nin Paris metni dışında herhangi bir metnine taraf olan 181 ülke bulunmaktadır. Sözleşme'nin Paris metnine taraf olmayan beş ülke Çad, Fiji, Madagaskar, Pakistan ve 1971 Paris metnini imzalayan ülkelerden birisi olmasına rağmen Sözleşme'yi henüz onaylamamış bulunan Lübnan'dır, dn. 52; WIPO, "Berne Convention Paris Act (1971)" [https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/ShowResults?search\\_what=A&act\\_id=26](https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/ShowResults?search_what=A&act_id=26), Erişim Tarihi: 05.02.2024.

<sup>50</sup> Burger, s. 19; Sözleşme 1886 metni md. 16.

<sup>51</sup> 9 Eylül 1886 tarihli Nihai Protokol md. 6: "Bir sonraki Konferans Paris'te, Sözleşme'nin yürürlük tarihinden itibaren dört ya da altı yıl içerisinde gerçekleştirilecektir. Fransız hükümeti bu sınırlar içerisinde, Uluslararası Büro'nun görüşünü almak suretiyle tarihi belirleyecektir.", protokol metni için bkz. WIPO, s. 228.

<sup>52</sup> Burger, s. 20.

mayı güçlendiren revizyonlara uğramış, nihayet 1979 yılında Sözleşme'nin son hali olan 1971 Paris metninde Birlik'in idari hükümleri olan 22. ve 23. maddelerinde bazı değişiklikler yapılmıştır. 1886 yılında on ülke tarafından imzalanan ve 1887 yılında dokuz ülke için yürürlük kazanan<sup>53</sup> Sözleşme, günümüzde Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 181 ülkenin hukukunun, doğrudan veya Sözleşme'ye uygun olarak yapılan iç hukuk düzenlemele-riyle, bir parçasıdır<sup>54</sup>.

### **B. Türkiye'nin Bern Birliği'ne Katılması<sup>55</sup>**

24 Temmuz 1923 tarihinde Lozan'da imzalanan Lozan Barış Antlaşması (Antlaşma) ile aynı gün ayrıca imzalanan Ticaret Sözleşmesi'nin üçüncü kısmının 14. maddesinde Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on iki ay içerisinde Türkiye'nin Paris Sözleşmesi'nin 1911 yılında Vaşington'da değiştirilmiş metni ile Sözleşme'nin 1908 yılında değiştirilmiş metnine ve 1914 Bern Ek Protokolü'ne katılmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bununla beraber 14. maddede Ticaret Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin, Türkiye'nin Türkçe diline tercüme hakkı ile ilgili yapmayı teklif ettiği çekinceye, Sözleşme ve Protokollere de taraf olan diğer devletler itiraz etmediği müddetçe itiraz edemeyeceği, aksi halde Türkiye'nin belirtilen Sözleşme ve Protokollere bağlı kalmakla yükümlü olmadığı düzenlenmiştir. Ticaret Sözleşmesi'nin 19. maddesinde Ticaret Sözleşmesi'nin Antlaşma ile aynı şekilde yürürlüğe gireceği ifade edilmiş ve Lozan Barış Antlaşması 6 Ağustos 1924 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Antlaşma'nın söz konusu hükümlerine karşın Türkiye'nin Bern Birliği'ne katılmaya yönelik ilk girişimin 1931 yılında olduğu görülmektedir. Türkiye 1931 yılında, Sözleşme'nin 1908 Berlin'de değiştirilen metnine ve 1914 Bern Ek Protokolü'ne, yukarıda da belirtildiği üzere, tercüme hakkı saklı kalmak kaydıyla katılmak istemiştir. Lozan'da imzalanan Ticaret Sözleşmesi'ne taraf olan Bern Birliği'ne üye ülkeler bu çekinceye itiraz etmeseler de bu ülkelere başka Birlik üyesi on ülkenin buna açıkça itiraz etmesi nedeniyle Türkiye'nin katılma talebi milletlerarası hukuk alanında hiç-

<sup>53</sup> Liberya Bern Sözleşmesi'ni 1886 yılında imzalamış ancak onaylamamıştır. Buna karşın 20 yıl sonra Sözleşme'ye katılmıştır. **Burger**, s. 15, **Bogsch**, s. 19; **Ricketson/Ginsburg**, s. 82.

<sup>54</sup> **WIPO**, “Berne Convention”, [https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/ShowResults?search\\_what=C&treaty\\_id=15](https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=15), Erişim Tarihi: 05.02.2024.

<sup>55</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt**, Kadir: “Bern Sözleşmesi ve Türkiye'nin Katılım Süreci”, Atatürk Araştırmaları Merkezi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 104, 2021, s. 3 vd.

bir hüküm ifade etmemiştir<sup>56</sup>. Zira Sözleşme’de değişiklik yapılmasını Birlik üyelerinin bu konuda oybirliği içinde olmasına bağlayan Sözleşme 1908 metni md. 24 uyarınca ve Birlik’e katılmak isteyen ülkelere geçici bir süre için 1908 yılında değiştirilmiş Sözleşme’nin hükümleri yerine 1886 yılındaki orijinal ya da 1896 yılında değiştirilmiş Sözleşme hükümlerini ikame etme hakkını düzenleyen 25. maddeye göre de tercüme hakkı saklı tutularak Sözleşme’ye katılmak mümkün olmadığı için, Türkiye Sözleşme’ye taraf haline gelememiştir<sup>57</sup>.

Bu nedenle, WIPO’nun Sözleşme’nin 100. yılı için 1986’da yayımladığı kitapta Türkiye’nin Sözleşme’nin 1908 metnine ve 1914 Bern Ek Protokolü’ne imza koyduğu belirtilmişse de Türkiye’nin üyeliğinin başlangıcı olarak 1952 yılı gösterilmiştir<sup>58</sup>. Gerçekten de tercüme hakkı ile ilgili sorun, ancak 1950’de çözüme bağlanabilmiştir<sup>59</sup>. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Sözleşme’nin 1948’de Brüksel’de değiştirilen metnine 1 Ocak 1952 tarihinden itibaren katılmak üzere, Hükümet’e 5777 sayılı Kanun ile yetki verilmiştir<sup>60</sup>. Bunun üzerine Hükümet 21 Ağustos 1951 tarihli ve 13589 sayılı Karar ile Bern Birliği’ne Türkiye’nin katılmasına karar vermiştir<sup>61</sup>. Bununla beraber, Türkiye 1948 Brüksel metninin 25. maddesinin izin verdiği üzere, Sözleşme’nin 8. maddesinin yerine geçici süreliğine ve ilgili hüküm yalnızca Türkçeye yapılan tercüme hakkında uygulanmak kaydıyla 1896 Paris metninin 5. maddesini ikame ettiğini belirterek Sözleşme’ye taraf olmuştur.

Türkiye Sözleşme’nin 1948 Brüksel metni dışında 1967 Stockholm’da değiştirilmiş metnine katılmamıştır. Buna karşın 1967 Stockholm metninin

<sup>56</sup> **Hirsch**, s. 139, dn. 19; **Ricketson/Ginsburg**, s. 1077; Türkiye’nin koymak istediği çekinceye itiraz eden ülkeler Avusturya, Belçika, Çekoslovakya, Danzig, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya, İsveç ve İsviçre’dir, bkz. **WIPO**, “Türkiye”, <https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/parties/remarks/TR/15>, Erişim Tarihi: 10.02.2024.

<sup>57</sup> **Hirsch**, s. 139; Türkiye’nin koymak istediği çekinceye Sözleşme’nin müsaade etmemesine rağmen, Türkiye’nin söz konusu çekince ile Sözleşme’ye “katıldığına” yönelik sirküler, Uluslararası Büro tarafından yayımlanan *Le Droit d’Auteur* dergisinde yer almıştır. Buna karşın Türkiye, aynı dergide Birlik üyesi ülkeler arasında listelenmemiştir, derginin Türkiye’nin “katıldığına” yönelik sirkülerinin yer aldığı kısım için bkz. [https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/docs/notes/berne/berlin\\_act\\_1908/turkey.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/docs/notes/berne/berlin_act_1908/turkey.pdf), Erişim Tarihi: 05.02.2024; ayrıca bkz. **Ricketson/Ginsburg**, s. 1076.

<sup>58</sup> **Bogsch**, s. 29 ve 32.

<sup>59</sup> **Tekinalp**, s. 69.

<sup>60</sup> 2 Haziran 1951 tarihli ve 7824 sayılı Resmî Gazete; **Bozbel**, Savaş: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Bası, Onikilevha, İstanbul 2012, s. 8.

<sup>61</sup> 21 Eylül 1953 tarihli ve 8513 sayılı Resmî Gazete.

38. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, 22. ila 26. maddelerdeki hakları, Türkiye, her ne kadar Sözleşme'nin değiştirilmiş metnine taraf değilse de WIPO Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 26 Nisan 1970'ten itibaren beş yıl boyunca, ilgili maddelerdeki hükümler ile bağhymışçasına kullanacağını bildirmiştir<sup>62</sup>. 22 ila 26. maddeler arasında yer alan hükümler Bern Birliği'nin Stockholm değişikliği ile kabul edilen ve bir başka organı olan Meclis'e (*The Assembly*) ilişkindi<sup>63</sup>. Türkiye, böylelikle beş yıl boyunca Bern Birliği üyesi olmasının yanı sıra Bern Birliği Meclisi'nin de bir parçası olmuştur. Fakat beş yıllık sürenin ardından Türkiye Bern Birliği Meclisi'ne dair hükümleri içeren 1971'de Paris'te değiştirilen Sözleşme metnine katılmamış, dolayısıyla Bern Birliği Meclis'i üyeliği sıfatı da sona ermiştir.

Türkiye Sözleşme'nin nihai metnine katılması, 1948 Brüksel metninin Türk hukuku bakımından yürürlüğe girdiği yıl olan 1952'den 51 yıl sonra, 2003 yılında mümkün olmuştur. Türkiye'nin Sözleşme'nin 1971'de revize edilmiş ve 1979'da Paris'te değiştirilmiş metnine katılmasının uygun bulunduğuna dair 4117 sayılı Kanun, 12 Temmuz 1995 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış, bunun ardından Türkiye söz konusu metne 21 Ekim 2003 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 2003/6170 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile katılmıştır<sup>64</sup>. Türkiye Sözleşme'nin bu metnine 33. maddesinin 1. fıkrasında yer alan Bern Sözleşmesi'nin uygulanmasından ve yorumlanmasından kaynaklanabilecek ve müzakere ile çözülemeyen ihtilafların ilgili devletlerden birisinin başvurusu üzerine Uluslararası Adalet Divanı tarafından çözümlenebileceğine dair hükümle, Sözleşme'nin buna cevaz veren 33. maddesinin 2. fıkrası gereği, bağlı olmadığını belirterek taraf olmuştur (4417 s. Kanun md. 1, 2003/6170 s. Bakanlar Kurulu Kararı md. 2).

## II. ESERLERİN BERN SÖZLEŞMESİ İLE KORUNMASI

### A. Sözleşme'nin Getirdiği Korumanın İlkeleri

#### 1. Birlik Korumasının Formalitelere Bağlı Olmaması

Bern Sözleşmesi'nin, bu noktadan itibaren ele alacağımız ve Türkiye'nin de 2003 yılında taraf haline geldiği Paris'te 1971 yılında revize edilmiş ve 1979 değiştirilmiş metninin 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde “*Bu haklardan yararlanma ve bu hakların ileri sürülmesi her-*

<sup>62</sup> WIPO, Berne Notification No. 27, [https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/berne/treaty\\_berne\\_27.html](https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/berne/treaty_berne_27.html), Erişim Tarihi: 11.02.2024.

<sup>63</sup> Bogsch, s. 35.

<sup>64</sup> 12 Temmuz 1995 tarihli ve 22341 sayılı Resmî Gazete; 21 Ekim 2003 tarihli ve 25266 sayılı Resmî Gazete.



*hangi bir formaliteye tabi olmayacaktır; bu gibi yararlanma ve hakkın ileri sürülmesi eserin kaynak ülkesindeki mevcut korumadan bağımsız olacaktır*” demek suretiyle Sözleşme ile sağlanan korumanın herhangi bir formaliteden bağımsız olduğu belirtilmiştir. Otomatik koruma ilkesi olarak da adlandırılan bu ilke uyarınca, Sözleşme kapsamında, kaynak ülkesi dışındaki Birlik ülkelerinde eser sahipleri, Sözleşme tarafından bahsedilen haklarla birlikte o ülkenin kendi vatandaşlarına tanıdığı ve tanıyacağı haklardan yararlanacağı gibi bu koruma ve yararlanma herhangi bir formaliteye tabi olmayacaktır<sup>65</sup>.

Sözleşme’nin tarihine bakıldığında Birlik korumasının formalite yasağı oluşunun Sözleşme’nin müzakere edildiği konferanslarda ve bunların öncesinde kabul edilmediği görülür. Gerçekten de 1878 yılında Paris’teki Uluslararası Edebiyat Kongresi’nde benimsenen önergeler arasında, eser korumasının kaynak ülkedeki formalitelerin yerine getirilmesine bağlı olduğu da yer almıştır<sup>66</sup>. Bundan başka Sözleşme’nin 1883 yılındaki taslağında Birlik korumasının kaynak ülkedeki formalitelerin yerine getirilmesine bağlı olduğu belirtilmiş, 1884 yılında gerçekleştirilen Konferans’ta İsviçre Federal Konseyi’nin önerisi üzerine formaliteler ibaresi “*formaliteler ve koşullar*” halini almış, 1885 yılındaki Konferans’ta ise kelimelerin yeri herhangi bir neden gösterilmeksizin değiştirilmiş ve ibare nihayetinde “*koşullar ve formaliteler*” olmuştur; 1886 yılında da Sözleşme’de bu ibare yer almıştır<sup>67</sup>. 1908 yılına gelene kadar korumanın talep edildiği ülkedeki formaliteler dışında “*koşullar ve formaliteler*” ile ilgili herhangi bir tartışma olmamış, konu 1896 Paris Konferansı’nda ele alınmamıştır. Ancak 1908 Konferansı’nda Birlik korumasının kaynak ülkede yer alan “*koşulların*” yerine getirilmesine bağlı olmadığı kabul edilmiştir (Sözleşme 1908 metni md. 4/2). Bu değişikliğin temel nedeni, yabancı eser sahiplerinin koruma talep ettikleri yerdeki mercilere kaynak ülkelerindeki koşulları yerine getirdiklerini ispat etmelerinin zor olmasıdır<sup>68</sup>.

Dikkat edilirse, bir kez daha, “*koşullar ve formaliteler*” ibaresinden yine “*formaliteler*”e dönmüştür. Burada bu değişikliğe yüklenecek özel bir anlam var mıdır? 1908 Konferansı’ndaki Alman ve Fransız temsilcilerin

<sup>65</sup> Bozbel, s. 8; Türker, s. 54.

<sup>66</sup> bkz. I, A.

<sup>67</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 323.

<sup>68</sup> Ginsburg, Jane: Berne-Forbidden Formalities and Mass Digitization”, Boston University Law Review, Vol. 96, No. 3, s. 752 (Formalities); bu konuda ayrıca bkz. Ricketson/Ginsburg, s. 322.

değişiklik önerilerinden hareketle böyle bir anlamın varlığına ulaşmak mümkünse de bu değişikliğe yönelik komisyon raporunda “*formaliteter*” ibaresinin tüm formaliteler ve koşulları kapsadığı ifade edilmiştir<sup>69</sup>. Sözleşme'nin günümüz metninde de muhafaza edilen “*formaliteter*” ibaresinin (formaliteye uyma zorunluluğu değil) aynı şekilde anlaşıldığını söylemek mümkündür<sup>70</sup>. O halde kapsayıcı bir kavram olduğu gözükten formaliteler ile kastedilenin ne olduğu tespit edilmelidir.

Sözleşme anlamında formalite, eser sahibine hakkının bahşedilmesi ya da bu hakkın kullanması yolundaki mahzurlar olarak tanımlanabilir<sup>71</sup>. Formaliteye yönelik başka bir tanım 1884 yılında Alman temsilcisi Meyer tarafından yapılmıştır, Meyer'e göre formaliteler: “*Eser sahibinin eserine yönelik hakkının varlık kazanması için yerine gereken koşullar*”dır<sup>72</sup>. Eserin resmi bir merci nezdinde kaydedilmesi, eserin nüshalarının teslim edilmesi, harç ödenmesi, eser ile ilgili beyanların yapılması gibi durumlar, yasaklanan formalitelere örnektir<sup>73</sup>. Bu bağlamda ABD'nin Birlik'e katılmak üzere yapılan değişikliklerin yürürlük tarihi olan 1 Mart 1989'a kadar hak sahibinin hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek ABD'de dava açabilmesi için kayıt koşulunun yerine getirilmesini aranırken, bu tarihten sonra söz konusu zorunluluğun yalnızca “Birleşik Devletler eserleri” için aranacağı belirtilmiş, kaynak ülkesi ABD olmayan Sözleşme eserleri için böyle bir zorunluluğun bulunmadığı hüküm altına alınmıştır<sup>74</sup>. Ayrıca formalite yasağı eser korumasının hem başlangıcında hem de korumanın başlamasının sonrasında geçerlidir. Yani eser sahibine hakkının bahşedilmesi için bir formalite başlangıçta aranmayacağı gibi, sonradan da korumanın devam etmesi için bir formalitenin yerine getirilmesi aranmaz<sup>75</sup>.

Bununla birlikte, Sözleşme hakkın eser sahibine bahşedilmesinin önüne geçen koşulların yanı sıra hakkın ileri sürülmesini veya kullanılmasını en-

<sup>69</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 324.

<sup>70</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 325; Ginsburg, Formalities, s. 750.

<sup>71</sup> Ginsburg, Formalities, s. 747, 750; Masouye ise Sözleşme'deki formalite kavramı için şu tanımları önermektedir: “*Formalite kelimesi, hakkın var olması için gerekli olan bir koşul, milli kanunlar tarafından yerine getirilmediği takdirde eser sahibinin hakkının yitirilmesine yol açacağı düzenlenmiş idari yükümlükler olarak anlaşılmalıdır.*”, Masouye, Claude: “Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1st edn., WIPO, Geneva 1978, s. 33.

<sup>72</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 323, 325.

<sup>73</sup> Ginsburg, Formalities, s. 750; Masouye, s. 33.

<sup>74</sup> Goldstein/Hughenoltz, s. 207; ayrıca bkz. 17 U.S.C. § 101, 17 U.S.C. § 411.

<sup>75</sup> Ginsburg, Formalities, s. 750.

gelleyen koşulları da yasaklamaktadır. Örneğin *münhasıran eser korumasına yönelik* yargısal sürecin önüne koyulan engellerle tecavüzün refedilmesini veya gerçek zararın tazmin edilmesini isteme haklarından mahrum bırakılmak, bu bağlamda yasaktır<sup>76</sup>. Fakat münhasıran eser korumasına yönelik olmayan, genel olarak dava açmak için aranan koşullar ise Bern Sözleşmesi'nin formalite yasağına dahil değildir. Yabancıların dava açabilmeleri için teminat göstermelerini arayan bir kural, Sözleşme'ye aykırı olmayacaktır. Buna karşın eser üzerindeki hakkı için hukuki koruma talep eden bir kimşenin, sırf eser üzerindeki hakkıyla ilgili dava açtığı için ayrıca harç ödemek zorunda kalması, Sözleşme'ye aykırıdır.

Doktrinde **Sprigman**, Sözleşme'de öngörülen formalite yasağının fikir ve sanat eserleri hukukunda, özellikle ABD fikir ve sanat eserleri hukukunda tartışma konusu olan birtakım yeni formaliteleri kapsamadığını belirtmektedir<sup>77</sup>. Yeni tür formaliteler adı verilen bu koşullar, yazarın deyimiyle, geleneksel formaliteler gibi parçalama amacı değil, dürtme amacı gütmektedir. Yani bu koşullar ile eser sahibinin çeşitli toplumsal menfaatler karşısında belirli bir tarzda davranması beklenmektedir. Yeni tür formalitelerin yerine getirilmemesi halinde hakkın kazanılmaması ya da kaybedilmemesi söz konusu değildir. Hatta eser sahibinin hakkı dava yoluyla ileri sürme yetkisi de ortadan kalkmamaktadır. Yeni tür formalitelere uyulmaması halinde hakkın ihlali halinde eser sahibine (ya da hak sahibine) sunulan hukuki çareler güçsüzleşir ya da nitelik değiştirir. Bir başka deyişle yeni tür formalitelere uyulmaması halinde eser sahibi ne hakkından ne de hakkı için hukuki koruma isteme yetkisini yitirir, fakat hukuki korumayı sağlayacak vasıtalar olan hukuki çareler değişir veya güçsüzleşir. Örneğin eserin resmi merciiler nezdinde kaydedilmesi koşulu ile eser sahibine ref ile men ve ihlal nedeniyle elde edilen kazancın devrini isteme hakları tanınması önerilen yeni tür formaliteler arasındadır. Eserini kaydettirmeyen eser sahibi, hakkının ihlali halinde tazminat talep etme imkanından yoksun kalmayacaksa da tecavüzün ref'ini ve menini isteme haklarına sahip olamayacaktır.

Yazar, yeni tür formalitelerin Sözleşme'nin yasakladığı alanda kalmadığına yönelik bu görüşünü temellendirirken, yazarın hak sahibi olma (*enjoyment of the right*) ve hakkı ileri sürebilme (*exercise of the right*) ile

<sup>76</sup> Ginsburg, Formalities, s. 751.

<sup>77</sup> Sprigman, Christopher Jon: "Berne's Vanishing Ban on Formalities", Berkeley Technology Law Journal, Vol. 28, No. 3, s. 1566-1567; bu konuda ayrıca bkz. Brauneis, Robert: "National Treatment in Copyright and Related Rights: How Much Work Does it Do?", GW Law Faculty Publications & Other Works, 2013, s. 26.

hakkın bahsettiği hukuki çarelerin neler olduğu (*remedies*) ayrımının yanı sıra Sözleşme'nin beşinci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki giderim imkanlarının koruma talep edilen yer ülkesinin hukukunun düzenleme konusu olduğuna yönelik kurala da dayandığı söylenebilir<sup>78</sup>. Yazarın görüşüne **Ginsburg** tarafından, Birlik korumasının formaliteye bağlı olmadığı kabul edildiği 1908 Berlin Konferansı'nda ref ve men taleplerinin zaten hakkın kullanılmasının doğal bir parçası olarak görüldüğü ve bu nedenle Sözleşme'deki formalite yasağı kapsamında ref ve men imkanlarını sınırlandıran koşulların da olduğu gerekçesiyle karşı çıkılsa da **Sprigman**, Sözleşme'nin beşinci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin açık lafzı karşısında bunun mümkün olmadığını ve 1908 Konferansı sırasındaki temsilcilerin ne tür bir düşünce ile hareket ettiklerinin bilinemeyeceğini ve hukuki çarelerin türünün de formalite yasağı kapsamında kaldığına yönelik, aksine oldukça güçlü bir kanıt olmadıkça Sözleşme'nin giderim türlerinin milli kanunların tarafından düzenlenmesine dair temel ilkedен sapılmaması gerektiğini belirtmektedir<sup>79</sup>. Fikrimizce **Sprigman**'ın görüşü, zikrettiğimiz hükmün açık lafzı karşısında yerindedir. Buna karşın, eser sahibine, hakkının ihlali halinde tanınan giderim imkanları ve bunların kapsamı bakımından çeşitli hukuk düzenlerinde çeşitli yaklaşımların hüküm sürdüğü bir yerde, hakkın içinin tamamen boşaltılmamasına müsaade edilmemelidir. Hak sahipliği ve dava açma imkânı sözde değil, özde de olmalıdır.

Ayrıca ifade edilmelidir ki formalite yasağı kuralı, eser sahibinin hakkının hukuki niteliği ile de ilintilidir<sup>80</sup>. Zira eser sahibinin hakkını, doğal hukuk temeline dayandıran ve bir mülkiyet hakkı gören görüş uyarınca eser sahibinin hakkının doğumu, tescil ya da kayıt gibi formalitelere bağlı tutulamaz. Eser sahibinin hakkı, hükümdar tarafından bahşedilen bir imtiyaz değil, eser sahibinin fikri emeğinin doğal sonucu ve ödülüdür. Bir imtiyaz değil, doğal bir hak olan eser sahibinin hakkının doğumu ya da korunabilmesi bu nedenle formalitenin yerine getirilmesi koşuluna bağlı olmamalıdır. Bundan başka, eserin Birlik korumasından yararlanabilmesi için kaynak ülkedeki formalitelerin yerine getirilmiş olmasının aranması, milli kanunlarında eser koruması için formalite görmeyen ülkeler olduğu düşünüldüğünde, bir uluslararası sözleşme ile eser sahibinin ve eserinin korunması bakımından geri

<sup>78</sup> **Sprigman**, s. 1570-1571; Sözleşme md. 5(2)/2.c: “Sonuç itibariyle, bu Sözleşme hükümleri dışında, korumanın kapsamıyla eser sahibine haklarını koruması için tanınan giderim vasıtaları münhasıran korumanın talep edildiği ülke kanunlarına tabi olacaktır.”

<sup>79</sup> **Sprigman**, s. 1571-1572, **Ginsburg**'un görüşü için bkz. dn. 15'teki eser.

<sup>80</sup> Bu hususta bkz. **Ricketson/Ginsburg**, s. 322.

gidilmesi sonucunu doğurabilir. Gerçekten de milli kanunlarda eser sahibinin hakkının doğumu için bir formalite aranmıyorsa, uluslararası çapta korumanın eserin bir Birlik ülkesi vatandaşı veya orada yerleşim yerine sahip biri tarafından yaratılması ile doğduğu bir yerde de böyle bir koşul aranmamalıdır<sup>81</sup>.

Nihayet, Sözleşme'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasında eserin korunabilmesi için sabitlenmiş olması koşuluna yönelik bir düzenlemeye verilmiştir. Söz konusu bu düzenlemenin Sözleşme'nin yasakladığı türden bir formalite olmadığı kabul edilmektedir<sup>82</sup>. Çünkü Sözleşme'nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasında, eserlerin korunabilmesi için bunların sabitlenmesi koşulunun aranıp aranmayacağı konusunda Birlik ülkelerinin serbest olduğu ifade edilmiştir<sup>83</sup>. Dolayısıyla eserin korunabilmesi için somut bir cisimde ifadesini bulmuş olmasının aranması, Sözleşme'nin yasakladığı formaliteler arasında yer almamaktadır.

## 2. Milli Muamele İlkesi ve Asgari Haklar (Maddi Minimum)

Formalite yasağı bir yana bırakılırsa, Sözleşme'nin merkezinde yatan iki ilkedен söz etmek gerekir. Hatta Sözleşme'nin temel itibarıyla bu iki sütun üzerinde durduğunu söylemek mümkündür<sup>84</sup>: Bunlar milli muamele ilkesi ve asgari haklardır. Asgari haklar ile korumanın "en az" içeriği belirlenip korumanın içeriği bakımından tüm Birlik ülkelerinde bir ayniyet sağlanmaya çalışılırken, milli muamele ilkesi vasıtasıyla Birlik ülkesi vatandaşı olan fakat koruma talep ettiği ülkede yabancı konumunda bulunan bir kimse ile koruma talep edilen ülkedeki vatandaş arasındaki fark ortadan kaldırılmış olur. Vatandaş ile yabancı, Sözleşme tarafından korunan eserler bakımından,

<sup>81</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 322.

<sup>82</sup> **Masouye**, s. 18; **Ginsburg**, *Formalities*, s. 752.

<sup>83</sup> Birlik koruması için fikri ürünün somut bir nesne üzerinde cisimleşerek dışa aktarılmış olması koşulu Sözleşme düzeyinde, korunan eserler arasına 1908 Berlin Konferansı'nda eklenen koreografik eserler ile pandomimler bakımından aranmaktaydı. Zira bu eserlerin varlığının başka türlü ispat edilmesi o dönemde mümkün görülüyordu. 1967 Stockholm Konferansı'nda televizyon yayınlarının yaygınlaşmasıyla birlikte artık koreografik eserler ile pandomimler bakımından sabitlenme koşulunun aranmamasının doğru olacağını kararlaştırılmasına rağmen sabitlenme koşulunun tamamen kaldırılmasının, sabitlenme koşuluna milli kanunlarında yer veren ülkeler için uygun olmayacağı ve o dönemde Birlik ülkesi olmayan ABD'yi Birlik'e katılmaktan caydırabileceği noktalarına dikkat edilerek günümüz 1971 Paris metninde yer alan, Birlik ülkelerinin eserlerin korunabilmesi için sabitlenme koşulunu düzenlemekte serbest olduğu kuralı da getirilmiştir, bkz. **Burger**, s. 43; **Ricketson/Ginsburg**, s. 418; **Ateş**, Mustafa: *Fikri Hukukta Eser*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 39.

<sup>84</sup> Bu hususta bkz. **Ricketson/Ginsburg**, s. 310; **Ayiter**, s. 24.

aynı konuma gelir (Sözleşme md. 5/1). Dolayısıyla milli muamele ilkesi nedeniyle eser sahibi koruma talep ettiği ülkede, tabiiyetinde bulunduğu ülkeden daha fazla hak sahibi olabileceği gibi, daha az hak sahibi de olabilir; zira milli muamele ilkesi, eser sahibine tabiiyetinde bulunduğu ülkedeki hakların sağlanması demek değildir<sup>85</sup>. Eşitlik ilkesi adı da verilen milli muamele ilkesi özünde bir ayrımcılık yapmama kuralıdır<sup>86</sup>. **Ladas**'ın deyişiyle milli muamele ilkesi, “*herhangi bir karşılıklılık aranmaksızın, yabancıların vatandaşlara özümlemesidir*”<sup>87</sup>.

Milli muamele ilkesi ile maddi minimum, Sözleşme'nin koruma rejimi bakımından birbirinden ayrılması mümkün olmayan iki ilkedir. Bu iki ilke, Sözleşme'yi ayakta tutan iki sütun olarak düşünüldüğünde iki sütun aynı anda Sözleşme'yi desteklemedikçe Sözleşme koruması ayakta duramayacaktır. Örneğin maddi minimum ilkesinin yer almadığı bir Birlik koruması rejiminin, fikri mülkiyet ithalatçısı ülkeler için bulunamaz fırsat olduğu söylenmelidir. Zira bu vesileyle söz konusu ülkeler kendi vatandaşlarına tanıdığı yetersiz ve eksik haklarını milli muamele ilkesi çerçevesinde yabancılara da tanıyacak, dolayısıyla fikri mülkiyet ihracatçısı ülkeler için Birlik'e katılmak, bir Pirus zaferinden başka bir şey olmayacaktır. Görüldüğü üzere maddi minimumun olmadığı bir durumda koruma, Birlik ülkelerinin eserleri koruma yönündeki isteğine ve arzusuna kalmaktadır, ki asgari bir sınırın çekilmediği bu ortamda eserlerin uluslararası düzeyde ne derece korunacağı ve hatta korunup korunmayacağı da belirsizdir<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> **Nordemann**, Axel: “Berne and Beyond: Understanding International Conventions Relating to Copyright Law”, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 59, No. 2, s. 269.

<sup>86</sup> **Dardağan**, s. 31; **Goldstein/Hugenholtz**, s. 92; **Patry**, s. 405; **Fawcett**, James/**Torremans**, Paul: Intellectual Property and Private International Law, 2nd edn., Oxford University Press, Oxford 2011, s. 675; bu ifadeler dışında özümleme (asimilasyon) ya da eşit işlem ilkesi de kullanılmaktadır, **Vaver**, Part -I-, s. 586; **Patry**, s. 404; **Bozbel**, s. 8.

<sup>87</sup> **Goldstein/Hugenholtz**, s. 92, dn. 34 (**Ladas**, Stephen: The International Protection of Literary and Artistic Property, 1st edn, Macmillian Co., New York, 1938, s. 365'ten naklen); doktrinde **Dardağan**, milli muamele ilkesinin bir yabancılar hukuku kuralı olması ve Sözleşme'nin Birlik ülkesi ile tebaası arasındaki ilişkileri düzenlemeyeceği kabulünden hareketle, vatandaşlar bakımından geçerli olmayacağını belirtmekte ve bu durumu, “*eserini yurt dışında yayımlayan eser sahipleri bakımından ayrımcı hükümler içeren bir kanun nedeniyle vatandaş, milli muamele ilkesine dayanarak eserini yurt içinde yayımlamış bir eser sahibi gibi muamele görmeyi talep edebilir mi?*” sorusuyla somutlaştırmaktadır, **Dardağan**, s. 31.

<sup>88</sup> Bu hususta bkz. **Patry**, William: “Choice of Law and International Copyright”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 48, No. 3, 2000, s. 405; bazı yazarlar Sözleşme'nin dayandığı üç temel ilkenin olduğunu belirtmekte ve bunları milli muamele

Öte yandan asgari haklar ilkesi bakımından ise bu ilkenin, yalnızca belirli hakları tanımakla kalmayıp aynı zamanda Birlik korumasının süresini (Sözleşme md. 7) ve bu korumanın kaynak ülkedeki korumadan ve her türlü formaliteden bağımsız olduğu kuralını da içerdiğini ve bir bakıma Birlik ülkelerinin korumakla yükümlü olduğu eserler bakımından bir “minimum koruma düzeyi” teşkil ettiği belirtilmelidir. Hatta ilkeye, bu sebeple asgari haklar yerine “maddi minimum” denmesinin daha doğru olacağı inancındayız, ancak asgari haklar kullanımının da doktrinde yerleşmiş gözüktüğü ifade edilmelidir<sup>89</sup>.

Milli muamele ilkesinde olduğu gibi maddi minimumun uygulanması da karşılıklılık şartına bağlı değildir. Zira bu iki ilkenin uygulanabilmesi için koruma istenen ülke ile koruma isteyen kişinin tabiiyetinde bulunduğu ülke arasında koruma düzeyi bakımından özdeşlik bulunması gerekmediği gibi; koruma isteyen kimsenin tabii olduğu ülkenin, koruma talep edilen ülkenin tabiiyetindekilere milli muamele ilkesine uygun koruma sağlaması da gerekmez. Burada önemli olan koruma istenen ülkenin bir Birlik ülkesi olması ve koruma talep eden kişinin ya Birlik ülkesinin tabiiyetinde olması veya tabiiyet koşulu sağlanmıyorsa eserini ilk defa bir Birlik ülkesinde kamuya sunmuş bulunmasıdır (Sözleşme md. 3/1)<sup>90</sup>.

Görüldüğü üzere Sözleşme'nin Birlik ülkelerinde sağlamanın kesin olduğu yekesaklık yalnızca maddi minimum bakımındandır. Maddi minimum kapsamı dışında kalan birçok konu, milli muamele ilkesi çerçevesinde, koruma istenen ülkenin milli kanunun gösterdiği yönde çözümlenmeye mahkumdur. Gerçi bu ifade teorik olarak doğru olmakla birlikte, Sözleşme'nin maddi minimumuna dahil olan eserler, haklar ve diğer konular (koruma

---

ilkesi, otomatik koruma ilkesi ve korumanın bağımsızlığı ilkesi olarak adlandırmaktadırlar, bkz. **Bozbel**, s. 8-9; **Türker**, s. 15-16.

<sup>89</sup> **Tekinalp**, s. 68; **Dardağan**, s. 33; **Öztan** asgari haklar yerine istisnai haklar ifadesini de kullanmaktadır, **Öztan**, s. 43; bundan başka bizim de tercih ettiğimiz kullanımın İngilizce karşılığı olan “*substantive minima*” ifadesinin yanı sıra “*Conventional minima*” ve “*substantive rights*” ifadesi de kullanılmaktadır, bkz. **Ricketson/Ginsburg**, s. 101; **Masouye**, s. 33; **Fawcett/Torremans**, s. 679; **Hirş** ise Sözleşme tarafından bahsedilen minimum maddi korumayı aktarmak için herhangi bir özel tabir kullanmamış, bunun yerine Sözleşme ile korunan haklardan bahsetmek için “*Sözleşme’de sarahaten korunan fikri haklar*” tabirini tercih etmiştir, **Hirş**, s. 144.

<sup>90</sup> Sözleşme'nin İngilizce ve Türkçe metninde sırasıyla “*publish*” ve “*yayımlamak*” ifadeleri kullanılmıştır. Bu kavramların yalnızca ticaret mevkiine koymak suretiyle kamuya sunmak manasına gelen yayımlamak mı yoksa tarzı ne olursa olsun umuma sunmak veya eseri alenileştirmek mi olduğu konusundaki açıklamalar için bkz. **Goldstein/Hughenoltz**, s. 150; **Öztan**, s. 41-42; **Ricketson/Ginsburg**, s. 263.

süresi gibi) nedeniyle milli muamele ilkesinin doğrudan söz sahipliğiyle, görece az karşılaşılabileceği denilebilir<sup>91</sup>.

Milli muamele ilkesinin kapsamının ne olduğu, başka bir deyişle “ne-yin” milli muamele ilkesi nedeniyle yabancı bir eser sahibine tanınmak zorunda olduğuyla maddi minimumun dayanağının ne olduğu meselesinde yol gösterici olan madde beşinci maddedir. Sözleşme md. 5/1'e göre eser sahipleri, Birlik korumasından yararlanan eserleri bakımından, koruma istenen ülkenin vatandaşlarına tanıdığı ve tanıyacağı her türlü hak ile Sözleşme'nin açıkça tanıdığı haklardan yararlanacaklardır.

Burada öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken Sözleşme'de açıkça zikredilen haklar dışında kalan, bir ülkenin tabiiyetinde bulunan eser sahibine bahsettiği haklardan hangisinin Birlik eser sahibine tanınmasının zorunlu olduğudur. Zira bazı ülkelerde eser sahiplerine mutlak (ve tekelci) haklar yerine eser sahiplerine eserden belirli bir tarzda yararlanılmasını yasaklama yetkisi vermeyen ancak bu tarzdaki yararlanma için kendilerine ödeme yapılmasını talebini konu alan haklar bahşedilmekte veya eserin belirli kullanımları bakımından harçlar ya da vergiler alınması ve bunların yerli eser sahiplerine teşvik olarak ödenmesi ya da kültürel amaçlar için harcanması söz konusu olmaktadır<sup>92</sup>. Doktrinde **Goldstein/Hugenholtz**, Sözleşme kapsamında milli muamele ilkesine tabii olacak ve Birlik eser sahiplerine tanınacak bir mali hakkın temel olarak üç özelliği taşıması gerektiğini belirtmektedir: (1) Bu hak, herkese karşı ileri sürülebilmelidir, (2) eser sahibine bir eseri kullanma veya ondan yararlanma yetkisi vermelidir ve (3) eserin kullanımına, kabaca da olsa, eserin piyasadaki mevcut veya gelecekteki başarısına göre kıymet biçmelidir<sup>93</sup>. Burada ilk özellik hakkın mutlak niteliğini vurgulayarak onu nispi mahiyetteki haklardan ayırmaya yararken, diğer iki özellik hakkın belirli bir esere ilişkin olması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>94</sup>. Örneğin aynı yazarlar, fotokopi makineleri, ses ve görüntü kaydedici cihazlardan eserin şahsen kullanma istisnası kapsamında kalan çoğaltmaları nedeniyle eser sahiplerini “tazmin” etmek amacıyla alınan harç-

<sup>91</sup> Bu hususta bkz. **Ricketson/Ginsburg**, s. 294; **Brauneis**, s. 1, 3; **Vaver**, Part -I-, s. 586.

<sup>92</sup> Bu konuya yönelik olarak bkz. **Brauneis**, s. 20 vd.; **Dardağan**, s. 32; **Steup**, Elisabeth: “The Rule of National Treatment for Foreigners and Its Application to New Benefits for Authors - The Fifteenth Annual Jean Geiringer Memorial Lecture on International Copyright Law”, Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A., Vol. 25, No. 4, 1978, s. 284.

<sup>93</sup> **Goldstein/Hugenholtz**, s. 100.

<sup>94</sup> **Brauneis**, s. 18.



ların yukarıdaki üç kriteri taşıdığı ve milli muamele ilkesine tabi olduğu görüşündedir<sup>95</sup>. Yani Birlik eser sahipleri de şahsi kullanım kapsamındaki çoğaltmalar için yerli eser sahiplerini tazmin etmeyi öngören bir harç düzenlenmesinden, milli muamele ilkesi gereği yararlanmalıdırlar.

Sözleşme’de ifadesini bulunan milli muamele ilkesi şeklen bir kanunlar ihtilafı kuralı olmasa da bu ilke etkisini, bir yönüyle uygulanacak hukukun belirlenmesinde gösterir<sup>96</sup>. Mademki millî muamele ilkesi, yabancıyı vatandaşın seviyesine çıkarmaktadır, o halde mahkemenin önüne getirilmiş bulunan uyuşmazlığın çözümünde, aynı uyuşmazlık iki vatandaş tarafından yargılamaya konu kılınsaydı vatandaşlara hangi hukuk uygulanacaksa, yabancı bakımından da, bu hukuk uygulanmalıdır. Buna karşın milli muamele ilkesinin hem vatandaşa hem de yabancıya aynı kanunlar ihtilafı kuralının tatbikini sağlaması gerektiği, ayrımcılık yapmamanın bu şekilde sağlanacağı da kayda değer bir görüştür<sup>97</sup>. Biz bizzat bu yaklaşımın ayrımcılığa sebebiyet vereceği kanaatindeyiz. Örneğin milli kanun, “milli muamele sağlama yükümlülüğünü” hayata geçirmek adına, fikri hak statüsünde bağlanma noktası olarak kaynak ülkeyi hem vatandaş hem de yabancı bakımından kabul etmiş olsun. Böyle bir durumda A ülkesinden koruma talep eden vatandaşlar, kendi eserleri için A ülkesinin hukukuna tabi olurken; yine A ülkesinden koruma talep eden Birlik eser sahibi yabancılar başka ülkenin hukukuna tabi olmakta ve bu kişilerin parçası olduğu uyuşmazlıklar vatandaşlara nazaran farklı bir hukuka göre çözümlenmektedir. Böylesi bir sonucun milli muamele ilkesine uygun olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. O halde milli muamele ilkesinin, yabancı ve vatandaş bakımından aynı bağlanma noktası

<sup>95</sup> **Goldstein/Hughenoltz**, s. 100.

<sup>96</sup> **Fawcett/Torremans**, s. 678; milli muamele ilkesinin özünde bir kanunlar ihtilafı kuralı olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde **Ricketson/Ginsburg**, milli muamele ilkesinin bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu belirtirken, **Goldstein/Hughenoltz** ise bu kuralın yalnızca bir ayrımcılık yapmama kuralından ibaret olduğunu, şayet bu kural bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak kabul edilse dahi bunun tam olmayan bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu ifade etmektedir, bkz. **Ricketson/Ginsburg**, s. 1297 ve ayrıca 1298; **Goldstein/Hughenoltz**, s. 121, ayrıca dn. 206; **Ulmer**, Sözleşme’de yer alan milli muamele, formalite yasağı ve maddi minimum kurallarının kanunlar ihtilafı kurallarına vücut vermediğini, zira bu kuralların belirli bir ülkenin hukuk düzenine göndermede bulunmadıklarını ancak bu ilkelerin yine de bir koruma standardı ve belirli ölçüde yeknesaklık sağladığını belirtmekte ve milli muamele ilkesi kapsamındaki yükümlülüğünün kanunlar ihtilafı bakımından kendisi için koruma istenen ülkenin hukukuna işaret ettiğini belirtmektedir, **Ulmer**, Eugen: Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws, 1st edn., Kluwer/Commission of the European Communities, Deventer 1978, s. 30.

<sup>97</sup> Bu görüş için bkz. **Ricketson/Ginsburg**, s. 1298, dn. 26.

esas alınmakla değil, her ikisi için de aynı hukukun uygulanmasını sağlamakla hayata geçirilebileceği söylenebilir<sup>98</sup>.

Milli muamele ilkesini tanımlayan beşinci maddenin birinci fıkrası dışında, aynı maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "... korumanın kapsamıyla eser sahibine haklarını koruması için tanınan giderim vasıtaları münhasıran korumanın talep edildiği ülke kanunlarına tabi olacaktır." ifadesinin milli muamele ilkesi ile *lex loci protectionis* arasındaki irtibatı gözler önüne seren bir düzenleme olduğu düşüncesindeyiz<sup>99</sup>. Belirttiğimiz üzere milli muamele ilkesi ile ayrımcılığın, yabancı ile vatandaşın aynı bağlanma noktasına değil, aynı maddi hukuk kurallarına tabi kılınarak ortadan kaldırılabileceği fikrinde olduğumuzdan, yabancı Birlik eser sahibi bu kapsamda koruma istediği ülkenin maddi hukuk kurallarına tabi olacaktır. Buradan hareketle milli muamele ilkesinin Sözleşme çerçevesinde zorunlu olarak koruma talep edilen ülke hukukunun uygulanmasını sağladığı ifade edilebilir. Yani milli muamele ilkesi, yabancı ile vatandaş aynı düzeye çıkarma fonksiyonunu ancak hem vatandaş hem de yabancı bakımından aynı hukuka işaret eden bir kanunlar ihtilafı kuralı niteliğine sahip olmakla (bağlama kuralı) yerine getirebilecektir. İşte Sözleşme md.5/2-2.c'de buna uygun olarak yukarıda zikrettiğimiz düzenlemeye yer verilmiştir.

Yalnız şuna dikkat edilmesi gerekir: Milli muamele ilkesinin, koruma talep edilen ülkenin hukukunun uygulanmasını sağlayacağını söylemek, çoğu zaman aynı şekilde meydana gelen bir olaydan bir çıkarım yapılmasıdır. Çünkü koruma istenen yer ile ihlalin gerçekleştiği yer genellikle örtüşmektedir. Fakat bunun böyle olmadığı, ihlalin belirli bir yerde gerçekleşmesine rağmen davanın ihlalin gerçekleştiği ülkeden başka bir ülkede açıldığı bir durumda dahi, koruma talep edilen ülke hukukunun (*lex fori*'nin) uygulanması, milli muamele ilkesine ve fikri mülkiyet hakları bakımından geçerli ülkesellik ilkesine uygun olmaz<sup>100</sup>. Zira bu durumda eser sahibi, ihlal ülkesinde o ülkenin kendi vatandaşlarına tanıdığı haklardan, koruma istediği ülke hukuku ile bu ülkenin hukuku aynı olmayacağı için, yararlanamayacaktır. Böylesi bir sonuç, Sözleşme'nin eser sahiplerinin haklarını mümkün olduğunca yeknesak bir biçimde koruma gayesine ve tabii olarak milli muamele

<sup>98</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 1298; Patry, s. 406; krş. Fawcett/Torremans, s. 683.

<sup>99</sup> Bu hususta bkz. Dardağan, s. 150.

<sup>100</sup> Eser sahibinin, ihlal ülkesinden değil de neden başka bir ülkeden koruma talep edileceği sorulabilir, bunun en temel sebebi failin (yani, borçlunun) davadan sonra cebri icraya konu kılınacak malvarlığının ihlal ülkesinde değil, koruma talep edilecek ülkede bulunmasıdır.

ilkesine aykırı olacaktır<sup>101</sup>. Bu sebeple, Sözleşme md 5/2-2.c’de’deki “*korumanın talep edildiği ülke*” ibaresinin, “*kendisi için koruma talep edilen ülke*” olarak yorumlanması gerektiği kabul edilmekte ve ayrıca Sözleşme’nin “*korumanın talep edildiği ülke*” ibaresindeki belirsizliğin (*lex fori* mi yoksa *lex loci protectionis* mi?) Birlik ülkeleri tarafından ülkesellik ilkesine uygun biçimde kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukuku ihlalin gerçekleştiği ülke hukuku olarak gösterdiği biçimde düzenlenmesi suretiyle giderileceği de belirtilmektedir<sup>102</sup>.

Sözleşme md. 5/2-2.c özelinde son olarak söylenebilecek husus bu kuralın, milli muamele ilkesinin kanunlar ihtilafı kuralı olma yönünü vurgulamasından başka, milli muamele ilkesinin sınırlarını çizmekte olduğudur<sup>103</sup>. Sözleşme md. 5/2’ye göre eser sahibine bahşedilen giderim vasıtaları ile korumanın kapsamı, kendisi için koruma talep edilen ülke hukukuna tabi olduğundan, “*eser sahibine bahşedilen giderim vasıtaları*” ile “*korumanın kapsamı*” dışında kalan meseleler, ayrıca Sözleşme’de bir hüküm bulunmadıkça, milli muamele ilkesine tabi olmayacaktır. Dolayısıyla Sözleşme md. 5/2’deki milli muamele ilkesini, eser sahibinin, hakkının ihlal edildiği iddiasıyla açtığı davalarda işlerlik kazanır hale getirmektedir. Bu bağlamda **Ricketson/Ginsburg**, şu hususların milli muamele ilkesine tabi olduğunu ifade etmektedir<sup>104</sup>:

- Korumayı talep etmeye hakkı olan kişilerin tanımlanması<sup>105</sup> (Ki bunlar, birlik eser sahipleri ve belirli hallerde Birlik ülkelerinin tabiiyetinde bulunmayan eser sahipleridir.)

<sup>101</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 1299 ve aynı sayfada dn. 30.

<sup>102</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 321, 1299, 1301; **Patry**, s. 408.

<sup>103</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 319.

<sup>104</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 315; Sözleşme 14ter/2 maddesinde, pay ve takip hakkının (*droit de suite*) maddi karşılıklılık koşuluyla tanınacağı belirtilmiştir. Buna göre eser sahibinin hem tabiiyetinde bulunduğu hem de koruma istediği ülkenin bu hakkı kendisine tanıyor olması gerekir. Bu bağlamda Türk eser sahibine Türk hukuku her ne kadar bu hakkı bahşetmiş ise de (13 Aralık 1951 tarihli ve 7981 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md. 45), 2006 yılına kadar İngiliz hukukunda pay ve takip hakkı bulunmadığından, Türk eser sahibi Birleşik Krallık’ta bu hakkının yerine getirilmesini isteyemeyecekti, bkz. **Masouye**, s. 91; doktrinde Sözleşme md. 5/2’de düzenlenmiş olanın öncelikle hakların ihlalinin sonuçları olduğu, bunun ardından kural ile yaptırımlar ve usuli savunma araçlarının düzenlendiği ifade edilmekte ve fikri hakların kapsamında bu hakların ihlalinin bağlı olduğu şartların Sözleşme md. 5/2’ye (milli muamele ilkesine, dolayısıyla *lex loci protectionis*’e) tabi olmadığı ifade edilmektedir, bkz. **Dardağan**, s. 147 ve dn. 790, 791’deki yazar.

<sup>105</sup> Burada korumayı talep etmeye hakkı olan kişilerin tanımlanmasından hareketle eser sahipliği ve hak sahipliğinin de milli muamele ilkesine tabi olduğu sonucuna varılma-

- Korumanın konusu (edebi ve artistik eserler)
- Korunan haklar (menfaatler)
- Korumanın süresi (Sözleşme md. 7/8)
- Korumanın istisnaları
- Bahşedilen hukuki çareler (veya giderim vasıtaları)

Milli muamele ilkesi ile bağlantılı son mesele, Sözleşme'nin 19. maddesidir. Bu maddeye göre Sözleşme'nin hiçbir hükmü, eser sahibinin, Sözleşme'den daha geniş kapsamlı bir koruma bahşeden bir devletten, bu korumayı talep etmesini engellemeyecektir. Doktrinde **Masouye'ye** göre bu hüküm, Birlik eser sahiplerine milli muamelenin sağlanması gerekliliğinin bir tekrarıdır<sup>106</sup>. Kurala lafzen yaklaşıldığında, kuraldan çıkarılması muhtemel bir anlam, gerçekten de bu hükmün milli muamele ilkesini bir kez daha vurguladığıdır. Şayet bir Birlik ülkesi, milli kanunları ile daha geniş bir korumayı uyruk eser sahiplerine tanıyorsa, Birlik eser sahibi bu korumayı talep edebilmeli, milli muamele ilkesi hayata geçirilmelidir. Ne var ki, hükme tarihi bir perspektiften yaklaşıldığında, hükmün getiriliş amacının milli muamele ilkesini bir kez daha vurgulamaktan ziyade, Sözleşme'nin sağladığı korumanın yalnızca bir *minimum*a yer verdiğini dile getirmek olduğu görülür. Başka bir deyişle söz konusu hüküm, Birlik ülkelerinin, koruma talep eden Birlik eser sahiplerine, *yalnızca* Sözleşme'de güvence altına alınmış hakların sağlayamayacağını, Sözleşme'nin bir en azı düzenlendiğini, şayet koruma istenen ülke Sözleşme'nin en azından fazla bir koruma sağlıyorsa, bunun koruma isteyen Birlik eser sahiplerine tanınması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>107</sup>. Böylelikle Sözleşme'ye taraf olmayan bir ülkenin eser sahibine, koruma istenen ülke hukukunun geniş kapsamlı koruması sağlanırken; Birlik

---

malıdır. Doktrinde eser ile hak sahipliği ve bununla ilgili meselelerinin, sinematografik eserler hakkındaki özel düzenlemeye yönelik 14bis maddesi bir yana bırakılırsa milli muamele ilkesine tabi olmadığı dile getirilmektedir. Bu bağlamda Sözleşme'nin eser sahibinin kim olabileceğini ya da eser üzerindeki hakların devrine yönelik hukuki işlemlere hangi hukukun uygulanacağı, bir iş veya eser siparişi sözleşmesi çerçevesinde meydana getirilen eserlerde eser sahibinin kim olduğu gibi konularda sessiz kaldığı belirtilmektedir. Dolayısıyla tüm bu konular ve özellikle eser ile hak sahipliği konusunda, kendisinde hukuki koruma için başvuru ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları belirleyici olacaktır, **Patry**, s. 408-409; **Ricketson/Ginsburg**, s. 1315, 358 vd.; **Goldstein/Hugenholtz**, s. 227 vd.; hak sahipliği meselelerinin milli muamele ilkesi çerçevesinde kendisi için koruma talep edilen ülke hukukuna göre çözüleceği yönünde bkz. **Brauneis**, s. 27, dn. 148'deki yazar.

<sup>106</sup> **Masouye**, s. 103.

<sup>107</sup> Bu yönde bkz. **Nordemann**, s. 270; **Brauneis**, s. 14, dn. 68.

eser sahibine, Sözleşme’de yalnızca belirli haklar bulunuyor diye sadece bu hakların tanınmasının önüne geçilmiş olmaktadır.

1908 Berlin Konferansı’ndan önce Belçika mahkemeleri, Sözleşme’nin yorumunda ve uygulanmasında yukarıda anlatılan gibi, sınırlayıcı bir yaklaşım benimsemişlerdi. Bu mahkemelere göre Sözleşme katı bir biçimde yorumlanmalı ve Birlik eser sahibine, Belçika hukuku yabancılara Sözleşme asgarisinden daha fazla hak bahsetse dahi, Sözleşme’deki minimum, maksimum olarak sunulmalıydı. Bu durumun diğer Birlik ülkelerinde yaygın bir uygulama halini alması ve bunun diğer ülkeleri Birlik’e katılmaktan caydırabileceği ihtimaline Belçika temsilcisinin 1908 Berlin Konferansı’na sunduğu bir nota ile dikkat çekildi ve bunun üzerine Sözleşme’ye 19. madde eklendi. Sözleşme’nin 19. maddesi, 1948 Brüksel Konferansı’nda uğradığı değişikliğin ardından günümüzdeki şeklini aldı<sup>108</sup>.

Fikrimizce Sözleşme’nin 19. maddesi Birlik eser sahiplerinin, Sözleşme’nin maddi minimumu ve koruma istenen ülkede milli muamele ilkesi nedeniyle elde edilen haklar ve diğer ayrıcalıkların yanı sıra, o ülkenin yabancılara tanıdığı haklar ve ayrıcalıkları, şayet Birlik eser sahipleri bu ülkede bunları isteyebilecekler arasında ise, Birlik eser sahiplerinin bu tür hakları ve ayrıcalıkları istemeye Sözleşme’nin bir engel teşkil oluşturmayacağını vurgulamakta ve Birlik korumasını teşkil eden minimumun aynı zamanda bir maksimum olmadığını ortaya koymaktadır. Yani Sözleşme’nin bahsettiği haklar ve ayrıcalıklar kapsamında kalmayan veya milli muamele ilkesinin uygulama alanı bulmayacağı bir durumda, koruma istenen ülkede yabancılara tanınan haklar ve ayrıcalıkların, Birlik eser sahibi tarafından istenmesinde bir engel olmadığı açıklığa kavuşturulmaktadır.

Ancak bu hüküm, bir Birlik ülkesinin yabancılar arasında ayırım yapmasını engelleyebilecek bir tarzda ifade edilmediği gibi bunu amaçlamaktadır da. Şayet koruma istenen A ülkesi belirli bir hakkı, B ülkesinden olan yabancılara tanıyor, ancak C ülkesinden olanlara tanımıyor ise, C ülkesinin tabiiyetinde bulunan Birlik eser sahibi için Sözleşme’nin 19. maddesi bu durumda uygulama alanı bulamaz. Zaten milli muamele ilkesinin özünde yer alan “yabancı ile vatandaş arasında ayırım yapma” buyruğunun izdüşümü olan “yabancı ile bir başka yabancı arasında ayırım yapma” buyruğu, yani en çok gözetilen ulus kaydı, Bern Sözleşmesi’nde yer almamaktadır.

<sup>108</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 302 vd.; **Vaver**, David: “The National Treatment Requirements of the Berne and Universal Copyright Conventions Part -II-”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, Vol. 17, No. 5, 1986, s. 716 (Part -II-).

### 3. Kaynak Ülkede Eser Korumasının Milli Kanuna Tabi Olması

Sözleşme'nin bahsettiği korumayı şekillendiren milli muamele ve asgari haklar ilkelerinin ardından ele alınabilecek son ilke kaynak ülkede eser korumasının milli kanuna tabi olmasıdır. Bu ilke çerçevesinde Sözleşme, eserin bir kaynak ülkesi olduğunu kabul ederek eserlere bir tür milliyet izafe etmekte ve eserlerin tabiiyetinde bulunduğu ülkelerde, korumanın milli kanunlar çerçevesinde gerçekleşeceğini belirtmektedir. Söz konusu ilkeye göre eserin kaynak ülkesinde, Birlik maddi minimumu uygulama alanı bulmayacak, bu ülkede eserin korunması, o ülkenin milli kanunlarına göre olacaktır<sup>109</sup>. Buna karşın, kaynak ülkede, Birlik eser sahibi her ne kadar maddi minimumdan yararlanamıyorsa da Sözleşme md. 5/3-2.c gereği, o ülkenin kendi vatandaşlarına tanıdığı haklardan aynen yararlanacak, yani milli muamele ilkesi uygulanmaya devam edecektir<sup>110</sup>.

İfade edilmelidir ki kaynak ülkede korumanın milli kanuna tabi olması ile ilgili olarak bu ülkede Sözleşme'nin uygulanmayacağı ifade edilse de fikrimizce bu doğru bir ifade tarzı değildir. Kaynak ülkede, eserini bu ülkede yayımlayan yabancı eser sahibi, vatandaş ile aynı seviyeye getirilmektedir (milli muamele ilkesi). Sözleşme "Kaynak ülkede Sözleşme hükümleri uygulanmaz." tarzında bir ifade tercih etmemekte ve kaynak ülkedeki korumanın milli kanuna tabi olacağını söyleyerek kaynak ülkedeki korumada "Birlik standardı"nın olmayacağını söylemektedir. Yani Sözleşme, kaynak ülkede de uygulanmaktadır, ancak bu ülkedeki koruma maddi minimumdan yoksundur. Sonuç olarak kaynak ülkede sağlanan korumada Birlik korumasının sütunlarından birisi olan maddi minimumun olmadığından, bu ülkede Birlik korumasını ayakta tutan yapının yıkılmış olduğu ifade edilebilir. Başka bir deyişle, maddi minimum olmaksızın Birlik korumasından söz etmenin bir anlamı, en azından günümüz gereklilikleri ve uluslararası düzeyde eser koruması ihtiyacı düşünüldüğünde, kalmayacaktır.

Öte yandan Kaynak ülkenin hangi ülke olacağı ise Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir, buna göre:

- Eser ilk defa bir Birlik ülkesinde umuma arz edilmişse, **o ülke** (Sözleşme md. 5/4-a),

<sup>109</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 278; Masouye, s. 34; Dardağan, s. 30; Öztan, s. 43.

<sup>110</sup> Sözleşme md. 5/3-2.c: "Eser sahibinin, bu Sözleşme'ye göre korunan eserinin kaynak ülkesinin vatandaşı olmadığı durumda, eser sahibi o ülkenin vatandaşlarıyla aynı haklardan yararlanacaktır."

- Eser ilk defa ve aynı anda iki Birlik ülkesinde umuma arz edilmişse, **ülkelerden en az koruma süresine sahip olan ülke** (Sözleşme md. 5/4-a),
- Eser ilk defa ve aynı anda hem Birlik ülkesinde hem de Birlik üyesi olmayan bir ülkede umuma arz edilmişse, **Birlik üyesi olan ülke** (Sözleşme md. 5/4-b),
- Umuma arz edilmemiş eserler ile Birlik üyesi olmayan bir ülkede umuma arz edilmiş eserler bakımından, **eser sahibinin uyrukluğunda bulunduğu Birlik ülkesi** (Sözleşme md. 5/4-c),
- Umuma arz edilmemiş veya Birlik üyesi olmayan bir ülkede umuma arz edilmiş sinematografik eserler bakımından, yapımcının idare merkezi veya mutad meskeni Birlik ülkelerinden birindeyse, **o ülke** (Sözleşme md. 5/4-c-i),
- Umuma arz edilmemiş veya Birlik üyesi olmayan bir ülkede umuma arz edilmiş olan mimari eserler, bir Birlik ülkesinde inşa edilmiş veya bir binaya ya da yapıya derç edilmişse, **inşaattın gerçekleştiği veya binanın ya da yapının bulunduğu ülke** (Sözleşme md. 5/4-c-ii),

kaynak ülkesidir.

Eserin kaynak ülkesinde korunmasının neden milli kanunlara tabi olduğu konusunda bunun Birlik ülkelerini milli kanunlarını, Sözleşme düzeyinin gerisinde kalmayacak biçimde sürekli gözden geçirmeye itmek olduğu dile getirilse de asıl sebebin milli kanunların uluslararası düzeyde ulaşılan seviyenin yakalamasını sağlamak olmadığı, bunun sadece eserin kaynak ülkede korunmasında, milli kanunların rol oynamasının sonuçlarından birisi olduğu kanaatindeyiz<sup>111</sup>. Eserin kaynak ülkesinde korunmasının milli kanunlara tabi olmasının nedeni, Sözleşme'nin önceki metinlerini dikkate almaya gerekli kılmaktadır.

Birlik korumasının doğumu, Sözleşme'nin 1967 Stockholm metnine kadar temel itibarıyla eserin ilk kez umuma arz edildiği ülkenin bir Birlik ülkesi olmasına bağlıdır. Zira Sözleşme'nin 1967 Stockholm metnine kadar, umuma arz edilmemiş eserlerin Birlik korumasına kavuşması, eserin ilk kez umuma arz edildiği ülkenin bir Birlik ülkesi olması ve eser sahibinin bir Birlik ülkesinin vatandaşı olması halinde mümkündür (1948 Brüksel metni md. 4/1), ki eserin ilk kez umuma arz edildiği ülke de aynı zamanda eserin kaynak ülkesi kabul ediliyordu (1948 Brüksel metni md. 4/3). Dolayısıyla

<sup>111</sup> Ayiter, s. 28; Dardağan, s. 30.

kaynak ülkenin bu dönemde oynadığı en temel rol, eserin ilk kez yayımlandığı ülke olarak Birlik korumasının doğumunun bir kriteri olmaktı.

Bu şartlar altında çoğunlukla karşılaşılabilecek durum, eserin ilk defa bir Birlik ülkesinde o ülkenin vatandaşı olan bir kimse tarafından umuma arz edilmesiydi. Yabancılık unsuru içermeyen ve tamamen yerel nitelikteki böyle bir olaya, Sözleşme'nin müdahale etmesi ve Sözleşme'nin, maddi minimumunun gözetilmesini emretmesinin, Sözleşme'nin hedefi kapsamında kalan bir yaklaşım olduğu fikrimizce, söylenemezdi. Örneğin Türk bir yazarın Türkiye'de umuma arz ettiği eserin korunmasının Sözleşme hükümlerine tabi olması, temel işlevi Birlik ülkeleri arasındaki ilişkileri ve bu ülkeler arasında, bir eserden yararlanılması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek olan Sözleşme ile bağdaştığını ifade etmek de doğru olmazdı<sup>112</sup>.

Ne var ki kaynak ülke kavramının, önceleri Birlik koruması sağlanabilmesinin asıl olarak coğrafi bir kriter üzerinde durması nedeniyle sahip olduğu önemin bugün mevcut olduğunu söylemek güçtür<sup>113</sup>. Gerçekten de 1967 Stockholm metniyle birlikte Sözleşme korumasının doğumunu sağlayan temel koşul tek başına eser sahibinin milliyeti haline gelmiştir (Sözleşme md. 3/1-a). Hatta eser sahibi bir Birlik ülkesinin vatandaşı olmasa bile, eserini ilk defa bir Birlik ülkesinde umuma arz ederek veya bir Birlik ülkesinde mutad meskene sahip olarak eseri umuma arz ettiği yerden bağımsız olarak, mutad meskene sahip olduğu Birlik ülkesinin vatandaşıymış gibi Birlik korumasına kavuşabilmektedir (Sözleşme md. 3/1-b, 3/2). Dikkat edilirse korumanın temel kriterinin eserin yayımlandığı ülkeden, eser sahibinin yalnızca uyrukluğuna ya da eser sahibi uyruk olmasa bile eserin bir Birlik ülkesinde umuma arz edilmesi kriterlerine kayması kaynak ülkede korumanın milli kanunlara tabi olmasını yukarıda açıklanan Sözleşme'nin tamamen yerel bir meseleye müdahale etmeyeceği temelinden yoksun bırakmıştır. Bundan başka kaynak ülke kavramının, Birlik korumasının koşulu olmaktan uzaklaşmasının, Sözleşme'nin uygulanması bakımından zorluklar yaratacağı da söylenebilir. Örneğin korumanın doğumu eser sahibinin milliyetine bağlı olduğu için bir eser sahibinin, her bir eserini ayrı bir Birlik ülkesinde ilk defa umuma arz ederek bu eserlerini ayrı ayrı kaynak ülkelere tabi kılması mümkün olacaktır, ki Sözleşme maddi minimumuna ihtiyaç duyulan bir yerde, yukarıda veriler kriterlere göre eserin kaynak ülkesinin tespiti oldukça zaman alacaktır. Zaten 1967 Stockholm Konferansı'nda bazı temsilciler Söz-

<sup>112</sup> Masouye, s. 35.

<sup>113</sup> Goldstein/Hughenoltz, s. 276.



leşme'nin uygulanmasını kolaylaştıracağı gerekçesiyle kaynak ülke kavramının Sözleşme'den kaldırılması gerektiğini dahi savunmuştur<sup>114</sup>.

Şimdiye kadar anlatılanlar ışığında, kaynak ülkenin Sözleşme'nin yapısı içerisinde sahip olduğu yegâne işlevin, korumayı kaynak ülkede milli kanunlara tabi kılmak olduğu da zannedilmemelidir. Birlik korumasının sağlanmasının bir koşulu olmak bakımından kaynak ülke, bir Birlik ülkesinin tabiiyetinde bulunmayan eser sahibinin eserini ilk defa bir Birlik ülkesinde umuma arz etmesi halinde rol oynamaktadır. Bununla beraber, kaynak ülke, eserin korunacağı maksimum süreyi de belirlemektedir, zira eserin koruma istenen ülkede korunacağı maksimum süre koruma istenen ülke hukukunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, kaynak ülkedeki süreyle sınırlıdır (Sözleşme md. 7/8). Söz konusu kural nedeniyle eser sahiplerinin stratejik olarak en çok koruma süresi veren ülkeyi umuma arz için seçebilecekleri, yani kuralın "*country of origin shopping*"e yol açabileceği dile getirilmektedir<sup>115</sup>. Bu husus dışında pay ve takip hakkı ile uygulamalı sanat eserleri bakımından karşılıklılığın sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesinde kaynak ülkenin hukukun dikkate alınması gerekir (Sözleşme md. 14ter/2, Sözleşme md. 2/7). Kaynak ülkenin bu haller göz önüne tutulduğunda koruma ülkesi karşısında daha sınırlı bir işlev gördüğü ve eser üzerindeki haklarla ilgili birçok meselenin koruma ülkesi hukukuna tabi olduğu pekâlâ söylenebilir<sup>116</sup>.

Korumanın formalitelere bağlı olmadığını buyuran kuralla aynı fıkrada düzenlenen Birlik korumasının kaynak ülkedeki korumadan bağımsız oldu-

<sup>114</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 280; yazarlar kaynak ülke kavramını eser sahibinin milliyetine bağlayarak eser sahibinin tüm eserleri için tek bir kaynak ülke olmasını önerse de bu önerilerinin farklı milliyetlerden birden çok kişi tarafından meydana getirilmiş eserler ile eser sahiplerinin vatandaşlığını değiştirebilmeleri olanağı karşısında, işleri her zaman kolaylaştırmayabileceğini de dile getirmektedirler.

<sup>115</sup> **Goldstein/Hugenholtz**, s. 277; ayrıca bkz. **Ginsburg**, Jane: "Conundra of the Berne Convention Concept of the Country of Origin", Columbia Public Law Research Paper No. 14-684, 2021, s. 4.

<sup>116</sup> **Dardağan**, s. 123; kaynak ülke, Sözleşme'nin açıkça belirttiği hallerde (Sözleşme md. 7/8 gibi) veya milli muamele ilkesinin kapsamı dışında kalan konular bakımından koruma istenen ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının kaynak ülke hukukunu gösterdiği ölçüde eser üzerindeki hak veya bununla bağlantılı diğer bir konu ile ilgili söz sahibi olabileceğine göre (Sinematografik eserler dışındaki eserler bakımından eser ve hak sahipliği meselesi gibi), fikri hak statüsü bakımından Sözleşme'nin ruhunun kaynak ülkeye değil, koruma ülkesi hukukuna işaret ettiği de ifade edilebilir. Çünkü korumanın temelinde Sözleşme minimumunun yanı sıra kendisi için koruma talep edilen ülke hukukunu gösteren, kapsamı geniş bir milli muamele ilkesi bulunmaktadır, ayrıca bkz. **Dardağan**, s. 124.

ğunu belirten ilkeye (korumanın bağımsızlığı ilkesi) de değinmek gerekir. Söz konusu ilke Sözleşme md. 5/2-1.c'de şu şekilde ifade edilmiştir: "...*bu yararlanma ve ileri sürme eserin kaynak ülkesindeki korumanın varlığından bağımsız olacaktır.*" Kimi yazarlarca Sözleşme'nin temellerinden birisi olarak gösterilen bu kural, fikrimizce başlı başına ilke değil, bir sonuçtur. Eserlerin Birlik ülkelerinde korunmasının sebebi, eser sahiplerinin korumanın koşullarını (*points of attachment*) düzenleyen Sözleşme md. 3'e uygun olarak davranmaları, örneğin, bir Birlik ülkesinin vatandaşı olmaları sebebiyle eserlerini herhangi bir ülkede yayımlamalarıdır. Birlik koruması, sırf bu koşulun yerine getirilmiş olması sebebiyle doğar, yani eser sahibi bu vesile ile maddi minimuma kavuşur ve koruma ülkesinde vatandaş gibi muamele görür. Sözleşme'nin bahsettiği korumanın sebebi ve kaynağı kaynak ülke değil, Sözleşme'nin kendisidir. Eser sahibinin özellikle eseri üzerindeki haklarından yararlanmasının, bunları ileri sürmesinin ve bunların yerine getirilmesinin milli muamele ilkesi uyarınca kendisi için koruma talep edilen ülke hukukuna tabi kılınması neticesinde korumanın kaynak ülkeden bağımsızlaştığı ifade edilmektedir<sup>117</sup>. Bu nedenle biz korumanın kaynak ülkeden bağımsız oluşunu kendi başına bir ilke olarak değil, milli muamele ile maddi minimum ilkelerinin doğal bir sonucu olarak görmekteyiz. Bu nedenle, yukarıdaki, korumanın kaynak ülkedeki korumadan bağımsız olduğuna ilişkin kuralın tereddütleri gidermek ve korumanın kaynak ülkeden bağımsızlığının bu iki ilkenin sonucunu vurgulamak için Sözleşme'ye alınmış olabileceği fikrindeyiz.

Son olarak belirtelim ki Birlik korumasının formalitelerin yerine getirilmesine bağlı olmaması da korumanın bağımsız oluşuyla ilintilidir ve söz konusu ilkeler yer yer kesişir. Ancak bu ilkelerin birbirlerinin aynısı oldukları söylenemez. Formalitelerin yerine getirilmesinin Birlik korumasının ön şartı olmasının yasaklanması hem kaynak ülkesinde hem de koruma ülkesinde geçerliken, korumanın bağımsızlığı, korumanın kaynak ülkeden etkilanmemesi veya bu ülkeye bağlı olmaması bakımındandır. Bundan başka bir eserin kaynak ülkede, o eserin edebi ve artistik bir eser olarak değerlendirilmemesi nedeniyle korunmaması, bu iki ilke arasındaki farkı net biçimde ortaya koyacaktır: Böyle bir durumda söz konusu eser Sözleşme md. 2/1 kapsamında kalan bir eser olsa dahi, kaynak ülkedeki korumada Sözleşme minimumu uygulanmayacağı için, ilgili fikri çabanın milli kanunlara göre eser olarak vasıflandırılmaması halinde; korumanın bağımsızlığı bu korumasızlığın başka bir ülkede dikkate alınmamasını sağlayacaktır (Daha doğru

<sup>117</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 96.

bir ifadeyle, milli muamele ile maddi minimum ilkeleri bu sonucu sağlamaktadır). Burada görüldüğü üzere korumanın formalite yasağı ilkesinin kapsamında kalan bir durum yoktur.

Sözleşme'nin bahsettiği korumayı şekillendiren ve yukarıda değinilen ilkelerden sonra, korumanın hangi eserlere (nelerin eser olduğu) yönelik olduğu ve eser sahibin eserine yönelik hangi menfaatlerinin koruma göreceğinin irdelenmesi gerekir. Hangi menfaatlerin korunduğunun cevaplanabilmesi için ise öncelikle nelerin eser olarak koruma gördüğü açıklanmalıdır.

### B. Korunan Eserler

Sözleşme'nin ikinci maddesi "*Korunan Eserler*" başlığını taşımakta ve Birlik korumasının temelde *neye* yönelik olduğunu belirlemektedir. Yani ilgili madde Sözleşme'de yer alan diğer koşulların sağlanması kaydıyla neye koruma sağlanacağını düzenlemektedir, ki Sözleşme'nin başlığında ve birinci maddesinde korunanın edebi ve artistik eserler olduğu açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla asıl mesele, eser kavramının muhtevasının ne olduğunu tespit edebilmektedir. Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, Birlik ülkelerinin koruma sağlamakla yükümlü kılındığı eser türleri sınırlı sayıda değildir<sup>118</sup>. Sözleşme md. 2'de yer alan "*edebi ve artistik eserler*" ifadesinin edebi, bilimsel ve artistik alandaki her türlü ürünü kapsayacağı belirtilmiş ve örnek kabilinden birçok eser türüne yer verilmiştir<sup>119</sup>. Türk hukukunda eser türlerinin FSEK md. 2-5 arasında sınırlayıcı olarak sayıldığı kabul edilmekte (ve buna karşın, eser türlerinin içinde sınırlayıcı sayım ilkesinin geçerli olmadığı dile getirilmekte) ise de Sözleşme uyarınca, edebi ve artistik eser tanımına uyan her türlü fikri çaba eser olarak korunacaktır<sup>120</sup>.

Gerçi her ne kadar buradaki sayım örnekseyici ise de bu duruma dikkatle yaklaşmak gerekir. Zira Sözleşme'nin 1896'dan bu yana uğradığı re-

<sup>118</sup> Masouye, s. 13; Ricketson/Ginsburg, s. 409; Dardağan, s. 28, 34; Goldstein/Hughenoltz, s. 175, 182; Vaver, Part -I, s. 595.

<sup>119</sup> Sözleşme'nin ikinci maddesinde örnek olarak sayılan eserler şunlardır: "*Edebiyat, bilim ve sanat alanındaki kitaplar, dergiler ve diğer yazılar; konferanslar, nutuklar, vaazlar ve benzer nitelikteki diğer eserler; dramatik eserler veya dramatik-müzik eserleri; koreografik eserler ve pandomima gösterileri; sözlü veya sözsüz müzikal kompozisyonları, sinema tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen sinematografik eserler; çizim, sulu ve yağlı boya resim, mimarlık, heykeltraşlık, oymacılık ve taş basma eserler, fotoğraf tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen fotoğraf eserleri; uygulamalı sanat eserleri; resimlendirmeler, haritalar, planlar, krokiler ve coğrafya, topografya, mimari veya bilimsel üç boyutlu eserler*".

<sup>120</sup> Tekinalp, s. 114; Öztan, s. 91; Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel (Nal/Suluk), Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 87.

vizyonlarda bu listede örnekseyici olarak sayılan eserlerin sayısı artmaya devam etmiştir. Günümüzde ikinci maddenin birinci fıkrasında yer alan eserler, çoğu milli kanunda kabul edilmiş önde gelen eser kategorilerini teşkil etmektedir. Bu bakımdan ikinci maddenin birinci fıkrasındaki, sayılan örnekler bir yana bırakılırsa, tanıma uyan yeni türdeki fikir ürünleri bakımından koruma, bu örnekseyici sayım karşısında öncelikle milli muamele ilkesi çerçevesinde söz konusu olabilir. Ortaya çıkan bu fikir ürünü türü, milli kanunlarda eser olarak kabul edilebilir ve bu bağlamda yabancılara koruma sağlanabilir. Bunun haricinde ortaya çıkan yeni fikir ürünü türünün, ikinci maddenin birinci fıkrasına girdiği yönünde bir yorumun Birlik ülkelerinin birçoğu tarafından yapılması ve diğer ülkelerin bu yorum tarzına rıza göstermesi gündeme gelebilir. Yani bu yeni fikri ürün türünün, eser olduğuna ve Sözleşme'nin ikinci maddesinin birinci fıkrası kapsamında kaldığına yönelik ortak bir uygulama doğabilir. Gerçi bu durumda tek bir ülkenin bile rıza göstermemesi halinde ortak bir uygulamanın varlığından söz edilemeyecektir. Bunlar dışında, belirli bir fikir ürünü türünün kesin olarak korunabilmesinin tek yolu, bu türün Sözleşme'de açıkça zikredilmiş olmasıdır. Zaten Sözleşme'de yapılan revizyonlar sonucu örnekseyici eser listesinin devamlı artması da eserin korunması bakımından mevcut olan garantici yaklaşıma işaret etmektedir. Fakat günün sonunda, örnekseyici sayımın dışında kalan bir fikir ürünü türü bakımından korumanın en olağan gözükken yolu, bu türün milli muamele ilkesi çerçevesinde, böyle bir fikir ürünü türünü korumayı tercih eden ülkelerde korunmasıdır. Sonuçta her ne kadar Sözleşme'nin ikinci maddenin birinci fıkrasındaki sayımın örnekseyici olduğunu söylemek mümkünse de, bu sayımın örnekseyici olmasının fazla pratik bir önemi olmadığı ifade edilmelidir<sup>121</sup>.

Özel olarak bilgisayar programları ele alınabilir. Bilgisayar programları TRIPS Sözleşmesi vasıtası ile Bern Sözleşmesi anlamında bir eser olarak kabul edilmeden veya FSEK'e bir ilim ve edebiyat eseri türü olarak açıkça eklenmeden önce, bilgisayar programlarının da ilim ve edebiyat eseri olarak korunabileceği, tartışmalı olsa da, savunulmaktaydı<sup>122</sup>. Öte yandan fikir ve sanat eserleri hukukundaki genel kabule uygun olarak Sözleşme yalnızca fikirleri bir eser olarak korumamakta, eserlerin onu meydana getiren kimse'nin zihnini terk etmesini, ifade edilmesini aramaktadır<sup>123</sup>. Örneğin Sözleşme

<sup>121</sup> Bu hususta bkz. **Ricketson/Ginsburg**, s. 409 vd.; **Dardağan**, s. 32.

<sup>122</sup> **Erel**, s. 59-60; **Öztan**, s. 119; **Suluk/Karasu/Nal (Nal/Suluk)**, s. 175 vd.

<sup>123</sup> **Masouye**, s. 12; **Ricketson/Ginsburg**, s. 407; Sözleşme'nin hiçbir yerinde fikirlerin değil ancak fikirlerin belirli bir tarzdaki ifadesinin korunacağına yönelik bir düzenleme yoktur. Buna karşın eser sahipliği kavramı ve hususiyetin gerekliliği, fikirlerin korun-

md. 2'deki bilimsel sıfatı ile kastedilenin patent ya da faydalı model belgesi ile koruma sağlanan türden buluşlar veya sair teknolojik yenilikler olmadığını belirtmek gerekir. Zira bu tür yenilikler, bir fikir halinde olduğundan en başta eser olarak kabul edilmezler<sup>124</sup>. Bu bağlamda Sözleşme uyarınca bir eserin korunabilmesi için fikri çabanın ifadesini, sabit bir cisimde bulması da gerekmez. Sözlü olarak meydana getirilen eserler, her ne kadar uçucu mahiyette olsalar da Sözleşme kapsamında korunurlar. Buna karşın Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında Birlik ülkelerinin tüm ya da belirli türdeki eserlere, yalnızca sabit bir materyal üzerinde cisimleşmeleri halinde koruma sağlanacağını iç hukuklarında düzenleyebilecekleri ifade edilmiştir<sup>125</sup>.

Benzer şekilde bazı eserler bakımından koruma sağlayıp sağlamama devletlerin takdirine bırakılmıştır. Örneğin kanuni, idari ve hukuki tabiatındaki resmi metinlerin ve bunların resmi çevirilerinin eser olarak korunup korunmayacağı konusunda Birlik ülkeleri söz sahibidir (Sözleşme md. 2/4). Sözleşme'nin 2bis maddesinde ise sözlü olarak ifade edilen belirli türden eserlerin korunup korunmayacağı konusunda Birlik üyesi ülkeler serbest kılınmaktadır<sup>126</sup>.

Korumanın sınırlandırıldığı bu haller dışında, değinilmesi gereken bir mesele, dış dünyaya aksettirilen bir fikri çabanın eser olarak korunabilmesi

---

mayacağı sonucuna örtülü olarak ulaşılmaması sağlamaktadır, **Goldstein/Hugenholtz**, s. 204.

<sup>124</sup> Ayrıca "bilimsel" ibaresi günün sonunda gereksiz bir kullanımdır, çünkü "bilimsel" nitelikteki bir eser ya edebi (bir deneyin, sürecin, cihazın veya benzerinin yazılı olarak tasvir edilmesi) ya da artistik (diyagramlar, çizimler, illüstrasyonlar) sahadaki bir eser olacaktır, **Ricketson/Ginsburg**, s. 406; ayrıca bkz. **Tekinalp**, s. 103.

<sup>125</sup> 1967 Stockholm Konferansı'nda kabul edilen bu değişikliğin, Birlik'e daha fazla üyenin katılmasını sağlama amacına, özellikle Birlik'e ABD'yi çekme hedefine yönelik olduğu dile getirilmektedir, **Dardağan**, s. 29, dn. 143'teki yazarlar; **Masouye**, s. 18; bu konuda ayrıca bkz. II, A, 1.

<sup>126</sup> Söz konusu hüküm siyasi konuşmalar ile yargılamalar esnasında yapılan konuşmalara bunların eser olması nedeniyle sağlanan korumanın Birlik üyesi ülkelerin yapacağı düzenlemeler ile sınırlandırılabilirliğini (md. 2bis/1), ilgili kamusal alanlarda gerçekleştirilen dersler ve nutuklar ile benzer türdeki eserlerin basın tarafından çoğaltılması, yayınlanması ve madde 11bis'te öngörüldüğü üzere umuma iletimin konusu yapılması da, böylesi bir kullanımın bilgilendirme amacının gereği olması halinde, Birlik üyesi ülkelerin yapacağı düzenlemeler ile mümkün olabilecektir (md. 2bis/2). Bununla birlikte, eser sahibi 2bis/1 ve 2'de belirtilen eserleri üzerindeki hakları sınırlandırılmış olsa bile bu eserleri serbestçe derleyebilecektir (md. 2bis/3). Genel olarak bu maddenin özünde ifade özgürlüğünün yattığı belirtilse de, söz konusu maddenin üçüncü fıkrası bakımından başkalarının, koruması sınırlandırılan eserleri seçip derleyerek bunları yaymasının, ifade özgürlüğü ile bağdaşmasının zor olduğu da söylenmektedir, **Masouye**, s. 24-25.

için taşınması gereken özelliğin ne olduğudur. Sözleşme'nin korunan eserlere yönelik ikinci maddesinin birinci fıkrasında, korunan “edebi ve artistik eserler” deyiminden anlaşılması gerekenin “edebi, bilimsel ve artistik sahadaki her türlü ürün” olduğu belirtilmiş ancak aynı fıkrada bu ürünün, eser olarak korunabilmesi için taşınması gereken hususiyete ya da başka bir niteliğe yönelik herhangi bir belirlemeye yer verilmemiştir.

Her şeyden önce önemli bir tartışmanın başlı başına “ürün” kavramına ilişkin olarak yapıldığını belirtmek gerekir. Zira 1948 Brüksel Konferansı'nda “edebi, bilimsel ve artistik sahadaki her ürün” ibaresindeki ürün ifadesini “*yaratım*” ile değiştirmeye, “*entelektüel bir yaratım teşkil eden...*” ya da “*kişisel bir yaratım karakterini haiz*” ibarelerini eklemeye yönelik çeşitli öneriler yapılmıştır<sup>127</sup>. Fakat günün sonunda bu öneriler, eser sahiplerinin korunması bakımından sorunlara yol açacağı ve eser sahiplerine tanınan koruma için mahkemeleri şüphe halinde ek kriterler aramaya iteceği ve böylelikle korumayı azaltacağı gerekçeleriyle kabul görmemiştir<sup>128</sup>. Buradaki “ürün” kelimesi “edebi ve artistik eserleri” ibaresini tamamlayıcı bir şekilde, onun yerine kullanılmış ve temelde bir eserin korunabilmesi için öncelikle bunların ifade edilmiş ve dışa yansıtılmış olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bununla birlikte, “ürün” kavramının “edebi ve artistik eserler” yerine kullanılması sebebiyle, bu kavramın özünde entelektüel ya da kişisel bir yaratıcılığı içerdiği, böyle bir anlamın bu haliyle ürün kelimesine içkin olduğu da dile getirilmektedir<sup>129</sup>. O halde bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için temel koşulun, bu ürünün entelektüel bir yaratımın sonucu olması gerektiğini söylemek mümkündür. Bu bağlamda Sözleşme'nin ikinci maddesinin son fıkrası olan sekizinci fıkrasında ise Birlik korumasının, günlük haberler veya salt basın haberi niteliğini taşıyan çeşitli olayları kapsamayacağı belirtilmiştir, çünkü bu tür ürünler gereken entelektüel çabadan yoksundurlar<sup>130</sup>.

Buna karşın, söz konusu ürünlerin korunması için nelerin aranmayacağı konusunda genel bir kabul söz konusudur. Öncelikle eserlerin korunması için yeni olma kriterinin gerekmediği dile getirilmektedir<sup>131</sup>. Örneğin aynı manzaraya bakan iki ressamın aynı manzaranın resmini yapması halinde ikinci yapılan resim yeni değildir, zira daha önce söz konusu manzaranın

<sup>127</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 403.

<sup>128</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 403.

<sup>129</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 403.

<sup>130</sup> Masouye, s. 23.

<sup>131</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 405.

resmi yapılmıştır, ancak her iki resim de bir eser olarak korunur<sup>132</sup>. Aynı şekilde eserin, estetik nitelikleri ile eserin amaçları da bir fikri çabanın eser olarak korunup korunmayacağında belirleyici rol oynamaz<sup>133</sup>.

Bir fikir ürününü entelektüel yaratım kılacak veya bu entelektüel yaratımı neyin sağlayacağı konusunda ise Sözleşme'nin derlemelere yönelik ikinci maddesinin beşinci fıkrasından bir fikir edinmek mümkündür. İlgili fıkrada, içeriğinin seçimi ve derlenmesi nedeniyle entelektüel yaratımlar teşkil eden derlemelerin korunacağı belirtilmektedir. Buradan hareketle, fikri ürünlerin bir entelektüel yaratım teşkil edip etmediğinin, yani hususiyetin bir eserin nasıl teşkil edildiğinde aranması gerektiği söylenebilir<sup>134</sup>. Ne var ki eldeki hüküm hususiyetin düzeyi ya da derecesi hakkında herhangi bir bilgi vermemektedir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin bu sessizliği bir eserin korunması için gereken hususiyetin düzeyinin ne olduğu konusunda Birlik üyesi ülkelerin serbest olduğu sonucuna varmak açısından elverişlidir<sup>135</sup>.

Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, Sözleşme'nin ikinci maddesinin altıncı fıkrasıdır. Bu fıkrada, ikinci maddede söz edilen tüm eserlerin bütün Birlik ülkelerinde korunacağı ve bu korumadan eser sahibinin ve haleflerinin yararlanacağı belirtilmiştir. 1948 Brüksel Konferansı'nda değişikliğe uğrayarak günümüzdeki şeklini alan bu fıkranın eski hallerinde, Birlik ülkelerinin eser sahiplerine Sözleşme'de öngörülen güvenceleri sağlamak için gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlü olduğu belirtilmekteydi<sup>136</sup>. Buna karşın fıkranın güncel metni, eser sahiplerinin Sözleşme ile bahsedilen korumadan faydalanabilmesi Birlik ülkelerinin söz konusu düzenlemeleri yapmış olmasına bağlı tutmamaktadır, zira fıkra, eser sahibine koruma için doğrudan doğruya Sözleşme'ye dayanma imkânı vermektedir<sup>137</sup>. Bununla

<sup>132</sup> Masouye, s. 17; Goldstein/Hughenoltz, s. 178.

<sup>133</sup> Goldstein/Hughenoltz, s. 178; Ricketson/Ginsburg, s. 404; Öztan, s. 100-101.

<sup>134</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 405.

<sup>135</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 405; hususiyetin düzeyi konusunda *common law* coğrafyasında ve Kıta Avrupası hukuk sistemine ait ülkeler arasında, eser sahibinin hakkının niteliğine yönelik görüşün de etkisiyle, bazı farklılıklar söz konusudur. *Common law* ülkelerinde mahkemeler bir fikri ürünün eser olup olmadığını değerlendirirken bu değerlendirmeyi eserin bir başka bir eserden kopyalanmamış olması anlamında, eser sahibinin bağımsız fikri emeğinin bulunup bulunmadığı üzerinden (orijinallik) yapmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemi ülkeleri ise eser sahibinin benliğinden bir parçanın esere sinmiş olmasını aramaktadır.; Bainbridge, David: Intellectual Property, 9th edn., Pearson, Hampshire 2012, s. 44-45; Goldstein/Hughenoltz, s. 177; Dardağan, s. 97-98.

<sup>136</sup> Masouye, s. 21.

<sup>137</sup> Masouye, s. 21; 1982 ve 1961 Anayasası'ndan önce yürürlükte bulunan 1924 Anayasası'nda uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğuna dair her iki Anayasa'da

beraber, eldeki hüküm, ikinci maddenin birinci fıkrasında sayılan eserlerin korunmasını zorunlu tutmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Sözleşme bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için bu ürünün taşınması gereken hususiyetin düzeyi hakkında bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla Sözleşme'nin bu konudaki sessizliğinin, ulusal hukuklarca eser koruması için yüksek hususiyet düzeyleri aranmak suretiyle, Sözleşme'nin korunacağını belirttiği eserleri kapsam dışı bırakmak için kullanılması riskini yarattığı pekâlâ söylenebilir. Ancak farklı bir perspektiften, Sözleşme'nin, korunmasını emrettiği eserlerin korunmasını sağlayacak ölçüde, Birlik ülkelerinin hususiyeti belirleme konusundaki serbestisini sınırladığı da ifade edilebilir<sup>138</sup>.

Nihayetinde Birlik ülkeleri arasındaki eser sahibinin hakkına veya nelerin eser korumasından yararlanabileceğine dair görüşün farklılaşmasının diğer bir sonucu, kimi ülkelerde eser olarak korunmayan bazı koruma konularının, diğer ülkelerde korunmasının mümkün olmasıdır. Örneğin *common law* ülkelerinde, Kıta Avrupası hukuk sistemine tabi olan ülkelerin aksine, yayımlar, seslerin tespitleri ve icralar da eser olarak korunabilmektedir. Birleşik Krallık, ABD ve Kanada'da seslerin tespitleri, yayımlar ve icralar, eser koruması kapsamında yer almaktadır<sup>139</sup>. Kıta Avrupası ülkelerinde bu tür ürünlerin eser sahibine bahşedilen korumanın temelini oluşturan hususiyeti taşımadığı ve bu sebeple eser olarak korunmadıkları ifade edilmektedir<sup>140</sup>. Fakat hususiyet taşımamaları bu ürünlerin hiçbir şekilde korunmayacağı anlamına da gelmemektedir. Bunlar üzerinde eser sahibinin hakkından değil, icracı sanatçının, yayıncının, yine mutlak nitelikte olan başka, bağımsız bir hakkından bahsetmek gerekecektir<sup>141</sup>. Diğer bir deyişle bu tür ürünler, eser

---

da yer almış hüküm gibi bir hükme (1982 Anayasası md. 90, 1961 Anayasası md. 65) verilmediğinden, devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin doğrudan doğruya iç hukukun bir parçası haline gelip gelmeyeceği tartışmalıydı. Bu tartışmanın bir ürünü olsa gerek, **Arslanlı**, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin kendiliğinden iç hukukun parçası haline gelmeyeceğini, Türkiye'nin uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca kendi iç hukukunda Sözleşme'ye uygun bir düzenleme yapması gerektiğini belirtmekteydi. Yani **Arslanlı**'ya göre Sözleşme doğrudan doğruya vatandaşa ya da Birlik eser sahibine (yabancıya) herhangi bir hak bahşetmiyordu. Buna karşın **Arslanlı**, Sözleşme'nin buyurucu hükümleri, FSEK aracılığı ile, özellikle mülga 88. madde ile hayata ifade etmekteydi, bkz. **Arslanlı**, Halil: Fikri Hukuk Dersleri -II- Fikir ve Sanat Eserleri, 1. Bası, İÜHF Yayınları, İstanbul 1954 s. 233, 235-237.

<sup>138</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 406.

<sup>139</sup> **Goldstein/Hugenholtz**, s. 216.

<sup>140</sup> **Goldstein/Hugenholtz**, s. 215.

<sup>141</sup> **Öztan**, s. 715 vd.; **Tekinalp**, s. 271.



koruması yerine kendilerine özgü bir korumadan yararlanmaktadırlar, ki bu korumayı temin eden haklara da komşu haklar adı verilmektedir<sup>142</sup>. Türk hukukunda da durum farklı değildir. İcracı sanatçıların meydana getirdiği icralar, mutlak, eser sahibinin hakkından bağımsız ve tekelci nitelikte, mali ve manevi yönleri bulunan başka bir hak ile korunmaktadır (FSEK md. 80/1-A)<sup>143</sup>.

Sözleşme bu tür ürünleri açık bir biçimde zikretmemekte, ancak açık bir biçimde de dışlamamaktadır<sup>144</sup>. Söz konusu nedenle, seslerin tespitinin, yayınların ve icraların eser olarak korunması, doğrudan Sözleşme düzeyinde mümkün değil ise de Sözleşme’de bulunan milli muamele ilkesi nedeniyle, koruma talep edilen ülkenin milli kanunlarına göre mümkündür<sup>145</sup>. Bu tür ürünleri koruyan ülkeler, milli muamele ilkesi çerçevesinde vatandaşlarına sağlamış oldukları korumayı, Birlik ülkelerinin vatandaşı olan veya bu tür bir ürünü bir Birlik ülkesinde umuma sunan bir yabancıya da sağlayacaklardır.

### C. Korunan Menfaatler

Nelerin eser olarak korunmasının mümkün olduğu ortaya konduktan sonra, korunması mümkün bu ürünler üzerinde ne tür menfaatlerin korunacağı konusunda öncelikle Sözleşme ile korunan menfaatlerin, başka bir deyişle eser sahibine tanınan hakların başlangıçta, günümüzdeki kadar fazla olmadığını ifade etmek gerekir. Sözleşme’nin 1886 yılındaki metninde, yal-

<sup>142</sup> **Goldstein/Hughenoltz**, s. 217.

<sup>143</sup> Bu konuda bkz. **Öztaş**, s. 715 vd.; **Tekinalp**, s. 274-275; **Suluk/Karasu/Nal (Nal/Suluk)**, s. 153-154.

<sup>144</sup> **Vaver**, seslerin tespitlerinin Bern Sözleşmesi kapsamında eser olarak korunamayacağı görüşündedir. Bern Sözleşmesi’ne taraf olan birçok ülke aynı zamanda 1961 tarihli İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesi’ne (Roma Sözleşmesi) taraf bulunmaktadır. Roma Sözleşmesi, akit devletlere seslerin tespitleri bakımından milli muamele ilkesine yönelik çekince konmasına ve bunun yerine karşılıklık ilkesini uygulanmasına izin vermektedir (Roma Sözleşmesi md. 16(a)(iv)). Milli muamele ilkesinden maddi karşılıklılığa geçiş yapılabilmesinin, Bern Sözleşmesi’nin milli muamele ilkesi temelinde oturduğu ve bu ilkedan sapılmayacağı dikkate alındığında, Bern Sözleşmesi’ne aykırı olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Böyle bir çekincenin varlığı ve söz konusu çekince ile Sözleşme’ye taraf olunabilmesi imkânı karşısında, yazar, Bern Sözleşmesi’nin ses tespitlerini kapsamına almadığı fikrindedir, bkz. **Vaver**, Part -I-, s. 598.

<sup>145</sup> **Goldstein/Hughenoltz**, güncel olarak doktrinde ve Birlik ülkelerinin uygulamasında bu tür ürünlerin eser olarak korunmadığını ve dolayısıyla Sözleşme’deki milli muamele ilkesinin bu tür ürünler bakımından uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir, **Goldstein/Hughenoltz**, s. 96.

nızca tercüme hakkı doğrudan Sözleşme sebebiyle eserin bir Birlik ülkesinde yayımlandığı tarihten itibaren on yıl boyunca korunmaktaydı (Sözleşme 1886 metni md. 5 ve md. 6). Bundan başka Sözleşme'de temsil hakkına yer verilmekle beraber, bu hak Sözleşme tarafından doğrudan tanınmamış, hakkın milli muamele ilkesine tabi olduğu dile getirilmiştir (Sözleşme 1886 metni md. 9, md. 2). Zaman içinde, çağın gerekleri, teknolojinin sunduğu yeni imkanlar ve eser sahibinin daha da korunması gerektiğine yönelik bir inanç, eser sahibine bahşedilen münhasır haklar potasının genişlemesiyle sonuçlanmıştır.

Örneğin doğrudan doğruya Sözleşme'nin tanıdığı ilk hak olan tercüme hakkı en başta eserin bir Birlik ülkesinde yayımlandığı tarihten itibaren on yıl boyunca korunurken, bu hakkın tabi olduğu süre 1896 Paris Konferansı'nda eserin korunduğu süreye eşit hale getirilmiştir (1896 Paris metni md. 1/3). Ardından 1908 Berlin Konferansı'nda bu hakkın yanı sıra müzik eserleri bakımından tespit hakkı ve sinematografik yollar vasıtasıyla eserin çoğaltılması ve temsili hakkı da güvence altına alınmıştır (Sözleşme 1908 metni md. 13, 14). Bundan başka eser sahibinin, o zamana kadar tanınan mali hakları dışında, manevi hakları olduğu gerçeği de ilk defa Sözleşme'de ifadesini 1928 yılında Roma'da yapılan revizyon ile bulmuştur. Bu revizyon sayesinde Sözleşme'ye eklenen 6bis maddesi ile eser sahibinin manevi hakları kabul edilmiştir (Sözleşme 1928 metni md. 6bis). Konferans'ta eser sahibinin mali haklarından birisi olan yayınlama hakkı da Sözleşme'ye alınmıştır (Sözleşme 1928 metni md. 11).

Sözleşme'de ifade edilen hakların sayısal olarak artması ve var olanların, zorunlu lisanslar ve devlete tanınan yetkiler gibi bazı istisnalar olmakla birlikte<sup>146</sup>, güçlendirilmesi yönündeki eğilimin, aşağıda da görüleceği üzere,

<sup>146</sup> 1967 yılına kadar Sözleşme'ye taraf hale gelmiş elli dokuz ülkenin çoğunluğunu, bağımsızlığını İkinci Dünya Savaşı sonrası kazanmış gelişmekte olan ülkeler oluşturuyordu. Gelişmekte olan bu ülkelerin eserlere duydukları ihtiyaç ile gelişmiş ülkelerdeki eser sahiplerinin haklarına saygı duyulması yönündeki isteğin yarattığı gerilimin giderilmesine yönelik bir çaba 1967 yılındaki Stockholm Konferansı'nda gösterildi. Gerçekten de gelişmiş ülkelerdeki yayınevleri, kontrolünde olan eserler için, buldukları ülkelerde dahi yüksek meblağlar istiyor ve bu yayınevlerinin söz konusu eserleri geliştirmekte olan ülkeler için çevirmek ve bu ülkelere sunmak gibi bir arzuları da bulunmuyordu. Dolayısıyla gelişmekte olan bu ülkeler, gelişmiş ülkelerde meydana getirilen ve erişemedikleri eserlerden yararlanabilmek adına imtiyazlar istiyorlardı. Bu imtiyazlar arasında, gelişmekte olan ülkeler açısından eserin daha az süreyle korunması ve zorunlu lisanslar verilmesi gibi istekler de yer almaktaydı. Böyle bir ortamda 1967 Stockholm Konferansı'nda Sözleşme'nin maddi ve idari hükümlerinde yapılan bazı değişiklikler dışında, gelişmiş ülkelerin isteksizliğine rağmen Gelişmekte Olan Ülkeler Hakkında

Sözleşme’de yapılan son revizyon olan 1971 yılına kadar korunduğunu söylemek mümkündür.

Bununla birlikte tarihin akışı içerisindeki çeşitli konferanslarda eser sahibinin gerek mali gerekse manevi haklarına yönelik gelişmeleri ve düzenlemeleri aktarmak çalışmanın kapsamını ve maksadını açacak türdendir. Ancak Sözleşme’nin eser sahibinin haklarını doğrudan güvenceye almak bakımından kazandığı ivmeyi göstermek amacıyla örnek kabilinden verilen, Sözleşme’nin 1886-1928 yılları arasında geçirdiği revizyonlar dikkate alındığında, olağan şartlarda Birlik eseri olarak milli muamele ilkesine göre, koruma istenen Birlik ülkesinde o hakkın, o ülkenin vatandaşlarına tanınıyor olması halinde korunacak bazı menfaatlerin, doğrudan Sözleşme’ye alınması ile bu hakların, milli muamele ilkesinden bağımsız olarak korunmasını mümkün hale geldiği ifade edilmelidir.

Aslında zaman içinde, eser sahibinin korunan menfaatleri sepeti genişledikçe, Birlik korumasında milli muamele ilkesine düşen rolün azaldığı ve odağın asgari haklar ilkesine kaydığı da bu bağlamda ifade edilebilir. Korumanın temelindeki prensibin değişmesinin, yani Sözleşme’de ifade edilen asgari hakların artmasının mantıklı bir sonucu ise Birlik ülkelerinin, kendi milli kanunlarında vatandaşlarına tanıdıkları haklar bakımından revizyonlar yapmak zorunda kalmalarıdır. Aksi takdirde, devletler kendi vatandaşlarına sağlamadıkları korumayı yabancılara sağlamış olurlar. Zira Sözleşme, Birlik eserinin kaynak ülkedeki korumasını, iç milli kanunlara bırakmaktadır (Sözleşme md. 5/3).

---

Protokol de hazırlandı. Gelişmekte Olan Ülkeler Hakkında Protokol ile Sözleşme’deki esasa ilişkin değişiklikler arasında sıkı bir irtibat bulunmaktaydı ve Sözleşme’nin maddi hükümlerini içeren ilk 21 maddesine yönelik değişiklikler, ancak Protokol’e taraf olmak şartıyla kabul edebiliyordu. Yani bu değişiklikleri benimsemek isteyen ülkeler aynı zamanda Protokol’e taraf olmak zorundaydı (Sözleşme 1967 metni md. 1/b). 1967 Stockholm Konferansı’nda ortaya çıkan netice, eser sahibinin haklarına sağlanan koruma bakımından “ileri sıçrayabilmek için birkaç adım geriye gitmeye” benzetilebilir. Eser sahiplerinin uzun yıllardır mücadelesini verdiği hakları bakımından bir gerilemenin yaşanacak olması, söz konusu Protokol hükümlerinin sanat ve yayınevi camiasında infial meydana getirdi ve Birlik adeta yıkımın eşiğine geldi. Bu nedenle birçok ülke, Protokol’e taraf olmadan esasa yönelik değişikliklere taraf olmak mümkün olmadığından 1967 Stockholm metninin yalnızca idari konulara yönelik 22-38. maddelerine taraf oldu 1967 Stockholm metninin ilk 21 maddesi ile buna ek Protokol yürürlük kazanmadı. Bütün bunlara rağmen gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkeler arasındaki eser sahibinin haklarının korunması ile bu eserlere ulaşmak için duyulan ihtiyacın yarattığı gerilimin uzlaşılarak giderilmesi 1971 yılında Paris’te yapılan Konferans’ta mümkün olabildi, bkz. **Burger**, s. 38-39; **Ricketson/Ginsburg**, s. 129-130, 131.

Sözleşme'nin 1896 ile başlayan devriminin şimdilik son durağı olan 1971 yılına gelindiğinde, Sözleşme'nin, Sözleşme gereği korunmasını istediği haklar listesi epey artmıştır. Söz konusu haklardan mali nitelikte olanlar (mali haklar) 1971 metninin 8. ile 14ter maddeleri arasında düzenlenmiştir:

- **Çeviri hakkı** (md. 8),
- **Çoğaltma hakkı** (md. 9),
- **Dramatik ve müziksel eserler bakımından temsil hakkı ve icralarının umuma iletimi** (md. 11),
- **Yayın hakkı** (md. 11bis),
- **Edebi eserler bakımından eserin umuma okunması ve bu okunmanın umuma iletilmesi hakkı** (md. 11ter),
- **İşleme hakkı** (md. 12),
- **Edebi ve artistik eserlerin sinemaya uyarlanması ve bu uyarlamaların ve kopyalarının çoğaltılması, dağıtılması ve yayımı hakkı ile bu uyarlamaların ve kopyalarının temsili ile kablo ile umuma iletimi hakkı** (md. 14),
- **Sanat eserleri ile el yazmaları bakımından pay ve takip hakkı** (md. 14ter).

Eser sahibinin manevi hakları ise Sözleşme'nin 1928 metninde olduğu gibi 1971 metninin de 6bis maddesinde düzenlenmiştir. Zaten söz konusu bu maddenin ilk fıkrası, yani korunan manevi haklar, bu hakların Sözleşme'ye alındığı 1928 Roma Konferansı'ndan bu yana aynı kalmış, yalnızca 1948 Brüksel Konferansı'nda fıkranın metninde ufak bir değişiklik yapılmıştır. 6bis maddesine göre eser sahibinin iki manevi hakkı bulunduğu söylenebilir:

- **Eser sahibi olarak anılmayı isteme hakkı** (md. 6bis),
- **Eserdeki eser sahibinin şeref ve haysiyetine zarar verici nitelikteki değişiklikleri menetme hakkı** (md. 6bis).

Yukarıdaki iki haktan başka doğrudan doğruya Sözleşme'de zikredilmese de eser sahibinin manevi haklarından olan eserini **umuma sunma hakkının** Sözleşme tarafından örtülü olarak korunduğu ifade edilmektedir<sup>147</sup>. Sözleşme'nin 10. ve 10bis maddelerine dayanan bu görüş, söz konusu maddelerde, *umuma sunulmuş bulunan eserler bakımından* eser sahibinin haklarına yönelik sınırlamalar düzenlenmesinden hareketle, bu maddelerde düzenlenen sınırlamaların eserin umuma sunulmamış olması halinde geçerli

<sup>147</sup> Ricketson/Ginsburg, s. 614.

olmayacağını belirtmektedir<sup>148</sup>. Böylelikle söz konusu maddelerin yorumlanmasından, Sözleşme'nin örtülü olarak eser sahibine eserini kamuya sunup sunmama konusunda bir hak bahsettiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>149</sup>.

## SONUÇ

Önüne geçilemez korsancılığın milli kanunlarla ve iki yanlı uluslararası sözleşmelerle önlenememesinin oluşumunu hızlandırdığı Sözleşme ve Birlik, başlangıçta eser korumasını büyük çoğunlukla milli muamele ilkesi üzerine oturtmakta iken zamanla bu koruma Sözleşme'nin genişleyen asgari haklar ve maddi hükümler (maddi minimum) sepeti ile Birlik ülkelerinde nispeten yeknesak bir hal almıştır. Sonraları çağın gereklerine ve değişen telakkilere

<sup>148</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 614.

<sup>149</sup> **Ricketson/Ginsburg**, s. 614; Sözleşme'de açıkça düzenlenmemesine rağmen doğrudan Sözleşme tarafından korunduğu savunulan bir başka hak ise çoğaltma hakkıydı. Sözleşme'de kendisine yer verilen diğer hakların aksine açıkça düzenlenmemiş bu hakkın Sözleşme'den örtülü olarak çıkarılabileceği belirtilmekteydi. Bunun nedeni olarak çoğaltma hakkının, fikir ve sanat eserleri hukukunun en ilkel ve en doğal, kendiliğinden anlaşılabilir bir hakkı olduğu, hatta İngilizcede *copyright* kelimesinin telif hakkını karşılamak için kullanıldığı, Sözleşme'nin çoğaltma hakkını korumadığının kabul edilmesi halinde 1948 Brüksel metninin 10. ve 10 mükerrer maddesi ile 1928 Roma metninin 12. maddesinin anlamının kalmayacağı hususları gösterilmiş, yine 1948 Brüksel metninin 15. ve 16. maddelerinde kullanılan "taklit" kelimesinin de bu görüşü desteklediği ifade edilmiştir. Çoğaltma hakkının açıkça Sözleşme'ye girmesi ise Birlik'in ortaya çıkışından neredeyse yüz yıl sonra 1967 Stockholm Konferansı'nda olmuştur, bu hakkın Sözleşme'ye yıllar sonra eklenmesinin nedeninin hakkın kapsamı ve içeriğinin ne olduğu konusundaki anlaşmazlık olduğu da dile getirilmiştir, bkz. **Hırş**, s. 145; **Ricketson/Ginsburg**, s. 624. Aynı Konferans'ta, Sözleşme'ye eklenen çoğaltma hakkına ilişkin olan 9. maddenin 2. fıkrasında, çoğaltma hakkının milli kanunlarla sınırlanabilmesi için, Sözleşme'de zaten yer alanlar sınırlama halleri bir yana, yapılacak sınırlamanın fıkra da zikredilen üç koşulu birlikte karşılaması gerektiği belirtilmiştir. Üç adım testi (*three-step test*) olarak anılan ve daha sonra TRIPS Sözleşmesi md. 13'te yalnızca eser sahibinin değil, hak sahibinin de sahip olduğu bütün haklara teşmil bu formüle göre çoğaltma hakkının sınırlanması a) eser sahibin meşru menfaatlerine zarar vermemeli, b) eserin normal kullanımına engel olmamalı ve c) yalnızca bazı özel durumlarda söz konusu olmalıdır. Hüküm lafzen açık gözükse de içerdiği her adım yorum ile aydınlatılmaya muhtaçtır. Bu bakımdan Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde teşekkül eden bir uyumsuzluk çözüm heyetinin vermiş olduğu ve fıkradaki söz konusu adımları ele alarak açıkladığı bir karar ve incelemesi için bkz. **Ginsburg**, Jane: "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions", Columbia Law School Public Law & Legal Theory Research Paper Group Paper No 14, 2001, s. 3 vd.; Bern Sözleşmesi dışında diğer uluslararası sözleşmelerle karşılaştırmalı olarak üç adım testi ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Özden Merhacı**, Selin: "Fikri Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerde Üç Adım Testi ve Yorumlanması", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 140, 2018, s. 25 vd.

uygun olarak Sözleşme'nin neyi eser olarak kabul ettiği de Sözleşme'nin örnekseyici eserler listesinden takip edilir olmuştur. Örneğin eser olarak tasavvur edilemeyen sinematografik ürünler de eser olarak Sözleşme'ye alınmıştır (krş. Sözleşme 1928 metni md. 14/2, Sözleşme 1948 metni md. 2/1). Yalnızca eserler değil, haklar listesi de Sözleşme'nin geçirdiği revizyonlarla uzamıştır. *Common law* coğrafyasına yabancı bir kavram olan manevi haklar dahi Sözleşme'nin maddi minimum sepetine eklenmiştir. Bütün bu kazanımların birbirine farklı coğrafyalardan ve hukuk kültürlerinden gelen temsilcilerin, kendi anlayışlarına uygun uzlaşmalarının bir sonucu olduğunu söylemek ise yanlış olmayacaktır.

Birlik'in ortaya çıkışından bu yana eser korumasındaki işlevini koruyan milli muamele ilkesi, zamanla artan maddi minimum ile birlikte bu korumanın temellerini oluşturmaya devam etmiştir. En başta eserin kaynak ülkesinin aradığı formalitelerin yerine getirilmesi Birlik korumasının kilidini açan bir anahtar iken formalite yasağı, Sözleşme korumasının temel niteliklerinden biri haline gelmiş, koruma, bir bakıma kaynak ülkeden bağımsızlaşmıştır.

Günümüzde yüz yaşını çoktan geçmiş bulunan Sözleşme, uluslararası düzeyde eser korumasının temelini oluşturmaya devam etmekte ve eser sahipleri ile hak sahipleri, Sözleşme'nin temelini attığı koruma vasıtasıyla -her ne kadar ülkesellik ilkesinin en sert biçimde hissedildiği fikri mülkiyet hukuku alanında henüz tek, global ve şemsiye bir koruma mümkün olmasa da- dünyanın hemen hemen her yerinde birbirine benzer ve hatta kimi noktalarda aynı korumadan faydalanmaktadır<sup>150</sup>.

<sup>150</sup> Sözleşme'nin 20. yüzyılın sonlarından itibaren uluslararası düzeydeki eser korumasında kelimenin gerçek manasıyla bir temel vazifesi üstlendiği söylenebilir. Başta Türkiye'nin de taraf olduğu 1994 yılında imzalanan TRIPS ve 1996 yılında imzalanan WIPO Telif Hakları Sözleşmesi ve Bern Sözleşmesi'nin hükümlerine atıfta bulunan diğer uluslararası sözleşmeler, Bern Sözleşmesi'nin yıllar içindeki revizyonları neticesinde geldiği eser korumasına ilişkin hükümlerini, güttükleri amaçlar çerçevesinde bünyelerine almış ve bunu şekillendirmişlerdir. Bu sözleşmeler, doğrudan doğruya eser koruması ile ilgili hükümlere yer vermek yerine, Sözleşme'yi temel alarak bu temelin üzerinde kendi hedeflerine uygun olarak "inşaat" yapmışlardır. Örneğin fikri mülkiyet haklarının ticari yönlerini ele alan TRIPS Sözleşmesi md. 9/1'de, Bern Sözleşmesi'nin 1971 metninin maddi hükümlerine (Bern Sözleşmesi'nin 1-21. maddeleri) taraf ülkelerin uyacağı düzenlemesine yer verilmesine karşın, manevi haklar (Bern Sözleşmesi md. 6bis) bakımından taraf ülkelerin hiçbir hak ve yükümlülüğünün bulunmadığı da belirtilmiştir. Bununla beraber TRIPS Sözleşmesi md. 10'da Bern Sözleşmesi'nin 2. maddesindeki listede yer almayan bilgisayar programlarının ve veri tabanlarının da eser olarak korunacağı ifade edilmiş, yine Bern Sözleşmesi'nde bulunmayan kiralama hakkına TRIPS Sözleşmesi md. 11'de düzenlenmiştir. "Bern Sözleşmesi'ni temel alıp bunun üzerine inşa etme" yaklaşımına yalnızca TRIPS'te değil, WIPO Telif Hakları Sözleşmesi'nde

Sonuç olarak bu noktaya kadar zikredilenlerle hem Sözleşme'nin tarihi ele alınmış hem de Sözleşme'nin eser sahiplerine ve eserlere bahşettiği korumanın dayandığı ilkeler etraflıca aktarılmıştır. Temel itibariyle Sözleşme korumasının ilkeleri çalışmanın konusunu oluştursa da tamamlayıcı ve öz biçimde koruma konusunu oluşturan ürünlerin neler olduğu ve bu ürünler üzerinde korumaya layık menfaatlerin hangileri olduğu sorularına da bir yanıt aranmıştır.

---

(WIPO Sözleşmesi) de başvurulmuştur. WIPO Sözleşmesi md. 1/4'te de taraf ülkelerin Bern Sözleşmesi'nin 1-21. maddelerine uymakla yükümlü olduğu belirtilmiş ve bilgisayar programları ile veri tabanlarının eser olarak korunacağına yer verilmiştir (WIPO Sözleşmesi md. 4, 5). Bundan başka yayım hakkıyla, kiralama hakkına da WIPO Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir (WIPO Sözleşmesi md. 6, 7). Bern Sözleşmesi'ndeki yayım hakkı (Bern Sözleşmesi md. 11) ilgili olarak Bern Sözleşmesi'ndeki boşlukları gidermesi umulan bir düzenlemeye de 8. maddede yer verilmiştir.

## BİBLİYOGRAFYA

- Arslanlı**, Halil: Fikri Hukuk Dersleri -II- Fikir ve Sanat Eserleri, 1. Bası, İÜHF Yayınları, İstanbul 1954.
- Ateş**, Mustafa: Fikri Hukukta Eser, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Ayiter**, Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, S Yayınları, Ankara 1981
- Bainbridge**, David: Intellectual Property, 9th edn., Pearson, Hampshire 2012.
- Bogsch**, Arpad: “The First Hundred Years of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works” içinde **WIPO**, The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986, International Bureau of Intellectual Property, Cenevre 1986.
- Bozbel**, Savaş: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Bası, Onikilevha, İstanbul 2012.
- Brauneis**, Robert: “National Treatment in Copyright and Related Rights: How Much Work Does it Do?”, GW Law Faculty Publications & Other Works, 2013.
- Burger**, Pete: “The Berne Convention Its History and Its Key Role in the Future”, Journal of Law and Technology, Sayı: 3, 1988, s. 1-70.
- Dardağan**, Esra: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, 1. Bası, Betik Yayıncılık, Ankara 2000.
- Dutfield**, Graham/**Suthersanen**, Uma: Global Intellectual Property Law, 1st edn., Edward Elgar, Cheltenham 2008.
- Erel**, Şafak: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Fawcett**, James/**Torremans**, Paul: Intellectual Property and Private International Law, 2nd edn., Oxford University Press, Oxford 2011.
- Ginsburg**, Jane: “Conundra of the Berne Convention Concept of the Country of Origin”, Columbia Public Law Research Paper No. 14-684, 2021.
- Ginsburg**, Jane: “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions”, Columbia Law School Public Law & Legal Theory Research Paper Group Paper No 14, 2001.



- Ginsburg, Jane:** Berne-Forbidden Formalities and Mass Digization”, Boston University Law Review, Vol. 96, No. 3, s. 745-776 (Formalities).
- Goldstein, Paul/Hugenholtz, Bernt:** International Copyright Principles, Law and Practice, 4th edn., Oxford University Press, Oxford 2019.
- Henn, Harry:** “Quest for International Copyright Protection”, Cornell Law Review, Cilt: 39, Sayı: 1, 1953, s. 43-73.
- Hirsch, Ernst:** Hukuki Bakımdan Fikri Say Cilt -I-, 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1943.
- Hirş, Ernst:** “Bern Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1- 2, 1950, s. 130-145 (Bern Sözleşmesi).
- Kurt, Kadir:** “Bern Sözleşmesi ve Türkiye’nin Katılım Süreci”, Atatürk Araştırmaları Merkezi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 104, 2021, s. 1-42.
- Masouye, Claude:** “Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1st edn., WIPO, Geneva 1978.
- Nordemann, Axel:** “Berne and Beyond: Understanding International Conventions Relating to Copyright Law”, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 59, No. 2, s. 263-290.
- Özden Merhacı, Selin:** “Fikri Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerde Üç Adım Testi ve Yorumlanması”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 140, 2018, s. 24-34.
- Öztan, Fırat:** Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Öztrak, İlhan:** Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, 1. Bası, AÜSFY, Ankara 1971.
- Patry, William:** “Choice of Law and International Copyright”, The American Journal of Comperative Law, Vol. 48, No. 3, 2000, s. 383-470.
- Ricketson, Sam/Ginsburg, Jane:** International Copyright and Neighbouring Rights The Berne Convention and Beyond, 2nd edn., Oxford University Press, New York 2006.
- Seville, Catherine:** The Internationalisation of Copyright Law Books, Buccaneers and the Black Flag in the Nineteenth Century, 1st edn., Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Sprigman, Christopher Jon:** “Berne’s Vanishing Ban on Formalities”, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 28, No. 3, s. 1565-1582.

- Steup**, Elisabeth: “The Rule of National Treatment for Foreigners and Its Application to New Benefits for Authors - The Fifteenth Annual Jean Geiringer Memorial Lecture on International Copyright Law ”, Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A., Vol. 25, No. 4, 1978, s. 279-292.
- Suluk**, Cahit/**Karasu**, Rauf/**Nal**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Tekinalp**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Türker**, Gökçen: “Fikri Hakların Tarihi Gelişimi”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı: 135, 2014, s. 1-16.
- Ulmer**, Eugen: Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws, 1st edn., Kluwer/Commission of the European Communities, Deventer 1978.
- Vaidhyathan**, Siva: Copyrights and Copywrongs The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity, 1st edn., NYU Press, New York 2001.
- Vaver**, David: “The National Treatment Requirements of the Berne and Universal Copyright Conventions Part -I-“, International Review of Industrial Property and Copyright Law, Vol. 17, No. 5, 1986, s. 577-607 (Part -I-).
- Vaver**, David: “The National Treatment Requirements of the Berne and Universal Copyright Conventions Part -II-“, International Review of Industrial Property and Copyright Law, Vol. 17, No. 5, s. 715-733 (Part -II-).



## ELEKTRONİK ARAÇLARLA YAPILAN SÖZLÜ VASİYETNAME VE YORUMU

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1521965>

Arş. Gör. Funda İBİŞ\* \*\*

### Öz

Teknolojinin gelişmesi, birçok alanı etkileyip, bu alanları teknolojiye uyum sağlamaya zorlamıştır. Teknolojiye uyum sağlama ihtiyacı, ölüme bağlı tasarruflar ve konumuz açısından vasiyetnameler bakımından da kendini göstermektedir. Elektronik aletler, insanlar tarafından yaşamın her alanında hayatlarını kolaylaştırmak için kullanılmaktadır. İnsanlar vasiyetnamelerin yapımı aşamasında da bu elektronik aletlerden yararlanmak istemektedir. Bu durumda Türk Medeni Kanunu'muzda, elektronik araçlarla vasiyetname yapılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmaması, bizleri elektronik araçlarla sözlü vasiyetname yapılması üzerine düşünme ve bir çalışma yapmaya itmektedir. Bu kapsamda, çalışmamızda elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetnamelerde yer alan yoruma muhtaç ifadeler bakımından bu tür vasiyetnamelerde hakim yorum yapmasını kolaylaştıran yönlerden bahsedilmektedir. Ayrıca, elektronik araçlarla yapılacak sözlü vasiyetnamelerin avantajları ve yorumlanması da değerlendirilmektedir.

### Anahtar Kelimeler

İrade Açıklaması, İrade Beyanı, İrade Unsuru, İrade Teorisi, Güven Teorisi, Sözlü Vasiyetname, Yorum, Elektronik Araçlarla Yapılan Sözlü Vasiyetnamenin Yorumu

\* Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Afyon (ibissfunda@gmail.com) ORCID: 0000-0003-0315-0349 (Gönderim Tarihi: 24.07.2024-Kabul Tarihi: 28.10.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

\*\* Bu makale, Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin "Doktora tezinin sonuçlandırılması" başlıklı 23. maddesinin 7. fıkrası gereğince doktora mezuniyet şartı olan...tezi ile ilgili en az bir adet bilimsel makalesinin ulusal/uluslararası hakemli dergilerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere kesin kabul edilmiş olması ..." koşulunun sağlanması için hazırlanmıştır.

## VERBAL WILL AND ITS INTERPRETATION BY ELECTRONIC MEANS

*(Research Article)*

### **Abstract**

*The development of technology has affected many fields and forced these fields to adapt to technology. The need to adapt to technology also manifests itself in terms of testamentary dispositions and wills in terms of our subject. Electronic devices are used by people in all areas of life to make their lives easier. People also want to benefit from these electronic devices during the preparation of wills. In this case, the lack of a regulation on making a will by electronic means in our Turkish Civil Code forces us to think and make a study on the making of verbal wills by electronic means. In this context, the aspects that make it easier for the judge to interpret such wills in terms of expressions that need interpretation in oral wills made with electronic means are mentioned in our study. Additionally, the advantages and interpretation of oral wills made with electronic means are also evaluated.*

### **Keywords**

*Explanation of Intention, Declaration of Intention, Element of Intention, Intention Theory, Trust Theory, Verbal Will, Interpretation, Interpretation of An Verbal Will Made Via Electronic Means*

## GİRİŞ

Mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf yapmak istediğinde sıkı şekil koşulları ile karşılaşmaktadır. Bu durumda ya vasiyetname ya da miras sözleşmesi yapmaya karar verecektir. Vasiyetname olarak da olağan halde el yazılı veya resmi vasiyetname, olağanüstü halde ise sözlü vasiyetname yapabilmektedir. Olağanüstü durumda yapılan sözlü vasiyetnamelerde ise mirasbırakanın içinde bulunduğu durum nedeniyle şoka girmesi ve kendisinin çok yakın bir ölüm tehlikesi içinde bulunduğunu düşünmesi, iradesini beyan ederken muğlak, eksik ya da gizli beyanlarda bulunmasına, hukuken doğru ifadeler kullanılmamasına ya da çeşitli anlamlara gelebilecek ifadelerin kullanılmasına neden olmaktadır. Bu durumda sözlü vasiyetnamede yer alan bu tür muğlak, eksik, gizli beyanların, hukuken doğru olmayan ya da çeşitli anlamlara gelebilecek ifadelerin hakim tarafından yorumlanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Hakim yorum yaparken irade teorisine göre bir değerlendirme yapıp mirasbırakanın gerçek iç iradesine ulaşmaya çalışmaktadır. Zira vasiyetnamelerde güveni korunması gereken bir muhataptan bahsedilememektedir. Bu nedenle güven teorisi uygulanmamaktadır. Hakim yorum yaparken açıklayıcı yorum türünün kapsadığı ima teorisi çerçevesinde bir değerlendirmede bulunmaktadır. Ayrıca vasiyetnamenin özel yorum kurallarından olan favor testamenti ilkesi çerçevesinde de bir değerlendirme yapmaktadır.

İlerleyen teknoloji, sözlü vasiyetname yaparken mirasbırakanların elektronik araçlardan yararlanması ihtiyacını ve isteğini ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca sözlü vasiyetnamelerin olağanüstü durumlarda yapılması, elektronik araçların kullanılması ihtiyacını daha çok ortaya çıkarmaktadır. Elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetnamelerde de hakim tarafından yorum yapılmasını gerektirecek muğlak, çelişkili veya birden fazla anlama gelebilecek ifadeler bulunabilmektedir. Çalışmamızda elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetnameler ve bunların yorumu anlatılmaktadır. Öncelikle ölüme bağlı tasarruflar ile ölüme bağlı tasarruflardan özellikle vasiyetnameler hakkında açıklama yapılmıştır. Sonra vasiyetnamelerin yorumuna değinilmiştir. En son olarak elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetnamenin yorumu konusundan bahsedilmektedir.

Sözlü vasiyetname yapabilmek için her zaman yanımızda tanık olabilecek kişilerin bulunması mümkün değildir yahut birileri bulunmakla birlikte bu kişilerin sonunun da vasiyetname yapmak isteyenle aynı olacağı muhtemel olduğu için yanımızdaki kişiler dışında başkalarının tanık olarak yer alabileceği ya da tanık olmaksızın yapılabilen sözlü vasiyetnamelerin olması gerekmektedir. Konumuz açısından elektronik araçlarla yapılan sözlü vasi-

yetnameler ile mirasbırakan kişilerin başkalarını sesli ve hem sesli hem görüntülü olarak telefonla ve benzeri elektronik araçlarla arayıp son arzularını bildirmesi ya da telefon veya herhangi bir elektronik alete son arzularını sesli ve hem sesli hem görüntülü kaydetmesi anlatılmak istenmektedir.

## I. GENEL OLARAK ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR

Ölüme bağlı tasarruflar, hüküm ve sonuçlarını mirasbırakanın ölümünün ardından onun terekesi üzerinde meydana getirecek, mirasbırakanın irade beyanlarını içeren hukuki işlemlerdir<sup>1</sup>.

Ölüme bağlı tasarruflar; şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar ve maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar olarak iki farklı anlama sahiptir. Sözlü vasiyetname, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların bir çeşididir<sup>2</sup>.

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğinin ne olduğunu, başka bir ifade ile mirasbırakan tarafından açıklanan arzularının ve iradesinin neyi ifade ettiğini belirlemektedir<sup>3</sup>.

Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar ise mirasbırakanın son arzularını ve ölümünden sonra hüküm ifade etmesini istediği iradesini içeren ve düzenlenmesi şekil şartlarına bağlanmış olan metnin meydana getirilmesini anlatmaktadır<sup>4</sup>.

## II. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN ŞEKİLLERİ

Mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf yaparken, tasarrufun düzenlenme şeklini, kanunda sayılanları seçmek dışında, kendi belirleyememektedir. Zira ölüme bağlı tasarruflar sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır<sup>5</sup>. Ölüme bağlı tasarrufların taşınması gereken şekil şartı, bir geçerlilik şeklidir. Ölüme bağlı tasarrufların geçerli hüküm ve sonuç doğurması, ancak Türk Medeni Kanunu'nda<sup>6</sup> yer alan şekil şartlarına uyulması halinde mümkündür. Aksi tak-

<sup>1</sup> Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek: Türk Miras Hukuku Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 49; Mustafa Dural/Turgut Öz, Miras Hukuku, Onbirinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 50.

<sup>2</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 50-51; Öztan, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Yedinci Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016, s. 185-186; Kayak, Sevgi: "Türk Hukukunda Sözlü Vasiyetname", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 58 Sayı: 1-2, 2000, s. 189; Yakupoğlu, S. Derya: "Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 136, 2018, s. 229.

<sup>3</sup> Öztan, s. 186; Dural/Öz, s. 55; Kayak, s. 190; Yakupoğlu, s. 229-230.

<sup>4</sup> Hatemi, Hüseyin: Miras Hukuku, 7. Baskı, Onikilevha, İstanbul 2018, s. 81.

<sup>5</sup> Öztan, s. 185; Eren/Yücer Aktürk, s. 103.

<sup>6</sup> Bkz. RG., 08.12.2001, No: 24607.

dirde, tasarrufların dava yoluyla iptali istenebilmektedir (TMK m. 557 vd.). Kanun koyucunun şekil şartlarına bu kadar önem vermesinin nedeni, ölüme bağlı tasarrufların mirasbırakanın ölümünün ardından hüküm ve sonuç doğurması nedeniyle kişinin son arzularını iyi bir şekilde düşünüp yapmasının sağlanmasıdır; aksi takdirde yeniden yapma imkanı yoktur<sup>7</sup>. Ayrıca hakim yorum yaparken de kişiden bilgi alma imkanı bulunmamaktadır.

Kişinin ölüme bağlı tasarruf yaparken geçerlilik şekil şartlarına uymak zorunda olması, sınırlı sayı ilkesi gereğidir<sup>8</sup>. Buna göre kişi, kanun koyucu tarafından öngörülen şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf çeşitlerinden ya vasiyetnameyi ya da miras sözleşmesini seçmek zorundadır. Eğer kişi vasiyetnameyi seçerse, vasiyetnamenin üç türünden de birini seçmelidir<sup>9</sup>.

Vasiyetname ve miras sözleşmesi, mirasbırakan kişinin ölümünün ardından terekesi üzerinde hüküm ve sonuç doğuran ölüme bağlı tasarruflar olmakla birlikte aralarında farklar bulunmaktadır<sup>10</sup>.

Vasiyetname, doğrudan doğruya mirasbırakanın iradesine dayanmaktadır. Bu nedenle tek taraflı olup varması gerekli olmayan irade beyanıdır. Bunun sonucu olarak lehine tasarrufta bulunulan kişinin kabulüne ve öğrenmesine gerek yoktur. Vasiyetnameyle lehine tasarrufta bulunulan kişi arasında bir hukuki bağ kurulmadığı için kişi yaptığı vasiyetnameyi kısmen veya tamamen her an geri alabilmektedir. Sonuç olarak vasiyetnamenin doğuşu, devamı ve oluşturacağı etki yapan kişinin iradesine dayanmaktadır<sup>11</sup>.

Miras sözleşmesi ise sözleşme olması nedeniyle iki taraflı bir hukuki işlemdir. Sözleşmenin taraflarını mirasbırakan ve mirasçı oluşturmaktadır. Mirasçı tarafta birden fazla kişi olabilir. Miras sözleşmesi, mirasbırakan ve mirasçının karşılıklı ve birbirine uygun olan irade beyanlarıyla kurulduğu için taraflar tek taraflı olarak dönemez ve değişiklik yapamazlar; ancak belli şartların oluşması halinde tek taraflı olarak dönülmektedir (Bkz. TMK m. 546 vd.). Eğer miras sözleşmesinin içinde mirastan çıkarma, vakıf kurma, vasiyeti yerine getirme görevlisi atama, tanıma gibi ancak vasiyetnameye konu olmaya elverişli maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflara yer verilirse,

<sup>7</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 103.

<sup>8</sup> Öztan, s. 185; Dural/Öz, s. 53; Ergüne, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 24.

<sup>9</sup> Dural/Öz, s. 53; Öztan, s. 186; Öztan, Bilge/Öztan, Fırat: "Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 3596; Ergüne, s. 23-24.

<sup>10</sup> Öztan, s. 187.

<sup>11</sup> Öztan, s. 187; Dural/Öz, s. 53; Kayak, s. 190.



sadece bu maddi anlamda tasarruflarla sınırlı olmak üzere, her zaman tek taraflı olarak dönülebilmektedir<sup>12</sup>.

#### A. Vasiyetname ve Sıkı Şekil Koşullarının Amacı

Bir vasiyetnamenin kurulması, sınırlı sayı (numerus claus) ilkesi kapsamında sıkı şekil koşullarına tabi tutulmuştur<sup>13</sup>. Ancak bir ölüme bağlı tasarrufun, bu kapsamda vasiyetnamenin şekli anlamda geçerliliği incelenmeden önce vasiyetnamenin kurulup kurulmadığına bakılmalıdır. Zira var olmayan bir vasiyetnamenin geçerliliğinden söz edilemez. Bir vasiyetnamenin bulunduğu bahsedebilmemiz için vasiyet yapma iradesinin varlığı ve bu iradenin açık veya örtülü olarak açıklanması gerekmektedir. Vasiyet yapma iradesi veya irade açıklaması bulunmuyorsa vasiyetnamenin varlığından da söz edilemeyeceği için şekli anlamda bir inceleme yapılamaz<sup>14</sup>.

Ölüme bağlı tasarruflar ve bu bağlamda vasiyetnameler, mirasbırakanın ölümünün ardından hüküm ve sonuç doğurduğu ve artık bu aşamada mirasbırakanın iradesi ve arzusu konusunda bilgi verecek kişinin kalmaması nedeniyle sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır<sup>15</sup>. Söz konusu sıkı şekil şartlarının amaçları şu şekilde ifade edilebilir<sup>16</sup>:

Öncelikli amaç uyarmadır. Şekle uyan mirasbırakan acele etmeden iyi bir şekilde düşünerek kararlar almaktadır<sup>17</sup>. Mirasbırakan genellikle vasiyetname ile malvarlığının önemli bir bölümü hakkında işlem yapmaktadır ve hata yapılırsa telafisi mümkün olmamaktadır<sup>18</sup>.

İkinci amaç ise açıklıktır. Şekil şartlarına uyulması, mirasbırakanın iradesinin şüpheye yer bırakmayacak biçimde açıklanmasını sağlamaktadır<sup>19</sup>. Bu yolla mirasbırakanın gerçek maksat ve niyetinin tespiti mümkün olmaktadır<sup>20</sup>.

Üçüncüsü ise gerçek ölüme bağlı tasarruf ile ölüme bağlı tasarruf projesinin ayrılması amaçlanmaktadır. Hukuki işlemlerin içeriğinin tanıkla ispatı, sağlararası hukuki işlemlerde mümkün olmakla birlikte ölüme bağlı

<sup>12</sup> Ergüne, s. 27; Baygın, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, Sayı: 1-2, 2000, s. 571-572.

<sup>13</sup> Dural/Öz, s. 62; Öztan, s. 200.

<sup>14</sup> Öztan, s. 200.

<sup>15</sup> Öztan/Öztan, s. 3585; Dural/Öz, s. 62; Öztan, s. 200.

<sup>16</sup> Dural/Öz, s. 62; Öztan, s. 200.

<sup>17</sup> Dural/Öz, s. 62; Öztan, s. 200.

<sup>18</sup> Öztan, s. 200.

<sup>19</sup> Dural/Öz, s. 62; Öztan, s. 201.

<sup>20</sup> Öztan, s. 201.

tasarruflar bakımından böyle bir ispat neredeyse mümkün olmamaktadır. Bu nedenle tasarrufta bulunan kişinin gerçek iradesinin anlaşılmasında şekle uyulması büyük önem taşımaktadır<sup>21</sup>.

Son olarak ölüme bağlı tasarrufun tahrifinin engellenme amacından bahsedebiliriz. Başka bir ifadeyle hüküm doğuracakları andan çok önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarda şekle uyulması, anlamını bozacak şekilde yapılacak değiştirmelerin önlenmesini sağlamaktadır<sup>22</sup>.

Elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetnamenin önemi burada ortaya çıkmaktadır. Aslında şekil kurallarının varlığının bir nedeni de iradenin varlığının tespitine güvence oluşturmaktır. Bu güvence de el yazılı vasiyetname mirasbırakanın el yazısıyla, resmi vasiyetname yapılması durumunda genellikle altına mirasbırakanın imzasının atılmasıyla, sözlü vasiyetnamede ise olağanüstü koşullar altında doğrudan mirasbırakanın sözlü açıklamasını duyduklarını ifade edecek tanıkların varlığının aranması yoluyla sağlanmaktadır. Elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetnameyle ise özellikle kaydedilen vasiyetnameler bakımından, iradenin varlığının tespiti daha kolay ve güvenilir şekilde sağlanır. Bu noktada elektronik araçlarla yapılan irade açıklamasına vasiyet hükmü niteliği tanınmanın ne kadar isabetli olduğu ortaya çıkmaktadır.

## B. Vasiyetname Türlerinden Sözlü Vasiyetname

Türk Medeni Kanunu'na göre vasiyetnameler ikisi olağan ve bir tanesi istisnai olmak üzere üç şekilde düzenlenmektedir. Olağan vasiyetnameler, el yazılı vasiyetname ve resmi vasiyetnamedir. İstisnai durumda yapılan vasiyetname ise sözlü vasiyetnamedir<sup>23</sup>.

### 1. Sözlü Vasiyetname

Sözlü vasiyetname, ölüme bağlı tasarrufun istisnai bir şeklini oluşturmaktadır<sup>24</sup>. Kanun koyucu olağanüstü durumlarda başvurulabilmesi için

<sup>21</sup> **Dural/Öz**, s. 62; **Taşatan**, Caner: "Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu'na Yansımaları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 1, 2021, s. 575-576.

<sup>22</sup> **Dural/Öz**, s. 62; **Öztaş**, s. 201.

<sup>23</sup> **Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 108; **Dural/Öz**, s. 62; **Öztaş**, s. 201.

<sup>24</sup> **Dural/Öz**, s. 91; **Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s. 111; **Koyuncu**, Ferhat: Türk Hukuku'nda Sözlü Vasiyetname, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013, s. 116; **Çağlayan Aksoy**, Pınar: "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11.12.2017 Tarihli Kararı

normal durumlarda başvuru resmî vasiyetname ile el yazılı vasiyetnamenin yanına sözlü vasiyetnameyi de eklemiştir<sup>25</sup>. Türk Medeni Kanunu'nun 539. maddesinin 1. fıkrasında sözlü vasiyetnamenin yapılabileceği olağanüstü hallerden söz edilmektedir. Buna göre, mirasbırakan kişinin yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar sebebiyle resmî veyahut el yazılı vasiyetname yapamaması halinde, sözlü vasiyet yoluna başvuru yapılabileceğinden bahsedilmektedir. Burada sayılan olağanüstü haller örnek olup sınırlayıcı bir sayım değildir. Bu nedenle sayılan bu haller dışında bir sebeple de sözlü vasiyetname yapılabilmektedir<sup>26</sup>. Bunlar dışında olağanüstü haller örnek olarak ağır kaza ve yaralanmalar, depremler ve ağır su baskınları verilebilir<sup>27</sup>. Bu hükmü incelediğimizde sözlü vasiyetname yapabilmek için iki şartın bulunduğunu anlamaktayız. Birincisi bahsettiğimiz gibi olağanüstü bir hal olmalıdır; ancak yeterli değildir. İkinci olarak bu olağanüstü hal dolayısıyla resmî veya el yazılı vasiyetname yapılamıyor olması gerekmektedir. Olağanüstü hal olmasına rağmen diğer vasiyetname türleri yapılabiliyorsa sözlü vasiyetname yapılamamaktadır<sup>28</sup>.

Olağanüstü halin mevcut olması gereken an, sözlü vasiyetnamenin yapıldığı andır<sup>29</sup>. Olağanüstü hallerden olan yakın ölüm tehlikesinin, uzun süren bir hastalık sonucu ya da kaza gibi nedenlerle aniden ortaya çıkmasının bir önemi yoktur<sup>30</sup>. Ölüm tehlikesinin ne kadar yakın olduğu belirlenirken objektif ve sübjektif kriterler birlikte ele alınmaktadır. Objektif kriter olarak ölüm sonucuna neden olacak bir tehlikenin var olup olmadığı aranırken, sübjektif kriter olarak ise mirasbırakanın yakın ölüm tehlikesini anlama biçimi, ruh hali dikkate alınmaktadır<sup>31</sup>. Bu değerlendirmeler yapılırken ilgili

İşğında Sözlü Vasiyetnamenin Koşulları Hakkında Bir Değerlendirme”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 4, Ekim 2018, s. 1633.

<sup>25</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 120; Öztan, s. 218; Kayak, s. 190-191; Ayan, s. 111.

<sup>26</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 120; Öztan, s. 218; Dural/Öz, s. 91, 93; Ayan, s. 111; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 8. Bası, Turhankitabevi, Ankara 2018, s. 119; Özbilen, Arif Barış: “İstisnai ve İkincil Bir Vasiyet Türü: Sözlü Vasiyetname”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 71, Sayı: 4, 2022, s. 1562-1563; Çağlayan Aksoy, s. 1630.

<sup>27</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 120.

<sup>28</sup> Dural/Öz, s. 91; Öztan, s. 218; Eren/Yücer Aktürk, s. 120; Özbilen, s. 1561-1562. Mirasbırakanın olağanüstü hal nedeniyle el yazılı veya resmî vasiyetname yapamaması mutlak bir imkansızlık değil, sübjektif olarak imkansız olmalıdır, başka bir ifade ile mirasbırakan bakımından bu vasiyetname türlerine başvurmak olağanüstü biçimde zorlaşmış olmalıdır. Bkz. Çağlayan Aksoy, s. 1634.

<sup>29</sup> Öztan, s. 218; Çağlayan Aksoy, s. 1631.

<sup>30</sup> Dural/Öz, s. 92; Özbilen, s. 1563; Çağlayan Aksoy, s. 1632.

<sup>31</sup> Özbilen, s. 1566; Öztan, s. 218; Kayak, s. 205.

kişilerce vasiyetnamenin düzenlendiği zamanda bilinen sübjektif olgulardan hareket edilmektedir; ancak bu yeterli olmamaktadır. Zira bu durum ilgili kişilerin yakın ölüm tehlikesini kendilerine göre değerlendirmeleri olacaktır. Bu nedenle olağan hayat akışı çerçevesinde dürüst ve dikkatli bir kişinin yapacağı değerlendirmeler sonucunda, bu sübjektif olguların, yakın ölüm tehlikesinin varlığına dair kanaat oluşturması aranmaktadır<sup>32</sup>.

Ulaşımın kesilmesinden anlamamız gereken ise mirasbırakan veya resmi vasiyetnamenin yapılabilmesi için katılması gereken memur, tanık gibi kişilerin, herhangi bir sebeple bir yerden bir yere gitme yahut hareket etme imkanlarının olmamasıdır. Örneğin, kuvvetli yağış nedeniyle yollar kapandığında, dağ köyünde oturan ve şehir merkezine gidemeyen okuma yazma bilmeyen mirasbırakan, resmi vasiyetname yapamayacağı için sözlü vasiyetname yapabilir<sup>33</sup>.

Hastalık halinin, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin<sup>34</sup> 486. maddesine göre bulaşık hastalık<sup>35</sup> denilerek bulaşıcı hastalık olması aranırken, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda bu zorunluluk kaldırılmış ve hastalık ifadesi yeterli görülmüştür<sup>36</sup>. Ancak her olağanüstü halde olduğu gibi mirasbırakanın hasta olması yeterli olmayıp, bu hastalık nedeniyle resmi yahut el yazılı vasiyetname yapamıyor olması aranmaktadır.

Savaş durumunda da sözlü vasiyetname yapabilmek için savaş halinde olmak yeterli değildir; olağanüstü halin diğer şartı olan resmi yahut el yazılı vasiyetname yapamıyor olmak da gerekmektedir<sup>37</sup>.

## 2. Sözlü Vasiyetnamenin Yapılışı

### a. Birinci Aşama

Olağanüstü durum içinde bulunan mirasbırakan son istek ve arzularını aynı zamanda iki tanığa sözlü olarak açıklayarak, onlara bu açıklamalarına uygun bir vasiyetname yazmaları yahut yazdırmaları görevi verir<sup>38</sup>. Tanık

<sup>32</sup> Dural/Öz, s. 92.

<sup>33</sup> Özbilen, s. 1566; Dural/Öz, s. 92; Koyuncu, s. 67.

<sup>34</sup> Bkz. RG., 4.4.1926, No: 339.

<sup>35</sup> 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 486. maddesinde "bulaşıcı hastalık" ifadesi yerine "bulaşık hastalık" ifadesi yer almaktadır.

<sup>36</sup> Dural/Öz, s. 92; Kılıçoğlu, s. 120; Kayak, s. 207.

<sup>37</sup> Dural/Öz, s. 93.

<sup>38</sup> Öztan, s. 220; Eren/Yücer Aktürk, s. 120-121; Dural/Öz, s. 93; Ertuğrul, Meltem: "Doğal Afet Yaratan Depremlerin Miras Hukuku'na İlişkin Sonuçları", İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 88, Sayı: 3, Aralık 2023, s. 37.

sayısı en az iki olmalıdır, ikiden fazla olması vasiyetnamenin geçersizliğine neden olmaz<sup>39</sup>. Sözlü vasiyetname yapılırken dikkat edilirse bildirim aynı anda tanıklara yapılması gerekmektedir. Ayrıca açıklamanın tanıklara sözlü olarak yapılması gerekir; diğer bir ifadeyle Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 29.12.1975 tarihli 9769/9774 sayılı kararında belirttiği gibi mirasbırakanın başkasına yazdırdığı son arzularını tanıklara vermesi sözlü vasiyetname olarak geçerli kabul edilmemektedir<sup>40</sup>.

Konuşamayan bir mirasbırakanın işaretle de son arzularını iki tanığa açıklayabileceğine ilişkin görüş bulunmaktadır<sup>41</sup>. Bu görüşe göre sağır ve dilsiz kişilerin, işaret dilini iyi kullanmaları ve son arzuları ile iradelerini net olarak açıklayabilmeleri dolayısıyla bu kişilerin yaptığı sözlü vasiyetnamelerde sorun olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca tanıkların da işaret dilini bilmeleri gerekmektedir. Ancak sağır ve dilsiz olmamakla birlikte konuşamayacak durumda olan ve işaret dilini bilmeyen kişilerin kafa sallayarak veya el kol hareketleri ve benzeri hareketlerle yaptıkları sözlü vasiyetnamelerin geçerliliğinin her olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Zira bu kişilerin yaptıkları hareketlerle iradelerini net bir biçimde ortaya koyup koyamadıkları araştırılmalıdır<sup>42</sup>.

Resmi vasiyetname düzenlenirken tanıklık edebilecek kişilerin taşınması gereken koşullardan okuryazar olma dışındaki koşulları, sözlü vasiyetname yer alan tanıkların da taşınması gerekmektedir<sup>43</sup>.

Tanıkların, son arzularını bildiren mirasbırakanı görmeleri gerekmektedir. Eğer sesinden kimliğini tespit edebiliyorlarsa, sadece sesini duymaları yeterlidir<sup>44</sup>.

### ***b. İkinci Aşama***

İkinci aşama tanıklarla ilgilidir ve bu aşamada işlemler onlar tarafından gerçekleştirilecektir. Ancak tanıklar, mirasbırakanın onlara yüklediği görevi yerine getirmek mecburiyetinde değildirler<sup>45</sup>. Ayrıca bu görevlendirmenin

<sup>39</sup> Koyuncu, s. 67-68; Ertuğrul, s. 37.

<sup>40</sup> Dural/Öz, s. 93; Çağlayan Aksoy, s. 1638; Yargıtay 2. HD., E. 1975/9769, K. 1975/9774, T. 29.12.1975, <https://www.kazanci.com.tr/>, 08.03.2024.

<sup>41</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 121; Özbilen, s. 1568; Koyuncu, s. 68; Çağlayan Aksoy, s. 1639; Ertuğrul, s. 39.

<sup>42</sup> Ertuğrul, s. 39. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. Çağlayan Aksoy, s. 1623 vd.

<sup>43</sup> Öztan, s. 220; Dural/Öz, s. 93; Koyuncu, s. 73.

<sup>44</sup> Dural/Öz, s. 93; Öztan, s. 220; Koyuncu, s. 71; Çağlayan Aksoy, s. 1638.

<sup>45</sup> Öztan, s. 220; Dural/Öz, s. 93- 94; Ayan, s. 112; Özbilen, s. 1571-1573; Ertuğrul, s. 41.

vasiyetname yapma iradesinden ve somut olayın koşullarından anlaşılması şartıyla açıkça olması gerekmediği gibi tanıklar tarafından görevin kabulünün de açık bir irade beyanıyla olması şart değildir<sup>46</sup>. Eğer bu görevi kabul etmişlerse izleyecekleri yol bakımından seçimlik hakları bulunmaktadır. İki seçimlik haktan birini tercih etmek zorundadırlar<sup>47</sup>.

Birinci seçenekte tanıklardan biri, mirasbırakanın kendilerine bildirdiği son arzularını, yer ile birlikte gün, ay ve yıldan oluşan tarihi belirterek yazar ve bu belgeyi imzalar, diğer tanığa da imzalatır. Tanıklar hazırladıkları bu belgeyi birlikte, vakit geçirmeksizin en yakında bulunan sulh veya asliye mahkemesine verirler. Tanıkların mahkemeye birlikte gitmesi zorunludur<sup>48</sup>.

Tanıkların mirasbırakanın son arzularını belgelerken kullanabilecekleri yöntemler tartışmalıdır. Diğer bir ifade ile tanıkların metni el yazısıyla yazmalarının gerekip gerekmediği, aynı şekilde metni üçüncü bir kişiye yazdırılmalarının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 540. maddesinde yer alan mirasbırakan tarafından görevlendirilen tanıklardan birinin kendilerine bildirilen son arzuları hemen yazacağı ifadesi karşısında, metnin üçüncü kişiye yazdırılmayacağını kabul edilmesi gerekmektedir<sup>49</sup>. Tanıklar tarafından hazırlanan metnin nasıl olması gerektiğine ilişkin baskın görüş ise tanıkların biri tarafından yazılması koşuluyla el yazılı olmasını aramamaktadır. Başka bir ifade ile tanık isterse metni daktilo ile yazabilmektedir<sup>50</sup>. Ancak aksi görüşte olanların dayanağı ise kanunun sıkı şekil şartları koyarken amacının mirasbırakanın son arzularının senede doğru geçirilip hakime ulaşmasının sağlanması olduğu; fakat daktilo ile yazılan senedin tanıklar tarafından yazılıp yazılmadığının hakim tarafından tespitinin

<sup>46</sup> Çağlayan Aksoy, s. 1641.

<sup>47</sup> Öztan, s. 220; Dural/Öz, s. 93- 94; Ayan, s. 112; Özbilen, s. 1571-1573.

<sup>48</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 121; Öztan, s. 220; Dural/Öz, s. 94; Ayan, s. 112; Çağlayan Aksoy, s. 1641-1642, 1644; Ertuğrul, s. 40. Ayrıca belirtilmesi gereken bir husus daha vardır ki günümüz teknolojisi ilerlemiştir ve sözlü vasiyetnamelerde yer alması gereken gün, ay, yıl ve yer gibi unsurların bulunmaması durumunda; eğer bu unsurların tespit edilmesi mümkün ise sözlü vasiyetnamenin iptal edilmesine neden olmamalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11.12.2017 tarihli kararı da bu yöndedir. Bkz. Çağlayan Aksoy, s. 1647.

<sup>49</sup> Dural/Öz, s. 94.

<sup>50</sup> Dural/Öz, s. 94-95; Eren/Yücer Aktürk, s. 121. Günümüz koşullarına uygun olarak tanıklar metni bilgisayar ile yazabilirler; hatta tanıkların, mirasbırakanın son arzularını akıllı telefona yazıp çıktısını alıp hakime sunabileceği de ifade edilmektedir. Zira bu şekilde bildirimde, mirasbırakanın son arzularının unutulması ve çarpıtılması tehlikesinin, hakime sözlü olarak bildirilmesinden daha fazla olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Çağlayan Aksoy, s. 1642.

mümkün olmadığı belirtilmiştir. Üçüncü kişi tarafından yazılan metin kanun tarafından güdülen amacı sağlamadığı gibi daktilo ile yazılan metin de sağlamaz. Ayrıca tanıklar tarafından metnin üçüncü kişiye daktilo ile yazdırılıp okunmadan imzalanması gibi sorunlu durumların ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir<sup>51</sup>.

Tanıklar belgeyi posta vasıtasıyla gönderemezler<sup>52</sup>. Türk Medeni Kanunu'nun 540. maddesinin 1. fıkrasında tanıkların yazılan belgeyi ikisi birlikte vakit geçirmeksizin bir sulh veya asliye mahkemesine verecekleri belirtilmiştir. Dikkat edilirse fıkrada hangi sulh veya asliye mahkemesine tevdi edileceği belirtilmediği için herhangi bir sulh veya asliye mahkemesine tevdi edebilirler. Ancak bu işlemi vakit geçirmeksizin yapmaları gerektiği için en yakın sulh veya asliye mahkemesine tevdi etmeleri gerekmektedir. Maddede mirasbırakanın son yerleşim yerindeki sulh ve asliye mahkemesine tevdiinin aranmamasının sebebi bahsettiğimiz gibi hem vakit geçirmeksizin şartını gerçekleştirmek hem de mirasbırakanın son arzularının unutmaya gibi durumlarla karşılaşılardan doğru olarak iletilmesini sağlamaktır<sup>53</sup>. Sözlü vasiyet tevdi edilen mahkemenin nasıl hareket etmesi gerektiği, Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü'nün 37. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, sözlü vasiyetin mevcut olduğu kendisine bildirilen mahkeme, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesi değilse, bu mahkeme sözlü vasiyetnameyi hemen mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine gönderir şeklinde ifade edilmektedir<sup>54</sup>. Ancak tanıkların belgeyi savcılığa veya notere vermeleri ise geçersizdir<sup>55</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 540. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan “vakit geçirmeksizin” ifadesi ile anlatılmak istenen “derhal” anlamındadır. Başka bir ifade ile tevdi süresinin, kısa, makul ve hayatın olağan akışına uygun olması gerekmektedir<sup>56</sup>. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 09.05.1985 tarihli E. 1985/4279, K. 1985/4539 sayılı kararında “vakit geçirmeksizin” tevdiin istenmesinin amacının vasiyetin değişikliğe uğramasını,

<sup>51</sup> Dural/Öz, s. 95.

<sup>52</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 121; Ertuğrul, s. 40.

<sup>53</sup> Dural/Öz, s. 95; Özbilen, s. 1574-1575.

<sup>54</sup> Dural/Öz, s. 95.

<sup>55</sup> Oğuzman, s. 129; Dural/Öz, s. 95.

<sup>56</sup> Dural/Öz, s. 95; Öztan, s. 220; Çağlayan Aksoy, s. 1643; Ertuğrul, s. 40-41; Yargıtay 2. HD. E. 1985/4279 K. 1985/4539, T. 9.5.1985, <https://www.kazanci.com.tr/>, 23.02.2024; Yargıtay 2. HD. E. 1992/7372 K. 1992/8705, T. 29.9.1992, <https://www.kazanci.com.tr/>, 23.02.2024.

başkalarının araya girmesiyle son arzuların amacından saptırılmasını önlenmek olduğu açıklanmaktadır<sup>57</sup>.

Tanıklar ancak haklı sebep halinde sözlü vasiyetnameyi derhal olarak belirtilen süreyi aşarak tevdi edebilirler. Örneğin, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 29.9.1992 tarihli E. 1992/7372 K. 1992/8705 sayılı kararında da belirtildiği üzere, şahitlerin gecikmesine ancak kendileri ve yakınları bakımından hayati önemde zarar verebilecek işleri mazeret oluşturabilmektedir<sup>58</sup>. Ancak tanıklar sözlü vasiyetnameyi geç tevdi etse dahi mahkeme kabul etmek zorundadır. Zira tevdiin geç olması durumunda şekle ilişkin bir eksiklik bulunmaktadır. Bu şekil eksikliği de vasiyetnameyi kesin hükümsüz kılmayıp kanunda öngörülen süreler içinde iptal edilmesi gerekmektedir. İptal edilmesi durumunda vasiyetname geçerli hale gelmektedir<sup>59</sup>.

Tanıklar sözlü vasiyetnameyi tevdi edip hakim önüne çıkınca mirasbırakanı ölüme bağlı tasarrufta bulunmaya ehil gördüklerini ve son arzularını kendilerine, başka türde vasiyetname yapmasına engel olan olağanüstü bir durumun varlığı halinde söylediğini beyan ederler<sup>60</sup>.

Tanıklar kendilerine yüklenen görevi yerine getirirken ikinci seçenekleri ise belge düzenlemek yerine vakit kaybetmeksizin birlikte mahkemeye başvurup mirasbırakanın kendilerine bildirdiği son arzularını hakime sözlü olarak beyan etmeleri ve hakim beyanları tutanağa geçirmesidir<sup>61</sup>. Belge düzenlenen birinci seçenekte olduğu gibi tanıklar, hakime mirasbırakanı ölüme bağlı tasarruf yapmaya ehil gördüklerini ve mirasbırakanın son arzularını başka türde vasiyetname yapma imkanının olmadığı olağanüstü bir halde söylediğini beyan ederler. Tutanak iki tanık tarafından imzalanır<sup>62</sup>. Tanıkların okuryazar olması aranmamıştır<sup>63</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 540. maddesinin 3. fıkrasına göre, sözlü vasiyette bulunan kişi askerlik hizmetinde bulunuyorsa, teğmen veya daha yüksek rütbeli bir subay; ülke sınırları dışında seyreden bir ulaşım aracında bulunuyorsa, o aracın sorumlu yöneticisi; sağlık kurumlarında tedavi edilmekteyse, sağlık kurumunun en yetkili yöneticisi hâkim yerine geçmektedir.

<sup>57</sup> **Dural/Öz**, s. 95-96; Yargıtay 2. HD. E. 1985/4279 K. 1985/4539, T. 9.5.1985, <https://www.kazanci.com.tr/>, 23.02.2024.

<sup>58</sup> **Dural/Öz**, s. 96; Yargıtay 2. HD. E. 1992/7372 K. 1992/8705, T. 29.9.1992, <https://www.kazanci.com.tr/>, 23.02.2024.

<sup>59</sup> **Dural/Öz**, s. 96; **Öztaş**, s. 220; aksi görüş **Oğuzman**, s. 129.

<sup>60</sup> **Öztaş**, s. 220; **Dural/Öz**, s. 96; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 121.

<sup>61</sup> **Eren/Yücer Aktürk**, s. 122; **Öztaş**, s. 220; **Dural/Öz**, s. 97; **Çağlayan Aksoy**, s. 1642.

<sup>62</sup> **Öztaş**, s. 220-221; **Dural/Öz**, s. 97; **Ayan**, s. 113; **Ertuğrul**, s. 40.

<sup>63</sup> **Öztaş**, s. 221; **Çağlayan Aksoy**, s. 1638.



Bu durumda sözlü vasiyetname, bu kişilere tevdi edilmektedir<sup>64</sup>. Ancak bu durum tartışmalıdır<sup>65</sup>. Askerde bulunan mirasbırakanın yaptığı sözlü vasiyetnamenin teğmenin veya yüksek rütbeli bir subayın hakim yerine geçerek bu kişilere tevdi edilmesi kabul edilirken, diğer durumlar bakımından tartışma bulunmaktadır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 487. maddesinde sadece asker olan mirasbırakan bakımından düzenleme varken, Türk Medeni Kanunu'na diğer mirasbırakanlar da eklenmiştir. Bu maddenin gerekçesinde ülke sınırları içinde seyahat eden kişilerin olağanüstü koşullar içinde bulunması halinde yapacağı sözlü vasiyetin Türk mahkemelerine iletilmesinde güçlükler yaşanmadığı halde yurt dışında seyahat sırasında yapılan sözlü vasiyetlerde çoğu zaman tanıkların bu vasiyeti mahkemeye götürüp teslim etme çabası içine girmeyeceği, bu yolla kişinin son arzularını yerine getirmenin mümkün olmayacağını düşünüldüğü belirtilmiştir. Benzer şekilde sağlık kurumlarında tedavi görmekte olan kişiler bakımından da kolaylık sağlamak için sözlü vasiyetin tevdi edileceği makam konusunda yeni bir düzenleme getirme ihtiyacının doğduğu ifade edilmektedir<sup>66</sup>.

Yeni hükmün eklenme gerekçesi eleştirilmektedir. Sağlık kurumunun yöneticisine tevdiinin eleştirilme nedeni her sağlık kurumunun yakınında bir mahkemenin bulunması sebebiyle gerekçe uygun görülmemektedir. Eğer amaç herhangi bir sebeple tevdiinin gecikmesini ve vasiyetnamenin iptali gibi bir durumla karşılaşılmasını önlemek ise bu durumda vakit geçirmeksizin ifadesinden yola çıkarak süreyi, makul ve hayatın olağan akışına uygunluğu çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Örneğin, hastanede bulunan mirasbırakanın tanıklarının, sel nedeniyle mahkemeye gidememesi durumunda vakit geçirmeksizin ifadesi çerçevesinde değerlendirme yapıp soruna çözüm bulunulabilir, sağlık kurumu yöneticisine tevdi edilmesine gerek görülmemektedir<sup>67</sup>.

Yurt dışında seyahat esnasında aracın sorumlu yöneticisine sözlü vasiyetnamenin tevdiine ilişkin eleştiri ise aracın uzun süre yurtdışında bulunması halinde sözlü vasiyetnamenin tanıklarda bulunması ile aracın sorumlu yöneticisinde bulunması arasında bir fark olmadığıdır. Amaç sözlü vasiyetnamenin unutulmamasını ve mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesini sağlamaksa, sözlü vasiyetnamenin bulunduğu kişiler fark etmeksizin

<sup>64</sup> Dural/Öz, s. 97; Öztan, s. 221; Eren/Yücer Aktürk, s. 121, 122.

<sup>65</sup> Öztan, s. 221.

<sup>66</sup> www.ilhanhelvevacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-540, 02.12.2023; Dural/Öz, s. 97-98.

<sup>67</sup> Dural/Öz, s. 98.

aynı zarar oluşmaktadır; ancak Yargıtay kararında<sup>68</sup> da yer aldığı üzere bu sorun yurt dışında bulunan yabancı ülkedeki mahkemeye tevdi ile çözülebilir<sup>69</sup>.

Aynı şekilde eleştirilen bir başka nokta ise bu kişilere tevdi halinde bu kişilerin nasıl hareket edeceğidir. Eğer bu kişilerde mahkemeye başvuracaklar ise tanıklardan herhangi bir farkları bulunmamaktadır ve araya girmelerine lüzum yoktur<sup>70</sup>.

### 3. Sözlü Vasiyetnamenin Hükümden Düşmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 541. maddesinde sözlü vasiyetnamenin geçerliliğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre mirasbırakan kişinin sonradan resmi vasiyetname yahut el yazılı vasiyetname yapma imkanı doğmuş ise bu imkanın doğduğu tarihten itibaren bir ay geçince sözlü vasiyet hükümden düşmektedir<sup>71</sup>. Bu durumda mirasbırakanın sözlü vasiyetnameyi geri almasına gerek olmaksızın, kanun gereği hükümden düşmektedir<sup>72</sup>. Sözlü vasiyetname, diğer şekillerde vasiyetname yapma imkanı doğması halinde, bu imkanın doğduğu tarihten itibaren mirasbırakanın bir ay içinde ölmesi veya bu süre içinde ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde geçerli olmaktadır<sup>73</sup>.

### 4. Tanıklık Ehliyeti

Türk Medeni Kanunu'nun 539. maddesinin 3. fıkrasına göre, resmi vasiyetname düzenlenirken aranan şartlardan okuryazar olma koşulu dışında, tanıklara ilişkin yasaklar, sözlü vasiyetnamedeki tanıklar için de geçerlidir<sup>74</sup>. Bu durumda fiil ehliyeti bulunmayanlar, bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar, mirasbırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri sözlü vasiyetnamenin düzenlenmesinde tanık olarak yer alamazlar.

<sup>68</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 29.9.1992 tarihli E. 1992/7372 K. 1992/8705 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Medeni Kanunda şahitlerin başvuracağı mahkeme belirtilmemiştir. Ancak işin gereğinden anlaşılacağı üzere bunun en kolay şekilde ulaşılabilecek mahkeme olduğundan kuşku duymamak gerekir. Ayrıca kararın başında açıklandığı üzere, bu mahkeme en kolay şekilde ulaşılabilecek mahkeme olup yabancı ülke mahkemesi de olabilir, <https://www.kazanci.com.tr/>, 23.02.2024.

<sup>69</sup> Dural/Öz, s. 98.

<sup>70</sup> Dural/Öz, s. 98.

<sup>71</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 123; Öztan, s. 221; Dural/Öz, s. 98; Özbilen, s. 1563; Ayan, s. 113.

<sup>72</sup> Dural/Öz, s. 98; Eren/Yücer Aktürk, s. 123; Özbilen, s. 1563.

<sup>73</sup> Öztan, s. 221; Dural/Öz, s. 98.

<sup>74</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 122.

Tanıklık ehliyetine sahip iki tanığa yüklenen belgeleme veya mahkemeye başvurup tutanağa geçirtme görevi, mirasbırakan ile tanıklar arasında bulunan vekalet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda tanıkların görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri halinde sorumluluklarının vekalet sözleşmesi hükümlerine göre tespit edileceğini ifade eden görüş<sup>75</sup> yanında doktrinde tanıkların görevlerini kusurlu olarak yerine getirmemeleri veya mahkemeye geç başvurmaları halinde Türk Medeni Kanunu'nun 543. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, kaza sonucunda veya üçüncü kişinin kusuru nedeniyle yok olan ve içeriğinin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunmayan vasiyetname hükümsüz kalır ve tazminat isteme hakkı saklıdır hükmünün kıyasen uygulanarak vasiyetname kusurlu olarak yok edilmiş gibi sorumlu tutulmaları gerektiği de düşünülmektedir<sup>76</sup>. Bir başka görüş ise son görüşe ilave olarak tazminat sorumluluğu yanında mirastan yoksun olmalarına neden olabileceğini de ifade etmektedir<sup>77</sup>. Tüm bu görüşler değerlendirildiğinde kanunun ruhuna da uygun olarak, kanun koyucunun sözlü vasiyette bir hukuki işlemin kurucu unsuru olarak mirasbırakan ve tanıklar arasında zımnî vekalet ilişkisini araması nedeniyle, tanıkların sorumluluğunun, Türk Borçlar Kanunu'nun vekalet sözleşmesi hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir<sup>78</sup>.

### III. VASIYETNAMELERİN YORUMU VE YORUM ŞEKİLLERİ

#### A. Vasiyetnamelerin Yorumu

Yorum, bir irade beyanının ne anlama geldiğinin hakim tarafından araştırılıp tespit edilmesine denilmektedir<sup>79</sup>. Vasiyetnamelerin yorumunda ise vasiyetnamelerde yer alan irade beyanının ne anlama geldiği hakim tarafından araştırılıp tespit edilmektedir.

İrade beyanından bahsedebilmek için ilk olarak irade açıklamasından kısaca söz etmek gerekir. İrade açıklaması kişilerin iradelerini açığa çıkaran

<sup>75</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 122; Koyuncu, s. 81.

<sup>76</sup> Bu görüşü savunanlar için bkz. Dural/Öz, s. 94; Eren/Yücer Aktürk, s. 122; Koyuncu, s. 80.

<sup>77</sup> Bu görüşü savunanlar için bkz. Dural/Öz, s. 94; Eren/Yücer Aktürk, s. 122; Koyuncu, s. 80-81.

<sup>78</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 122.

<sup>79</sup> Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 152; Akyol, Şener: Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 2; Öncü, Özge: "Vasiyetnamelerin Yorumunda İma Teorisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, s. 310.

fiillerine denilmektedir<sup>80</sup>. İrade açıklaması irade beyanı ve irade faaliyeti olarak iki türden oluşmaktadır<sup>81</sup>. İrade beyanı, iradeyi sözlü yahut yazılı olarak ya da belirli bir işaretle veya iradeyi gösteren fiillerle açığa vurma, başka bir ifade ile bildirme şeklindedir<sup>82</sup>.

Vasiyetnamede yer alan her bir hüküm, ölüme bağlı tasarrufun konusunu oluşturmaktadır. Ancak bu hükümlerle ilgili yorum yapılırken tek başına değil, vasiyetname içinde onun bir parçası olarak değerlendirilip bir bütün olarak dikkate alınıp yorum yapılmalıdır<sup>83</sup>. Zira sözleşmelerin yorumunda da metin bir bütün olarak değerlendirilip yorumlanmaktadır<sup>84</sup>.

İrade beyanlarının yorumunda çeşitli yorum teorileri ileri sürülmüştür. Başlıca yorum teorileri olarak irade teorisi, beyan teorisi ve güven teorisinden bahsedilebilir<sup>85</sup>. Sözleşmelerin yorumunda güven teorisi uygulanmaktadır<sup>86</sup>. Bu nedenle iki taraflı hukuki işlem olan miras sözleşmelerinde de güven teorisinin uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>87</sup>. Konumuz açısından vasiyetnamelerin yorumlanması bakımından irade teorisi kabul edilmektedir. Zira vasiyetnameler, korunması gereken bir muhatap bulunmayan, tek taraflı ölüme bağlı tasarruf oldukları için mirasbırakanın iç iradesi dikkate alınmaktadır. Vasiyetnamelerde muhatap olmadığı için güveni korunması gereken bir muhataptan da bahsedilemeyeceğinden dolayı muhatapın vasiyetnameden ne anlaması gerektiği araştırılmamaktadır<sup>88</sup>.

<sup>80</sup> **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 195; **Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Legal, İstanbul 2015, (Borçlar Hukuku), s. 84; **Ergüne**, s. 1.

<sup>81</sup> **Eren**, s. 131; **Canbolat**, Ferhat **Canbolat**: Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 56.

<sup>82</sup> **Tekinay**, Selâhattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altıp**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 63; **Eren**, s. 131; **Canbolat**, s. 56. İrade beyanının da irade ve iradenin dış dünyaya bildirilmesini sağlayan beyan olmak üzere iki unsurdan oluştuğundan söz edebiliriz. Bkz. **Eren**, s. 132; **Ergüne**, s. 1; **Kanışlı**, Erhan: İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, Onikilevha, İstanbul 2018, s. 74; **Canbolat**, s. 56.

<sup>83</sup> **Öncü**, s. 310.

<sup>84</sup> **Eren**, s. 531.

<sup>85</sup> **Eren**, s. 153-154; **Kılıçoğlu**, s. 188; **Ergüne**, s. 5; **Öncü**, s. 311.

<sup>86</sup> **Öncü**, s. 311.

<sup>87</sup> **Dural/Öz**, s. 224; **Ayan**, s. 155; **Kılıçoğlu**, s. 188.

<sup>88</sup> **Öztan**, s. 229; **Dural/Öz**, s. 219-220, 224; **Kılıçoğlu**, s. 188; **Antalya**, O. Gökhan: Miras Hukuku, Legal, İstanbul 2015, s. 235; **Baygın**, s. 570; **Ergüne**, s. 17; **Öncü**, s. 311.

İrade teorisi, insanın iç dünyasında, psikolojik alanında yer alan iradeyi, hukuki işlemin asıl unsuru haline getirdiğinden dolayı sübjektif bir teoridir<sup>89</sup>. Bu teoriye göre, beyan yorumlanırken beyan sahibinin gerçek iradesi esas alınır, bu iradenin gerçek anlamı araştırılmalıdır. İrade beyanının temel unsurunu beyan sahibinin gerçek iradesi oluştururken, beyan ise sadece bu gerçek iradeyi muhataba bildirmek için kullanılan bir araçtır. Bunun sonucu olarak beyan, gerçek iradeye uygunsa ve gerçek iradeyi açıklıyorsa geçerli olmaktadır. Aksi takdirde gerçek iradeye uymayan beyan, irade beyanı olarak kabul edilmemektedir<sup>90</sup>. İrade teorisine göre, yorum yoluyla irade beyanının anlamı tespit edilirken, beyan sahibinin beyanına verdiği anlam göz önünde bulundurularak, kişinin gerçek iradesi araştırılmaktadır ve irade beyanının içeriği belirlenmeye çalışılmaktadır<sup>91</sup>. Ölüme bağlı tasarruflardan olan vasiyetnameler bakımından ise mirasbırakanın irade beyanının anlamı tespit edilirken, mirasbırakanın irade beyanına verdiği anlam göz önünde bulundurularak, gerçek iradesinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle irade teorisi bakımından mirasbırakanın irade beyanı yorumlanırken onun sadece kişisel anlayışı kriter olarak alınmaktadır<sup>92</sup>.

Vasiyetnamenin bir hükmünün veya tamamının yorumlanabilmesi için ilk şart mirasbırakanın vasiyetnamede şekle uygun beyan edilmiş bir iradesinin bulunmasıdır. Eğer irade beyanı yoksa ya da beyan bulunmakla birlikte şekle uygun değilse yorum yapılamaz veya yorum yoluyla bu irade beyanları vasiyetnameye dahil edilemez<sup>93</sup>. Şuna da dikkat edilmelidir ki vasiyetnamede yer alan mirasbırakanın her irade beyanı da yorumlanmaz. Zira yorumun amacı gerçek iradenin araştırılıp bulunması olduğundan dolayı anlamı açık ve net ve mirasbırakanın iradesine uygun olan irade beyanlarının yorumlanmasına gerek bulunmamaktadır<sup>94</sup>.

Mirasbırakan eğer vasiyetnamesinde iradesini net bir şekilde açıklamamış, muğlak, eksik ya da gizli beyanlar varsa veya hukuken doğru ifadeler kullanılmamış ise kanun koyucu vasiyetnamenin ayakta tutulması için yorumlanmasını öngörmüştür. Böylece yorum ile açık olmayan veya birden fazla anlama gelen ifadeler netleştirilmektedir<sup>95</sup>.

<sup>89</sup> Eren, s. 154; Öztan, s. 229.

<sup>90</sup> Eren, s. 154; Ergüne, s. 5-6.

<sup>91</sup> Eren, s. 154; Ergüne, s. 5; Öncü, s. 311-312.

<sup>92</sup> Öncü, s. 312.

<sup>93</sup> Dural/Öz, s. 220; Öztan, s. 229-230; Ayan, s. 154.

<sup>94</sup> Dural/Öz, s. 220.

<sup>95</sup> Öztan, s. 228-229; Dural/Öz, s. 220.

Yorumun vasiyetnameler bakımından bu kadar önemli olmasının nedeni ölüme bağlı tasarrufların mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurması ve artık mirasbırakana gerçek iradesinin sorulma imkanının bulunmamasıdır<sup>96</sup>.

### B. Vasiyetnamelerin Yorum Şekilleri

Vasiyetnameler yorumlanırken iki farklı yol izlenmektedir. Birincisi ölüme bağlı tasarrufların yorumu denince ilk akla gelen açıklayıcı yorumdur. Bir de tamamlayıcı yorum bulunmaktadır<sup>97</sup>.

Açıklayıcı yorum, ilk olarak ölüme bağlı tasarrufun geçerli olup olmadığını belirlemektedir; eğer geçerliyse mirasbırakanın anlamı kuşkulu, ikircikli, çapraşık irade beyanlarının açıklanmasını sağlamaktadır<sup>98</sup>. Başka bir ifade ile mirasbırakanın beyan edilmiş bir iradesi vardır. Yorum ile mirasbırakanın bu irade beyanına ne anlamı verdiği ve bu beyanla ne söylemek istediği tespit edilmeye, böylece son arzuları ortaya çıkarılmaya çalışılır<sup>99</sup>. Vasiyetname yorumlanırken vasiyetnamenin düzenlendiği tarih göz önünde bulundurulmaktadır<sup>100</sup>.

Tamamlayıcı yoruma vasiyetnamede baştan veya sonradan ortaya çıkan boşluk hallerinde başvurulmaktadır<sup>101</sup>. Tamamlayıcı yorumla bu boşluklar mirasbırakanın farazi iradesine göre doldurulmaktadır<sup>102</sup>.

İki yorum türü arasındaki farktan bahsederek açıklayıcı yorumda mirasbırakanın irade beyanıyla ne söylemek istediği araştırılarak gerçek iradesi tespit edilmeye çalışılırken, tamamlayıcı yorumda ölüme bağlı tasarruftaki, konumuz bakımından ise vasiyetnamedeki boşluğun tamamlanabilmesi amacıyla mirasbırakanın farazi iradesi belirlenmeye çalışılmaktadır<sup>103</sup>. Farazi iradeye göre eğer mirasbırakan boşluğu bilseydi ne isterdi şeklinde bir araştırma yapılır<sup>104</sup>.

Tamamlayıcı yorumun eleştirildiği nokta, mirasbırakanın iradesi yerine, yorum yapanın iradesinin geçtiği ileri sürülmektedir<sup>105</sup>.

<sup>96</sup> Öncü, s. 312.

<sup>97</sup> Serozan/Engin, Rona/Engin, Baki İlkay: Miras Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, İstanbul 2014, s. 446; Öztan, s. 229; Öncü, s. 313.

<sup>98</sup> Serozan/Engin, s. 446; Ergüne, s. 44.

<sup>99</sup> Öztan, s. 229; Öncü, s. 313.

<sup>100</sup> Öncü, s. 313.

<sup>101</sup> Serozan/Engin, s. 446; Öztan, s. 229; Akyol, s. 5.

<sup>102</sup> Öztan, s. 229; Serozan/Engin, s. 446; Baygın, s. 568; Öncü, s. 313.

<sup>103</sup> Öncü, s. 313.

<sup>104</sup> Serozan/Engin, s. 447.

<sup>105</sup> Öztan, s. 234.

Her iki yorum türü açısından da ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı andaki gerçek ve farazi irade araştırılmaktadır<sup>106</sup>.

#### IV. VASIYETNAMELERDE ÖZEL YORUM KURALLARINDAN FAVOR TESTAMENTİ İLKESİ

Şüphe halinde hukuki işlemi ayakta tutma kuralı, vasiyetnamelerde “*favor testamenti*” olarak ifade edilmektedir<sup>107</sup>. “Vasiyetnameyi kurtarıcı” yorum ilkesi olarak da adlandırılmaktadır<sup>108</sup>. Zira ölüme bağlı tasarrufun ya da bir hükmünün yapılacak yorumla hem geçerli hem geçersiz sayılabilmesi mümkünse, ölüme bağlı tasarrufun geçerli sayılmasını sağlayacak yorum kabul edilmektedir<sup>109</sup>. Böylece mirasbırakanın son isteklerine mümkün olduğunca saygı gösterilecek, geçerlilik kazandırılacak ve yaşama geçirilecektir<sup>110</sup>. Vasiyetnameyi ayakta tutmaya bu kadar önem verilmesinin nedeni, mirasbırakanın bu tasarrufu geçerli biçimde tekrar yapma durumunun söz konusu olmamasıdır<sup>111</sup>. Dikkat edilirse favor testamenti ilkesi her durumda vasiyetnameyi geçerli kılacak yorum yapmamakta, sadece iki türlü yorumda mümkünse geçerli kılacak olanı tercih etmektedir<sup>112</sup>.

Favor testamenti ilkesi belirttiğimiz gibi bir yorum kuralıdır ve mirasbırakanın beyanı yorumlanmaktadır. Ancak bu ilke ile mirasbırakanın açıkça beyan ettiği ve herhangi bir sorun olmayan bir konuyu değiştirmek, düzeltmek ve tamamlamak mümkün değildir<sup>113</sup>. Aynı şekilde bu ilke ile şekil kurallarına uygun yapılmamış bir beyanı vasiyetnameye dahil etmek de mümkün değildir. Ancak şekle uygun yapılmış eksik veya açık olmayan bir beyanı düzeltmek ya da yapılan hatalı bir tasarrufu ortadan kaldırmak mümkündür. Bu ilke çerçevesinde yorum yapılırken vasiyetname içi olgular gibi vasiyetname dışı olgulara da başvurulabilmektedir<sup>114</sup>.

<sup>106</sup> Öncü, s. 313.

<sup>107</sup> Öztan, s. 236; İmre, Zahit/Erman, Hasan: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2016, s. 118; İnan, A. Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan: İnan - Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiştir, 9. Bası, Bilgi Yayın-  
evi, Ankara 2015, s. 269.

<sup>108</sup> Serozan/Engin, s. 453; Oğuzman, s. 173.

<sup>109</sup> Oğuzman, 173; Dural/Öz, s. 221; Öztan, s. 236.

<sup>110</sup> Dural/Öz, s. 221; Serozan/Engin, s. 453; Baygın, s. 574.

<sup>111</sup> Serozan/Engin, s. 454.

<sup>112</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 269.

<sup>113</sup> İmre/Erman, s. 118.

<sup>114</sup> Dural/Öz, s. 221.

Roma Hukukundan gelen favor testamenti (vasiyetin üstün tutulması) ilkesi Medeni Kanunu'muzda genel bir hüküm olarak düzenlenmemiştir<sup>115</sup>. Ancak hem doktrinde hem de mahkeme kararlarında vasiyetnamenin yorumlanmasında uygulanacak ilkelere biri olarak yer almaktadır<sup>116</sup>.

Türk Medeni Kanunu'muzda favor testamenti ilkesinin yer aldığı genel bir hüküm bulunmamakla birlikte tek tek hükümlerde bu ilkenin bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir<sup>117</sup>. Örnek olarak Türk Medeni Kanunu'nun 504. maddesinin 2. fıkrası verilebilir. Bu hükme göre, ölüme bağlı tasarruflarda kişinin veya şeyin belirtilmesinde açık yanılma hâli varsa ve mirasbırakanın gerçek arzusu şüpheye düşülmeksizin kesin olarak tespit edilebilirse, tasarruf bu arzuya göre düzeltilir yani mirasbırakanın irade beyanı tespit edilen gerçek iradesine uygun olarak yorumlanmaktadır şeklinde ifade edilmektedir. Böylece favor testamenti ilkesi doğrultusunda vasiyetname ayakta tutulup mirasbırakanın son arzusunun yerine gelmesi sağlanmaktadır. Bu durumda mirasbırakan iradede değil, beyanda hata yapmıştır ve mirasbırakanın neden olduğu yanılma hali ölüme bağlı tasarrufun iptali sebebi oluşturmamaktadır. Örneğin, mirasbırakanın vasiyetnamede hukuki veya teknik terimleri ya da miras bırakılan kişinin ismini veya niteliklerini yanlış söylemesi hallerinde mirasbırakanın gerçek iradesi kesin olarak tespit edilebiliyorsa bu ölüme bağlı tasarruf beyan hatası nedeniyle iptal edilmeyip gerçek iradesine ve arzusuna göre yorumlanıp geçerli kabul edilecektir<sup>118</sup>.

Favor testamenti ilkesine dayanan bir başka hükmün ise Türk Medeni Kanunu'nun 577. maddesinin 2. fıkrası olduğu söylenebilir<sup>119</sup>. Bu hükmün 2. fıkrası şöyle ifade edilmiştir. Tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa belli bir amaç için yapılan kazandırmaların, o topluluğu oluşturan kişiler tarafın-

<sup>115</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 270; Dural/Öz, s. 221, 222; Taşatan, s. 579; Baygın, s. 574; Ayan, s. 156; Y. 3. HD., E. 2013/13211 K. 2013/17415 T. 09.12.2013, <https://www.lexpera.com.tr/>, 17.02.2024.

<sup>116</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 270; Taşatan, s. 579; Baygın, s. 574; Gaziantep BAM, 1. HD., E. 2020/278 K. 2022/1204 T. 5.10.2022; Y. 3. HD., E. 2014/22183 K. 2015/17797 T. 12.11.2015; Sakarya BAM, 1. HD., E. 2021/1009 K. 2021/1289 T. 14.10.2021, <https://www.lexpera.com.tr/>, 17.02.2024.

<sup>117</sup> Dural/Öz, s. 222; İnan/Ertas/Albaş, s. 270.

<sup>118</sup> İmre/Erman, s. 119; Dural/Öz, s. 222; Serozan/Engin, s. 455; Taşatan, s. 585-586; Aksoy Dursun, Sanem: "Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 66 Sayı: 2, 2008, s. 313; Baygın, s. 575.

<sup>119</sup> Serozan/Engin, s. 454; Dural/Öz, s. 222; İmre/Erman, s. 118; Aksoy Dursun, s. 313-314; Kılıçoğlu, s. 190.



dan, mirasbırakan tarafından belirlenen bu amacı gerçekleştirme kaydıyla birlikte edinileceği; amacın bu şekilde gerçekleştirilmesine olanak yoksa, yapılan kazandırmanın vakıf kurma sayılacağı belirtilmektedir. Bu fıkrayı açıklarsak hukukumuzda göre ancak gerçek ve tüzel kişiler hak ehliyetine sahiptir ve bu kişiler mirasçı ve vasiyet alacaklısı olabilmektedirler. Bu nedenle tüzel kişiliği olmayan cemaat ve topluluklara ölüme bağlı tasarruflarla bağış yapılamamakta ve bunlar mirasçı atanmamaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu'muz kapsamında mirasbırakanın son arzularının gerçekleştirilebilmesi amacıyla yaptığı ölüme bağlı tasarrufun geçerli kabul edilebilmesini sağlayacak yönde bir hüküm getirilmiş ve yapılan kazandırmaların tüzel kişiliği olmayan cemaat ve toplulukları oluşturan kişilere ait olacağını, eğer bu mümkün değilse vakıf kurulmuş sayılacağını kabul etmiştir<sup>120</sup>. Böylece favor testamenti ilkesi çevirme(tahvil) yoluyla ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutmaktadır<sup>121</sup>.

Başka örnekler olmakla birlikte son olarak Türk Medeni Kanunu'nun 583. maddesinin 2. fıkrasını da örnek olarak verebiliriz<sup>122</sup>. Bu fıkraya göre, mirasbırakan tarafından artmirasçı atanmış olmasına rağmen önmirasçı kararlaştırılmamışsa, bu ölüme bağlı tasarruf ayakta tutularak yasal mirasçı, önmirasçı kabul edilmektedir.

Bazı görüşlerde favor testamenti ilkesinin, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarda uygulanacağı konusunda kuşku bulunmadığı; ancak bu ilkenin, şekil eksikliği konusunda uygulanıp uygulanmayacağı konusunun tartışmalı olduğu belirtilmiştir<sup>123</sup>. Ancak bu ilkenin ölüme bağlı tasarrufların şekil eksikliğini gidermek için uygulanamayacağını belirten görüş de bulunmaktadır<sup>124</sup>. Bu görüşü savunanlara göre ölüme bağlı tasarrufların ve konumuz bakımından vasiyetnamelerin şekil şartları kanunda düzenlenmiştir. Favor testamenti ilkesine kanun hükümlerinin yorumunda değil, ölüme bağlı tasarruflardaki mirasbırakanların irade beyanlarının yorumunda dayanılmaktadır. Ancak kanunda yer alan şekil şartları tespit edilirken bir tereddütte kalınırsa şekil kurallarını, ölüme bağlı tasarrufun içeriğini ve ölüme bağlı tasarrufu geçerli kılacak biçimde yorumlamak gerektiği belirtilmektedir<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> İmre/Erman, s. 118; Dural/Öz, s. 222; Oğuzman, s. 173; Aksoy Dursun, s. 313-314.

<sup>121</sup> Dural/Öz, s. 222; Serozan/Engin, s. 454; Oğuzman, s. 173; Aksoy Dursun, s. 314; Antalya, s. 238.

<sup>122</sup> İmre/Erman, s. 118.

<sup>123</sup> Dural/Öz, s. 222.

<sup>124</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 270; Oğuzman, s. 172.

<sup>125</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 270.

## V. SÖZLÜ VASİYETNAMENİN ELEKTRONİK ARAÇLARLA YAPILMASI

Sözlü vasiyetnamenin yapılabilmesi için olağanüstü bir halin bulunması ve el yazılı veya resmi vasiyetnamenin yapılamaması gerektiğinden bahsetmiştik. Olağanüstü hallere örnek olarak Türk Medeni Kanunu'nun 539. maddesinin 1. fıkrasında yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi durumlar verilmiştir. Bu sayım sınırlayıcı değildir. Bunların dışında sel baskını, deprem, gemi yolculuğunda batma tehlikesi, uçağın düşme tehlikesi, çığ altında kalma, maden göçükleri gibi örnekler verilebilir<sup>126</sup>. Doktrinde vasiyetname yapmak isteyen kişinin hayat tecrübelerine göre hayatta kalıp kalamayacağını belli olmadığı durumlar, başka bir ifade ile mirasbırakanın vasiyet yapma olanağını kaybedebileceği şüphesi bulunan durumlar olağanüstü hal kapsamında değerlendirilmektedir<sup>127</sup>.

Sözlü vasiyetnamenin yapılabilmesi için aranan el yazılı veya resmi vasiyetnamenin yapılamaması şartının çok dar yorumlanmaması gerekmektedir. Örneğin, özellikle açık denizde geminin batmaya veya uçağın düşmeye başlaması durumlarında mirasbırakan kişinin el yazılı vasiyetname yapabileceğini ifade etmek ve sözlü vasiyetin yapılabilmesi için mutlak olarak el yazılı vasiyetname yapılamaması koşulunu aramak, ulaşılması mümkün olmasa da kişiyi el yazılı vasiyetname yapmaya zorlamaktır. Böyle durumlar için el yazılı vasiyetname yapma imkanının olmadığını kabul en uygun olanıdır. Zira batan gemide ya da düşen uçaktaki el yazılı vasiyetnamelere ulaşmak mümkün değildir<sup>128</sup>. Ayrıca olağanüstü halde kişinin şoka girmesi ve kendisinin çok yakın bir ölüm tehlikesi içinde bulunduğunu düşünmesi nedeniyle sözlü vasiyet yapması durumunda somut olayın özellikleri de göz önünde bulundurularak bu sözlü vasiyetin geçerli kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>129</sup>.

Elektronik vasiyetnamelerde Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş vasiyetnameler gibi mirasbırakan son arzularının yer aldığı tek taraflı ölüme bağlı irade açıklamalarında bulunmaktadır. Buna göre tanımlarsak elektronik vasiyetname, mirasbırakanın son arzularının ve isteklerinin yer aldığı vasiyet bırakma iradesini, elektronik ortamda veri olarak üretmesini ve bu verilerin

<sup>126</sup> **Savaş**, Abdurrahman: "İnternette Tek Taraflı Hukuki İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, Yıl 2007, s. 81-82; **Ertuğrul**, s. 36.

<sup>127</sup> **Çağlayan Aksoy**, s. 1634; **Ertuğrul**, s. 36.

<sup>128</sup> **Savaş**, s. 85.

<sup>129</sup> **Savaş**, s. 82; **Kayak**, s. 206-207.

istenirse kaydedilip saklanmasını mümkün kılan araçlar vasıtasıyla açıklamasını sağlayan, gelişmiş teknolojiye uygun tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar<sup>130</sup>. Doktrindeki bazı görüşler, mirasbırakan tarafından üretilen elektronik vasiyetnamenin kaydedilip saklanmaya elverişli olmasını arayıp tanımda yer verirken, bazı görüşler de elektronik vasiyetnamenin kaydedilip saklanmaya elverişli olmasını aramadığı için tanımda zorunlu bir unsur olarak ön görmemektedir<sup>131</sup>. Bizim kanaatimiz ise bunun isteğe ve durum ve koşullara bağlı olduğu yönündedir. Önemli olan sözlü vasiyetnamenin aranan şekil şartlarının sağlanabilmesi durumudur. Ayrıca konumuz açısından şunu da belirtmeliyiz ki elektronik vasiyetname ile mirasbırakan kişinin başkalarını telefonla veya başka elektronik araçlarla sesli ya da hem sesli hem görüntülü arayıp son arzularını bildirmesi yahut telefon veya herhangi bir elektronik alete son arzularını sesli ya da hem sesli hem görüntülü kaydetmesi anlatılmak istenmektedir.

Elektronik vasiyetnameler bakımından kanunda yer alan sıkı şekil şartlarının amaçlarından olan mirasbırakanı uyarma, ölüme bağlı tasarrufların tahrip edilmesini engelleyerek içeriğini güvence altına alma ve mirasbırakanın kimliğinin tam olarak tespit edilmesini sağlama noktalarında gerekli önlemler alındığında, elektronik vasiyetnameler ölüme bağlı tasarruflar yapmak isteyen kişilerin tercih edeceği bir yol olacaktır. Ancak bazı hususlar bakımından elektronik vasiyetler, kanunda düzenlenmiş olan sözlü vasiyetnamelere göre daha fazla güvence vermektedir. Bu hususları açıklarsak sözlü vasiyetnameler olağanüstü durumlarda yapılmaktadır. Bu nedenle ilk olarak mirasbırakan kişinin kimliğini kesin olarak tespit edecek bir mekanizma yoktur. Kimlik tespiti sadece tanıklar aracılığıyla sağlanmaktadır ki tanıkların mirasbırakanı görmeleri her zaman mümkün olmamaktadır ve bu koşul aranmamaktadır. İkinci olarak mirasbırakanın vasiyet bırakma iradesini beyan ettiği an ile bu beyanın yazılı hale getirildiği an arasında geçen süre nedeniyle mirasbırakanın gerçek iradesinin tam ve sağlıklı olarak aktarılabilmesi konusunda şüphe duyulabilir. Ayrıca mirasbırakanın irade beyanının gerçekliğinin denetiminin sadece iki tanık tarafından yapılmış olduğu düşünülürse bu şüphe artabilir<sup>132</sup>. Oysa mirasbırakan tarafından elektronik araçlarla yapılacak görüntülü veya sesli vasiyetlerle bu şüpheler ve sakıncalar azaltılabilir. Görüntülü veya sesli vasiyetlerde mirasbırakanın kimliği hemen he-

<sup>130</sup> Ahmet **Türkmen**, “Dijital Vasiyetname ve Vasiyetlerin Şekle Uygunluğunun Türk Pozitif Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020/2, s. 1242.

<sup>131</sup> Görüşler için bkz. **Türkmen**, s. 1242.

<sup>132</sup> **Türkmen**, s. 1298.

men şüpheye yer vermeyecek derecede tespit edilebilir. Görüntülü ve sesli vasiyetlerde mirasbırakanın görüntüsü ve sesi kimliğinin tespitinde kullanılabilir. Aynı şekilde sadece sesli vasiyetlerde ise mirasbırakanın sesi, fiziksel ve davranışsal olarak ölçülerek kimliğinin tespitinde kullanılabilir. İkinci olarak mirasbırakan tarafından elektronik araçlarla yapılan görüntülü veya sözlü vasiyet, elektronik veri olarak kalıcı biçimde kaydedilirse, mirasbırakanın irade beyanı tanıklar aracılığıyla aktarılmadığı için irade beyanının değiştirilme durumu da söz konusu olmaz. Görüntülü veya sesli vasiyet yoluyla mirasbırakanın son istek ve arzuları, tanıkların onu anladığı ve ifade ettiği şekilde değil, doğrudan mirasbırakanın irade beyanına göre gerçekleştirilmektedir<sup>133</sup>. Ayrıca ölüme bağlı tasarrufların tahrif edilmesinin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmasının istendiği gibi yapay zeka gibi sistemler aracılığıyla kişilerin sesleri ve görüntüleri kullanılarak sahte vasiyetnameler yapılması da engellenmelidir<sup>134</sup>.

Elektronik vasiyetin sağladığı bir avantaj ve aynı zamanda elektronik vasiyet yapılmasını zorunlu kılan başka bir durumdan da bahsedilmelidir. Dikkat edilirse kanunumuz sözlü vasiyette bulunan kişilerle aynı fiziki ortamda başka kişilerin de bulunduğunu ve bu kişilerin hayatta kalıp mirasbırakanın son arzularını iletebileceğini düşünmüştür<sup>135</sup>. Bu düşünce teknolojinin günümüzdeki gibi gelişmiş olmaması ve kanunda veya geçmişte yer alan bilimsel görüşlerde elektronik vasiyet yapılabileceğinin öngörülmemesinden kaynaklanabilmektedir. Ancak bu düşünce her zaman gerçekleşmeyebilir. Örnek verirse, maden ocağı göçüklerinde mahsur kalan kişiler veya yaşanan depremler nedeniyle göçük altında kalan kişiler, tek başına oldukları gibi seslerini yüzeydeki insanlara duyuramayacak kadar da derinde olabirler. Bu durumlarda mahsur kalan kişiler, kimliklerini ifade ederek yardım istemek amacıyla elektronik araçlarla yukarıdaki kişilere ulaşabiliyorlarsa, aynı şekilde ölüm tehlikesinin çok yakın olduğunu hissettiklerinde sözlü vasiyette bulunup son arzularını beyan edebilmelidirler. Zira olağanüstü durum içinde bulunan kişileri, dış dünyadaki kişilerle fiziken iletişim kuran ve kuramayan olarak ayırmak, fiziken iletişim kuranların son arzularını gerçekleştirirken, diğerlerinin sözlü vasiyet yapamayacaklarını ifade etmek doğru değildir<sup>136</sup>. Karşılaşılabilir bir başka durum ise olağanüstü durumlarda aynı fiziki ortamda ölüm tehlikesine çok yakın olan kişiden başka kişiler de bulunmakta ve onlara sesini duyurabilmektedir. Ancak bu kişiler aynı dili

<sup>133</sup> **Türkmen**, s. 1300.

<sup>134</sup> **Ertuğrul**, s. 38-39.

<sup>135</sup> **Savaş**, s. 83; **Türkmen**, s. 1301.

<sup>136</sup> **Savaş**, s. 83-84; **Koyuncu**, s. 71.

konuşmadıkları için yapılacak sözlü vasiyetin anlaşılması mümkün değildir. Bu nedenle fiilen böyle bir vasiyet yapmak mümkün olmaz. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki açık denizde geminin batmaya veya uçağın düşmeye başladığı ya da yakın zamanda yaşadığımız 6 Şubat 2023 tarihinde gerçekleşen deprem gibi çok şiddetli bir deprem nedeniyle birçok evin yıkıldığı ve çoğu kişinin göçük altında kaldığı durumlarda aynı dili konuşup sözlü vasiyet yapılan tanıklarla, aynı fiziki ortamda bulunulması nedeniyle onların akıbetinin de sözlü vasiyet yapanla aynı olacağı büyük bir ihtimaldir<sup>137</sup>. Bu durumda yapılan sözlü vasiyetin hayata geçirilme ihtimali bulunmamaktadır. Ancak şunu da hatırlatma gereği duyulmaktadır. Kişilerin vefat etmeden önce vasiyet bırakması zorunlu değildir. Vasiyet bırakmayan kişiler bakımından da Türk Medeni Kanunu uygulanarak vefat eden kişiden geriye kalan terekesi üzerinde gerekli işlemler yapılmaktadır.

Elektronik vasiyetlerde mirasbırakan son istek ve arzularını, tablet, bilgisayar, akıllı telefonlar ve benzeri araçlar aracılığıyla beyan etmektedir<sup>138</sup>. Kişi içinde bulunduğu olağanüstü durumdan kurtulamayacağını ve yanındaki kişilere sözlü vasiyet yapmasının anlamsız olacağını anlamışsa ilk durumda yanında bulunan anlık iletişim sağlayan araçlar yardımıyla elektronik ortamda telekonferans veya video konferans yöntemiyle hem sesli hem görüntülü ya da sadece sesli olarak iki tanığa son arzularını iletebilmektedir<sup>139</sup>. Ancak mirasbırakan tarafından yapılan bu beyanın sözlü vasiyetnamenin tanıklara ilişkin koşulunu sağlayıp sağlamadığını inceleyecek olursak mirasbırakan ile tanıkların aynı fiziki ortamda bulunmaları gerekmemektedir. Burada önemli olan nokta tanıkların mirasbırakanı görmeleri şart olmayıp sesini duymaları ve kimliğinden şüphe etmemeleridir. Bu durumda mirasbırakan anlık iletişim sağlayan araçlarla elektronik ortamda iki tanıkla aynı anda telekonferans veya video konferans yöntemi ile iletişim kurup son arzularını açıklaması halinde sözlü vasiyetnamenin şekil şartları gerçekleşmiş olmaktadır. Zira önemli olan tanıklara aynı anda açıklamaktır. Tanıkların da aynı fiziki ortamda bulunmaları şart olmayıp diğer bir tanığın daha bulunduğunu ve dinlediğini bilmeleri yeterli olmaktadır<sup>140</sup>. Örneğin, madende yaşanan çökme nedeniyle göçük altında kalan bir kişinin iki tanığı görüntülü veya sesli arayarak son arzularını bildirmesi ve onlara bu vasiyetnameyi yazma veya yazdırma görevi yüklemesi durumunda sözlü vasiyet yapmıştır<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> Savaş, s. 84-85; Koyuncu, s. 71-72.

<sup>138</sup> Türkmen, s. 1301.

<sup>139</sup> Savaş, s. 86; Türkmen, s. 1301.

<sup>140</sup> Türkmen, s. 1301; Savaş, s. 85.

<sup>141</sup> Türkmen, s. 1301.

Aynı durum mirasbırakanın son arzularını içeren ses kaydı veya video kaydını tanıklara gönderip onlara bu görevi yüklemesi halinde de gerçekleşmektedir. Burada tanıkların farklı zamanlarda bu kayıtları görmesi veya dinlemesi önem arz etmemektedir. Zira önemli olan mirasbırakanın son arzularını içeren beyanların tek seferde yapılmasıdır<sup>142</sup>. Ancak bazı görüşler son arzuların tanıklara aynı anda açıklanmasının da bazı durumlarda aranmayacağını kabul etmektedir. Örneğin, düşen uçakta bir mirasbırakanın aklına telekonferans yöntemi gelmeyebilir veya nasıl yapacağını bilmeyebilir ve iki tanığı peş peşe arayabilir. Tanıklardan da aynı şekilde telefonun hoparlörünü açıp başka bir tanığa da dinletmesini ya da telefonunun veya hattının bahsedilen bu özelliklere sahip olmasını beklemenin doğru olmadığı ifade edilmektedir. Bu durumda da sözlü vasiyetin kabul edilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir<sup>143</sup>. Kanaatimize göre kişilerin yeterince teknolojik bilgiye sahip olmamaları veya yaşanan olağanüstü hal nedeniyle düşünememeleri çokça yaşanabilecek bir durumdur. Bu nedenle mirasbırakan kişinin tanıkları peş peşe arayarak iletişime geçmesi ancak peş peşe iletişime geçilen tanıkların sonradan birbirlerini teyit eden şekilde duyduklarını tutanağa aktarmaları koşuluyla mirasbırakanın yaptığı sözlü vasiyetname geçerli kabul edilmelidir. Tanıklara gönderilen ses kaydı ve video kaydı bakımından da mirasbırakan kişi şokta olmasından dolayı düşünememiş olup kişilere ayrı ayrı kayıtlar göndermiş olabilir. Özellikle ses kayıtları bakımından bu çok daha mümkündür. Bu durumda tanıkların birbirlerinden haberdar olup gönderilen kayıtların tespiti ve teyidi ile mirasbırakanın son arzularını tutanağa aktarmaları şartıyla geçerli bir sözlü vasiyetnameden söz edilebilir.

Her zaman bir tanığa ulaşılması ya da elektronik araçlarla başka biri ile iletişim kurulması mümkün olmayabilir. 6 Şubat 2023 yılında yaşanan Kahramanmaraş merkezli deprem bize bunu en acı şekilde göstermiştir. Türk Medeni Kanunu'muzda, gelişen teknolojiye rağmen kişinin elektronik araçlarla vasiyetname yapmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada kanaatimize bilinçsiz boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk, Türk Medeni Kanunu'muzun 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, kanunda uygulanabilir bir hüküm olmadığında, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, eğer bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir, hükmüne göre doldurulmalıdır. Mirasbırakanın, olağanüstü durumda tanıkların bulunmaması ya da tanıklara ulaşamaması veya yanında bulunan kişilerle aynı dili konuşmaması gibi nedenlerle iletişim kuramaması halle-

<sup>142</sup> Ertuğrul, s. 38-39.

<sup>143</sup> Savaş, s. 85.

rinde kendi yanında bulunan elektronik araca son arzularını sesli veya görüntülü olarak kaydetmesi mümkündür. Kanaatimizce kişi olağanüstü durumda tanıklara ulaşıp bildirimde bulunmayı düşünemeyebileceği gibi yanındaki elektronik araca sesli veya görüntülü olarak kayıt yapmayı kendi açısından daha güvenli de bulabilir ve bu nedenle elektronik araca yapılacak kayıtların sözlü vasiyet olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Mirasbırakan öldükten sonra kendisine ve sesli veya görüntülü son arzularına ilişkin beyanını içeren elektronik araca ulaşılması durumunda, hakim kanun boşluğunu doldururken, mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi amacıyla sözlü vasiyetname için kanunda aranan şekil şartlarını sözlü vasiyette aramaması gerekmektedir. Zira kanunda resmi ve el yazılı vasiyetname dışında olağanüstü durumlarda sözlü vasiyetname yapma imkanının tanınmasının nedeni mirasbırakanın son arzularına duyulan saygı ve bunların hayata geçirilmesi için gösterilen çabadan ötürüdür<sup>144</sup>. Kanaatimizce sözlü vasiyetnamenin geçerli kabul edildiği diğer şekillerde vasiyetname yapma imkanı doğduğu tarihten itibaren bir aylık süre, elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyet bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Zira mirasbırakanın elektronik araçlarla sözlü vasiyette bulunduktan sonra yaşıyor halde kendisine ulaşılsa dahi yaşadığı olağanüstü durumun etkisinden kurtulamadan vefat etmesi söz konusu olabilir. Bu durumda mirasbırakandan yeni bir vasiyetname düzenlemesinin beklenmesi çok makul görünmemekle birlikte zaten vefatı bir aylık süreç içinde gerçekleşmektedir.

Elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetlerde tanık konusunda tereddüt yaşanması söz konusu olabilir. Ancak sözlü vasiyetnamelerde yer alan tanıkların görevi, mirasbırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini, son arzularının varlığını, son arzularını olağanüstü durumda kendilerine bildirdiğini ve iradesi ile son arzularının birbirine uygun olduğunu tespit etmektir. Belirttiğimiz tüm bu görevler, mirasbırakanın yanında bulunan elektronik araçla sesli veya görüntülü olarak yaptığı kayıtlarla daha iyi bir şekilde yerine getirilmektedir. Bu durumda vasiyetnamelerde, kanunun öngördüğü şekil kurallarıyla varılmak istenen amaca, elektronik vasiyetlerde başka bir yolla varıldığı için kanun boşluğunun doldurulmasına gerek olmaksızın, elektronik vasiyetlerin geçerliliği kabul edilmelidir<sup>145</sup>.

İsviçre Hukuku'nda miras hukukuna ilişkin yapılacak düzenlemelere sözlü vasiyet ile ilgili hükümler de dahil edilmiş ve sözlü vasiyete ilişkin hükümlerin uygulamasının yaygınlaştırılması amaçlanmıştı. Mirasbırakanın

<sup>144</sup> **Türkmen**, s. 1302.

<sup>145</sup> **Türkmen**, s. 1267, 1302.

son arzularını iletebilmek amacıyla yararlanabileceği araçlar görsel ve işitsel araçlardır. Bu nedenle İsviçre Hukuku'nda yapılacak düzenlemelere ilişkin hazırlanan ön tasarıda “sözlü veya görsel/işitsel vasiyetnameye” yer verilmişti<sup>146</sup>. Ancak bahsedilen değişiklik önerisine, İsviçre Medeni Kanunu'nda 1.1.2023 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeler arasında yer verilmemiştir<sup>147</sup>.

## VI. ELEKTRONİK ARAÇLARLA YAPILAN SÖZLÜ VASİYETNAMELERİN YORUMU

Elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetin yorumlanabilmesi için ilk olarak tanıkların kendilerine yüklenen ve kabul ettikleri görevi yerine getirmek amacıyla vakit geçirmeksizin bir sulh veya asliye mahkemesine başvurarak sözlü vasiyeti, vasiyetname haline getirmelidirler. Aynı şekilde mirasbırakanın sesli veya görüntülü olarak elektronik araçla yaptığı kaydı bulan kişilerin de mahkemeye başvurarak bu kayıtların yazılı hale getirilmesini talep etmeleri gerekmektedir. Elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetlerde tanıkların mirasbırakan ile aynı ortamda bulunması gerekmediğinden tanıkların mahkemelere erişmesi daha kısa sürede ve daha kolay olabilir. Böylece vasiyetnamenin tanıklar tarafından unutulmasının veya tahrifinin önüne geçilerek mirasbırakanın son arzuları mümkün olduğunca yerine getirilecektir. Aynı şekilde sesli veya görüntülü kaydedilen elektronik sözlü vasiyetlerin mahkemeye başvurana kadar unutulmayacağından, tahrif edilemeyeceğinden veya tahrif edilmesi durumunda bunun tespit edileceğinden bahsedilebilir.

Hakim, mirasbırakan kişinin elektronik araçlarla yaptığı irade beyanları ile kanunun vasiyetnamelerde öngördüğü şekil kurallarıyla varılmak istenen amaca ulaşıldığını tespit ederse bu ölüme bağlı tasarrufları geçerli kabul etmelidir. Daha sonra gerek elektronik araçlarla tanıklara yapılan beyanların yazılı hale getirilmesi durumunda bu belge üzerinden, gerekse hem mirasbırakanın elektronik araçla yaptığı kayıtlar hem de bu kayıtların yazılı hale getirilmiş şekilleri üzerinden sözlü vasiyetnamelerin yorumu hakim tarafından yapılmalıdır. Hakim, sözlü vasiyetnameleri yorumlarken ister vasiyetnamenin tümünü, ister bir hükmünü yorumlasın vasiyetnameyi bir bütün olarak dikkate alıp yorum yapmalıdır.

Elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetnameler bakımından da güveni korunması gereken bir muhatap bulunmadığı ve tek taraflı ölüme bağlı tasarruf oldukları için mirasbırakanın iç iradesi dikkate alınmaktadır, muha-

<sup>146</sup> Detaylı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy, s. 1650-1654.

<sup>147</sup> Ertuğrul, s. 38.



tabın vasiyetnameden ne anlaması gerektiği araştırılmamaktadır. Bu nedenle elektronik vasiyetnamelerin yorumlanmasında da irade teorisi kabul edilmektedir<sup>148</sup>.

Elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetnameler bakımından yorum yoluyla mirasbırakanın irade beyanının anlamı tespit edilirken mirasbırakanın irade beyanına verdiği anlam göz önünde bulundurularak onun sadece kişisel anlayışı kriter olarak alınmaktadır<sup>149</sup>. Bunun için de vasiyetname dışı olgular olan mirasbırakanın kişiliği, karakteri, hayat tarzı, ailesi ve çevresindeki kişiler ile arasındaki ilişki, dünya görüşü, malvarlığının durumu ile başka ölüme bağlı tasarruf yapıp yapmadığı incelenerek, mirasbırakanın düşünce dünyası anlaşılıp yaptığı ölüme bağlı tasarrufun açık ve net olup olmadığı belirlenebilir<sup>150</sup>.

Elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetnameler bakımından da mirasbırakanın her irade beyanı yorumlanmaz. Zira yorumun amacı gerçek iradenin araştırılıp bulunması olduğundan dolayı anlamı açık ve net ve mirasbırakanın iradesine uygun olan irade beyanlarının yorumlanmasına gerek duyulmamaktadır<sup>151</sup>. Ancak mirasbırakan elektronik araçlarla sözlü vasiyette bulunurken iradesini net bir şekilde açıklamamış, muğlak, eksik ya da gizli beyanları varsa veya hukuken doğru ifadeler kullanılmamış ise vasiyetnamenin ayakta tutulması için hakim tarafından yorumlanmalıdır. Böylece yorum ile açık olmayan veya birden fazla anlama gelen ifadeler netleştirilmektedir. Elektronik sözlü vasiyetname sesli veya görüntülü olarak kaydedilmişse hakimin yorum yaparken bu kayıtları dinlemesi ve izlemesi durumunda, kişinin konuşmasının duraklamasından ya da ses tonunun tereddüdünden aynı şekilde kendisine tanıdığı düşünme süresinden, hareketlerinden, yüz ifadelerinden ve mimiklerinden mirasbırakan kişinin çelişkide kaldığı veya tam karar veremediği noktaları tespit edip hangi noktaları aydınlatması gerektiğine hakim daha rahat karar vermektedir.

Elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetnameler de yorum türlerinden açıklayıcı yorumun alt başlığı olarak ima teorisi<sup>152</sup> çerçevesinde yorumlanmaktadır. Bu bağlamda mirasbırakanın elektronik araçlarla yaptığı sözlü va-

<sup>148</sup> Öztan, s. 229; Dural/Öz, s. 219-220, 224; Ergüne, s. 17; Öncü, s. 311.

<sup>149</sup> Öncü, s. 311-312.

<sup>150</sup> Öztan, s. 231; İnan/Ertas/Albaş, s. 268-269; Baygın, s. 572; Öncü, s. 315.

<sup>151</sup> Dural/Öz, s. 220.

<sup>152</sup> İma teorisi, vasiyetnamelerin de dahil olduğu şekle bağlı hukuki işlemlerde mirasbırakanın iradesi belgede açık olarak yer almamakla birlikte, mirasbırakanın ne istediğini ima etmek suretiyle ifade etmiş olmasıdır. Bkz. Öztan, s. 232; Öncü, s. 317-318.

siyetinde de en azından bir imada bulunması aranmaktadır. İmada bulunması halinde sözlü vasiyetnamesi asıl unsur olup vasiyetname dışı durum ve koşullar göz önünde bulundurularak yorum yapılacaktır. Kanaatimizce özellikle mirasbırakanın sözlü vasiyetini elektronik araçlarla kaydettiği durumlarda hakimin yorum yapması çok daha kolay olacaktır. Zira hakim yazılı belge haline gelen sözlü vasiyetname ile birlikte mirasbırakanın sadece sesli ise sesini, eğer hem sesli hem görüntülü ise sesi ile birlikte hareketlerini de yorum yaparken değerlendirebilecektir. Ayrıca elektronik sözlü vasiyetnamelerde tanıklar, mirasbırakanın bir irade beyanı açısından imada bulunduğu noktayı duymayabilirler ya da ne kadar önemli olduğunun farkına varamayabilirler. Bununla birlikte sesli veya görüntülü kaydedilen sözlü vasiyetnameler, hakim tarafından dinlenir veya izlenirken mirasbırakanın irade beyanını ima ettiğinin farkına varılıp, vasiyetname dışı olgulardan da yararlanarak son arzusunun gerçekleşmesi sağlanabilir.

Vasiyetnamenin yorumunda özel bir hüküm olan favor testamenti ilkesi elektronik araçlarla yapılan vasiyetnameler bakımından özel bir önem arz etmektedir. Bu ilke kapsamında geçerli olarak yapılmış irade beyanları yorumlanmaktadır. Ancak bu ilkenin çok katı uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz ve gelişen teknoloji de bizi böyle düşünmeye yönlendirmektedir. Bu bağlamda şekil eksikliği hali de favor testamenti kapsamında değerlendirilip eğer kanunun vasiyetnamelerde öngördüğü şekil kurallarıyla varılmak istenen amaca, elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetnamelerle ulaşıldığı tespit edilirse bu ölüme bağlı tasarrufların geçerli kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Zira Türk Medeni Kanunu’nda genel olarak düzenlenmemekle birlikte Türk Medeni Kanunu’nun 504. maddesinin 2. fıkrasında yer alan favor testamenti ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme yaparsak elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetlerde kişi içinde bulunduğu olağanüstü durum nedeniyle kişinin veya şeyin belirtilmesinde yanılabilir. Eğer kişinin yaptığı sözlü vasiyet kaydedilmişse yanılma halinin, sesinden veya görüntüsünden ve içinde bulunduğu halin yarattığı etkiden açıkça anlaşılacağı ve mirasbırakanın gerçek arzusunun şüpheye düşülmeksizin kesin olarak tespit edilebileceği düşüncesindeyiz. Bu nedenle kanununda yer alan şekil kurallarıyla varılmak istenen amaca elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetlerle daha güvenli bir şekilde varılıyorsa favor testamenti ilkesinin uygulanmaması için bir neden bulunmadığı kanaatindeyiz. Böylece favor testamenti ilkesi doğrultusunda elektronik araçlarla yapılan sözlü vasiyetname ayakta tutulup mirasbırakanın son arzusunun yerine getirilmesi sağlanmaktadır.

## SONUÇ

Yakın zamanda yaşadığımız merkezi Kahramanmaraş olan deprem ile yine yakın zamanda Elazığ'da yaşadığımız maden göçüğü göstermektedir ki olağanüstü durumlarda yapılan sözlü vasiyetnamelerde Türk Medeni Kanunu'muzun genel olarak kabul ettiği gibi mirasbırakanın yanında her zaman tanık bulunmamaktadır ya da bulunan tanıkların akıbeti de ne yazık ki genellikle mirasbırakan ile aynı olmaktadır. Bu durumda mirasbırakanlar olağanüstü durumun dışında bulunan kişilerle elektronik araçlarla iletişim kurarak sözlü vasiyet yapabilmelidirler. Bununla birlikte kimi zaman da yaşanan olağanüstü olaylar nedeniyle internetin çekmemesi ya da iletişim araçlarıyla kişiler arasında iletişim kurulamaması söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda kişiler, sözlü vasiyetlerini elektronik araçlara kaydedebilmelidirler. Vasiyetnamelerin sıkı şekil şartlarından dolayı bu elektronik araçlara kaydedilen sözlü vasiyetlerin kabul edilmemesi mirasbırakan kişinin son arzu ve isteklerine geçerlilik kazandırılarak yaşama geçirilmesini engellemektedir. Ayrıca olağanüstü durum içinde bulunan mirasbırakanın dış dünyadaki kişilerle fiziken iletişim kurmasının hiç mümkün olmadığı bir halde, fiziken iletişim kurmadığı için kişilerin sözlü vasiyet yapamayacaklarını ifade etmek doğru değildir.

Her şeyin bu kadar hızlanıp pratikleştiği bir dönemde elektronik vasiyetnameler, kanunda yer alan sıkı şekil şartlarının amaçlarından olan mirasbırakanı uyarma, ölüme bağlı tasarrufun tahrif edilmesini engelleme ve mirasbırakanın kimliğinin tam olarak tespit edilmesini sağlama noktalarında gerekli güvenceleri sağladığında, pratik, hızlı ve masrafsız olmaları nedeniyle ölüme bağlı tasarruf yapmak isteyen kişilerin tercih edeceği bir yol olacaktır. Ayrıca şunu belirtmekte de fayda bulunmaktadır, özellikle sesli veya görüntülü kaydedilen sözlü vasiyetnamelerde kişinin kimliğini ve tahrife uğrayıp uğramadığını tespit etmek kanunda belirtilen sözlü vasiyetnamelere göre çok daha pratik ve basit olacaktır.

Elektronik sözlü vasiyetnamelerin hakim tarafından yorumlanması, bu vasiyetnameler sesli veya görüntülü kayıt olarak yer alıyorsa çok daha kolay olacaktır. Hakim elektronik sözlü vasiyetnameleri yorumlarken açıklayıcı yoruma dayanarak ima teorisi çerçevesinde hareket edecektir. Özellikle kaydedilen sesli veya görüntülü sözlü vasiyetnamelerde mirasbırakanın yaşadığı çelişki, vasiyetnamede bir imada bulunup bulunmadığı daha kolay tespit edilebileceğinden hakimin yorum yaparken daha net sonuçlara varmasını sağlayacak ve mirasbırakanın son arzuları olabildiğince hayata geçirilip gerçekleştirilecektir.

### KAYNAKÇA

- Aksoy Dursun**, Sanem: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 66 Sayı: 2, 2008, s. 311-326.
- Akyol**, Şener: Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Antalya**, O. Gökhan: Miras Hukuku, Legal, İstanbul 2015.
- Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Legal, İstanbul 2015, (Borçlar Hukuku).
- Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin, Ankara 2016.
- Baygın**, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, Sayı: 1-2, 2000, s. 567-594.
- Canbolat**, Ferhat: Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Çağlayan Aksoy**, Pınar: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 11.12.2017 Tarihli Kararı Işığında Sözlü Vasiyetnamenin Koşulları Hakkında Bir Değerlendirme”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 4, Ekim 2018, s. 1623-1658.
- Dural**, Mustafa/Öz, Turgut: Miras Hukuku, Onbirinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Dural**, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Eren**, Fikret/Yücer Aktürk, İpek: Türk Miras Hukuku Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Ergüne**, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Ertuğrul**, Meltem: “Doğal Afet Yaratan Depremlerin Miras Hukuku’na İlişkin Sonuçları”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 88, Sayı: 3, Aralık 2023, s. 1-52.
- Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, 7. Baskı, Onikilevha, İstanbul 2018.
- İmre**, Zahit/Erman, Hasan: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2016.

- İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: İnan - Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiştir, 9. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.
- Kanıslı**, Erhan: İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, Onikilevha, İstanbul 2018.
- Kayak**, Sevgi: “Türk Hukukunda Sözlü Vasiyetname”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 58 Sayı: 1-2, 2000, s. 189-220.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 8. Bası, Turhankitabevi, Ankara 2018.
- Koyuncu**, Ferhat: Türk Hukuku’nda Sözlü Vasiyetname, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013.
- Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Öncü**, Özge: “Vasiyetnamelerin Yorumunda İma Teorisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, s. 307-374.
- Özbilen**, Arif Barış: “İstisnai ve İkincil Bir Vasiyet Türü: Sözlü Vasiyetname”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 71, Sayı: 4, 2022, s. 1559-1587.
- Öztan**, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Yedinci Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016.
- Öztan**, Bilge/**Öztan**, Fırat: “Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun’daki ve Noterlik Kanunu’ndaki Şekil Şartları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 3585-3615.
- Savaş**, Abdurrahman: “İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukuki İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, 2007, s. 51-91.
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, İstanbul 2014.
- Taşatan**, Caner: “Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu’na Yansımaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 1, 2021, s. 571-605.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993.

**Türkmen, Ahmet:** “Dijital Vasiyetname ve Vasiyetlerin Şekle Uygunluğunun Türk Pozitif Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020/2, s. 1239-1320.

**Yakupoğlu, S. Derya:** “Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 136, 2018, s. 225-262.

<http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-540>

<https://www.kazanci.com.tr/>

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

#### **KISALTMALAR**

- BAM.** : Bölge Adliye Mahkemesi  
**Bkz.** : Bakınız  
**E.** : Esas  
**HD.** : Hukuk Dairesi  
**HGK.** : Hukuk Genel Kurulu  
**K.** : Karar  
**MK.** : 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (Medeni Kanun)  
**RG.** : Resmi Gazete  
**s.** : sayfa  
**T.** : Tarih  
**TMK.** : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu  
**vd.** : ve devamı  
**YİBHKG.** : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Kısmı Genel Kurulu



## RİZİKONUN TRAFİK IŞIĞI KURALLARININ İHLALİ SEBEBİYLE GERÇEKLEŞMESİNDE KUSUR VE SİGORTA ETTİRENİN BU İHLALİNİN SİGORTA TAZMİNATININ ÖDENMESİNE ETKİSİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1484697>

Arş. Gör. Aktan ÖZKAN\*

### Öz

*Sigorta sözleşmesinde teminat altına alınmış bir riziko gerçekleştiğinde, sigortacının sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. Ancak bazı durumlarda, rizikonun gerçekleşmesinde sigorta ettirenin kusuru büyük rol oynamaktadır. Bu açıdan sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal ederek rizikoya sebebiyet vermesi, sigorta hukukunda ezelden beridir tartışma konusu olan bir durumdur. Gerek yargı kararlarında gerekse de doktrinde, bu ihlal türü özellikle kusurun derecelendirilmesi yönünden tartışılmıştır.*

*Bu çalışmada öncelikle trafik ışığı kurallarını ihlal halinde failin kusurunun derecesine ilişkin doktrindeki görüşler ve mahkeme kararları derlenmiştir. Ardından trafik ışığı kurallarını ihlalin çeşitli görünüş biçimleri tasnife tabi tutulmuş ve bu çeşitli görünüş türleri, özellikle kusurun derecelendirilmesi yönünden değerlendirilmiştir. Yine kusurun nitelendirilmesine yönelik uygulamadaki terminoloji farklılıklarına değinilmiştir.*

*Sigorta hukuku bağlamında trafik ışığı kurallarını ihlalin kusur yönünden değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, sigorta ettirenin bu çerçevedeki bir ihlalinin sigorta tazminatının ödenmesi üzerine bir etkisi olup olmadığı irdelenmiştir. Gerçekten de TTK m.1429 göz önüne alındığında, trafik ışığı kurallarının ihlal edilip trafik kazasına sebebiyet verilmesi, sigorta ettirenin kusurunun derecesine göre, kasko sigortası tazminatının veya zorunlu mali mesuliyet (trafik) sigortası tazminatının ödenmesinde farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır.*

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (aktan.ozkan@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7038-9099 (Gönderim Tarihi: 15.05.2024-Kabul Tarihi: 30.07.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



**Anahtar Kelimeler**

*Sigorta Sözleşmesi, Riziko, Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusur, Kırmızı Işık, Sigorta Tazminatı*

**THE FAULT IN THE OCCURRENCE OF RISK DUE TO  
VIOLATION OF TRAFFIC LIGHT RULES AND  
THE IMPACT OF THE POLICYHOLDER'S VIOLATION ON  
THE PAYMENT OF INSURANCE INDEMNITY**

*(Research Article)*

**Abstract**

*When a risk covered by the insurance policy occurs, it triggers the insurer's obligation to pay the insurance indemnity. However, in some cases, the policyholder's fault plays a significant role in the occurrence of the risk. From this perspective, the policyholder causing a risk by violating traffic light rules has been a longstanding subject of debate in insurance law. In both judicial decisions and legal doctrine, this type of violation has been extensively discussed, particularly concerning the grading of fault.*

*In this study, firstly, the opinions in doctrine and court decisions regarding the degree of fault of the policyholder in case of violation of traffic light rules are compiled. Then, various appearance types of violation of traffic light rules were classified and these various appearance types were evaluated, especially in terms of grading the fault. In addition, differences in terminology regarding the characterization of the concept of fault that have been derived in practice are mentioned.*

*After evaluating the violation of traffic light rules in terms of fault in the context of insurance law, it is discussed whether a violation of the policyholder in this context has an effect on the payment of insurance indemnity. Indeed, considering TCC Article 1429, violating traffic light rules and causing a traffic accident causes different legal consequences in the payment of motor insurance indemnity or compulsory financial liability (traffic) insurance indemnity, depending on the degree of fault of the policyholder.*

**Keywords**

*Insurance Contract, Risk, Fault in the Occurrence of the Risk, Red Light, Insurance Indemnity*

## I. HUKUKİ MESELENİN TESPİTİ, KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE PLAN

### A. Hukuki Meselenin Tespiti

Bireylerin toplumsal hayatta yaşamlarının kesiştiği noktaların başında trafik gelir. Hem araçların hem de yayaların oluşturduğu trafikteki düzenin güvenli bir şekilde sağlanıp sürdürülebilmesi için gerek 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda<sup>1</sup> (KTK) gerekse de bu kanunun muhteviyatından doğan yönetmeliklerde çeşitli hükümler tesis edilmiştir. Söz konusu yönetmeliklerin başında da, evrensel nitelikteki trafik ışığı kurallarını düzenleyen “Trafik İşaretleri Hakkında Yönetmelik”<sup>2,3</sup> gelmektedir.

Sürücülerin, kırmızı ışıkta durmaları gerekirken, durmayıp geçiş yapmaları ve sürüşe devam etmeleri bu kuralın en yoğun şekilde ihlal edilme biçimidir. Objektif nitelikteki bu kuralın ihlal edilmesinin hukuk dünyasında birtakım sonuçlarının olacağı aşikardır. Zira bu eylemiyle birlikte, sürücünün objektif düzeyde makul ve dürüst bir sürücü modelinin örnek davranışından sapması söz konusudur. Trafikte bir aracın işletilmesi başlı başına bir tehlike sorumluluğu hali iken<sup>4</sup>, sürücünün bir de trafik ışığı kurallarını ihlal etmesi,

<sup>1</sup> 13.10.1983 tarihli 18195 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan bu Kanun’un amacı karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri belirlemek olup trafikle ilgili kuralları, şartları, hak ve yükümlülükleri, bunların uygulanmasını ve denetlenmesini kapsar. Çalışmanın devamında “KTK” olarak anılacaktır.

<sup>2</sup> Yönetmelik 19.06.1985 tarihli 18789 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Oluşturulma nedeni KTK’nın “Trafik İşaretleri” başlıklı 15.maddesidir.

<sup>3</sup> Yönetmeliğin 9. maddesine göre trafik ışığı kurallarının önemli bir bölümü aşağıdaki şekildedir:

*“Trafik ışığının güvenli akışını sağlamak, araçların ve yayaların yolu sırayla kullanmalarını düzenlemek amacıyla tesis edilen ışıkların anlamları şöyledir:*

***Yeşil Işık** : Yolun trafiğe açık olduğunu gösterir. Bu ışık yanmakta iken, durmadan geçilir. Kavşakta doğrultu değiştirilecek ise dönüş manevrasına başlanır ve trafik kurallarına uyulmak suretiyle hareket edilir.*

***Sarı Işık** : İkaz mahiyetinde olup yanış sırasına göre yolun trafiğe kapanmak veya açılmak üzere olduğunu gösterir. Yeşil ışıktan sonra yanması, yolun trafiğe kapanmak üzere olduğunu bildirir. Bu ışık yandığında, emniyetle durulamayacak kadar yaklaşmış ise normal geçiş yapılır, aksi halde yaya geçidi işgal edilmeden durulur. Kırmızı ışıkla birlikte yanması, yolun trafiğe açılmak üzere olduğunu bildirir. Bu halde beklemekte olan sürücülerin harekete hazırlanması gerektiğini gösterir.*

***Kırmızı Işık** : Yolun trafiğe kapalı olduğunu ve mutlak bir duruş yapılmasını bildirir. Bu ışık yanmakta iken, aksine bir işaret yoksa, hiçbir yöne hareket edilemez.”*

<sup>4</sup> Bu hususta bkz. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 772 vd.; **Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel

trafiğin güvenle akışını sağlamaya ve araçlar ile yayaların sıra ile yolu kullanmalarına engel bir davranış teşkil etmektedir. Bu davranış aynı zamanda, sürücünün trafik kazası rizikosuna sebebiyet verme ihtimalini de ciddi oranda arttırmaktadır.

Sigorta hukuku açısından, sigorta ettirenin alkolün etkisiyle rizikoya sebebiyet vermesi halinde, meydana gelen zararların sigorta kurumu tarafından karşılanıp karşılanmayacağı ezelden beridir tartışılan bir meseledir. Bu hususta motorlu kara araçları branşına dair tartışma konusu olan bir diğer başlık da sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal ederek trafik kazası rizikosuna sebebiyet vermesidir.

Tartışmaya yanıt verebilmek adına değerlendirilmesi gereken ilk husus, sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal edip trafik kazası rizikosuna sebebiyet vermesi halinde, kusurlu olup olmadığı; kusurlu ise kusurunun ağırlığının derecesine ilişkindir. Sigorta ettirenin bu eylemi kast veya ihmal derecesinde kusur teşkil edebileceği gibi, bazı hallerde kendisine kusur isnat edilememesi de söz konusu olabilir. Nihayetinde bunun tespit edilmesi önem arz eder. Zira ikinci olarak tartışılacak sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödeyip ödemeyeceği (*veya sözleşmede hüküm bulunuyorsa -hangi oranda ödeyeceği-*) meselesi, ancak bu davranıştaki kusurun derecesinin belirlenmesi ile mümkün hale gelir.

### B. Konunun Sınırlandırılması

Çalışmanın konusu ilk olarak kişi bakımından sınırlandırılmaya tabi tutulmuştur. Gerçekten de TTK m.1429 uyarınca rizikonun gerçekleşmesinde yalnızca sigorta ettirenin değil, aynı zamanda sigortalının ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu buldukları kişilerin kusuruna da birtakım hüküm ve sonuçlar bağlanmıştır. Fakat uygulamada sıklıkla sigorta ettirenin aracı üzerinde kendi menfaatini sigortalattığı ve dolayısıyla sigortalı sıfatını da haiz olduğu göz önüne alınarak çalışmanın kapsamı yalnızca sigorta ettiren/sigortalı/işletenin trafik ışığı kurallarını ihlal edip rizikoya sebebiyet vermesi haliyle sınırlandırılmış, bunların hukuken sorumlu buldukları kişilere<sup>5</sup> ilişkin ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır.

Hükümler Cilt-2, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 206 vd.; **Gönül Koşar**, Günhan: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 847.

<sup>5</sup> Nitekim TTK m.1429'un lafzı ve özellikle "*hukuken sorumlu buldukları kişiler*" kavramı, yeterli açıklık olmaması nedeniyle doktrinde de eleştiri konusu olmuştur. Bu hususta, detaylı açıklamalar için bkz. **Yolal**, Oğuz: "TTK m.1429/1 Kapsamında Sigorta Ettirenin veya Sigortalının Hukuken Fiillerinden Sorumlu Buldukları Kişilerin Tes-

Diğer yandan trafik ışığı kuralı ihlalinin trafikte gerçekleştiği göz önüne alındığında, sigorta himayeleri bakımından bu ihlal ile kasko sigortası sözleşmesi ve karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası (trafik) sözleşmesi<sup>6</sup> derin ilişkiler içerisinde. Her ne kadar bu iki sigorta türü, sigortacılık tekniği bakımından motorlu kara araçları şeklinde aynı branşta yer alsalar da hukuki nitelikleri gereği, sırasıyla mal sigortasının ve sorumluluk sigortasının birer türü olduklarından; özellikle sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesindeki kusuru karşısında, sigorta şirketi tarafından sigorta tazminatının ödenip ödenmemesi bağlamında yapılan değerlendirmeler de bu iki sigorta türü ile sınırlı tutulmuştur<sup>7</sup>.

Sigorta ettirenin, trafik ışığı kurallarını ihlal edip trafik kazası rizikosuna sebebiyet vermesi halinde kusurunun derecesinin tespiti, çalışmada ilk yanıt aranacak meseledir. Bu mesele, aynı zamanda TTK m.1472 ve TTK m.1481'de düzenleme alanı bulan sigortacının halefiyeti ilkesi ile bağlantılıdır. Konunun trafik sigortası sözleşmesini yakından ilgilendirmesi nedeniyle KTK m.95/2<sup>8</sup> ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın (*Trafik Sigortası Genel Şartları olarak anılacak-*

---

piti", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2023, s. 340 vd.; **Orbay Ortaç**, Nurdan: "Sigortalanan Olaya Kusur ile Sebebiyet Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi", Erciyes Üniversitesi HFD, Cilt 16, Sayı 2, 2021, s. 91 vd.; **Küçük**, Damla: "Kara Taşıtları Kasko Sigortası Bağlamında, Türk Ticaret Kanunu'nun 1429/1. Maddesinde Geçen "Sigorta Ettiren veya Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler" Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme, İnönü Üniversitesi HFD, Cilt 11, Sayı 1, 2020, s. 42 vd.

<sup>6</sup> Karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası pasifin sigortası niteliğinde bir sorumluluk sigortası olmakla beraber, gerek doktrinde gerek uygulamada "*trafik sigortası*" olarak anılmaktadır. Bu nedenle çalışmanın birçok yerinde *trafik sigortası* terimi tercih edilmiştir.

<sup>7</sup> Hal böyle olmakla beraber, müşteriler tarafından duyulan ihtiyaçlar neticesinde sigortacılık uygulamasında kasko sigortası sözleşmesi ile beraber ferdi kaza sigortasına ve ihtiyari mali sorumluluk sigortasına ilişkin teminatların da sunularak bir paket halinde "*Motorlu Kara Araçları Birleşik Kasko Sigortası Poliçesi*" düzenlendiği de yaygın olarak görülmektedir. Bkz. **Ulaş**, Işıl/**Bektaş**, İbrahim: Sigorta Hukuku Birinci Cilt Zarar Sigortaları - I, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s. 644. Bu açıdan ferdi kaza sigortasında rizikonun kusur ile gerçekleştirilmesine ilişkin açıklamalar için bkz. **Akgün**, Evrim: Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 290 vd.

<sup>8</sup> Trafik sigortasına ilişkin olarak "*Tazminatın azaltılması veya kaldırılması sonucunu doğuran haller*" başlıklı KTK m.95/2 şu şekildedir:  
"(2) Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir."

tır.) B.4.a. maddesi<sup>9</sup> de bu açıdan özel hüküm niteliğindedirler. Çalışmada sigorta şirketinin halefiyeti meselesine detaylı olarak değinilmeyecektir<sup>10</sup>, ancak özellikle sigorta şirketinin zarar görene trafik sigortası tazminatını ödediği durumlarda, sigorta ettirene rücu hakkının bulunup bulunmadığı; bulunuyorsa bunun hangi hallerde mümkün olduğuna, sigorta ettirenin kusurunun derecesi ışığında temas edilecektir.

Son olarak trafik ışığı kurallarını ihlal eylemi, trafik güvenliğini tehlikeye soktuğundan, suça ilişkin maddi ve manevi unsurların mevcudiyeti halinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)' nun "*Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma*<sup>11</sup>" başlıklı 179. maddesi ile "*Trafik Güvenliğini Taksirle Tehlikeye Sokma*<sup>12</sup>" başlıklı 180. maddesi uyarınca, trafik ışığı kurallarını ihlal eden faile hapis cezası öngörülmüştür. Fakat trafik ışığı kurallarını ihlalin doktriner açıdan cezai boyutu, bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> "Sigortalıya başlıca şu nedenlerle rücu edilir:

a) Tazminatı gerektiren olay, sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kastî bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise"

<sup>10</sup> Sigortacının halefiyetinin hukuki niteliği için bkz. **Omağ**, Merih Kemal: Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 47 vd.; sigorta şirketinin halefiyetinin gerçekleşme şartlarına ilişkin bkz. **Kızılsümer**, Bahar: Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 55 vd.; sigortacının halefiyetinin hüküm ve sonuçları açısından bkz. **Damar**, Cahit: Sigortacının Kanuni Halefiyeti ve Rücu Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 165 vd.; sigortacının kanuni halefiyeti açısından TTK m.1472 ve TTK m.1481 hükümlerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu ile birlikte ayrıntılı şekilde değerlendirilmesine ilişkin bkz. **Sopacı Öztuna**, Birgül: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi, BATİDER, Cilt 28, Sayı 3, 2012, s. 118 vd.; özel olarak sorumluluk sigortalarında sigortacının kanuni halefiyetine ilişkin bkz. **Yazıcıoğlu**, Emine: "Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti", Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 467 vd.

<sup>11</sup> Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun unsurlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Doğan**, Koray/**Meraklı**, Serkan: Trafik Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3.Bası, Ankara 2023, s. 86 vd; **Çelik**, Çelik Ahmet: Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta - Hukuk ve Ceza Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, 4. Bası, Ankara 2023, s. 279 vd. Bu suç tipine dair Yargıtay'ın uygulamasına ilişkin bkz. **Kılıçoğlu**, Mustafa: Ceza Hukuku ve Borçlar Hukuku Açısından Trafik Kazaları Tazminat - Sigorta - Rücu ve Yargıtay Uygulaması, Bilge Yayıncılık, Ankara 2014, s. 85-89.

<sup>12</sup> Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma suçunun unsurlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Doğan/Meraklı**, s. 102 vd; bu suç tipine dair Yargıtay'ın uygulamasına ilişkin bkz. **Kılıçoğlu**, s. 150-152.

<sup>13</sup> Kaldı ki ceza hukukunda faile ceza yaptırımının uygulanabilmesi, tipe uygun ve hukuka aykırı eylemin faile kişisel olarak da isnat edilebilmesini gerektirdiğinden, failin eylemindeki kusurunun değerlendirilmesinde subjektif kusur teorisi temel alınmaktadır. Bkz.

### C. Plan

Çalışma, üç kısım ve sonuç bölümünden oluşmaktadır. İlk kısımda “*Trafik Işığı Kurallarının İhlalinde Kusura İlişkin Doktrinindeki Görüşler ve Yargı Kararları*” başlığıyla önce trafik ışığı kurallarının ihlalde kusura ilişkin özellikle sigorta hukuku doktrinindeki görüşler belirtilmiştir. Daha sonra ise, trafik ışığı kurallarının ihlalde kusura ilişkin yargı kararları sunulmuştur. Her ne kadar trafik ışığı kuralı ihlalinin cezai boyutuna ilişkin değerlendirmeler çalışma kapsamı dışında kalsa da özellikle kusurun değerlendirilmesi yönünden bazı ceza yargılaması kararlarının da derlenip sunulmasında fayda görülmüştür.

“*Trafik Işığı Kurallarının İhlalin Çeşitli Görünüş Biçimleri ve İhlaldeki Kusura İlişkin Değerlendirmeler*” başlıklı ikinci kısımda ise öncelikle trafik ışığı kurallarının ihlalin tek tip olmadığına değinilmiş ve uygulamada karşılaşılan trafik ışığı kurallarının ihlalin görünüş biçimleri derlenip bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Daha sonra, bu görünüş biçimleri karşısında sigorta ettirenin kusurlu olup olmadığına; kusurlu ise kusurunun derecesine yönelik değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu kısımda son olarak trafik ışığı kurallarının ihlal halinde kusura ilişkin bazı özellik arz eden durumlara değinilmiştir. Özellikle uygulamada hatalı şekilde yer edinmiş “*trafik ışığı kuralı ihlalinin olası kast derecesinde kusuru barındırdığı*” varsayımı çürütülmeye çalışılmış, asli kusur - tali kusur ayırımına dair açıklamalarda bulunulmuştur.

Üçüncü kısım “*Sigorta Ettirenin Bu İhlalinin Sigorta Tazminatının Ödenmesine Etkisi*” başlığını taşımaktadır. Bir üst başlıkta, trafik ışığı kurallarının ihlali halinde trafik kazası rizikosuna sebebiyet veren sigorta ettirenin kusurunun değerlendirilmesi ile varılan hukuki sonuçların, bu başlıkta sigorta şirketinin sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğüne etki edip etmediği incelenmiştir. Bu bağlamda öncelikle TTK m.1429/1 ile Türk hukukunda mevcudiyetini sürdüren “*Ya Hep Ya Hiç*” ilkesinden bahsedilmiş, ardından bu hususta karşılaştırmalı hukuka göz atılmıştır. Sigorta ettirenin, kırmızı ışıkta geçip trafik kazasına sebebiyet vermesi halinde, sigorta şirketinin kasko sigortası tazminatını ve trafik sigortası tazminatını ödeyip ödemeyeceği konusunda açıklamalarda bulunulmuştur.

“*Sonuç*” başlıklı bölümde ise, ikinci ve üçüncü kısımda yapılan ara değerlendirmeler derlenmiş, öneri mahiyetinde birtakım görüşler sunulmuş ve çalışma sonlandırılmıştır.

---

**Meraklı**, Serkan: Ceza Hukukunda Kusur, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 31. Bu açıdan sorumluluk hukuku ve sigorta hukuku bağlamında benimsenen objektif kusur teorisinin ceza hukukunda benimsenmesi mümkün değildir. Bkz. **Meraklı**, s. 87-88.

## II. TRAFİK IŞIĞI KURALLARININ İHLALİNDE KUSURA İLİŞKİN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER VE YARGI KARARLARI

### A. Trafik Işığı Kurallarının İhlalinde Kusura İlişkin Doktrindeki Görüşler

Doktrinde trafik ışığı kurallarının ihlalinde kusurun derecesine ilişkin hakim görüş, bu konuda bir genelleme yapmanın yanlış olacağı yönündedir.

*Ünan*, trafik ışığı kurallarını ihlalin “*en azından ilk yaklaşımda kusur*” olarak nitelendirilebileceği görüşündedir<sup>14</sup>. Fakat yine de trafik ışığı kurallarının ihlalinde mutlak bir niteleme yapılmasının mümkün olmadığını, zira kırmızı ışığa uymamanın yerine göre kast, ağır veya hafif ihmal, hatta kimi zaman kusursuz bir eylem niteliğinde dahi olabileceğini ifade etmiştir. Her somut olay için ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Hal böyle olmakla birlikte sigorta ettiren ve sigorta şirketi sözleşmede, trafik ışığı kurallarını ihlal halini “*ağır kusur*” olarak belirleyip bunun aksinin kanıtlanmasını sigorta ettirene bir külfet olarak kararlaştırabilirler<sup>15</sup>.

*Memiş*, öncelikle münferit olaylara ilişkin olarak kusurun ağırlığının değerlendirilmesinin ilk derece mahkemesi hakiminin takdirine bırakıldığını, bu nedenle her somut olayda objektif ve sübjektif olguların hakim tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, kırmızı ışıkta geçen sigorta ettirenin bu davranışının ağır kusurun<sup>16</sup> objektif yanını ortaya koyduğunu, fakat somut olaylarda sigorta ettirenin bu davranışını mazur gösterebilecek sübjektif olgular varsa, bunların da kusurun derecesinin belirlenmesi açısından ilk derece mahkemesi hakimi tarafından göz önüne alınması gerektiğini ifade etmiştir. Şayet kırmızı ışıkta geçen sigorta ettirenin ağır kusurlu olarak nitelendirilebilecek bu davranışına karşılık, eylemini mazur gösterebilecek bir savunması<sup>17</sup> bulunmuyorsa, trafik ışığı kurallarını ihlal ağır kusur olarak kabul edilmelidir<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Bkz. *Ünan*, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt VI Yargı Kararları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 202.

<sup>15</sup> Bkz. *Ünan*, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I Birinci Kısım Genel Hükümler (Madde 1401-1452), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 312-313.

<sup>16</sup> Yazar, her ne kadar ağır kusur kavramını kullanmış ise de bunun esasında “ağır ihmal” olduğunu fakat içtihatlar ve süregelen ayırım “hafif - ağır kusur” şeklinde olduğu için bu kavramı tercih ettiğini ifade etmiştir. Bkz. *Memiş*, Tekin: “Sigorta Hukukunda Ağır Kusur ve Kırmızı Işık İhlali Konulu Bir Hukuk Genel Kurul Kararı Değerlendirmesi”, Reasürör, Sayı 54, 2004, s. 5.

<sup>17</sup> Sigorta ettirenin “*dalgınlık, zamanlama hatası, sağlık problemleri*” gibi anlık dikkatsizliklerinin mazur görülebileceği, fakat bu iddiaların mutlaka mahkeme dosyasına sunul-

Trafik ışığı kurallarının ihlalinde kusurun derecesine ilişkin doktrinde yapılan görüşlere katılan *Avcı* da kırmızı ışıkta durmayan sigorta ettirenin trafik kurallarını ihlal ettiğini ve trafiğin güvenliği açısından bir tehlike arz etmesi nedeniyle, sigorta ettirenin ağır kusurla hareket ettiğinin aksi ispatlanabilir bir karine olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>19</sup>. Ayrıca sigorta ettirenin kusurunun derecesinin belirlenmesinin sigorta hukuku açısından bir önemi bulunduğunu, zira kırmızı ışıkta kasten bir geçiş yapıldıysa ve bu sebeple riziko gerçekleşmesine sebep olunduysa, sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğünden kurtulduğunu belirtmektedir<sup>20</sup>.

*Kara*, Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihatlarına göre ağır kusur kavramının değerlendirilmesinde, sadece trafik kurallarının getirdiği objektif ölçütlerin yeterli olmadığını, bununla beraber sorumlu tutulan sigorta ettireni ilgilendiren sübjektif hal ve şartların da dikkate alınması gerektiğini, zira sübjektif şartların ağır kusuru hafifletebildiğini belirtmektedir<sup>21</sup>. Sürücünün sadece trafik ışıklarına uymaması eylemini baz alarak kast veya ağır kusur yönünde bir nitelendirme yapmaya çalışmanın hatalı olacağını, zira kırmızı ışıkta geçmenin bir dalgınlık sonucu olabileceği gibi, bazen kalp krizi geçirip bilincini yitirme sebebiyle de gerçekleşebileceğini ve sigorta ettirenin asli kusurlu sayılmasına rağmen, somut olayın özelliğine göre ağır kusurlu kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir<sup>22</sup>.

*Yavaşı* de sigorta ettirenin, hal ve şartların yüklediği özen gösterme ve tedbir alma görevlerine veya bir hareket tarzı emreden objektif kurallara “tam bir aldırmazlık” içinde bulunması halinde ağır kusurlu olarak değerlendirileceğini; fakat araç sürücüsü sigorta ettirenin salt kırmızı ışıkta geçmesi nedeniyle trafik kurallarına aykırı davranışının %100 kusurluluk teşkil etse dahi, başlı başına kast veya ağır kusur olduğu anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir<sup>23</sup>.

---

ması ve hakimi de ikna edecek ölçüde ispat faaliyetinin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. **Memiş**, s. 18.

<sup>18</sup> Bkz. **Memiş**, s. 18.

<sup>19</sup> Bkz. **Avcı**, Zehra: Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusurun Sigorta Tazminatı ve Sigorta Bedelinin Ödenmesine Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 84-85.

<sup>20</sup> Bkz. **Avcı**, s. 85.

<sup>21</sup> Bkz. **Kara**, Hacı: Sigorta Hukuku, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 363.

<sup>22</sup> Bkz. **Kara**, s. 363.

<sup>23</sup> Bkz. **Yavaşı**, Mahmut: Kara Taşıtları Sigortaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 408-409.



*Çelik* de trafik ışığı kurallarının ihlal edilip kırmızı ışıkta durulmamasının, tıpkı kaygan zeminde ani fren yapma, hatalı sollama, mucurlu yolda hızını kesmeme, kavşaklara ve dönemeçlere hızla girme, uykusuz ve yorgun uzun süre araç kullanma gibi durumlar ile muadil görülebileceğini; kaza yapan sürücünün yüzde yüz ve tam kusurlu bulunabilecek olmasına karşın, bu hallerin “*dikkatsiz ve tedbirsizce, kurallara ve yasaklara aykırı*” olarak araç kullanma kapsamında olduğunu, bu sebeple sürücünün kusurunun ağırlığının “*kasıtlı veya kasta yakın bir ağır kusur*” sayılamayacağını belirtmiştir<sup>24</sup>.

*Karasu*, somut olayın kendi özel yapısı içerisinde bir değerlendirilmeye tabi tutulmaksızın, kırmızı ışıkta geçmenin her somut olay için ağır kusur oluşturacağını kabul etmenin, tıpkı trafik ışığı kurallarını ihlal etmek gibi KTK m.84 kapsamında asli kusur sayılan diğer tüm hallerin de sigorta teminatı kapsamı dışında bırakılması sonucunu doğuracağını, ne Kanun’da ne de Trafik Sigortası Genel Şartları’nda bu konuda açık bir düzenlemeye yer verildiğini belirtmiştir<sup>25</sup>. Kırmızı ışıkta geçen sürücünün ağır kusuru konusunda somut olaydan bağımsız nitelikte genel bir kural öngörmek ve kesin nitelendirmelerde bulunmak hatalıdır<sup>26</sup>.

*Karasu*’ya göre, bir sürücü, hiçbir neden yok iken kırmızı ışıkta geçerse, bu davranışı ağır kusurludur. Ancak sürücü, kırmızı ışık henüz yanmadan sarı ışıkta kavşağı geçeceğini ümit ederek hareket etmiş fakat kavşağı geçmeden kırmızı ışık yanmışsa, bu tür zamanlama hatalarında, somut olayın diğer şartları da değerlendirilerek ağır kusurdan bahsedilmemesi söz konusu olabilir<sup>27</sup>. Ayrıca sigorta şirketinin zarar görene ödediği tazminat bedeli nedeniyle, sigorta ettirene rücu edebilmesi için zararın doğumuna neden olan trafik ışığı kurallarını ihlal ile sigorta ettirenin ağır kusuru arasında bir nedensellik bağının da olması gerekir<sup>28</sup>.

## B. Trafik Işığı Kurallarının İhlalinde Kusura İlişkin Yargı Kararları

Trafik ışığı kurallarının ihlalinde kusura ilişkin hem Yargıtay ilgili Hukuk Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu’nun hem de Yargıtay ilgili Ceza Daireleri ile Ceza Genel Kurulu’nun kararları bulunmaktadır. Her ne kadar

<sup>24</sup> Bu hususta bkz. *Çelik*, s. 957.

<sup>25</sup> Bkz. *Karasu*, Rauf: Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 115-116.

<sup>26</sup> Bkz. *Karasu*, s. 116.

<sup>27</sup> Bkz. *Karasu*, s. 116.

<sup>28</sup> Bkz. *Karasu*, s. 116.

ceza yargılamasında failin kusurlu olup olmadığına ilişkin ceza hakiminin değerlendirmesi, hukuk hakimini bağlamasa da<sup>29</sup> özet bir şekilde ilgili Yargıtay Ceza Dairelerinin kararlarına değinmek faydalı olacaktır.

### 1. Ceza Yargılamasına İlişkin Yargıtay Kararları

Trafik ışığı kurallarının ihlali nedeniyle ceza yargılamasına konu olmuş kararlar incelendiğinde, tartışma konusu yapılan iki başlık olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, dosyadaki beyanlar dışında, sanıktan veya mağdurdan hangisinin kırmızı ışıkta geçtiğine dair bir delil bulunamamasına yöneliktir. Taraflardan hangisinin kırmızı ışıkta geçtiğinin tespit edilemediği ceza yargılamalarında, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi gereğince, beraat kararı verilmiştir. Gerçekten de kırmızı ışıkta geçen tarafın tespit edilememesi nedeniyle, sanığa veya mağdura bir kusur atfedilememiştir<sup>30</sup>. Diğer başlıkta ise, sanığın kırmızı ışıkta geçip trafik ışığı kurallarını ihlali tespit edilmiştir. Bu eylem aynı zamanda sanığın, kusurunun derecesine bağlı olarak TCK 179 veya TCK 180 uyarınca trafik güvenliğini kast veya taksirle tehlikeye sokma suçlarından birini işlediği anlamına gelir<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Somut bir olayda borçlu veya failin kusurlu olup olmadığına dair değerlendirme kriterleri, ceza hukuku ve sorumluluk hukuku bağlamında bazı farklılıklar barındırır. Sorumluluk hukukunda objektif kusur teorisinin benimsenmesi, borçlu veya failin kusurlu olduğu yargısına daha kolay şekilde ulaşılmasının sebebidir. Nitekim TBK m.74’te de hakim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı yönünde ceza hukuku hakiminin değerlendirmesi ile bağlı olmadığı hususu yer almıştır. Bu hususta bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 86 vd.; **Eren**, s. 666; **Çelik**, s. 354 vd. Hal böyle olmakla birlikte, ceza mahkemesi kararındaki maddi olguların tespitine ilişkin kesinleşmiş hususlar ise hukuk hakimini bağlar. Bu hususta bkz. “*Yargıtayın yerleşik uygulamasına ve öğretilerdeki genel kabule göre, maddi olgunun tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar.*” Yarg. HGK., T.10.11.2020, E.2017/2112, K.2020/850, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 07.01.2024.

<sup>30</sup> Bu hususta bkz. “*... Olay yeri ışık kontrollü kavşak olmasına rağmen trafik tespit tutanağında ve tarafların anlatımlarında ışıkların yanıp yanmadığına ilişkin beyana rastlanmadığı, yanyorsa ne şekilde yandığının belirlenmesinin kusur oranını etkileyeceği cihetle bu husus açıklığa kavuşturulup sonucuna göre kusur oranlarının tespiti için bilirkişi mütalaasına başvurulması gerekirken trafik tespit tutanağında sanığın geçiş önceliğine uymaması sebebiyle kusurlu kabulünü, kırmızı ışıkta geçtiği şeklinde yorumlayarak sanığın tam kusurlu kabul eden bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir ...*” Yarg. 2.CD., T. 17.02.2000, E. 2000/1116, K. 2000/1614, Kazancı Veri Tabanı, E.T. 10.01.2024; yine benzer yönde bkz. Yarg. 12.CD., T. 12.06.2013, E. 2012/22893, K.2013/15996, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

<sup>31</sup> Nitekim Yargıtay da “*kırmızı ışıkta geçen sanığın, kastının bulunmadığı, eyleminin dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu gerçekleşmesi nedeniyle beraatine karar verildiği*” yerel mahkeme kararını; CD görüntüleriyle kırmızı ışıkta geçtiği sabit olan sanığa ilişkin TCK 179/2 bağlamında suç unsurlarının oluştuğu gözetilmeksizin hüküm kurulması sebebiyle

Bununla beraber yargılamaya konu olan olayların bazılarında, trafik ışığı kurallarını ihlal aynı zamanda başka bir mağdurun yaralanmasına veya ölmesine de neden olmuştur. Bu tür somut olaylarda failin kusurunun derecelendirilmesi açısından, olayın ve failin özelliklerine göre, kimi kararlarda failin suçu bilinçli taksir<sup>32</sup> ile işlediğine, kimi kararlarda ise olası kast<sup>33</sup> ile işlediğine hükmedilmiştir.

bozmuştur. Bkz. Yarg. 12.CD., T. 15.01.2015, E.2014/14542, K.2015/508, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

<sup>32</sup> Kendisine yanan fasıllı kırmızı ışığa rağmen hızını dahi azaltmayıp kavşağa giren sanığın, sarı ışıkta geçen ve geçiş hakkı kendisinde olan maktüle çarpıp ölümüne neden olduğu olayda; sanığın neticeyi istemediği, ancak öngördüğü, fakat buna rağmen neticenin meydana gelmeyeceğine olan güven ile yükümlülüklerine aykırı davrandığı ve bu nedenle bilinçli taksir ile cezalandırılmasına ilişkin bkz. Yarg. CGK., T. 25.03.2008, E.2008/9-43, K.2008/62, Kazancı Veri Tabanı, E.T.:10.01.2024; yine benzer şekilde “Örneğin, sevk ve idaresindeki araçla trafikte seyri esnasında, kendi yönündeki araçlara kırmızı ışığın yandığını ve diğer istikametten gelen araç veya yayaların hareket etmeye başladığını görmesine rağmen şoförlük yetenek ve tecrübelerine güvenerek süratle yola girip yaya veya araçlara çarpan fail, gerçekleşen zararlı neticeyi öngörmesi ancak istememesi nedeniyle bilinçli taksirden sorumlu olacaktır.” Yarg. CGK., T. 10.02.2022, E.2019/652, K.2022/80, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024; “sanığın, sevk ve idaresindeki LPG tankeri ile çevre yolunda seyir hâlinde iken ışık kontrollü kavşağa geldiğinde, kendi seyir yönüne kırmızı ışık yanmasına rağmen kavşağın henüz boş olmasından faydalanarak karşıya geçmeye çalıştığı ancak kendi yönlerindeki araçlara yeşil ışık yanması nedeniyle aynı kavşağa giren katılanların bulunduğu araca çarparak birden fazla kişinin yaralanmasına neden olduğu olayda, sanığın önüne çıkan aracı görür görmez frene basması nedeniyle meydana gelen muhtemel neticeyi engellemeye yönelik davranışlarda bulunduğu bilinçli taksirle hareket ettiği” Yarg. CGK., T. 06.06.2017, E. 2017/108, K. 2017/311, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024; “trafik ışığı bulunan kavşaktan kırmızı ışık ihlali yapmak suretiyle hızlı bir şekilde geçen sanığın, o esnada yaya bandı üzerinden yolun sağ tarafından sol tarafına bisikletiyle geçmekte olan kişiye çarparak ölümüne neden olduğu olayda, sarı ışığın yandığını gören sanığın kırmızı ışığa yakalanmamak için hızını artırmak suretiyle şoförlük becerisine ve şansına güvenerek kavşaktan geçtiği ve önüne çıkan bisikletliyi görür görmez frene basarak neticeyi önlemeye çalıştığından eylemini bilinçli taksirle işlediği” Yarg. CGK., T. 15.01.2019, E. 2017/701, K.2019/6, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

<sup>33</sup> “... Kavşağa yaklaşırken hızını azaltmayıp kendisine kırmızı ışık yandığını ve yan şeritteki diğer araçların durduğunu görmesine rağmen durmayarak hızlı bir şekilde kavşaktan geçen ve önüne araç çıkmasına rağmen frene basmayan sanığın, meydana gelen muhtemel neticeyi engellemeye yönelik herhangi bir davranışı bulunmadığından eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu ...” Bkz. Yarg. CGK., T. 02.07.2019, E.2019/121, K.2019/518, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024; yine benzer şekilde bkz. “Sanığın, yerleşim yeri içerisinde, azami hız sınırının saatte 50 km olduğu bölgede, Yasa'nın öngördüğü azami hızın çok üzerinde saatte yaklaşık 110 km süratle seyir hâlinde bulunması, yaya geçidinde karşıdan karşıya geçebilecek yayaların önüne çıkabileceğini öngördüğü hâlde, o sırada yeşil ışıkta yaya geçidini kullanarak

Ceza yargılamasına konu olmuş kararlarda, failin kişisel özellikleri ve içinde bulunduğu hal ve şartlara ek olarak objektif düzeydeki yolun niteliği, görüş mesafesi, olayın gece veya gündüz meydana gelmesi, kırmızı ışıktaki geçildiği esnada aracın hızı, sürülen aracın türü gibi birçok husus, kararın verilmesinde kıstas olarak değerlendirilmiştir. Bu bakımdan ceza yargılamasındaki kararlarda kusura ilişkin değerlendirmelerin, hukuk yargılamasındaki kararlarda yer alan kusura ilişkin değerlendirmelerden daha zengin olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

## 2. Hukuk Yargılamasına İlişkin Yargıtay Kararları

Trafik ışığı kurallarını ihlal sebebiyle, yargılamaya konu olmuş somut olayların kusur yönünden değerlendirmesine girmeden önce, bahsedilmesi gereken sorunlardan biri, ihlali gerçekleştirenin hangi taraf olduğuna yönelik ispat meselesidir. Gerçekten de birçok somut olayda, trafik ışığı kuralını ihlal edip kırmızı ışıktaki geçen taraf, deliller ile kesin olarak tespit edilememiş<sup>34</sup>, birtakım kararlar ise eksik inceleme nedeniyle Yargıtay tarafından bozulmuştur<sup>35</sup>.

---

*yolun karşısına geçmekte olan mağdur çocuğa kendi yönündeki araçlara kırmızı ışık yanmasına karşın, kırmızı ışıktaki geçmek suretiyle büyük bir hızla çarpmış olması, bilinçli taksirin özünü oluşturan ve bilinçli taksiri, olası kasttan ayıran en önemli ilke olan, öngörülen ve gerçekleşen neticenin istenmemesi ve sonucu engellemeye yönelik frene basma, hızını azaltma yönünde hiçbir çaba göstermemesi, bu şekilde öngördüğü muhtemel neticeyi engelleme çabasının ya da neticeyi göze almadığına dair bir davranışının bulunmaması, başka bir ifadeyle gerçekleşen muhtemel neticeye kayıtsız kalarak kabullenmesi, ayrıca somut olayın kanun koyucu tarafından olası kastın düzenlendiği madde gerekçesinde belirtilen örnek olaydaki gibi gerçekleştiğinin de anlaşılması karşısında sanığın eyleminin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.”* Yarg. CGK., T. 21.05.2020, E.2018/473, K.2020/225, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

<sup>34</sup> Bilirkişi raporunda kırmızı ışıktaki geçen davalının kusurlu bulunduğu, Ankara Adli Tıp Kurumu raporu ve Adli Tıp Kurumu İstanbul Trafik İhtisas Dairesi raporunda ise hangi tarafın kırmızı ışıktaki geçtiğinin tespit edilemediği, raporların birbiriyle çeliştiği ve dosya kapsamındaki delillerden hangi tarafın kırmızı ışıktaki geçtiği tüm incelemeye rağmen belirlenemiyorsa, bu durumda her iki tarafın da %50 kusurlu olduğunun kabul edilmesine ilişkin bkz. Yarg. HGK., T.10.11.2020, E.2017/2112, K.2020/850, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 07.01.2024; benzer şekilde bkz. Yarg. 17.HD., T. 04.04.2011, E.2010/9682, K.2011/3012, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 07.01.2024.

<sup>35</sup> “... Somut olayda ise, mahkemece yapılan inceleme ve araştırma hükme varmaya yeterli olmayıp, bu eksik inceleme nedeni ile işletenler yönünden tehlikelerin bu aşamada eşit varsayılarak zararın yarı yarıya paylaşılması olanağı bulunmamaktadır. ...” bkz. Yarg. HGK., T. 04.04.2007, E.2007/104, K.2007/180, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024; “... Açıklanan çelişkinin giderilmesi için olay tarihinde kaza yeri kavşakta hangi yöne kırmızı, hangi yöne sarı ışık yandığının belediyeden sorulması,

Çalışma açısından incelenmesi gereken esas mesele ise, trafik ışığı kuralını ihlal eden sürücünün kusuruna yöneliktir. Bu açıdan Yargıtay kararlarına kusur yönünden damga vuran kavramlar, “*asli kusurlu*”, “*tam kusurlu*” ve “*%100 kusurlu*” şeklindedir. Oysa kusurun kast ve ihmâl şeklinde iki türü bulunmaktadır ve hukuk yargılamasında trafik ışığı kurallarının ihlali açısından, kast veya ihmâlin tartışma konusu yapıldığı uyuşmazlıklar son derece sınırlıdır.

Trafik ışığı kuralını ihlal eden sürücüler, birçok yargı kararında, KTK m.84/1-a uyarınca “*asli kusurlu, tam kusurlu*” kabul edilmişlerdir<sup>36</sup>. Bununla beraber, “*asli kusurlu, tam kusurlu, %100 kusurlu*” gibi kavramların, kusurun derecelendirilmesi yönünden yerlerine ilişkin de yargının içtihatları bulunmaktadır<sup>37</sup>.

Bunun yanında, trafik ışığı kurallarının ihlali halinde, sürücünün eyleminin kasta varan bir ağırlıkta olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerin bulunduğu yargı kararlarına rastlamak da mümkündür<sup>38</sup>. Sürücünün yalnızca kırmızı ışıkta geçmesinin, kastı ispatlamadığı ve bu nedenle de sigorta şirketinin, zarar gören üçüncü kişiye ödediği sigorta tazminatını, zarar veren sigorta ettirene rücu edemeyeceği birçok kararda sabittir<sup>39</sup>.

*gerekir. Bu noksanlık giderilmeden kusur oranlarının belirlenmesi doğru değildir. ...*”  
bkz. Yarg. 17.HD., T. 12.06.2006, E.2006/3410, K.2006/5307, Kazancı Veri Tabanı, E.T.: 10.01.2024.

<sup>36</sup> “... KTK’da asli kusur sayılan, trafik işaretlerine uymama ve kırmızı ışıkta geçme kuralını ihlal eden davalı sürücünün tam kusurlu eylemi nedeniyle kazanın gerçekleştiği ...”  
Yarg. 17.HD., T. 08.02.2021, E.2020/158, K.2021/910, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024; benzer şekilde bkz. Yarg. 17.HD., T. 11.03.2010, E.2009/9345, K.2010/2116, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

<sup>37</sup> Bu hususta özellikle bkz. “*Bilindiği üzere, ağır kusur kavramı özel hukuk kavramı olup kasıt olmamakla beraber kasta yakın bir kusurun mevcudiyetini ifade eder. Dava konusu olayda ise davalı sigortalı aracın sürücüsünün salt kırmızı ışıkta geçmesi nedeniyle trafik kurallarına aykırı davranışı nedeniyle %100 kusurlu bulunması, başlı başına kasıtlı ya da ağır kusuru olduğu anlamına gelmez.*” Yarg. 17.HD., T. 25.05.2016, E.2016/3422, K.2016/6357, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024; yine aynı yönde bkz. Yarg. 11.HD., T. 23.04.2003, E.2002/10805, K.2003/2800, Kazancı Veri Tabanı, E.T.: 10.01.2024; Yarg. 17.HD., T. 11.03.2010, E.2009/9345, K.2010/2116, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

<sup>38</sup> “... davalı araç sürücüsünün kırmızı ışıkta durması gerekirken, durmadığı belirginse de; bunu sırf diğer (kırmızı ışık yandığında kavşakta olup olmadığı belli bulunmayan, ancak kırmızı ışıkta, geçilmesinden sonraki aşamada gerçekleşen çarpma anında kavşakta olduğu açık bulunan) araca çarparak ona zarar vermek kastıyla yaptığını gösteren hiçbir delil bulunmamaktadır.” Yarg. HGK., T. 10.12.2003, E.2003/11-756, K.2003/743, Kazancı Veri Tabanı, E.T.: 10.01.2004.

<sup>39</sup> Bu hususta bkz. “*Mahkemece, E sınıfı ehliyetine sahip olan kişilerin B sınıfı ehliyetle kullanılması gereken araçları da kullanma selahiyetine sahip olmaları ve sırf kırmızı ışıkta*”

Bununla birlikte Trafik Sigortası Genel Şartları B.4.a'daki hüküm, sigorta ettirenin, kasti veya ağır kusurlu şekilde bir davranışta bulunması halinde, sigorta şirketinin rücu hakkı bulunduğunu belirtmektedir. Her ne kadar trafik ışığı kurallarının ihlalinde, sigorta ettirenin kastının mevcudiyetine dair değerlendirmelere ilişkin yargı kararlarına rastlamak mümkün olsa da ağır kusur boyutunda değerlendirmeler eksiktir. Kaldı ki ağır kusur<sup>40</sup>, teknik açıdan da hatalı bir terimdir<sup>41</sup>. Ancak ağır veya hafif kusur şeklinde bir ayırma gidilecek olursa, kastın yanında ağır ihmalin de ağır kusur şemsiyesi altında olduğu belirtilmektedir<sup>42</sup>. Yargıtay'ın, kırmızı ışıkta geçip trafik kazasına sebep olan sigorta ettirene karşı, sigorta şirketinin rücu hakkının bulunmadığına ilişkin kararlarının mefhum-u muhalifinden çıkan sonuç, Yargıtay'ın trafik ışığı kurallarının ihlalinde sigorta ettirenin kusurunu, ağır ihmal derecesinde de görmediğidir<sup>43</sup>.

Son olarak trafik ışığı kurallarının ihlalinde, her somut olayın kendi özelinde<sup>44</sup> değerlendirilmesi gerektiğini<sup>45</sup>, diğer yandan trafik ışığı kuralla-

---

*geçmesinin kasti ispatlanmadığından ağır kusurlu kabul edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.”* Yarg. 17.HD., T. 06.06.2016, E.2016/4191, K.2016/6881, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

<sup>40</sup> Doktrinde ve yargı kararlarında hatalı bir alışkanlık olarak kusur kelimesinin ihmal kelimesi yerine kullanıldığı; kusurun yalnızca kast ve ihmal olarak iki türünün bulunduğu; ağır-orta veya hafif kusur şeklinde bir hukuki terimin doğru bir kullanım olmadığı yönünde bkz. **Eren**, s. 665, dn. 256.

<sup>41</sup> Yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu, henüz tasarı halindeyken dahi, hafif kusur ve ağır kusur kavramlarının tasarıda yer almasının hatalı olduğu ve tasarımın bu kavramlardan arındırılması gerektiği öne sürülmekteydi. Bkz. **Atamer**, Yeşim: “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, N.6, s. 10 ve 21.

<sup>42</sup> Bu hususta bkz. **Gönül Koşar**, s. 202. Hal böyle olmakla birlikte, ağır kusur şemsiyesi altında yalnızca kastın bulunduğu, ağır ihmal konusunda ise bir değerlendirmede bulunulmadığı ve bu nedenle de ağır ihmalin ağır kusur şemsiye altında olmadığı yönünde bir intiba oluşturabilecek nitelikte bkz. “... *Bozma sonrası yapılan yargılama sonrasında mahkemeye, aracın hasta ve sakat aracı olduğu, davacının söz konusu aracı kullanma ehliyetine haiz olduğu, davalının kırmızı ışıkta geçtiği iddiasına ilişkin olarak ise davalının kırmızı ışıkta geçtiğinin kabulü halinde dahi kasti ispatlanmamış ise bunun ağır kusur kabul edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine ...*” Yarg. 17.HD., T. 06.11.2019, E.2017/5707, K.2019/10218, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

<sup>43</sup> Bu yönde bkz. Yarg. 17.HD., T. 07.11.2019, E.2017/2256, K.2019/10292, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024; Yarg. 17.HD., T. 12.11.2019, E.2017/4135, K.2019/10470, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

<sup>44</sup> Davacı yeşil ışıkta geçmesine rağmen, zamanında fren yapmamış ve kırmızı ışıkta geçen davalının aracına çarpmıştır. Yargıtay, kırmızı ışıkta geçen %75 kusurlu, fren yapmayan davacının %25 kusurlu olarak değerlendirildiği bilirkişi raporunu doğru bulmayıp

rını ihlal vakalarının birçoğunun aynı şekilde “*asli kusurlu, tam kusurlu, %100 kusurlu*” gibi terimlerle değerlendirilmesinin hatalı hukuki sonuçlara yol açabileceğini vurgulamak gerekir<sup>46</sup>.

### III. TRAFİK IŞIĞI KURALLARINI İHLALİN ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ VE İHLALDEKİ KUSURA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

#### A. Trafik Işığı Kurallarını İhlalin Çeşitli Görünüş Biçimleri

Doktrinde ileri sürülen görüşlerden de fark edileceği üzere, trafik ışığı kurallarının ihlal edilmesinde kusur meselesi, üzerinde mutlak biçimde karara varılacak nitelikte değildir. Gerçekten de bu mesele, her somut olay

kırmızı ışıkta geçen davalıyı asli ve tam kusurlu olarak değerlendirmiştir. Bkz. Yarg. HGK., T. 05.10.2021, E.2017/2246, K.2021/1149, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024; buna karşın bir başka olayda, kırmızı ışıkta geçen sürücünün kusuru %70, kavşağa yaklaşırken hızını azaltmayan sürücünün kusuru ise %30 olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Yarg. 17.HD., T. 09.10.2019, E. 2017/807, K.2019/9169, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024. Doktrinde ise bu konuya ilişkin haklı olarak şu soru sorulmaktadır: “*Acaba trafik ışıklarının olduğu bir kavşağa yaklaşan ve kendisine yeşil yanmakta olan sürücü; diğer yolda kırmızı yanmaktayken, oradan kavşağa girmek üzere olan sürücünün kırmızı ışıkta durmayıp kavşağa girebilme ihtimalini düşünmek, bunu hesaba katmak zorunda mıdır?* Tam da bu nedenle kırmızı ışıkta geçen sürücü lehine bir indirim uygulanması oldukça tartışmalıdır. Bu husustaki Yargıtay kararı ve buna dair yorumlar için bkz. Yarg. 17. HD., T. 12.11.2012, E. 2012/6429, K.2012/12406, **Ünan**, Cilt VI, s. 216-219; bir diğer somut olayda ise, davalı kendisine yeşil ışık yanmaktayken kavşağa girmiştir, fakat aynı zamanda davacının da karşıdan kırmızı ışıkta kavşağa girdiğini görmüştür. Her ne kadar kavşaklarda geçiş hakkı, kendisine yeşil yanan sürücüde ve somut olayda davalıda olsa da; kırmızı ışık ihlali yaparak da olsa kavşağa giren bir aracın olduğunu gören davalının durmayıp kavşakta davacıya çarpması da kusurlu bir hareket olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Yarg. 11.HD., T. 17.05.2006, E.2005/5728, K.2006/5791, (**Çelik**, Salih/**Muktedir**, Lale: Özetli - İçtihatlı - Uygulamalı Sigorta Hukuku Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 1211).

<sup>45</sup> Sürücünün yorgun ve uykusuz olduğu için kırmızı ışıkta geçtiği iddiası, haklı olarak kusurun ağırlığının hafiflemesi ve tazminatın indirilmesi için bir sebep değildir. Bkz. Yarg. 17.HD., T. 02.05.2016, E.2016/4402, K.2016/5273, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

<sup>46</sup> Bu noktada, Yargıtay’ın kararlarına konu olmuş iki somut olaya değinmek gerekir. Her iki somut olayda da sürücüler, kırmızı ışıkta geçip trafik ışığı kurallarını ihlal etmiş ve her iki olayda da motosiklete çarpmıştır. Her iki olayda da motosiklet sürücülerinin kaskı takılmamış haldedir. Ancak Yargıtay, olayların birinde sürücünün kaskını takmamasını müterafik kusur olarak nitelendirirken; diğerinde sürücünün kaskını takmamasını müterafik kusur olarak nitelendirmemiştir, zira kask takılı olsa dahi, çarpmanın etkisiyle ölüm gerçekleşeceği için, kırmızı ışıkta geçen sürücü kusurun tamamından sorumlu olmuştur. Bkz. Yarg. 17.HD., T. 18.02.2021, E.2020/12901, K.2021/1573, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024; Yarg. 17.HD., T.08.02.2021, E.2020/158, K.2021/910, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

açısından dikkatle değerlendirme yapılması gereken bir hukuki sorundur. Zira trafik ışığı kurallarının ihlal edilmesi, her somut olay açısından farklı şekilde tezahür edebilir. Bu noktada, trafik ışığı kurallarının ihlal edilmesinde kusura ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce, trafik ışığı kural ihlallerinin hangi görünüş biçimlerinde karşımıza çıkabileceği yolunda bir sınıflandırma yapmak faydalı olacaktır. Aşağıdaki sınıflandırma, daha önce yargı kararına konu olmuş vakaların derlenmesiyle meydana getirilmiştir. Özellikle hukuk yargılamalarında, trafik ışığı kuralı ihlalinde sürücünün kusuru değerlendirilirken, dikkate alınan kıstasların son derece kısıtlı olması ve somut olaya dair çok fazla bilgi içermemesi nedeniyle, yabancı hukukta mahkeme kararlarına konu olmuş somut olaylardan da faydalanılmıştır. Uygulamada gerçekleşecek trafik ışığı kural ihlallerinin büyük çoğunluğu bu başlıklardan birine veya aynı anda birkaçına dahil olabilir, ancak istisnai olarak bu görünüş biçimleri dışında başka bir şekilde trafik ışığı kural ihlali de gerçekleşebilir.

Bununla birlikte, bu başlıkta yalnızca trafik ışığı kurallarını ihlalin hangi şekilde gerçekleşebileceğine yönelik değerlendirmeler yapılmış olup bunların sigorta tazminatından indirim sebebi olup olamayacağına veya sigorta şirketinin sorumsuzluğu sonucunu doğurup doğurmayacağına aşağıda<sup>47</sup> değinilecektir.

### 1. Trafik Işığının Sinyalizasyon Sisteminden Kaynaklanan İhlaller

Uygulamada trafik ışığı kuralı ihlallerinin en yaygın görünüş biçimlerinin başında trafik ışığı sinyalizasyon sisteminden kaynaklı ihlaller gelmektedir. Söz konusu ihlalde çoğunlukla, sürücü en az iki şeritli yolda seyir halindedir, fakat önüne çıkan trafik ışıklarındaki sinyalizasyon sistemine uygun davranamaz. Çoğunlukla ikiden çok şeridin bulunduğu bir yolun kavşağında, sağa dönüş veya sola dönüş ile herhangi bir yöne sapmadan düz devam ediş için farklı şeritler ve buna bağlı olarak da aynı kavşakta farklı trafik ışığı sinyalizasyon sistemleri bulunur. Trafığın seyrinde sürücünün kendisi için geçerli olan trafik ışığını ayırt edememesi, kural ihlali sonucunu doğuracaktır.

Bu noktada; bir kavşakta sağa dönüş yapma amacı bulunmayan sigorta ettirenin, sağa dönüş için yanan yeşil ışığı, kendisi için geçerli olduğunu varsayıp aslında kendisi için yanmakta olan kırmızı ışıkta geçiş yapması<sup>48</sup>;

<sup>47</sup> Bu hususta bkz. IV, A ve IV, B.

<sup>48</sup> Bkz. **LG Münster, Urteil vom 20. 3. 2009 - 15 O 141/09**, (r+s 2010, s. 320); yine benzer nitelikte bkz. **OLG Stuttgart, Urteil vom 29.04.1999 - 7 U 260/98**, (VersR



beş şeritli bir yolda orta şeritte sabit bir hızla seyir halindeyken, diğer şeritlerdeki araçların yeşil ışık ile sağa veya sola dönüp trafik seyrine devam etmesiyle beraber sigorta ettirenin de kendini trafiğin seyrine kaptırıp kırmızı ışıkta geçmesi<sup>49</sup>; düz bir yolda art arda sekiz gibi oldukça fazla sayıda trafik ışığının bulunduğu ve bunların her birinin sağa dönüş, sola dönüş ve düz geçiş için anlam ifade ettiği bir güzergahta, sigorta ettirenin özellikle trafik ışıklarında yeşilin yanması için gereken sürenin fazla olması nedeniyle bundan rahatsız olup kırmızı ışıkta geçiş yapması<sup>50</sup>; iki şeritli bir yolda seyir halindeyken, kırmızı ışığı görüp durmasına rağmen, daha sonra sağ şeride başka bir aracın gelip onun da durduğunu görünce, yanan kırmızı ışığın aslında kendi şeridine değil de sağ şeritteki araçlara yönelik olduğunu düşünüp kırmızı ışıkta geçiş yapması<sup>51</sup>; sigorta ettirenin esasen kırmızı ışıkta durmasına rağmen, daha sonra yayalara yanan yeşil ışığın kendisi için geçerli olduğunu sanıp geçiş yapması<sup>52</sup>; sigorta ettirenin iyi bildiği bir güzergah üzerinde, sürüş yaptığı yol da açık haldeyken, sarı ışığı görüp geçmek isterken kırmızı ışığın ilk saniyesinde geçmesi<sup>53</sup> trafik ışığının sinyalizasyon sisteminden kaynaklanan ihlallere ilişkin somut örneklerdir.

## 2. Trafik Işığını Sınırlı Görüş Açısından Kaynaklanan İhlaller

Yaygın olarak rastlanılan bir diğer trafik ışığı kural ihlali ise, trafik ışığını sınırlı görüş açısından kaynaklı ihlallerdir. Burada trafik ışığını sınırlı görüş açısında yakalanma hali, sürücünün gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle gerçekleşebileceği gibi; sürücü, trafiğin seyri esnasında kendi üzerine düşen tüm özen ve dikkati göstermesine rağmen yine de dış etkenlerden kaynaklı olarak bu şekilde dezavantajlı duruma düşebilir.

Sigorta ettirenin, güneş ışınlarının yoğun şekilde trafik lambasına vurması ve yansımadan yeşil ve kırmızıyı ayırt edememesi nedeniyle kırmızı

2000, s. 177); **OLG Hamm, 28.10.1998 - 20 U 118/98**, (r+s 1999, s. 145). Özellikle trafik ışıklarının üzerinde yön okları bulunuyorsa, sigorta ettirenin bu yön oklarına yönelik olarak trafik ışıklarına bir anlam yüklemesi gerektiği; aksi takdirde ışıklarda yön oklarının bulunmasının anlamsız olacağı ve bu nedenle sağa yön oku bulunan ışığın yeşil yanmasının, sola dönmek isteyen sigorta ettiren için de geçiş açısından aynı anlamı ifade etmeyeceğine ilişkin bkz. **OLG Hamm, 23.06.1995 - 20 U 45/95**, (r+s 1996, s. 13).

<sup>49</sup> Benzer bir olay için bkz. **LG Essen, Urteil vom 18.09.2006 - 8 O 28/06**, (r+s, s. 12).

<sup>50</sup> Bkz. **AG Düsseldorf, Urteil vom 31.08.2006 - 27 C 6072/06**, (r+s 2007, s. 152).

<sup>51</sup> Bkz. **OLG Hamburg, Urteil vom 17.11.2004 - 14 U 80/84**, (Deutsches Autorecht 2005, s. 86).

<sup>52</sup> Bkz. **OLG Köln, Urteil vom 02.11.2004 - 9 U 36/04**, (Schaden-Praxis 2005, s. 350).

<sup>53</sup> Bkz. **OLG Nürnberg, Urteil vom 30.01.2003 - 8 U 2761/02**, (r+s 2004, s. 498).

ışıkta geçmesi<sup>54</sup>; sigorta ettirenin yoğun güneş ışınlarının olduğu bir saatte, trafik ışıklarının bulunduğu bir kavşağa yaklaşmaktayken hızını azaltmadan kavşağa gelmesi ve o sırada güneş ışınlarından kaynaklı olarak trafik lambasında yanan ışığı göremeyip kırmızı ışıkta geçmesi<sup>55</sup>; yolun yapısı gereği kavşaktaki trafik ışığını ayırt etmek için oldukça kısa bir süreye sahip olan sigorta ettirenin, ışığın yeşilden kırmızıya dönüşünü anlık olarak görüp durmaması ve seyrine devam etmesi<sup>56</sup>; sigorta ettirenin trafik ışığının sınırlı görüş açısına sahip olmasından kaynaklı sinirlenip kırmızı ışıkta geçmesi<sup>57</sup>; sigorta ettirenin kırmızı ışığın yanmakta olduğunun görüldüğü bir kavşak noktasına yaklaşmakta iken yeşil ışığın yanacağını umarak frene basmaması ve bu esnada trafik ışığının büyük bir ağaç tarafından kısa süreli engellenmesi nedeniyle ışığı göremeyip kırmızı ışıkta geçiş yapması<sup>58</sup> trafik ışığını sınırlı görüşten kaynaklanan ihlallere ilişkin somut örneklerdir.

### 3. Çeşitli Dikkat Dağıtıcı Unsurların Varlığından Kaynaklanan İhlaller

Trafik ışığı kural ihlalleri her zaman trafik ışığı ile bağlantılı olmayabilir. Her ne kadar trafik ışığının sinyalizasyon sisteminden ve trafik ışığını sınırlı görüş açısından kaynaklanan ihlaller daha yaygın ise de bazen trafikte gelişen koşullar ile sigorta ettirenin dikkatinin dağılması da trafik ışığı kuralı ihlali yapılmasına neden olabilir.

#### a. Trafikte Bir Başka Aracın Korna Çalması

Sigorta ettirenin dikkatinin dağılmasına ilişkin örneklerin en başında yeşil ışığın yanmasını beklerken arkadaki araçların korna çalması durumu gelir. Burada sigorta ettiren, arkadan gelen korna sesinin etkisiyle, yeşil ışığın yandığını düşünüp trafik lambasını kontrol etmeden kırmızı ışıkta geçiş yapar<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Bkz. BGH, Urteil vom 15.07.2014 - VI ZR 452/13, (r+s 2014, s. 491).

<sup>55</sup> Bkz. AG Duisburg, Urteil vom 24.02.2010 - 50 C 2567/09, (Schaden-Praxis 2011, s. 28).

<sup>56</sup> "Zira böyle bir durumda sigorta ettirenin, trafikte bulunduğu koşullara ayak uydurması ve hızını azaltıp trafik ışığında yeşil yandığından emin olması gerekirdi", LG Münster, Urteil vom 20.08.2009 - 15 O 141/09, (r+s 2009, s. 501).

<sup>57</sup> Bkz. AG Wetzlar, Urteil vom 14.07.2005 - 39 C 1213/04, (VersR 2006, s. 787).

<sup>58</sup> Bkz. OLG Köln, Urteil vom 25.06.2002 - 9 U 1/02, (r+s 2002, s. 407); yine trafik ışığının görülmesinin, sağ şeritteki büyük bir kamyon tarafından kapatılması nedeniyle kırmızı ışıkta geçilmesine ilişkin bkz. LG Arnsberg, Urteil vom 25.01.2005 - 5 S 141/04, (Zeitschrift für Schadensrecht (ZfS) 2005, s. 505).

<sup>59</sup> Buna benzer yönde bkz. OLG Koblenz, Urteil vom 23.09.2010 - 2 U 1021/09, (r+s 2012, s. 431); yine trafik ışıklarının gözlemlenmesi gerekirken, etraftaki trafige ve çalan

### ***b. Araç İçindeki Bir Yolcunun, Sürücünün Dikkatini Dağıtması***

Sigorta ettirenin, çok şeritli bir yolda, trafik ışıklarının net şekilde görülebildiği bir ortamda, yanındaki yolcunun kendisiyle konuşmasına izin vermesi ve kavşağa girişten önce trafik ışığını kontrol etmemesi nedeniyle kırmızı ışıkta geçiş yapması<sup>60</sup>; sigorta ettirenin yoğun şehir trafiği içerisinde, arkadaki yolcuların sürekli ilerideki kavşaktan sola dönmesi gerektiğini dikte ettikleri bir ortamda trafik ışığını gözden kaçırıp kırmızı ışıkta geçmesi<sup>61</sup> veya arka koltukta oturan çocukların gürültüsünden kaynaklı dikkatinin dağılması<sup>62</sup> ve kırmızı ışıkta geçmesi; sigorta ettirenin yolculuğa başlamadan önce dahi çok sarhoş olduğu görülen yolcuyu ön koltuğa oturtması ve sürüş sırasında onun fiziki müdahalesine karşı koymaya çabalarken yanan kırmızı ışıkta geçiş yapması<sup>63</sup> bu başlığa ilişkin somut örneklerdendir.

### ***c. Özellikle Bir Konum veya Park Yeri Arayışı İçin Dikkatin Yol Yerine Telefon, Navigasyon Gibi Aletlere veya Başka Bir Yere Verilmesi***

Gerçekleşen bazı trafik ışığı ihlalleri ise, sigorta ettirenin sürüş yaptığı muhite aşına olmaması, aracını park etmek için park yeri arayışı veya spesifik bir konumu bulma çabası esnasında dikkatini telefon veya navigasyon gibi aletlere vermesi ve bu sırada orada bulunan trafik ışığını es geçmesiyle oluşur. Bu bakımdan çok fazla sürüş deneyimi olmayan sigorta ettirenin bölgeye çok aşına olmaması ve dikkatinin navigasyon aletinde olması nedeniyle kırmızı ışıkta geçiş yapması<sup>64</sup>, kiralık bir araç ile hiç bilmediği bir şehirde, spesifik bir restorantı ararken trafik ışığını fark etmeyip kırmızı ışıkta geçiş yapması<sup>65</sup> gibi örnekler verilebilir.

### ***d. Sürücünün İçinde Bulunduğu İstisnai Duygu Halleri***

Bazı trafik ışığı kuralı ihlalleri ise, sigorta ettirenin içinde bulunduğu oldukça istisnai duygu yoğunluklarından kaynaklanabilir. Bu istisnai duygu

korna seslerine göre kavşağa giriş yapıp rizikoya sebebiyet verilmesine ilişkin bkz. **OLG Hamm, Urteil vom 17.01.2001 - 20 U 28/00**, (r+s 2001, s. 317).

<sup>60</sup> Bkz. **LG Essen, Urteil vom 05.02.2010 - 10 S 32/10**, (Straßenverkehrsrecht (SVR), 2010, s. 307); yine benzer şekilde bkz. **OLG Köln, Urteil vom 19.02.2002 - 9 U 132/01**, (r+s 2003, s. 277).

<sup>61</sup> Bkz. **OLG Rostock, Urteil vom 30.04.2003 - 6 U 249/01**, (r+s 2004, s. 58).

<sup>62</sup> Bkz. **OLG Köln, Urteil vom 20.02.2001 - 9 U 173/00**, (r+s 2001, s. 235-236).

<sup>63</sup> Bkz. **LG Frankenthal, Urteil vom 17.02.1999 - 2 S 437/98**, (VersR 2000, s. 721).

<sup>64</sup> Benzer yönde bkz. **LG Rostock, Urteil vom 11.03.2004 - 3 O 98/03**, (Schaden-Praxis 2005, s. 22).

<sup>65</sup> Bkz. **OLG Koblenz, Urteil vom 09.09.2013 - 12 U 1198/12**, (r+s 2013, s. 545).

hallerinden bir kısmı sigorta ettirenin kusurunun derecesini düşürebilecek nitelikteyken, diğer kısmı herhangi bir etki göstermeyebilir.

İstisnai duygu hallerine ilişkin sigorta ettirenin annesinin hayati tehlikesinin bulunmasından dolayı dikkatinin dağınık olması ve arkadan çalan bir korna sesi ile trafik ışığına hiç bakmadan kırmızı ışıkta geçmesi<sup>66</sup>; sigorta ettirenin uzun süredir hasta olan torununun sağlığına ilişkin endişeleri nedeniyle trafik ışığını kontrol etmeden kırmızı ışıkta geçmesi<sup>67</sup>; sigorta ettirenin bir yandan tam zamanlı olarak çalışırken diğer yandan da kayınvalidesi için ev bakması ve bu nedenle oldukça stresli bir ruh hali içerisindeyken trafik ışığını kontrol etmeyip kırmızı ışıkta geçmesi<sup>68</sup>; sigorta ettirenin gecedeki uzun bir sürüş sonucunda, yolculuğun son saatlerine yaklaşmak üzereyken yorgunluktan dolayı kendisi için geçerli olan trafik ışığını karıştırıp kırmızı ışıkta geçiş yapması<sup>69</sup>; sigorta ettirenin kavşaktaki trafik ışığına kısa bir süre kala, sağ şeritten yüksek bir hızla gelen araç tarafından geçilmesi ve buna sinirlenip kırmızı ışıkta geçmesi<sup>70</sup>; sigorta ettirenin kısa süreli bilinç kaybına yol açan uyku apnesi nedeniyle kırmızı ışık yanmaktayken arka arkaya iki kavşaktan geçmesi<sup>71</sup> örnek verilebilir.

## **B. Trafik Işığının Kurallarının İhlalindeki Kusura İlişkin Değerlendirmeler**

Sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal edip trafik kazasına sebebiyet vermesi halinde, bu eyleminin kusurlu olup olmadığı, kusurlu ise bu eylemin ona isnat edilip edilemediği, şayet onun kusur ehliyeti bulunuyorsa, bu eylemindeki kusurunun derecesinin ne olduğu, sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğünün akıbeti açısından cevaplanması gereken sorulardır.

### **1. Kusurluluğun Tespitin İlişkin Değerlendirmeler**

Sorumluluk hukukunda bir kimsenin eyleminin kusurlu olup olmadığı, bu kimsenin içinde bulunduğu aynı sosyal gruptan, makul, dürüst ve orta zekalı bir modelin, aynı şartlar altında göstereceği örnek davranıştan sapıp

<sup>66</sup> Bkz. OLG Hamm, Urteil vom 08.09.2004 - 20 U 44/04, (r+s 2005, s. 99).

<sup>67</sup> Bkz. OLG Jena, Urteil vom 03.12.2003 - 4 U 760/03, (VersR 2004, s. 463).

<sup>68</sup> Bkz. OLG Köln, Urteil vom 19.11.2002 - 9 U 54/02, (Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV), 2003, s. 138).

<sup>69</sup> Bkz. OLG Stuttgart, Urteil vom 29.04.1999 - 7 U 260/98, (VersR 2000, s. 177).

<sup>70</sup> Bkz. OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2007 - 11 O 198/06, (Schaden-Praxis 2009, s. 297).

<sup>71</sup> Bkz. BGH, Urteil vom 29.10.2003 - IV ZR 16/03, (VersR 2003, s. 1561).

sapmadığı ile tespit edilir<sup>72</sup>. O halde, trafikte bir aracın işletilmesi sırasında, objektif düzeyde makul ve dürüst sürücü modelinin, olaylar karşısında hangi davranışları sergileyeceği tespit edilirse, sigorta ettirenin kusurlu olup olmadığı da bu ölçütler ışığında saptanabilecektir.

**a. Kural: Objektif Düzeyde Makul ve Dürüst Sürücü Modelinin Örnek Davranışından Sapılması Kusurluluk Teşkil Eder.**

Sigorta ettirenin, trafikte bir aracın işletilmesi esnasında gerçekleştirdiği eyleminin kusurlu olup olmadığını tespit etmek için objektif düzeyde makul ve dürüst sürücü modelinin örnek davranışını belirlemek gerekir. Örnek davranışın belirlenmesinde, birtakım kriterler bulunmaktadır. Söz konusu kriterler doktrinde dışsal kıstaslar, içsel kıstaslar, somut olayın koşulları olarak tasnife tabi tutulmuştur<sup>73</sup>.

Ayrıca kusurluluğun tespitinde esas alınacak bir diğer kriter de kanuni düzenlemelerdir<sup>74</sup>. Çalışma açısından KTK m.84 ve buna bağlı yönetmelikler ile tesis edilmeye çalışılan hukuki nizam ışığında, trafik kurallarına uyulması gerektiği açıktır. Bu kurallar, örnek davranışın ne olması gerektiğini bizzat ortaya koymaktadır. Trafik ışığı kurallarına uyulmayıp kırmızı ışıkta geçilmesi, örnek davranıştan sapıldığına ve kusurlu olduğuna ilişkin çok önemli bir göstergedir<sup>75</sup>. Zira sigorta ettiren tarafından gerekli özen ve dikkat gösterilmeyerek büyük ölçüde kusurun objektif unsurunun oluşumuna sebebiyet verilmiştir.

**b. İstisna: Kusur Ehliyetinin Eksikliği**

Bu noktada değinilmesi gereken diğer kavram kusurun subjektif unsurudur<sup>76</sup>. Kusurun subjektif unsuru, eylemi gerçekleştiren kimsenin ayırt etme

<sup>72</sup> Sorumluluk hukukunda kusurluluğun tespitine dair objektif(leştirilmiş) kusur teorisine ilişkin bkz. **Eren**, s. 654 vd.; **Baysal**, Başak: Haksız Fiil Hukuku BK m.49-76, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 60 vd.; **Gönül Koşar**, s. 77 vd.; **Sanlı**, Kerem Cem: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007, s. 196 vd.

<sup>73</sup> Örnek davranışın tespitinde başvurulacak kıstaslar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gönül Koşar**, s. 157 vd.; yine bu hususta bkz. **Sanlı**, s. 196-197; **Canbolat**, Ferhat/**Gönül Koşar**, Günhan: “Sigorta Şirketinin Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumluluğunda Zarar Görenin (Müterafik) Kusuru ve Dikkate Alınması”, Hacettepe Üniversitesi HFD, Cilt 12, Özel Sayı, 2022, s. 173 vd.

<sup>74</sup> Bkz. **Canbolat**, Ferhat/**Gönül Koşar**, Günhan: “Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumlulukta Kusurun Önemi ve Sorumluluğa Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Cilt 23, Sayı 2, 2021, s. 844; **Gönül Koşar**, s. 168.

<sup>75</sup> Bkz. **Gönül Koşar**, s. 168.

<sup>76</sup> Kusurun subjektif yönüne ilişkin bkz. **Eren**, s. 657-658; **Gönül Koşar**, s. 147 vd.; **Sanlı**, s. 196 vd.; **Baysal**, s. 76 vd.; özellikle tüzel kişiler açısından bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 65-

gücünün olup olmadığına ilişkindir. Gerçekten de sigorta ettiren, kırmızı ışıkta geçip trafik ışığı kurallarını ihlal etmiş ve kazaya sebebiyet vermiş olabilir. Fakat sorumluluk hukukunda sigorta ettirenin bu eyleminin, ona isnat edilebilmesi de gerekir. Şayet sigorta ettirenin, kırmızı ışıkta geçip trafik ışığı kurallarını ihlal ettiği esnada ayırt etme gücü yerinde değilse ve dolayısıyla kusur ehliyeti de bulunmuyorsa, bu ihlalinde ona kusur yüklenemeyecektir.

Bu açıdan uyku apnesinin neden olduğu kısa süreli bilinç kaybı nedeniyle<sup>77</sup> sigorta ettirenin kırmızı ışıkta geçip kazaya sebebiyet vermesi halinde, kusur ehliyeti bulunmadığından gerçekleştirdiği eyleminde kendisine kusur isnat edilemez. Ancak sigorta ettirenin yorgunluk<sup>78</sup>, üzüntü<sup>79</sup> ve uykusuzluk<sup>80</sup> gibi mazeretleri öne sürmesi, objektif kusur teorisinin varlığı karşısında kabul edilemez<sup>81</sup>. Kaldı ki bu hallerde kusur ehliyetinin eksikliğinden de söz edilemez.

## 2. Kusurun Derecelendirilmesine İlişkin Değerlendirmeler

Sigorta ettirenin, kırmızı ışıkta geçip trafik kazasına sebebiyet vermesi halinde, objektif düzeyde makul ve dürüst sürücü modelinin örnek davranı-

---

68; “Kusurun objektif ve subjektif olmak üzere iki unsuru vardır. Kusurun subjektif unsuru, kusur ehliyeti için gerekli olan ayırt etme gücünü ifade ederken; objektif unsuru, soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapma anlamına gelmektedir. ...” Yarg. HGK. T. 20.04.2021, E. 2020/191, K.2021/514, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 07.01.2024.

<sup>77</sup> Bununla beraber rizikonun uyku apnesinin neden olduğu kısa süreli bilinç kaybı sebebiyle gerçekleştiğini iddia eden sigorta ettirenin, kısa süreli bilinç kaybına yol açan uyku apnesinin varlığını ispat etmesi gereklidir. Bkz. **BGH, Urteil vom 29.10.2003 - IV ZR 16/03**, (VersR 2003, s. 1561). Yine bu hususta bkz. **Fromm, Ingo Erich**: “Zur Einstandpflicht der Vollkaskoversicherung bei Sekundenschlaf am Steuer”, *Straßenverkehrsrecht (SVR)*, Sayı 4, 2015, s. 129-130.

<sup>78</sup> Kırmızı ışıkta geçip trafik kazasına sebebiyet veren sigorta ettiren ağır ihmal derecesinde kusurludur. Uzun bir süredir araç sürmesi ve yolculuğun son saatlerinde yorgun düşmesi kusurunu hafifletmez. Bkz. **OLG Stuttgart, Urteil vom 29.04.1999 - 7 U 260/98**, (VersR 2000, s. 177).

<sup>79</sup> Uzun süredir hasta olan torununun sağlığına dair endişeleri bulunan sürücünün, bu duygu hali içerisinde kırmızı ışıkta geçip kazaya sebebiyet vermesi, ağır ihmali olduğu gerçeğini değiştirmez. Bkz. **OLG Jena, Urteil vom 03.12.2003 - 4 U 760/03**, (VersR 2004, s. 463).

<sup>80</sup> Davalının yorgun ve uykusuz olduğu için kırmızı ışıkta geçmesi, kusurunu hafifletici bir sebep olarak değerlendirilmemiştir. Bkz. Yarg. 17.HD., T.02.05.2016, E.2016/4402, K.2016/5273, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024.

<sup>81</sup> Bu hususta bkz. **Gönül Koşar**, s. 163-164; **Canbolat/Gönül Koşar**, *Zarar Görenin Kusuru*, s. 177.

şından sapıp kusurlu olduğu tespit edildikten sonra, ikinci aşamada sigorta ettirenin bu eyleminin, örnek davranıştan ne derece saptığı belirlenmelidir. Bu açıdan sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal edip rizikoya sebebiyet vermesindeki kusurunun derecesi kast, ağır ihmâl veya hafif ihmâl teşkil edebilir<sup>82</sup>. Sigorta ettirenin kusurunun derecesi, her somut olay açısından farklılık gösterir, çünkü olayın yaşandığı mekan, zaman veya işletilen aracın tipi gibi dışsal kriterler ile somut olayın koşulları, her bir trafik ışığı kural ihlalinde soyut modelin örnek davranışında değişkenlikler yaratır.

### a. Kast

Trafik ışığı kurallarına uymayıp trafik kazasına sebebiyet veren sigorta ettirenin, en ağır derecedeki kusuru, bu eylemi kast ile gerçekleştirmesidir. Kast, en yaygın tanımıyla hukuka aykırı davranış veya eylemin *bilerek ve istenerek* gerçekleştirilmesidir<sup>83</sup>. Sigorta ettirenin kusurunun kast derecesinde olduğunun tespitinde, objektif düzeyde makul ve dürüst sürücünün örnek davranışını tespit etmeye gerek yoktur. Çünkü kast, temelde subjektif nitelikte bir değerlendirmenin sonucudur<sup>84</sup>.

### i. Doğrudan kast

Sigorta ettiren, trafikte seyir halindeyken, trafik kazası rizikosunu bileerek ve isteyerek gerçekleştirmiştir ve bu esnada trafik ışığı kurallarını da kırmızı ışıkta geçerek ihlal etmiştir. Bu noktada sigorta ettirenin kastı, esasında trafik kazası rizikosunu gerçekleştirmeye yöneliktir ve trafik ışığı kurallarının kırmızı ışıkta geçilerek ihlal edilmesi ikinci plandadır<sup>85</sup>. Fakat sigorta ettiren, trafik ışığı kurallarını ihlal ettiğinin de bilincindedir. Rizikoya sebebiyet verilmesi, sigorta ettirenin doğrudan kastına dayalı olduğundan TTK m.1429 uyarınca sigorta şirketinin sigorta tazminatı ödeme borcu sona ermiştir<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Kusurun türlerine ilişkin bkz. Eren, s. 658-659; Oğuzman/Öz, s. 59-60; Baysal, s. 65 vd.; Gönül Koşar, s. 175 vd.; Sanlı, s. 193-197.

<sup>83</sup> Kasta ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Eren, s. 659; Oğuzman/Öz, s. 60; Baysal, s. 66-67; Gönül Koşar, s. 177; Sanlı, s. 193 vd.; "Kast, kusurun en ağır derecesidir. Kast, failin hukuka aykırı sonucu tasavvur ettiğini (bu sonucun bilincinde olduğunu) ve bu sonucu istediğini ifade eder." Yarg. HGK., T.29.01.2019, E.2015/2236, K.2019/34, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 07.01.2024.

<sup>84</sup> Bkz. Sanlı, s. 199; Gönül Koşar, s. 178.

<sup>85</sup> Kaldı ki sigorta ettirenin somut olay bakımından kasıtlı olarak kırmızı ışıkta geçmesi fakat herhangi bir rizikoya sebebiyet vermemesi halinde, sigorta şirketinin pasif haldeki sigorta himayesi sağlama yükümlülüğü zaten tetiklenmeyecektir.

<sup>86</sup> Bununla birlikte, sigorta ettirenin öncelikle rizikonun gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir ki somut olaylarda kaza olarak vuku bulan rizikonun ispatı nispeten kolaydır. Rizikonun,

## ii. Dolaylı kast

Sigorta ettirenin, trafik ışığı kurallarını ihlal edip trafik kazasına sebebiyet vermesinde kusuru kast derecesinde olmakla beraber, somut olayın özellikleri ışığında her zaman doğrudan kasttan söz edilmeyebilir.

Gerçekten de sigorta ettirenin özellikle “*olası kast - dolaylı kast*”<sup>87</sup> derecesindeki eylemlerini tespit etmek, onun eylemlerini sübjektif yönden değerlendirmekle mümkündür. Bu tespitin sigorta hukuku açısından bir önemi vardır. Çünkü kural olarak sigorta tazminatının ödenip ödenmeyeceği buna bağlıdır. Şayet sigorta ettirenin kusurunun dolaylı kast derecesinde olduğu tespit edilirse, sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğü sona erer. Şayet sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal etmesi esnasındaki eylemleri, doğrudan istemese de meydana gelecek kazayı umursamayıp bunu göze aldığını ve dolaylı olarak istediğini gösterir biçimdeyse, sigorta ettirenin kusuru dolaylı kast derecesindedir. Bu noktada, TTK m.1429/1 uyarınca, sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödeme borcu sona erer<sup>88</sup>.

Trafik ışığı kurallarının ihlali nedeniyle gerçekleşen kazalarda sigorta ettirenin kusurunun tespiti, her somut olaya göre ayrı değerlendirilmesi gereken bir husus olduğu için, sigorta ettirenin kusurunun dolaylı kast olduğuna ilişkin sübjektif açıdan ciddi emarelerin olması şarttır. Örneğin sigorta ettirenin, kendisine kırmızı ışık yanmaktayken, yeşil ışıkta geçen yayayı veya kavşağın diğer noktasından yeşil ışıkta geçmeye hazırlanan aracı görebilecek bir açıda bulunması, hızını arttırıp kavşaktan kırmızı ışıkta geçse dahi bir kazanın gerçekleşme ihtimalinin neredeyse kesin olması gibi belirtilerin bulunması, buna rağmen sigorta ettirenin somut tehlikeleri umursamayıp bu riski göze alması ve sonucunda kırmızı ışıkta geçerek yayaya veya diğer noktadan yeşil ışıkta geçen araca çarpması halinde, kusurunun dolaylı kast derecesinde olduğu söylenebilir. Burada ihmalin en ağır derecesini aşan bir durum söz konusudur ve sigorta ettirenin göstermiş olduğu tutum ve davranışlarından, meydana gelecek kazayı ve oluşacak zararı istemediğine dair bir irade çıkarılamamaktadır.

---

sigorta ettirenin kasti eylemiyle gerçekleştiğini ve dolayısıyla teminat kapsamı dışında kaldığını ispat külfeti ise TTK m.1409/2 uyarınca sigorta şirketinin üzerindedir.

<sup>87</sup> Dolaylı kasta ilişkin açıklamalar için bkz. **Gönül Koşar**, s. 180 vd.; **Baysal**, s. 67 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 63; **Sanlı**, s. 195.

<sup>88</sup> Tekrar ifade etmek gerekir ki, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesinde dolaylı kast ile hareket ettiğini ve meydana gelen zararların teminat kapsamı dışında olduğunu ispat külfeti sigorta şirketinin üzerindedir.



### ***b. İhmal***

Trafik ışığı kurallarına uymayıp trafik kazasına sebebiyet veren sigorta ettirenin, bu eylemindeki kusuru, çoğu zaman ihmal derecesindedir. Bu kusur derecesinde, esasen sigorta ettiren hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesini istemez. Fakat hukuka aykırı bu sonucun gerçekleşmemesi için gereken özeni de göstermez. İşte bu gibi hallerde, sigorta ettirenin ihmali söz konusudur<sup>89</sup>.

Hal böyle olmakla birlikte, ihmal de kendi içerisinde çeşitli tasniflere tabi tutulmuştur<sup>90</sup>. Çalışma açısından en önemli ayırım, Roma hukuku döneminden beri süregelen<sup>91</sup> ve ihmalin ağırlık derecesine göre olan ayırımdır. Buna göre ihmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>92</sup>. Bazen kusurlu eylemin ağır ihmal derecesine varmadığı, fakat hafif ihmal derecesinde de görülemeyeceği durumlar söz konusu olabilir. Doktrinde bu tür durumlar, üçüncü bir ihmal türü olarak “orta ihmal” şeklinde nitelendirilmektedir<sup>93</sup>.

İhmalin ağır, orta veya hafif olarak tespiti ise, sigorta ettirenin kusurlu eyleminin, objektif düzeyde makul ve dürüst sürücü modelinin örnek davranışından ne kadar saptığının saptanması ile mümkündür. Dikkat edilecek olursa sigorta ettirenin eylemi zaten kusurludur, sorumluluk hukuku açısından ihmalin derecesinin tespiti yalnızca tazminatın belirlenmesi açısından önemlidir<sup>94</sup>. Sigorta hukuku bağlamında ise TTK m.1429 gereği, kural olarak ihmalin derecesinin tespitinin, sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğü üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

Bir araç işleteni olarak sigorta ettirenin eylemlerindeki kusurunun, ihmalin hangi derecesinde olduğunu tespit için, aynı şartlarda objektif düzeyde makul ve dürüst sürücü modelinin örnek davranışını tespit etmek gerekir. Bu açıdan ilk olarak dışsal veya objektif nitelikteki kriterler mercek altına alınmalıdır. Bu hususların başında sigorta ettirenin trafik ışığı ihlalini gerçekleştirdiği yer ve ihlalin gerçekleştiği zaman gelmektedir<sup>95</sup>. İhlalin

<sup>89</sup> Kusurun bir diğer türü olan ihmale ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Eren**, s. 661 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 61 vd.; **Baysal**, s. 68 vd.; **Sanlı**, s. 195 vd.; **Gönül Koşar**, s. 191 vd.

<sup>90</sup> Bu hususta bkz. **Gönül Koşar**, s. 193 vd.; **Baysal**, s. 68 vd.; **Sanlı**, s. 195 vd.; **Eren**, s. 661 vd.

<sup>91</sup> Ağır İhmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*)’e ilişkin bkz. **Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 52 vd.

<sup>92</sup> Bkz. **Eren**, s. 664-665.

<sup>93</sup> Orta ihmale ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gönül Koşar**, s. 199 vd.

<sup>94</sup> Bkz. **Baysal**, s. 70.

<sup>95</sup> Benzer şekilde bkz. **Canbolat/Gönül Koşar**, Zarar Görenin Kusuru, s. 175-176.

şehirlerarası işlek bir otoyolda veya trafiğin yoğun olmadığı bir kavşakta gerçekleşmesi; ihlalin gece, gündüz veya öğle saatlerinde gerçekleşmesi gibi değişkenler her somut olay açısından örnek davranışın tespitinde fonksiyon gösterir. Diğer yandan, trafikte motorlu bir aracın işletilmesi bir tehlike sorumluluğu halidir<sup>96</sup>. Dolayısıyla objektif düzeyde makul ve dürüst sürücü modelinin, trafikte seyir halindeyken göstermesi gereken özen ve dikkat, günlük yaşamındaki özen ve dikkatten daima üst seviyededir. Kaldı ki trafik ışığı kurallarını ihlal etmek, bir başkasına zarar verilmesine yönelik tehlikeyi<sup>97</sup> azami ölçüde ağırlaştırır<sup>98</sup> ki bu da trafik ışığı kurallarına uyulmasının gerekliliğini o ölçüde arttırmaktadır.

Örnek davranışın tespitinde rol oynayabilecek bir diğer etken, sigorta ettirenin işlettiği aracın türüdür<sup>99</sup>. Zira yüksek ağırlıkta kargo taşıyan bir tır sürücüsünün ya da yolcu taşıyan şehirlerarası bir otobüs şoförünün sahip olması gereken ehliyetnamenin sınıfı farklı olduğu gibi; bunların trafikte göstermesi gereken özen ve dikkat, ortalama bir otomobil sürücüne göre çok daha üst seviyededir.

Objektif düzeyde makul ve dürüst sürücü modelinin örnek davranışının tespitinde, içinde bulunulan olayın somut koşulları da nazara alınması gereken diğer bir kriterdir<sup>100</sup>. Gerçekten de trafikte seyir halindeyken göz açıp kapayıncaya kadar gerçekleşen ve ani şekilde karar verilmesi gereken durumlar söz konusu olabilir. Ani gelişen ve acele karar verilmesi gereken bu hallerde, sürücü tarafından gerçekleştirilen hamleler, her ne kadar beklenen sonuç gerçekleşmese dahi, somut koşullara göre sürücünün kusurlu olarak değerlendirilmemesine neden olabilir<sup>101</sup>. Fakat trafikte meydana gelen kazaların çoğunluğunun ani gelişen durumlara karşılık verilen tepkiler nedeniyle

<sup>96</sup> Bkz. **Çelik**, s. 65.

<sup>97</sup> Bkz. **Gönül Koşar**, s. 158.

<sup>98</sup> Öte yandan burada TTK bağlamında teknik bir riziko ağırlaşmasının kastedilmediği aşıkardır. Nitekim trafik ışığı kurallarının ihlal edilip kırmızı ışıkta geçilmesi sebebiyle trafik kazasına sebebiyet verilmesi, TTK bağlamındaki riziko ağırlaşmasının şartlarından özellikle “devamlılık” unsurunu sağlamaması sebebiyle, bu kapsamda değerlendirilemez. Rizikodaki değişikliğin belirli bir süre devam etmek suretiyle yeni bir riziko durumu yaratması gerektiğine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Yener**, Merve İrem: Sigorta Sözleşmelerinde Rizikonun Ağırlaşması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 200 vd.

<sup>99</sup> Bkz. **Canbolat/Gönül Koşar**, Zarar Görenin Kusuru, s. 176.

<sup>100</sup> Bkz. **Canbolat/Gönül Koşar**, Zarar Görenin Kusuru, s. 177-178; **Gönül Koşar**, s. 165.

<sup>101</sup> Bu hususta bkz. **Gönül Koşar**, s. 165-167; **Canbolat/Gönül Koşar**, Zarar Görenin Kusuru, s. 177.

gerçekleştiği göz önüne alındığında, sürücünün kusurlu olarak değerlendirilmemesi, oldukça istisnai hallerde söz konusu olmalıdır.

Yine ilgili kanun ve yönetmeliklerle tesis edilmiş düzenlemelerde yer alan trafik kurallarının öngördüğü asgari özen ölçütünün aşılp aşılmadığı, trafik kurallarına uyulup uyulmadığı da örnek davranışın ve kusurun derecesinin tespitinde bir diğer kriterdir.

Son olarak hakim, objektif modelin örnek davranışının tespitinde somut olaya ilişkin anılan tüm bu kriterleri *-birlikte ve her biri ayrı ayrı olacak şekilde-* sentez biçimde değerlendirmeli ve sigorta ettirenin ihmalinin derecesine yönelik bir sonuca varmalıdır<sup>102</sup>.

### *i. Ağır ihmal*

En basit önlem dahi alınmadığı için örnek davranıştan ciddi derecede sapılması, sigorta ettirenin eyleminde ağır ihmal derecesinde kusur bulunduğu gösterir<sup>103</sup>. Üst başlıkta anılan objektif düzeyde makul ve dürüst sürücü modelinin örnek davranışını tespiti ilişkin kriterler ayrı ayrı ve bir arada değerlendirildiğinde, trafik ışığı kurallarına uymayıp trafik kazasının gerçekleşmesine sebebiyet veren sigorta ettirenin bu eylemiyle, örnek davranış arasında ciddi derecede bir sapma söz konusuysa, sigorta ettirenin kusuru ağır ihmal derecesindedir. Ancak bu değerlendirme oldukça soyuttur ve örnekler ile somutlaştırmak yerinde olacaktır.

Objektif düzeyde makul ve dürüst sürücü modeli, gündüz ve görüş mesafesinin son derece açık olduğu bir saatte, gerek araç gerekse de yaya trafiğinin yoğun olmadığı, sürüş yapılan güzergahın çok iyi bilindiği bir durumda, kendisine kırmızı ışık yanması halinde durur ve trafik ışığı kurallarına uyar. Optimum derecede uygun şartların sağlandığı ve sürücünün iradesini etkileyecek ani bir durumun yaşanmadığı bu olayda, trafik ışığı kurallarına uymayıp kırmızı ışıkta geçen sigorta ettirenin eylemindeki kusuru ağır ihmal derecesindedir<sup>104</sup>. Çünkü sigorta ettiren, objektif modelin örnek dav-

<sup>102</sup> Bkz. **Gönül Koşar**, s. 157; **Canbolat/Gönül Koşar**, Zarar Görenin Kusuru, s. 175.

<sup>103</sup> Ağır ihmale dair açıklamalar için bkz. **Eren**, s. 665; **Oğuzman/Öz**, s. 62; **Gönül Koşar**, s. 195 vd.; **Baysal**, s. 70.

<sup>104</sup> Yine bu görüşte bkz. **Memiş**, s. 18; **Karasu**, s. 116; **Burmann**, Michael/**Heß**, Rainer/**Hühnermann**, Katrin/**Jahnke**, Jürgen (**Hrsg.**): Straßenverkehrsrecht Kommentar, 27. Auf., München 2022, (**Burmann**), VVG § 81, Rn. 12; **Looschelders**, Dirk/**Pohlmann**, Petra (**Hrsg.**): VVG Versicherungsvertragsgesetz Kommentar, 3. Auf., Carl Heymans Verlag, Köln 2016, (**Schmidt-Kessel**), VVG § 81, Rn. 93; **Langheid**, Theo/**Wandt**, Manfred (**Hrsg.**): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 3, 2. Auf., München 2017, (**Maier**), Kaskoversicherung, Rn. 182; **Rüffer**,

ranışından ciddi derecede sapmış, yanan kırmızı ışık karşısında herkesin bildiği ve yapması gerektiği şeyi yapmamış, en basit özeni göstermemiştir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi'nin 1992 yılında verdiği ilke niteliğindeki kararda da<sup>105</sup>, trafik ışığı kuralının kırmızı ışıkta geçilerek ihlal edilmesi halinde, sürücünün kusurunun *-kural olarak-* ağır ihmal derecesinde olduğu belirtilmiştir<sup>106</sup>.

Trafik ışığı kurallarını ihlalin çeşitli görünüş biçimleri, objektif modelin örnek davranışının tespitine ilişkin kriterler de göz önüne alınarak kusurun ağırlığı bakımından değerlendirildiğinde, kanaatimizce sigorta ettirenin aşığıdaki eylemlerinde kusurunun ağırlığı ağır ihmal derecesindedir:

- Beş şeritli bir yolda orta şeritte sabit bir hızla seyir halindeyken, diğer şeritlerdeki araçların yeşil ışık ile sağa veya sola dönüp trafik seyrine devam etmesiyle beraber, kendini trafiğin akışına kaptırıp kırmızı ışıkta geçmesi ve kazaya sebebiyet vermesi,
- Sağa dönüş yapma amacı bulunmamasına rağmen, sağa dönüş için yanan yeşil ışığın kendisi için geçerli olduğunu varsayıp aslında kendisi için yanmakta olan kırmızı ışıkta geçiş yapması ve kazaya sebebiyet vermesi,
- İyi bildiği bir güzergah üzerinde, trafiğin olmadığı bir durumda, sarı ışığı görüp kırmızı ışık yanmadan geçmek isterken kırmızı ışığın ilk saniyesinde geçmesi ve kazaya sebebiyet vermesi,

---

Wilfried/Halbach, Dirk/Schimikowski, Peter (Hrsg.): *Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar*, 4.Auf., Nomos Verlag, Köln 2020, (Karczewski), VVG § 81, Rn. 28; Baumann, Horst/Beckmann, Roland Michael/Johannsen, Katharina/Johannsen, Ralf (Hrsg.): *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar*, Band 3, 9.Auf., Berlin 2009, (Baumann), VVG § 81, Rn. 71; Beckmann, Roland Michael/Matusche-Beckmann, Annemarie (Hrsg.): *Versicherungsrechts-Handbuch*, 3. Auf., München 2015, (Heß), § 16, Rn. 75.

<sup>105</sup> Karara konu olmuş olayda, davacı sigorta ettiren, öğle saatlerinde, federal otoyolda 60 km/s hız ile seyrine devam etmekteyken, yaklaşmakta olduğu kavşağı görüp hızını azaltmamış, kendisine uzun süredir yanmakta olan kırmızı ışığı gözden kaçırmış ve yan yönden gelip yeşil ışıkta geçmekte olan araca çarpmıştır. Alman Federal Mahkemesi, bu halde davacının, üzerine düşen özen ve dikkat yükümlülüğünü ciddi şekilde ihlal ettiğini, bu hareketi ile gösterilmesi gereken özen ve dikkati normal seviyenin çok ötesinde aştığını ve bu eyleminin ağır ihmal olarak değerlendirilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Bkz. **BGH, Urteil vom 08.07.1992 - IV ZR 223/91**, (NJW 1992, s. 2418). Yine söz konusu karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Memiş**, s. 15-16.

<sup>106</sup> Yargıtay ise kural olarak trafik ışığı kurallarını ihlal eden sürücünün kusurunu ihmal olarak değerlendirmekte, fakat bunun ağır nitelikte olmadığı görüşündedir. Bu hususta bkz. II, B, 2.

- Öğlen vakti trafik ışıklarının bulunduğu bir kavşağa yaklaşmaktayken hızını azaltmaması, o sırada güneş ışınları sebebiyle trafik lambasında yanan ışığı göremeyip kırmızı ışıkta geçmesi ve kazaya sebebiyet vermesi,
- Kırmızı ışığın yanmakta olduğunun görüldüğü bir kavşak noktasına yaklaşmakta iken yeşil ışığın yanacağını umarak frene basmaması ve bu esnada trafik ışığını görüş açısının büyük bir ağaç tarafından kısa süreli engellenmesi nedeniyle ışığı göremeyip kırmızı ışıkta geçmesi ve kazaya sebebiyet vermesi,
- Çok şeritli bir yolda, trafik ışıklarının net görülebildiği bir ortamda, yanındaki yolcunun kendisiyle konuşmasına izin vermesi ve bu esnada dalgınlıkla kırmızı ışıkta geçip kazaya sebebiyet vermesi,
- Yolculuğa başlamadan önce dahi çok sarhoş olduğu görülen yolcu ön koltuğa oturtması, sürüş sırasında onun fiziki müdahalesine karşı koymaya çabalarken kırmızı ışıkta geçmesi ve kazaya sebebiyet vermesi,
- Torununun uzun süredir devam eden sağlık sorunlarından dolayı, içinde bulunduğu ruh hali sebebiyle kırmızı ışıkta geçmesi ve kazaya sebebiyet vermesi,
- Sürüş yaptığı bölgeye aşina olmadığı ve sürüş tecrübesi de yetersiz olduğu için<sup>107</sup> kırmızı ışıkta geçip kazaya sebebiyet vermesi.

Bu örneklerde sigorta ettirenin kırmızı ışıkta geçip rizikoya sebebiyet vermesi durumunda, sergilemiş olduğu davranışın, objektif modelin örnek davranışından ciddi derecede saptığı düşünülmektedir. Ancak tekrar ifade etmek gerekir ki sigorta ettirenin kusurunun derecesini tespit için her somut olayda farklı değişkenler söz konusu olduğundan; yukarıda anılan olaylara benzer fakat farklı parametrelerin olduğu somut olaylarda, kusurun daha hafif derecede görülmesi söz konusu olabilir<sup>108</sup>.

## *ii. Hafif ihmal*

Sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal edip kazaya sebebiyet vermesi halinde, bu eylemindeki kusurunun derecesi hafif ihmal olabilir. Dok-

<sup>107</sup> Zira hem sürüş yaptığı bölgeye aşina olmaması hem de sürüş tecrübesinin yetersiz olması, sigorta ettirenin daha da fazla dikkat ve özen göstermesine neden olan subjektif kıstaslardır.

<sup>108</sup> Bu hususta bkz. **Langheid**, Theo/**Wandt**, Manfred (**Hrsg.**): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, 3. Auf., München 2022, (**Looschelders**), VVG § 81, Rn. 74.

trindeki hafif ihmale ilişkin tanımlar<sup>109</sup> dikkate alındığında, esasında sigorta ettiren burada belli bir dikkat ve özeni göstermiştir. Ancak gösterdiği dikkat ve özenin seviyesi, kusurlu eylemin gerçekleşmesine engel olamamıştır. Kaldı ki trafikteki tehlikeler düşünülecek olursa, sigorta ettirenin günlük yaşamında gösterdiği dikkat ve özene nazaran daha da dikkatli olması gerektiği aşıkardır. Bu noktada sigorta ettiren ile objektif modelin örnek davranışı arasındaki fark, ağır ihmalde olduğu kadar ciddi bir seviyede değıldir.

Trafiğin güvenliğinin sağlanması adına oluşturulan düzenlemelerin en başında trafik ışığı kuralları gelir. Bu kurallara uyulmaması ve bunun sonucunda bir kaza meydana gelmesi halinde, sigorta ettirenin kusurunun hafif ihmal derecesinde olduğunu ileri sürmek için, gerçekten de somut olay özeğinde onun daha az dikkat ve özen göstermesini haklı çıkaracak bir unsurun - *tabiri caizse bir mazeretin*<sup>110</sup> - olması gerekmektedir.

Doktrindeki bir görüşe göre sigorta ettirenin, kırmızı ışıkta geçmesinin ardında kendisini aklayıcı bir mazeret bulunuyorsa, onun bu eylemine karşı daha hoşgörölü davranmak gerekebilir<sup>111</sup>. Esasında kırmızı ışıkta geçip trafik ışığı kuralı ihlaline sebep olmanın her somut olay açısından değerlendirme konusu yapılmasının ve mutlak bir kusur derecesi belirlenememesinin nedenlerinin başında bu husus gelir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de ilgili ilke kararında bu duruma dikkat çekmiş, bir davranışın ağır ihmal derecesinde olduğu sonucuna yalnızca objektif koşulların değerlendirilmesiyle ulaşamayacağını; aynı zamanda somut olayda kişinin kararını etkileyen koşulların da değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>112</sup>.

Tam da bu noktada sigorta ettirenin, özellikle kırmızı ışıkta geçtiği hallerde mazeret olarak öne sürdüğü “*bir anlık dikkatsizlik (Augenblicksversagen)*” kavramı<sup>113</sup>, üzerinde durulması gereken bir meseledir. Gerçekten de yoğun dikkat ve özen gerektiren birtakım işlerin yapılması esnasında, sigorta ettirenin bir anlık dikkatsizlik ile hatalı kararlar verip rizikoya sebebiyet vermesi halinde, bu hatasının sigorta hukuku bağlamında mazur görülüp görülmeyeceği uzun yıllardan beri tartışma konusu olmuş-

<sup>109</sup> Hafif ihmale ilişkin açıklamalar için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 62; **Gönül Koşar**, s. 202; **Baysal**, s. 70; **Eren**, s. 665; **Sanlı**, s. 195-196.

<sup>110</sup> Benzer yönde bkz. **Memiş**, s. 17.

<sup>111</sup> Bu yönde bkz. **Römer**, Wolfgang: “Überfahren einer roten Ampel und Leistungsfreiheit des Versicherers”, Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht (NversZ), Sayı: 12, 2001, s. 539.

<sup>112</sup> Bkz. **BGH, Urteil vom 08.07.1992 - IV ZR 223/91**, (NJW 1992, s. 2418).

<sup>113</sup> Bkz. **Memiş**, s. 17.

tur<sup>114</sup>. Trafikte gerek yaya gerekse de sürücü olarak bulunmanın yoğun derecede konsantrasyon gerektirdiği ortadadır. Uygulamada da çoğunlukla konsantrasyonun görece daha düşük seviyeye indiği uzun sürüşlerin akabinde veya ani kırmızı ışık yanması gibi hallerde, sigorta ettirenin bir anlık dalgınlık veya dikkatsizlik nedeniyle hatalı bir karar verip trafik kazasına neden olması sık karşılaşılabilen bir durumdur.

Buradaki anlık dikkatsizliğin, objektif açıdan ağır ihmal olarak nitelenen kırmızı ışıkta geçme davranışını mazur gösterip gösteremeyeceğine ilişkin çeşitli içtihatlar bulunmaktadır. Nitekim önceleri, gereken özen ve dikkati gösteren sigorta ettirenin de başına “*bir anlık dikkatsizlik*” vakasının gelebileceği ve rizikoya sebebiyet veren bu davranışının ağır ihmal olarak görülmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı yönünde yargı kararları bulunurken<sup>115</sup>; sonrasında özellikle de trafikte meydana gelen rizikoların birçoğunun bir anlık dikkatsizliğe dayanması nedeniyle, bunun ihmalin derecesini hafifletmek için tek başına yeterli olmadığı ve mutlaka durumu mazur gösterecek birtakım ek koşulların da mevcut olması gerektiği görüşü ağır basmıştır<sup>116</sup>.

Sigorta ettirenin trafik ışığının bulunduğu kavşakta inşaat çalışması yapılması nedeniyle konsantrasyon kaybına uğraması ve kırmızı ışıkta geçip trafik kazasına sebebiyet vermesi<sup>117</sup>; görüş mesafesinin açık olduğu, gelişmiş şehirlerarası bir otoyolda bir anlık dikkatsizlikle kırmızı ışıkta geçip trafik kazasına sebebiyet vermesi<sup>118</sup>; diğer araçların geçtiği esnada “*sürü psikolojisi*” içerisinde dalgınlıkla kendisinin de kırmızı ışıkta geçip trafik kazasına sebebiyet vermesi<sup>119</sup> gibi hallerde, kusurunun ağır ihmal derecesinde olduğuna hükmedilmiş ve bir anlık dikkatsizliği hafifletici bir mazeret olarak kabul edilmemiştir.

<sup>114</sup> Bkz. Langheid/Wandt (Looschelders), VVG § 81, Rn. 81; Ruffer/Halbach/Schimikowski (Karczewski), VVG § 81, Rn. 9.

<sup>115</sup> Örneğin bkz. BGH, Urteil vom 14.07.1986 - IVa ZR 22/85, (VersR 1986, s. 962). Yine bir anlık dikkatsizliğin beşeri bir hata olduğu ve bu gibi hallerde ihmalin derecesinin ağır olmaması gerektiğine ilişkin bkz. Haberstroh, Dieter: “Das “Augenblickversagen” - kein Fall grober Fahrlässigkeit”, VersR 1998, s. 943.

<sup>116</sup> Bkz. Langheid/Wandt (Looschelders), VVG § 81, Rn. 81; Prölss, Jürgen/Martin, Anton (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz, 31. Auf., München 2021, (Armbrüster), VVG § 81, Rn. 40; Ruffer/Halbach/Schimikowski (Karczewski), VVG § 81, Rn. 9.

<sup>117</sup> Bkz. LG Arnsberg, Urteil vom 25.01.2005 - 5 S 141/04, (Zeitschrift für Schadensrecht (ZfS) 2005, s. 505).

<sup>118</sup> Bkz. BGH, Urteil vom 08.07.1992 - IV ZR 223/91, (VersR 1992, s. 1085).

<sup>119</sup> Bkz. OLG Köln, Urteil vom 19.11.2002 - 9 U 54/02, (NZV 2003, s. 138).

Diğer yandan, örneğin kırmızı ışıkta durmaktayken çocuklarını kontrol etmek amacıyla arkasına dönen ve arkadaki araçların korna çalmaları nedeniyle yeşil ışık yandığını düşünüp trafik ışığına bakmadan ani bir şekilde kavşağa girip trafik kazasına neden olan sigorta ettirenin kusurunun ağır ihmal derecesinde olmadığına<sup>120</sup> hükmedilmiştir.

Kanaatimizce bir anlık dikkatsizlik nedeniyle trafik ışığı kurallarının ihlal edilmesinin, sigorta ettirenin kusurunun ağırlığını etkilemesine istisnai olarak izin verilmelidir. Zira trafikte gerçekleşen kazaların birçoğu zaten anlık verilen kararlar neticesinde gerçekleşmektedir. Bir anlık dikkatsizlik nedeniyle kırmızı ışıkta geçen sigorta ettirenin ağır ihmal derecesindeki kusurunun, sadece anlık dikkatsizliğe sebep olan şeyin varlığı nedeniyle hafifletilmesi yerinde bir yaklaşım olmayacak, ilgili trafik ışığı kuralının tesis etmeye çalıştığı trafik güvenliğine de katkı sunmayacaktır. Bu açıdan özellikle sürücünün anlık olarak konsantrasyon kaybına ya da dikkatsiz davranmasına neden olan duruma kendi sebep olmaması gerekir<sup>121</sup>. Örneğin trafik ışıklarının bulunduğu bir kavşağa yaklaşmakta iken, spesifik bir konum arayışı nedeniyle navigasyon aletine veya telefona bakan ve anlık dikkatsizlikle kırmızı ışıkta geçen kimsenin bu yöndeki mazereti ağır ihmal derecesindeki kusurunu hafifletmeye yetmemelidir.

Son olarak trafik ışığı kurallarını ihlalin çeşitli görünüş biçimleri, objektif modelin örnek davranışının tespitine ilişkin kriterler de göz önüne alınarak kusurun ağırlığı bakımından değerlendirildiğinde, kanaatimizce sigorta ettirenin aşağıdaki eylemlerinde kusurunun ağırlığı hafif ihmal derecesindedir:

- Öğlen vakti trafiğin yoğun olmadığı bir saatte, trafik ışıklarının bulunduğu kavşağa yaklaşırken aracını durdurması fakat güneş ışınlarının trafik lambasına vurması nedeniyle üç ışık birden görülemediğinden<sup>122</sup> kırmızı ışıkta geçmesi ve kazaya sebebiyet vermesi,
- İki şeritli bir yolda seyir halindeyken, kırmızı ışığı görüp durmasına rağmen, daha sonra sağ şeride başka bir aracın gelip onun da durduğunu görünce, yanan kırmızı ışığın aslında kendi şeridine değil de

<sup>120</sup> Bkz. **OLG Koblenz, Urteil vom 17.10.2003 - 10 U 275/03**, (VersR 2004, s. 728).

<sup>121</sup> Sürücünün ani karar vermesi gereken duruma, kendi hatasıyla sebep olmaması gerektiğine ilişkin bkz. **Gönül Koşar**, s. 166; **Canbolat/Gönül Koşar**, Zarar Görenin Kusuru, s. 177.

<sup>122</sup> Fakat örneğin bu olay gece vakti gerçekleşseydi aynı kanaate varmak mümkün değildi. Zira gece vakti trafik ışıkları çok daha net görülmektedir.



sağ şeritteki araçlara yönelik olduğunu düşünüp kırmızı ışıkta geçiş yapması ve kazaya sebebiyet vermesi<sup>123</sup>,

- Önce sağa dönüş için yanan kırmızı ışık nedeniyle durması fakat arkadan çalan korna sesleri ile beraber düz giden trafik için yanan yeşil ışığın<sup>124</sup> kendisi için de yandığını düşünüp heyecanlanarak aniden sağa dönüş yapması ve trafik kazasına sebebiyet vermesi.

Ancak bir kez daha belirtmek gerekir ki sigorta ettirenin kusurunun derecesini tespit için her somut olayda farklı parametreler söz konusu olduğundan; yukarıda anılan olaylara benzer fakat farklı değişkenlerin olduğu somut olaylarda, kusurun daha ağır derecede görülmesi<sup>125</sup> söz konusu olabilir.

### 3. Kusurun Derecelendirilmesinde Özellik Arz Eden Bazı Durumlara İlişkin Değerlendirmeler

#### a. Kusurun Nitelendirilmesine İlişkin Uygulamadaki Terminolojik Farklılıkların Değerlendirilmesi (Asli Kusur - Tali Kusur Ayrımı)

Sürücü koltuğundaki sigorta ettirenin, trafik ışığı kurallarını ihlali halinde, kusuru duruma göre kast, ihmal hatta kusursuzluk seviyesinde olabilir. Bununla birlikte Yargıtay'ın birçok kararına konu olmuş şekilde<sup>126</sup>, sürücünün kusurunun “*asli kusurlu, tam kusurlu veya %100 kusurlu*” biçiminde nitelendirilmesi, terminolojik bakımdan uygulama ile doktrin arasında bir farklılık yaratmaktadır.

Asli kusur kavramının karşımıza çıkması, KTK m.84<sup>127</sup> ile ilişkilidir. Yine Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 157. maddesinde de kırmızı ışıklı

<sup>123</sup> Zira sigorta ettiren burada kırmızı ışığı görüp durmuştur. Fakat daha sonra dikkatli ve tedbirli bir sürücünün göstereceği dikkat ve özeni göstermeyerek örnek davranıştan sapmıştır.

<sup>124</sup> Fakat örneğin yeşil ışık üzerinde yaya işareti ya da yön oku bulunsaydı aynı kanaate varmak mümkün değildi. Zira böyle bir durumda trafik lambalarına yaya veya yön oku konmasının da bir anlamı kalmaz.

<sup>125</sup> Bir otomobil sürücüsü tarafından hafif ihmal olarak nitelendirilebilecek bir trafik ışığı kural ihlalinin, objektif model ve örnek davranışta meydana gelecek farklılık -örneğin sürücünün şehirlerarası bir otobüs şoförü olması- dolayısıyla ağır ihmal olarak derecelendirilmesi söz konusu olabilir.

<sup>126</sup> Bkz. II, B, 2.

<sup>127</sup> “Trafik kazalarında sürücü kusurlarının tespiti ve asli kusur sayılan haller” başlıklı 84. maddenin a bendine göre, araç sürücüleri trafik kazalarında “kırmızı ışıklı trafik işaretinde veya yetkili memurun dur işaretinde geçme” halinde asli kusurlu sayılırlar. Sürücülerin kusurlarının tespitine ilişkin bkz. Çelik, s. 324-325.

trafik işaretinde geçen sürücülerin asli (esas) kusurlu sayılacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte uygulamada, her iki tarafın kusurlu olduğu ancak bir tarafın kusurunun diğer tarafa göre daha ağır bastığı olaylarda, kazanın gerçekleşmesinde diğer tarafa nazaran kusuru daha hafif olanın tali kusurlu olduğu belirtilerek asli kusur - tali kusur ayrımı yaratılmıştır<sup>128</sup>.

Sigorta hukuku bağlamında özellikle TTK m.1429'dan da görüleceği üzere kusurun türleri, kast ve ihmal olarak belirtilmiştir. Teknik açıdan son derece yerinde olan bu tercih karşısında, “ *asli kusur, tali kusur, tam kusur, %100 kusur*<sup>129</sup> ” kavramlarının, sigorta hukukuna dair uyumsuzluklarda, hukuki açıdan neyi ifade ettiğine yanıt vermek çalışma açısından bir gerekliliktir.

Asli kusur - tali kusur ayrımının, özellikle kusurun ağırlığının derecelendirmesi bakımından ifade ettiği anlama yönelik öncelikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ilke sayılabilecek nitelikteki kararına<sup>130</sup> değinmek ve karardan elde edilen sonuçları bir araya getirip değerlendirmek yerinde olacaktır. Buna göre;

- Sürücünün kırmızı ışıқта geçmesi “KTK m.84” uyarınca asli kusurlu olduğunu gösterir.
- Sürücü KTK anlamında asli kusurlu olmakla birlikte, bu davranışı mutlak manada ağır kusurlu olarak değerlendirilemez.
- KTK m.84'te asli kusur olarak sayılan haller, kast veya ihmal ile ihlal edilebilir.
- KTK m.84'te asli kusur olarak sayılan hallerin, aynı zamanda kusurun derecelendirilmesinde ağır ihmal olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

<sup>128</sup> Sigortacılıkta kabul edilmiş teamüller uyarınca, asli kusur ve tali kusur hallerinde kusur oranı aşağıdaki gibi kabul edilmektedir:

- Asli veya tali kusuru tek başına ise bu kusuru işleyen sürücü %100 kusurludur.
- Bir tarafın asli kusurlu, diğer tarafın tali kusurlu olduğu; kazanın oluşumunda her iki tarafın da kusuru bulunan kazalarda asli kusurlu %75 oranında, tali kusurlu %25 oranında kusurludur.
- Her iki tarafın da asli kusurlu veya her iki tarafın da tali kusurlu olduğu; kazanın oluşumunda her iki tarafın da kusuru bulunan kazalarda, taraflar %50 oranında kusurludur. Bu hususta bkz. **Yavaşı**, s. 50-51.

<sup>129</sup> “... *Bu sebeple %100 kusurlu bulunmak, ağır kusurlu olduğunu göstermez. ...*” Bkz. Yarg. 17.HD., T. 20.06.2016, E. 2016/5254, K.2016/7518, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 10.01.2024. Aynı yönde bkz. **Çelik**, s. 956.

<sup>130</sup> Bkz. Yarg. HGK, T.10.12.2003, E.2003/11-756, K.2003/743, Kazancı Veri Tabanı, E.T.:10.01.2024. Yine bu husustaki değerlendirmeler için bkz. **Memiş**, s. 11.

- Asli kusur olarak anılan hallerin, teminat kapsamının dışında kalacağına ilişkin ne TTK'da ne de motorlu araçlara ilişkin sigorta genel şartlarında bir hüküm bulunmaktadır.
- Somut olayın özelliğine göre, KTK anlamında asli kusurlu bir eylem sigorta teminatı kapsamında olabileceği gibi; tali kusurlu bir eylem de örneğin ağır ihmal söz konusuysa sigorta teminatı kapsamı dışında kalabilir.

Karardan çıkan sonuçlar bir arada değerlendirildiğinde, esasen asli kusur - tali kusur ayrımını doğuran unsurlar ile kast - ihmal ayrımını doğuran unsurlar birbirinden bağımsızdır. Bu durum, iki ayrımın, paralel olarak aynı anda var olabilmesine de sebep olmaktadır.

Hal böyle olmakla birlikte, kusurun ve tazminatın belirlenmesi bakımından özellik arz eden üç duruma da değinmek gerekir.

- TBK m.51/1 uyarınca, tazminatın kapsamı ve ödenme biçimi, kusurun ağırlığı da göz önünde bulundurularak hakim tarafından belirlenir.
- Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 156. maddesinde trafik kaza tespit tutanağı<sup>131</sup> tutmaya yetkili olan trafik zabıtası veya genel yetkili zabitanın, tutanakta kusur oranını belirtmesinin önüne geçilmiştir.
- Ayrıca uyuşmazlığın çözümü için teknik bilgi gerektiren hususlarda -ki trafik kazalarının meydana gelmesinde sürücülerin davranış ve eylemlerinin trafik bilirkişilerince tespit edilmesi uyuşmazlığın çözümü için teknik bir bilgidir- hakim, kusur incelemesi için bilirkişiyi atayabilir.

Uygulama ile beraber bu üç bilgi ışığında bir değerlendirme yapılacak olursa, somut olaylarda kazaya ilişkin olarak tarafların kusurlarını "ilk bakışta" nitelendirmeye yönelik birtakım kavramların mevcudiyeti gereklidir. Zira trafik zabıtasının veya genel yetkili bir memurun, o esnada trafik ışığı kurallarını ihlal eden sürücünün, bu ihlalini kast veya ihmal ile gerçekleştirdiğini tutanakta belirtmesi kendisinden beklenemeyeceği gibi, zaten bu durum hukuka da aykırıdır<sup>132</sup>.

<sup>131</sup> "... Trafik kaza tespit tutanağı ile olayın meydana geliş şekli, yol ve hava şartları, motorlu araçların seyir şekilleri ve teknik özellikleri gibi olayın meydana gelişinde araçların kusur derecelerini tayine yarayacak vakıalar tespit edilir. Bu tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. ..." bkz. Yarg. 11.HD., T. 27.09.2005, E.2004/11909, K.2005/8787, (Çelik/Muktedir, s. 1236).

<sup>132</sup> Nitekim bu hususta bkz. "Kusur oranı içermesi yasa ve yönetmelik gereği mümkün olmayan kaza tespit tutanağına itibar edilerek hüküm tesis edilemez." Yarg. 11.HD., T.

İşte tam da bu noktada, asli kusur ve tali kusur kavramları devreye girmektedir. Bu kavramların işlevi, kazanın gerçekleşmesinin akabinde, kazanın meydana gelişinde hangi tarafın kusuru olabileceğini<sup>133</sup>, KTK m.84'ün çizdiği sınırlar ışığında cevaplandırabilmekten ibarettir. Uzman trafik bilirkişilerinin teknik raporlarında da<sup>134</sup> bu kavramlara rastlanabilmekle birlikte, bu raporlarda ayrıca “kusur dağılımı” başlığı altında taraflara yüzdelik olarak kusur izafe edildiğine de rastlanmaktadır<sup>135</sup>. Kusurun derecesini ve tazminatın miktarını belirleyecek olanın hakim olduğu düşünülürken, asli kusur - tali kusur ayırımının ya da bilirkişi raporlarındaki “kusur dağılımının” sorumluluk hukuku ve sigorta hukuku bağlamında özellikle de kusurun ağırlığının derecelendirilmesi bakımından -doğrudan- bir hukuki sonucu bulunmamaktadır<sup>136</sup>.

Doktrinde de asli kusur - tali kusur ayırımına yönelik olarak yasal düzenlemenin anlamının daha açık hale getirilmesi gerektiği<sup>137</sup>, bu kavramların dayanağı olmadığı, asli kusur halleri olarak sayılan hallerin, çağrışım olarak ağır kusurlu eylemleri andırdığı fakat asli kusur hallerinin hiçbirinin önsel olarak kusurun derecesini belirleyemeyeceği belirtilmiştir<sup>138</sup>. Asli kusur - tali

---

15.10.2004, E.2004/115, K.2004/9362, (Çelik/Muktedir, s. 1235). Buna rağmen doktrinde hukuk hakiminin bilirkişi atayarak “kusur oranlarını belirten” bir rapor isteyebileceğine dair görüş de bulunmaktadır. Bkz. Çelik, Çelik Ahmet: Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü (Tazminat Hesapları), 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 128.

<sup>133</sup> KTK bağlamında kusur ile esasında trafik kurallarının ihlalinin kastedildiği, asli kusur - tali kusur ayırımının ise daha çok ihlal edilen trafik kuralının önemine dair olduğuna ilişkin bkz. **Canbolat/Gönül Koşar**, s. 844.

<sup>134</sup> Yine ceza yargılamalarında alınan bilirkişi raporlarının da kusur oranı verilmekten ziyade, yalnızca “asli kusur - tali kusur” nitelemeleri ile ilerlediği; hal böyle olunca hukuk mahkemelerinde açılan tazminat davaları için yeniden bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, genellikle asli kusur için % 75, tali kusur için ise % 25 oranında kusur atfedildiği, oysa her asli kusurun veya tali kusurun farklı özellikleri olabileceğinden böyle sabit oranlar belirlenmesinin doğru olmadığına ilişkin bkz. **Çelik**, Ölçü, s. 608.

<sup>135</sup> Bu dağılım ile anlaşılması gereken somut olayda tarafların kusurlarından ziyade; trafik kazasının oluşumuna, tarafların birbirlerine kıyasla hangi oranda etki ettikleri olmalıdır. Bkz. **Canbolat/Gönül Koşar**, s. 845-846.

<sup>136</sup> Bununla birlikte, uygulamada trafik bilirkişileri, raporlarında tarafların kusur oranlarını belirtmektedir. Kanaatimizce bunlar yalnızca hakime tazminatın miktarının belirlenmesi bakımından bir fikir verebilir. Özellikle trafik bilirkişisi raporlarında, “failin eylemi kast veya ihmâl ile gerçekleştirdiği” hususunda kusurunun ağırlık derecesine ilişkin yargılarda bulunulması hukuka uygun değildir.

<sup>137</sup> Bkz. **Ünan**, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt IV Yargıtay Kararları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 426-428.

<sup>138</sup> Bu hususta bkz. **Ünan**, Cilt VI, s. 218-219.

kusur ayırımının hakim için sağladığı fayda, onun bu olayda fikir üretmesine yardımcı olmaktan öteye geçmeyecektir<sup>139</sup>.

**b. “Kırmızı Işıқта Geçen Fail Olası Kast Derecesinde Kusurludur” Varsayımı**

TCK’nın “kast” başlıklı 21. maddesinin gerekçesinde, olası kast duruma değinilmiş ve ceza mevzuatına yeni girmiş bir kavram olarak olası kastın daha iyi anlaşılabilmesi adına uygulamadan somut örnekler verilmeye çalışılmıştır. Verilen ilk örnekte ise, trafikte seyir halinde olan bir otobüsün sürücüsü olan fail, kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen kavşakta durmamış, yeşil ışık yandığı için karşıdan karşıya geçmekte olan yayalara çarpmış ve bazıların ölümüne sebep olmuştur. Bu somut örnekten hemen sonra faile, olası kastın şartlarının sağlanması adına, “yaya geçidinden her an birilerinin geçtiğini gördüğü”, “buna rağmen durmayıp yoluna devam ettiği”, bu nedenle de meydana gelen ölüm neticesini “öngörüp kabullendiği” yönünde, iç dünyasına yönelik olarak çeşitli duygu ve düşünceler nakledilmiştir.

Şartları konusunda, teorik olarak dahi tartışma barındıran olası kast kavramının daha iyi anlaşılabilmesi adına verilen bu örnekte, failin kırmızı ışıkta geçip birilerinin ölümüne sebebiyet vermesi, uygulamada trafik ışığı kural ihlalinin kusur derecesi bakımından olası kast olduğu yönünde hatalı çıkarımlara sebebiyet vermiştir<sup>140</sup>. Halbuki trafik ışığı kurallarını ihlalin çeşitli görünüş şekilleri bulunmakla birlikte, her bir görünüş şeklinde sürücünün kusurunun derecesi de birbirinden bağımsızdır. Kaldı ki yukarıda trafik ışığı kurallarının ihlalinde kusura ilişkin kararlar incelenirken<sup>141</sup>, Yargıtay ilgili Ceza Daireleri’nin trafik ışığını ihlal halinde, failin bilinçli taksir derecesinde kusurlu olduğuna ilişkin içtihatları da bulunmaktadır. Dolayısıyla trafik ışığı kurallarını ihlalde sürücünün, ceza hukuku bağlamında kusurunun olası kast olduğu veya sorumluluk hukuku bağlamında kusurunun dolaylı kast olduğu sonucuna, özellikle de TCK m.21’in gerekçesinde bu yönde örnek olduğu savıyla peşinen varmak doğru değildir<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> Bkz. Memiş, s. 16.

<sup>140</sup> Bu düşüncenin yerinde olmadığına ilişkin bkz. Ünan, s. 312; Avcı, s. 84.

<sup>141</sup> Bkz. II, B, 1.

<sup>142</sup> Hal böyle olmakla birlikte, özellikle ölümlü trafik kazasının söz konusu olduğu somut olaylarda, sürücünün kusurunun belirlenmesinde Yargıtay Ceza Daireleri’nin olası kast derecesinde kusura daha yakın olduğu da ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. Çelik, s. 271.

#### IV. SİGORTA ETTİRENİN TRAFİK IŞIĞI KURALLARINI İHLAL ETMESİNİN SİGORTA TAZMİNATININ ÖDENMESİNE ETKİSİ

##### A. Türk Hukukunda Temel Prensip: Ya Hep Ya Hiç

TBK m.51/1 uyarınca, hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereği ve özellikle de borçlu veya failin kusurunun ağırlığına göre belirler. Bu sebeple haksız fiil sorumluluğunda, zarar veren borçlu veya failin kusurunun ağırlığı, tazminatın belirlenmesinde oldukça önemlidir<sup>143</sup>.

Sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğünde sigorta ettirenin kusurunun derecesine ilişkin sınırların çizildiği genel nitelikteki hüküm ise TTK m.1429'dur. Buna göre, sigorta kurumunun varoluş amacının da etkisiyle, sigorta ettirenin ihmali ile rizikoya sebebiyet vermesi ve zarar gerçekleşmesi halinde, sigorta şirketi kural olarak<sup>144</sup> sigorta tazminatı ödemesini gerçekleştirecektir. Fakat sigorta ettirenin, rizikoya kasten sebebiyet vermesi halinde, sigorta şirketinin tazminat ödeme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır<sup>145</sup>.

TBK'daki kusurun ağırlığına yönelik yapılan ayırımın aksine<sup>146</sup>; sigorta hukukuna ilişkin TTK'daki hükümler, kusurun türleri bakımından ayırım yaparken kast ve ihmal kavramlarını tercih etmiştir<sup>147</sup>. Çalışmanın bu bölümü

<sup>143</sup> Bu hususta bkz. **Baysal**, s. 70; **Eren**, s. 664.

<sup>144</sup> Zira taraflar, sigorta ettirenin veya sigortalının bazı kusurlu davranışlarının sonucu gerçekleşen zararlardan sorumlu olmayacağını (*kusur istisnası*) kararlaştırabilirler. Bkz. **Can**, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı) Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 58-59.

<sup>145</sup> Esasında burada kullanılan riziko kelimesi, Alman hukukundaki "*sigortalanan olay*" kavramının Türk hukukundaki tam karşılığından ziyade, günlük dilde kullanılan alelade bir tabir olarak değerlendirilebilir. Zira söz konusu halde teknik manada teminat sunulan bir olay yoktur. Bu bağlamda sigorta ettirenin sebep olduğu eylem ile gerçekleştirdiği olay da sigorta sözleşmesi akdedilirken sigorta teminatı sunulan "*riziko*" olmayacaktır. Bu yönde bkz. **Kayıhan**, Şaban/**Günergök**, Özcan: Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 6. Bası, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2021, s. 198.

<sup>146</sup> Nitekim Trafik Sigortası Genel Şartları'nın B.4.a maddesinde de "*kast ve ağır kusur*" dan bahsedilmiştir. Bu açıdan maddede yer alan "*ağır kusur*" kavramının, "*ağır ihmal*" olarak anlaşılması gerekir.

<sup>147</sup> 6762 sayılı ETK'nın 1278. maddesi de kast kavramını kullanmakla birlikte, ihmal kavramı yerine kusur kavramını tercih etmişti. TTK metninde kusur kavramı yerine ihmal ve kastın yer bulması, "ağır kusur" haline ilişkin bir açıklık bulunmaması doktrinde eleştiri konusu yapılmıştır. Bkz. **Kender**, Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 17.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 341. Doktriner açıdan kusurun türlerinin kast ve ihmal olarak ayrılması nedeniyle, düzenlemenin kusurun derecesi yönün-

ile derin ilişkiler içerisindeki TTK m.1429'un ilk fıkrasına göz atıldığında da bu tercihler karşımıza çıkmaktadır. Hükümün lafzına göre, sigorta ettirenin kast derecesindeki eylemlerinin rizikoya sebebiyet vermesi halinde, sigorta şirketi edim yükümlülüğünden kurtulacaktır<sup>148</sup>. Kast konusunda doğrudan kast ve dolaylı kast (*dolus eventualis*) şeklinde bir ayırım yapılmadığından, hükme göre kastın her türlüünün sigorta şirketini sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtaracağını söylemek mümkündür<sup>149</sup>. Kaldı ki sigorta ettirenin, rizikoya kasten sebebiyet verip sigorta şirketinden sigorta tazminatının ödenmesine ilişkin bir talepte bulunması, en başta dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur<sup>150</sup>. Rizikoya kasten sebebiyet verilmesine bağlanan hukuki sonuç Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (*VVG olarak anılacaktır*) § 81'in ilk fıkrasında da aynı şekilde hükme bağlanmıştır<sup>151</sup>.

den bir boşluk bulundurmadığı kanaatindeyiz. Aynı görüşte bkz. **Atamer**, Kerim: "Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortalarına Giriş", *BATİDER*, Cilt 27, Sayı 1, 2011, s. 39.

<sup>148</sup> Gerçekten de sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsizdir. Ancak kasıtlı olarak rizikonun gerçekleştirilmesine sebebiyet verilirse, belirsizlik unsuru ortadan kalkar. Bu tür bir davranış sonucu, sigorta ettirenin sigorta teminatından yararlanması da düşünülemez. Bu hususta bkz. **Ünan**, s. 300-301; **Avcı**, s. 86 vd.; **Can**, s. 58; **Yolal**, s. 340, dn. 1; **Orbay Ortaç**, s. 117; **Bozer**, Ali: Sigorta Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1965, s. 104; hükümün işlevlerinden birinin -gereğince de belirtildiği üzere- sigortadan para almak amacıyla rizikonun gerçekleştirilmesinin engellenmesi olduğuna ilişkin bkz. **Kara**, s. 230. Buna karşın rizikonun kasten gerçekleştirilmesinin sigorta şirketinin edim yükümlülüğünden kurtulmasına yetmeyeceği, rizikoyu kasten gerçekleştirenin bu eylemi aynı zamanda sigorta tazminatını elde etme saikiyle gerçekleştirmesi gerektiğine yönelik aksi görüşte bkz. **Yazıcıoğlu**, Emine/**Şeker Ögüz**, Zehra: Sigorta Hukuku, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 173-174; benzer yönde **Yener**, s. 148. Madde metnindeki "*tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla*" ifadesine rağmen, madde anılan sigorta ettiren, sigortalı ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu kişilerin rizikoya kasten sebebiyet vermelerinin, sigorta şirketinin tazminat ödeme borcundan kurtulmasına yeteceğine dair bir görüş için bkz. **Ulaş/Bektaş**, s. 133.

<sup>149</sup> Aynı görüşte bkz. **Şenocak**, Kemal: "Sigorta Konusu Olaya Kastten Sebep Olma (TTK m.1477)", Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 176; **Ünan**, s. 297; **Langheid/Wandt (Looschelders)**, VVG § 81, Rn. 61; **Pinckernelle**, Ascan: Die Herbeiführung des Versicherungsfalls, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1966, s. 42.

<sup>150</sup> Bkz. **Yıldırım**, Ali Haydar: Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK 1427), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 164.

<sup>151</sup> Bu hususta bkz. **Bruck/Möller (Baumann)**, VVG § 81, Rn. 58; **Langheid**, Theo/**Rixecker**, Roland (**Hrsg.**): Versicherungsvertragsgesetz, 7. Auf., München 2022, (**Langheid**), VVG § 81, Rn. 45-46; **Prölss/Martin (Armbrüster)**, VVG § 81, Rn. 29; **Rüffer/Halbach/Schimikowski (Karczewski)**, VVG § 81, Rn. 7; özellikle kastın

Diğer yandan sigorta ettirenin, ihmal derecesindeki eylemlerinin rizikoya sebebiyet vermesi halinde, kural olarak sigorta şirketinin pasif haldeki himaye sağlama yükümlülüğü tetiklenecek ve sigorta şirketi sigorta tazminatını ödemek durumunda kalacaktır<sup>152</sup>. Hükümde ağır ve hafif ihmal şeklinde bir ayırım yapılmamış, ihmalden bahsedilmiştir<sup>153</sup>. O halde, sigorta ettirenin ağır ihmal derecesinde kusurlu eylemiyle rizikoya sebebiyet vermesi de sigorta himayesi içindedir<sup>154</sup>.

Nihai olarak TTK m.1429 ile sigorta ettirenin, kasten rizikoya sebebiyet vermesi halinde, sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması; ihmal ile rizikoya sebebiyet vermesi halinde, sigortacının riziko sonucunda doğan zarardan tamamiyle sorumlu olması benimsenmiştir. Dikkat edilirse sigortacı ya tam sorumlu tutulmakta ya da hiç sorumlu tutulmamaktadır. İşte kanun koyucunun TTK m.1429 ile benimsediği rejim “*ya hep ya hiç*” ilkesidir<sup>155</sup>.

---

unsurlarına ve kastın varlığını tespiti ilişkin bkz. **Langheid/Wandt (Looschelders)**, VVG § 81, Rn. 59-66; **Martin, Anton/Reusch, Peter/Schimikowski, Peter/Wandt, Manfred (Hrsg.)**: Sachversicherung Kommentar, 4. Auf., München 2022, (**Fortmann**), § 16, Rn. 52. 2008 reformu ile yürürlükten kaldırılan 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (VVG 1908)’nun 61. paragrafında da sigorta ettirenin kastına aynı hukuki sonuç bağlanmıştı. Bkz. **Bruck, Ernst/Möller, Hans (Hrsg.)**: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Zweiter Band - §§ 49-80, 8. Auf., Berlin 1961, (**Möller**), VVG (1908) § 61, Anm. 79; **Pinckernelle**, s. 73.

<sup>152</sup> Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Avcı**, s. 73 vd.; özellikle sorumluluk sigortalarında rizikonun ihmal derecesinde kusurlu bir davranış ile gerçekleştirilmesine ilişkin TTK m.1477 ve VVG § 103 ile ilgili değerlendirmeler için bkz. **Hacıömeroğlu**, Abdülhamid Oğuzhan: Sorumluluk Sigortasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 70-71.

<sup>153</sup> Hatta TTK tasarısında, hükmün ilk halinde “ihmal” kavramı yerine “kusur” kavramı kullanılmaktaydı. Kusur, yukarıda da belirtildiği üzere, ihmal ile birlikte kastı da kapsayan bir üst kavramdır. Bu nedenle hükmün “kusur” yerine “ihmal” şeklinde yasalaşmasının yerinde olduğu söylenebilir. Yine bu görüşte bkz. **Hacıömeroğlu**, s. 69, d.n. 85; **Atamer**, s. 39.

<sup>154</sup> Nitekim bu hukuki duruma, 6762 sayılı ETK döneminde dahi Yargıtay’ın içtihatlarında rastlamak mümkündür. Bkz. “... *Rizikonun kasten gerçekleştirilmiş olması dışında, hasarın meydana geliş şekli sigortacının sorumluluğu yönünden TTK’nun 1278. (1429) maddesi uyarınca sonuca etkili olmamasına göre...*” Yarg. 11.HD., T.15.04.1982, E.1982/1273, K.1982/1731 (**Ulaş/Bektaş**, s. 55).

<sup>155</sup> Bkz. **Ünan**, s. 302; özellikle rizikoya sebebiyet verilmesinde kusur haline ilişkin “*ya hep ya hiç*” ilkesine dair detaylı değerlendirmeler için bkz. **Hiort**, Horst: Das Alles-oder-Nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht und die Neuregelung durch die VVG-Reform, Nomos Verlag, Baden-Baden 2010, s. 58 vd.; bu ilkenin VVG reformu öncesi yalnızca rizikonun gerçekleşmesinde kusur halinde değil, çeşitli birçok halde söz konusu olduğuna ilişkin bkz. **Armbrüster**, Christian: Das Alles-oder-nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht - zugleich ein Beitrag zur Reform des VVG, Verlag



“*Ya hep ya hiç*” ilkesi, 6762 sayılı ETK döneminde de 1278. madde ile varlığını sürdürmekteydi<sup>156</sup>. Dolayısıyla kanun koyucu, sigorta ettirenin lehine olan bu rejimi değiştirme yolunda bir irade göstermemiş, bu rejime devam edilmesini istemiştir<sup>157</sup>.

## B. Meselenin Karşılaştırmalı Hukukta Ele Alınışı

### 1. Alman Hukukundaki Durum

Meseleye ilişkin karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, öncelikle mehzaz hukuk olan ve 2008 reformu ile yürürlükten kaldırılan 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (*VVG 1908 olarak anılacaktır.*) 61. paragrafına bir göz atmak gerekir. Hükümde, sigorta ettirenin kast veya ağır ihmali ile sigortalanan olaya sebebiyet vermesi durumunda, sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulacağı yer almaktaydı<sup>158</sup>. Görüldüğü üzere, gerek ETK gerekse de TTK’da benimsenen ilkedan daha sert bir “*ya hep ya hiç*” rejimi öngörülmüştür, zira sigorta ettirenin ağır ihmali ile rizikonun gerçekleşmesi halinde de sigortacının tazminat ödeme borcundan kurtulması söz konusu olmaktaydı.

Yürürlükteki Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (VVG) 81. paragrafında ise sigorta ettirenin, sigortalanan olaya kasten sebebiyet vermesi halinde, sigortacının edim yükümlülüğünün bulunmadığı<sup>159</sup>; sigortalanan olaya

Versicherungswirtschaft, Hamburg 2003, s. 4-10 ve genel değerlendirmeler için bkz. s. 10 vd.

<sup>156</sup> ETK döneminde de geçerli olan bu rejime ilişkin açıklamalar için bkz. **Arseven**, Haydar: Sigorta Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1987, s. 175.

<sup>157</sup> Gerçekten de kanunda sigorta ettirenin ihbar, bilgi verme ve araştırma yapılmasına izin verme, zararı önleme, azaltma ve sigortacının rücu haklarını koruma gibi görevleri bulunmaktadır. Sigorta ettirenin bu görevlerini kusuruyla ihlal etmesi halinde, kusurunun ağırlığı oranında sigorta şirketine sigorta tazminatından indirim yapma veya bir başka ifadeyle “*tazminat miktarından kesme*” hakkı tanınmaktadır. Oysa TTK m.1429’da kural olarak sigorta ettirenin ihmali ile rizikoya sebebiyet vermesi halinde, sigorta şirketine böyle bir hak tanınmamıştır.

<sup>158</sup> Sigortalanan olaya kasten veya ağır ihmali ile sebebiyet verilmesi halinde, VVG (1908) § 61 düzenlemesinin öngördüğü hüküm ve sonuçlara ilişkin bkz. **Honsell**, Heinrich (**Hrsg.**): Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz -Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG-, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York 1999, (**Beckmann**), VVG (1908) § 61, Rn. 98; edim yükümlülüğünden tam şekilde kurtulacağına ilişkin bkz. **Pinckernelle**, s. 73 vd.; “*mutlak bir sorumluluktan kurtulma halinin*” teknik açıdan daha doğru bir tabir olacağına yönelik bkz. **Bruck/Möller (Möller)**, 8. Auf., VVG (1908), § 61, Anm. 79.

<sup>159</sup> Bu bağlamda tıpkı VVG (1908) § 61’de olduğu gibi, VVG § 81 düzenlemesinde de sigortalanan olaya kasten sebebiyet verilmesi, sübjektif riziko istisnası olarak hükme

ağır ihmal ile sebebiyet verilmesi halinde ise, sigortacının, sigorta ettirenin kusurunun ağırlığı oranında, sigorta tazminatından kesme, indirim hakkı<sup>160</sup> olduğu belirtilmektedir. Hüküm sigorta ettirenin, sigortalanan olaya kasten sebebiyet vermesi durumunda, TTK m.1429 ile paralel<sup>161</sup> hukuki sonuçları barındırmasına karşın; hükmün TTK m.1429'dan ayrıldığı nokta, sigortalanan olaya sigorta ettirenin ağır ihmal ile sebebiyet vermesi halinde, sigorta şirketinin, sigorta ettirenin kusuru oranında edim yükümlülüğünden indirim hakkına sahip olduğudur.

## 2. İsviçre Hukukundaki Durum

Rizikonun gerçekleşmesinde kusura ilişkin İsviçre hukukuna göz atıldığında ise yine 1908 yürürlük tarihli İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (sVVG)' nun 14. maddesinde de sigorta ettiren veya talep hakkı sahibinin (*Anspruchsberechtigte*), korkulan olaya<sup>162</sup> (*befürchtete Ereignis*) kasten

---

bağlanmıştır. Bu hususta bkz. **Langheid/Wandt (Looschelders)**, VVG § 81, Rn. 5-6; **Prölss/Martin (Armbrüster)**, VVG § 81, Rn. 3; **Beckmann/Matusche-Beckmann (Heß)**, § 16, Rn. 18; **Bruck/Möller (Baumann)**, VVG § 81, Rn. 19; **Langheid/Rixecker (Langheid)**, VVG § 81, Rn. 8; **Looschelders/Pohlmann (Schmidt-Kessel)**, VVG § 81, Rn. 10. Mülga VVG (1908) § 61'in yürürlükte olduğu dönemde subjektif riziko istisnasının sigortalanan olaya hem kasten hem de ağır ihmal ile sebebiyet verilmesine yönelik tanındığına dair bkz. **Berliner Kommentar (Beckmann)**, VVG (1908) § 61, Rn. 6; **Pinckernelle**, s. 10.

<sup>160</sup> Bu hususta bkz. **Beckmann-Matusche Beckmann (Heß)**, § 16, Rn. 119-120; **Langheid/Wandt (Looschelders)**, VVG § 81, Rn. 132; **Prölss/Martin (Armbrüster)**, VVG § 81, Rn. 56-66; **Bruck/Möller (Baumann)**, VVG § 81, Rn. 125. Sigortacının gerçekleştireceği “kusurun ağırlığı ile tazminatta indirim” arasındaki orantılamaya dair kriterlerin ayrıntılı şekilde değerlendirilmesine ilişkin bkz. **Feifel**, Michael: Die Quotelung bei Obliegenheitsverletzungen nach § 28 VVG 2008, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2011, s. 99 vd. ve özellikle s. 123.

<sup>161</sup> Hal böyle olmakla birlikte, TTK m.1429'da (*VVG § 81'in aksine*) yalnızca sigorta ettirenin rizikoya sebebiyet vermesinin düzenlenmediği; sigorta ettiren ile beraber sigortalı ve “sigorta ettiren veya sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu buldukları kişilerin” rizikoya kusurlarıyla sebebiyet vermelerinin de kaleme alındığı gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>162</sup> Türk hukukunda riziko ve Alman hukukundaki sigortalanan olay (*Versicherungsfall*) terimlerine karşılık İsviçre hukukunda karşılaşılan “*Befürchtete Ereignis*” kavramı için bkz. **Koenig**, Willy: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2.Auf., Verlag Herbert Lang & Cie, Bern 1960, s. 137 vd. Hal böyle olmakla birlikte İsviçre öğretisinde, korkulan olay ile sigortalanan olay terimlerinin birbiriyle aynı anlama geldiğine ilişkin bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. **Ziegler**, Otto: Untersuchungen über die Begriffe “befürchtetes Ereignis” und “Versicherung”, Stämpfli & CIE, Bern 1935, s. 5. Diğer yandan İsviçre öğretisinde “*korkulan olayın*” sigorta şirketinin tazminat ödeme yükümlülüğünü doğuran olay olarak tanımlanması ve bu tanımın VVG ışığında kabul edilen

neden olmaları halinde, sigorta şirketinin sorumlu olmadığı<sup>163</sup>; şayet korkulan olaya ağır ihmal ile sebebiyet verildiyse, sigorta şirketinin kusurun derecesiyle orantılı olarak tazminatı azaltma hakkının bulunduğu; eğer bir hafif ihmal söz konusuysa, sigorta şirketinin meydana gelen zarardan tamamen sorumlu olduğu yer almaktadır<sup>164</sup>. Görüldüğü üzere sigorta ettirenin kusurunun derecesine karşılık sigorta şirketinin sorumluluğunun Alman düzenlemesi VVG'nin 81. paragrafı ile paralel olduğu sonucuna ulaşılabılır<sup>165</sup> ve bu bağlamda söz konusu hüküm, TTK m.1429'dan özellikle ağır ihmal halinde sigorta şirketinin sigorta tazminatından indirim hakkı olması nedeniyle ayrılmaktadır.

### 3. Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri'ndeki Durum

Yine Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri (PEICL)'nin “zarara sebep olma” başlıklı 9:101 maddesinde<sup>166</sup>, sigorta ettirenin zarara kasten veya pervasızca bir davranışla<sup>167</sup> sebep olduğu ölçüde tazminata hak kazanamayacağını; sigorta poliçesinde kusurun derecesine göre bir orantı kuralı

---

sigortalanan olaya karşılık gelmesi nedeniyle, fiiliyatta korkulan olay ile sigortalanan olay arasında -kavramın yerinde olup olmadığına dair doktriner tartışmalar dışında- bir fark kalmamaktadır. Bkz. **Pinckernelle**, s. 27.

<sup>163</sup> Bu hususta bkz. **Roelli**, Hans: Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Erster Band - Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-47), Bern 1914, Art. 14, Anm. 3, s. 207 vd.

<sup>164</sup> İsviçre hukukunda rizikoya kusur ile sebebiyet verilmesine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Koenig**, s. 251 vd.; bununla birlikte Alman düzenlemesi VVG 81'den farklı olarak sVVG Art.14/3'e ilişkin bkz. **Roelli**, Art. 14, Anm. 4-5, s. 229 vd.; **Pinckernelle**, s. 56 vd.; **Küçük**, s. 40-42.

<sup>165</sup> Nitekim ilgili kanunun 14. Maddesi, bu yönüyle VVG (1908)'in reforme edilmesi çalışmalarına ışık tutmuş, 2008 reformu ile beraber VVG § 81'de de ağır ihmal haline ilişkin olarak sigorta şirketine sigorta tazminatından sigorta ettirenin kusuru oranında indirim hakkı tanınmıştır. Bu hususta bkz. **Bruck/Möller (Möller)**, 8. Auf., VVG (1908) § 61, Anm. 3.

<sup>166</sup> İlgili hükmün İngilizce Metin - Türkçe çevirisi için bkz. **Ünan**, Samim/Atamer, Kerim: Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) - Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri (ASSHİ) İngilizce Metin Türkçe Çeviri, Sigorta Hukuku Derneği, İstanbul 2011, s. 46-47.

<sup>167</sup> Söz konusu maddede sVVG Art.14, VVG § 81 ve TTK 1429'dan farklı olarak “pervasızca davranış” ifadesi bulunmaktadır. Kusurun kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrıldığı aşikardır. “Pervasızca davranış” tabiri bu noktada Anglosakson hukukunun Kıta Avrupası'na kattığı bir kavram olarak görülmektedir. “Pervasızca davranışın” çoğu zaman olası kast ile aynı hukuki sonucu ifade edeceği belirtilmiştir. Bkz. **Ünan**, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt II İkinci Kısım Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler Birinci Bölüm Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 347.

bulunmuyorsa, sigorta ettirenin ihmali ile zarara sebebiyet verdiği hallerde ise sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü altında olduğu düzenlenmiştir. Burada da tıpkı TTK m.1429'da olduğu gibi, sigorta ettirenin ihmal ile rizikoya sebebiyet verme hali, aksi kararlaştırılabilir olarak düzenlenmiştir. Sonuç olarak PEICL'da benimsenen “*ya hep ya hiç*” rejimi, Türk hukukundakine benzerdir.

### C. Bazı Özel Sigorta Türlerine İlişkin Değerlendirmeler

Soyut bir hukuk normu olan TTK m.1429'a dair temel açıdan teorik açıklamalar yapıldıktan sonra, çalışmanın konusu olan trafik ışığı kurallarını ihlal halinde, sigorta ettirenin bu ihlalinin, sigorta tazminatının ödenmesine etkisi üzerine daha somut değerlendirmeler yapılabilecektir. Bu noktada trafik ışığı kurallarının ihlalinin trafikte gerçekleştiği düşünülürse, karşımıza özellikle kasko sigortası sözleşmesi ve karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk (trafik) sigortası sözleşmesi çıkmaktadır.

#### 1. Kasko Sigortası Sözleşmesine İlişkin Değerlendirmeler

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11/1 maddesine göre, sigorta sözleşmeleri sigorta genel şartlarına uygun olarak düzenlenir ve sigorta genel şartları da normlar hiyerarşisi çerçevesinde TTK'daki sigorta hukuku hükümlerine aykırı olmamalıdır.

Bu açıdan Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları “*Tazminat Hakkının Eksilmesi ve Düşmesi*” başlıklı 3.3.3. maddesinin ikinci fıkrası, sigorta ettirenin rizikoya kasten sebebiyet vermesi halini düzenler ve TTK m.1429/1 ile paralel niteliktedir<sup>168</sup>. Rizikoya ihmal derecesinde kusur ile sebebiyet verilmesine ilişkin bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Yine bi-

<sup>168</sup> Öte yandan aynı maddenin ilk fıkrasında yer alan “*yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, sigorta ettirenin/sigortalının kusurunun ağırlığına göre indirim yapılacağına*” ilişkin kuralın, TTK m.1429'un uygulama alanı ile karıştırılmaması gerekir. Burada açık biçimde, rizikonun gerçekleşme anından itibaren sigorta ettirenin yerine getirmek durumunda olduğu görevlerini kusuruyla ihlal etmesi kastedilmektedir. Bu açıdan özellikle TTK 1448'de düzenlenen sigorta ettirenin koruma ve kurtarma görevlerine dikkat çekilmesi gerekir. Bu hususta sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma görevinin zamansal açıdan uygulama alanına ilişkin bkz. **Şenocak**, Kemal: “Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m.1293)”, Ankara Üniversitesi HFD, Cilt 44, Sayı 1, 1995, s. 407 vd.; **Kayıhan**, Şaban: “Alman ve Türk Özel Sigorta Hukukunda Sigorta Ettirenin Kurtarma Ödevi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi HFD, Cilt 9, Sayı 1-2, 2005, s. 519-520; **Emiralioglu**, Furkan: Sigorta Ettirenin Zararı Önleme - Azaltma ve Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Külfeti (TTK m.1448), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 71 vd.

rincil ve ikincil riziko sınırlandırması niteliğindeki teminata ilişkin maddelerde de “trafik ışığı kurallarının ihlali halinde gerçekleşen zararların” teminat dışında kaldığına dair<sup>169</sup> bir düzenleme de yer almamaktadır<sup>170</sup>. O halde TTK m.1429/1’deki temel prensip ışığında sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödemesi veya sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulması için; sigorta ettirenin, kazanın gerçekleşmesindeki kusurunu trafik ışığı kurallarını ihlal ile beraber değerlendirip bir sonuca varmak gerekir.

Yukarıda da değerlendirildiği üzere<sup>171</sup>, trafik ışığı kurallarının ihlalinde, net bir şekilde kusurun derecesi bakımından bir çıkarım yapılamayacağı gibi, kusursuzluk durumu oluşturan haller dahi söz konusu olabilir.

Sigorta ettirenin, trafik ışığı kurallarını ihlal etmesi ve bu eylemiyle beraber kasten kazaya sebebiyet vererek zarar meydana getirmesi halinde, TTK m.1429 bağlamında sigorta şirketi edim yükümlülüğünden kurtulacak ve aynı zamanda aldığı primleri de geri vermeyecektir<sup>172</sup>.

Sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal edip kazaya sebebiyet vermesinde kusuru ağır veya hafif ihmali derecesinde ise, bu kusurun kural olarak kasko sigortası sözleşmesi ve sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödemesi üzerinde bir etkisi olmayacaktır<sup>173</sup>. Şayet taraflar, kasko sigortası söz-

<sup>169</sup> Kasko sigortası sözleşmesinde teminat dışı hallere ilişkin olarak bkz. **Özkan**, Aktan: Kasko Sigortası Sözleşmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2018, s. 94 vd.; **Yüce**, Aydın Alber: Kara Araçları Kasko Sigortası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 205 vd. Nitekim bu hususta bkz. “... Somut olay incelendiğinde, bilirkişi raporunda davalı aracın kırmızı ışıkta kavşağa girmiş olması nedeniyle 8/8 kusurlu olduğu mütealaa edilmiş ise de, sigortalının eyleminin kasıtlı veya ağır kusurlu olmadığı, davacının kavşakta gerekli dikkati göstermeyerek kusurlu olduğu, ancak ağır kusurunun bulunmadığının kabulü, gerçekleşen rizikonun poliçe teminatı içerisinde kaldığının kabulü ile ...” Yarg. 11.HD., T. 21.10.2002, E.2002/4871, K.2002/9339, (**Çelik/Muktedir**, s. 505).

<sup>170</sup> Oysa sigorta ettirenin rizikoya kusuruyla sebebiyet vermesi halinin en yoğun tartışıldığı durumlardan bir diğeri olan “alkollü şekilde araç kullanılması sırasında meydana gelen zararlar” genel şartların A.5.5 maddesinde teminat dışında bırakılan hallerden biri olarak yer almıştır. Bununla birlikte yeri gelmişken Yargıtay’ın alkollü şekilde araç kullanılması sırasında meydana gelen zararlar için, rizikonun “münhasıran” bu nedenle gerçekleşmesi gerektiği yönünde içtihatları olduğu belirtilmelidir. Bu hususta örneğin bkz. Yarg. HGK., T. 22.09.2022., E. 2021/468, K. 2022/1143, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. : 11.01.2024.

<sup>171</sup> Bkz. III, B, 1.

<sup>172</sup> Bu hususta bkz. **Özkan**, s. 112-113.

<sup>173</sup> Doktrinde, sigorta ettirenin “ağır kusurlu” olarak rizikoya yol açması durumunda kusur oranında tazminattan indirim yapılması gerektiği şeklinde bir görüş bulunmakla birlikte, bu görüşe TTK m.1429/1’in mevcudiyeti sebebiyle katılmak mümkün değildir. Bkz. **Müderrişoğlu**, Ümit: Kasko Sigortası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 148. Bununla

leşmesinde, sigorta ettirenin rizikoya hafif ihmal veya ağır ihmal ile sebebiyet vermesine dair, kusurunun ağırlığına orantılı olarak sigorta şirketine bir indirim hakkı tanıdıysa, bu durumda sözleşme hükmü uygulanacaktır<sup>174</sup>.

Nihai olarak sigorta ettirenin, trafik ışığı kurallarını ihlal edip kasıtlı olarak kazaya sebebiyet vermesi dışında, sigorta şirketi kural olarak sigorta ettirenin olaydaki ihmalinin derecesini değerlendirmeksizin TTK m.1427 uyarınca kasko sigortası tazminatını ödemekle yükümlüdür<sup>175</sup>.

## 2. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Sözleşmesine İlişkin Değerlendirmeler

### a. Temel Prensipten Tehlike Sorumluluğu

Zarar sigortaları içerisinde pasifin sigortası niteliğindeki sorumluluk sigortalarının en sık karşılaşılan türü karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk (trafik) sigortasıdır. Bu sigorta sözleşmesi ile sigorta şirketi, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, üçüncü kişilerin ölü-

---

birlikte, TTK m.1429'da düzenleme konusu olan rizikonun gerçekleşmesinde kusur meselesi ile TTK m.1448'de düzenleme konusu olan sigorta ettirenin zararı önleme, azaltma görevindeki kusuru arasındaki farka bir daha dikkat çekmek gerekir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Şenocak**, Vecibe, s. 420-423; **Ünan**, s. 298-299; **Kayhan**, s. 517-518; **Emiralioglu**, Furkan: "Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin Sigorta Ettirenin Rizikonun Gerçekleşmesindeki Kusurunun Etkisine Dair E.2016/646 K.2016/1427 Sayılı Kararının İncelenmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 49, 2022, s. 602 vd. Ayrıca taraflar arasında sözleşmede "rizikonun gerçekleşmesinde kusurun ağırlığı oranında tazminattan indirim" kuralı kararlaştırılsa bile, bu maddenin TTK m.1448/3 uyarınca sigorta ettirenin koruma ve kurtarma faaliyeti için yaptığı masraflara uygulanması mümkün değildir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldırım**, Ali Haydar: Sigortacının Koruma ve Kurtarma Masraflarından Sorumluluğu (TTK m.1448/ f. 3-4), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 78-81.

<sup>174</sup> Ancak tarafların böyle bir kararlaştırma yapmamaları halinde, TTK 1429/1 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda "seyir esnasında cep telefonu ile konuşan, araç içi multimedya paneline gereğinden fazla göz atarak yoldaki sürüşü tehlikeye atan sürücünün kusurunun tazminattan indirim sebebi olacağına" ilişkin görüşün "Türk hukuku açısından" -kural olarak- geçerli olmadığını ifade etmek gerekir. Aksi yönde bkz. **Yüce**, s. 173.

<sup>175</sup> Bu hususta bkz. "TTK'nun 1278. maddesine göre sigortacı poliçede aksine hüküm olmadıkça sigorta ettirenin kusurlarından doğan hasarları tazmin ile mükelleftir. Ancak hiçbir halde sigortacı sigorta ettirenin kasdından doğan hasarları tazmine mecbur değildir. Görüldüğü üzere maddede tam kusurdan değil, kasıt halinden söz edilmektedir. Bunun yanında kasko sigorta poliçesi genel şartlarında da sigortalının kusurlu olması sigortanın konusu dışında bırakılmadığı gibi, teminat dışı sayılan haller arasında da sayılmamıştır." Yarg. 11.HD., T. 21.10.2002, E. 2002/4871, K. 2002/9339, (**Çelik Muktedir**, s. 505).

müne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı<sup>176</sup>, zorunlu teminat limitleri dahilinde, sigorta ettirenin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat taleplerini karşılar<sup>177</sup>.

Hukuki temelinin KTK m.91'de atıldığı trafik sigortası sözleşmesinde, sigorta ettirenin hukuki sorumluluğuna ilişkin zarar görenlerin tazminat talepleri karşılanmakla birlikte, özellikle sorumluluğun kurucu unsurlarından kusura ilişkin farklı bir esas benimsenmiştir. Gerçekten de KTK m.85/1 uyarınca, motorlu aracın işleteni, tehlike sorumluluğu çerçevesinde, kusuru bulunmasa dahi, zarar görene karşı sebebiyet verdiği zarardan sorumludur<sup>178</sup>. Bu açıdan KTK m.85/1'deki şartların varlığı halinde, kusuru bulunmasa dahi, tehlike sorumluluğunun gereği olarak işleten/sigorta ettirenin sebebiyet verdiği zararlar, poliçedeki limitler dahilinde, sigorta şirketi tarafından karşılanmalıdır<sup>179</sup>. Sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal ederek bir trafik kazasına sebebiyet vermesi, bu noktada ek bir kusur olarak değerlendirilmeli<sup>180</sup> ve evleviyetle sigorta şirketi tarafından tazmin edilmelidir.

#### ***b. Sigorta Ettirenin Kast veya İhmal Derecesindeki Ek Kusuru***

Her ne kadar motorlu aracın işleteni tehlike sorumluluğu altında olsa da trafik sigortası sözleşmesinde sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal ederek trafik kazasına sebebiyet vermesi halinde, kusurunun derecesinin ihmal veya kast niteliğinde olup olmadığını değerlendirmek gerekir<sup>181</sup>. Zira söz konusu kusur derecelerinin tespiti, özellikle sigorta şirketi tarafından zarar görene ödenen tazminat tutarının, trafik ışığı kurallarını ihlal ederek kazaya sebebiyet veren sigorta ettirene rücu edilip edilemeyeceğini belirlemek açısından da önemlidir.

<sup>176</sup> Görüleceği üzere trafik sigortası sözleşmesi, maddi hasarlara karşı teminat sunmasının yanında, ölüm - yaralanma nedeniyle maddi tazminat talepleri ile tedavi giderlerine de teminat sağlamaktadır. Bkz. **Çelik**, s. 861; **Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet**: Sigorta Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 338 vd.

<sup>177</sup> Bu hususta bkz. Trafik Sigortası Genel Şartları A.3.; ayrıntılı bilgi için bkz. **Karasu**, s. 24 vd.; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 310 vd.; **Çelik**, s. 860.

<sup>178</sup> Bu hususta bkz. **Eren**, s. 772 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 206 vd.; **Canbolat/Gönül Koşar**, s. 847 vd.; **Çelik**, s. 66 vd.

<sup>179</sup> Nitekim zarar görenin, zarar veren işleten/sigorta ettirene karşı sahip olduğu tazminatı talebini, doğrudan doğruya sigorta şirketinden talep edebilmesi de trafik sigortası sözleşmesinin mevcudiyetinden kaynaklanmaktadır. Bkz. **Şenocak, Kemal**: "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı", **BATİDER**, Cilt: 25, Sayı: 4, 2009, s. 279 vd.

<sup>180</sup> Bkz. **Canbolat/Gönül Koşar**, s. 849-850.

<sup>181</sup> Sorumluluk sigortası ile sorumluluk hukuku arasındaki ilişkiye dair bkz. **Can**, s. 142-143.

Trafik sigortası sözleşmesinde sigorta şirketi, sigorta tazminatını sigorta ettirenin zarar verdiği, zarar gören üçüncü kişiye ödemektedir<sup>182</sup>. Hatta TTK m.1484/1 uyarınca sigortacı, sigortalıya karşı *ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş* olsa dahi, zarar görene karşı ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder<sup>183</sup>. KTK m.95/1'e göre ise sigorta şirketi, trafik sigortası sözleşmesinden veya ilgili kanun hükümlerinden doğan ve *tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması* sonucunu doğuran halleri zarar görene karşı ileri süremez<sup>184</sup>.

Görüldüğü üzere, zorunlu sorumluluk sigortası niteliğindeki trafik sigortası sözleşmesi ile zarar gören üçüncü kişinin sigorta tazminatını elde edebilmesine yönelik çeşitli hükümler kabul edilmiştir<sup>185</sup>. O halde kural olarak sigorta şirketi, zorunlu sorumluluk limitleri çerçevesinde zarar gören üçüncü kişiye trafik sigortası tazminatını ödemek durumundadır. Ancak sigorta ettirenin kastının veya ihmalinin, sigorta şirketinin tazminat ödeme yükümlülüğünün kapsamı veya miktarına ilişkin bir etkisi olacak mıdır? Bu soruya yanıt vermek için de TTK, KTK ve Trafik Sigortası Genel Şartları'ndaki ilgili hükümlere bir göz atmak gerekir.

Öncelikle sigorta ettirenin, trafik sigortası sözleşmesinde teminata dahil rizikolardan birinin gerçekleşmesine kasıtlı olarak sebebiyet vermesine ilişkin "*kasten neden olma*" başlıklı TTK m.1477<sup>186</sup>'den bahsetmek gerekir.

<sup>182</sup> Bkz. TTK m.1473/1; **Can**, s. 156; **Karasu**, Rauf: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi HFD, Cilt 2, Özel Sayı (4), 2015, s. 688.

<sup>183</sup> Zarar görene karşı ifa yükümlülüğünün kapsamına ilişkin bkz. **Sopacı Öztuna**, Birgül: "Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü", Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 76 vd.

<sup>184</sup> Bu hususta bkz. **Şenocak**, KTK, s. 291-292.

<sup>185</sup> Bkz. **Karasu**, Sorumluluk, s. 695; **Uluğ Cicim**, İlknur/**Alhan**, Yunus: "Alman Sorumluluk Sigortaları ile İlgili Hükümlerin Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", Akdeniz Üniversitesi HFD, Cilt 6, Sayı 2, 2016, s. 91.

<sup>186</sup> TTK m.1477'ye ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Hacıömeroğlu**, s. 66 vd.; **Avcı**, s. 141-143; **Karasu**, Sorumluluk, s. 690; TTK m.1477'nin ifade ediliş biçimi dışında, şartlar ve yarattığı hukuki sonuçlar bakımından TTK m.1429'dan farklı olmadığı; ayrıca Alman hukukunun VVG 81. paragrafında özellikle ağır ihmal halinde sigorta şirketinin tazminattan indirim hakkının mevcudiyeti karşısında, sorumluluk sigortalarına ilişkin VVG 103. paragrafının özel hüküm olarak yer almasında bir hukuki amaç bulunduğu, fakat TTK m.1429'da ihmal açısından sigorta şirketinin meydana gelen zarardan tam sorumlu olması karşısında, TTK m.1477'nin ekstra bir farklılık yaratmadığı ve tekrar niteliği taşıdığı yönündeki görüş için bkz. **Orbay Ortaç**, s. 119 vd.; VVG 103. paragrafı ile TTK m.1477'nin kaleme alınışlarındaki farklılık ve bu farklılığın yarattığı aksaklıklara dair bkz. **Ünan**, Zarar Sigortaları, s. 345-346; TTK m.1477'nin doğurduğu hukuki sonuçlar için bkz. **Şenocak**, s. 178-180.



Madde uyarınca sigortacı, sigortalının sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz.

Diğer yandan sorumluluk sigortalarında sigorta şirketinin halefietini düzenleyen TTK m.1481'in<sup>187</sup> istisnası niteliğindeki KTK m.95/2 uyarınca zarar görene ödemede bulunan sigorta şirketi, trafik sigortası sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin Kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir<sup>188</sup>. Yine Trafik Sigortası Genel Şartları'nın "*zarar görenlerin haklarının saklı tutulması ve sigortacının sigortalıya rücu hakkı*" başlıklı B.4.a. maddesine göre, tazminatı gerektiren olay, sigortalının kasti bir hareketi veya ağır kusuru<sup>189</sup> sonucunda meydana gelmişse, ödemede bulunan sigorta şirketi, tazminatın kaldırılması veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene rücu edebilir<sup>190</sup>.

<sup>187</sup> Bu hususta bkz. **Şenocak**, Kemal: "Türk Ticaret Kanunu'nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği", Ankara Üniversitesi HFD, Cilt 58, Sayı 1, 2009, s. 219; maddenin gerekçesine ilişkin eleştiriler için bkz. **Yazıcıoğlu**, s. 467-471; ayrıca tasarı halindeki TTK m.1481/1'in uğradığı değişiklikler nedeniyle eksik biçimde yasalastığına ilişkin bkz. **Uluğ Cicim**, İlknur: "Sorumluluk Sigortasında Sigortacının, Sigortacıya Yöneltilen Tazminat Talebine İlişkin Yükümlülük, Hak ve Yetkileri (TTK m.1476, 1479, 1480, 1481), Akdeniz Üniversitesi HFD, Cilt 3, Sayı 2, 2013, s. 21; "*sigortacının zarar görene halef olabileceğine*" ilişkin hükmün tasarı metninden çıkarılmasının yerinde olduğu, zira bunun ancak istisna hallerinde gerçekleşmesinin söz konusu olabileceğine ilişkin bkz. **Sopacı Öztuna**, Halefiet, s. 141.

<sup>188</sup> Sigorta şirketinin, TTK m.1481 uyarınca halefiet ilkesi çerçevesinde sigorta ettirene rücu hakkının olup olmadığına yönelik kanunda bir boşluk bulunduğu, bu hakkı, edim yükümlülüğünün bulunmadığı savunmasını yapma olanağından yoksun bırakıldığı için trafik sigortacısına tanımak gerektiğine ilişkin bkz. **Ünan**, Zarar Sigortaları, s. 376 vd.; yalnızca zorunlu sorumluluk sigortaları ile sınırlı kalmak üzere, sigortacının zarar görene halef olabileceği ve sigortalısına rücu hakkı kullanabileceği hususunda bkz. **Can**, s. 42; Trafik Sigortası Genel Şartları'nda belirtilen istisnai haller ile sınırlı kalmak üzere, sigortacının sigortalısına rücu hakkı kapsamında başvurabileceğine ilişkin bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 372-373. Ayrıca bu hususta bkz. **Sopacı Öztuna**, Halefiet, s. 141; **Şenocak**, KTK, s. 292, **Karasu**, Sorumluluk, s. 700; yine 6762 sayılı ETK'daki sigorta hukuku hükümlerinin yürürlükte olduğu dönemde de bu görüş ileri sürülmekteydi. Bkz. **Arseven**, s. 176.

<sup>189</sup> Yargıtay'ın sigorta ettirenin kırmızı ışıkta geçip trafik ışığı kurallarını ihlal etmesini "*ağır kusur*" bağlamında değerlendirmedeğini bir kez daha belirtmek gerekir. Bu bakımdan kural olarak sigorta ettirenin kırmızı ışıkta geçip rizikoya sebebiyet vermesi halinde, sigortacının zarar görenin uğradığı zararı tazmin edip sigortalısına rücu hakkı bulunmamaktadır. Bu yönde bkz. Yarg. 17.HD., T. 25.05.2016, E.2016/3422, K.2016/6357, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T.: 06.01.2024; yine bu hususta bkz. **Yavaşı**, s. 409.

<sup>190</sup> Bkz. **Bağrıaçık**, Safiye Nur: "Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Sorumluluğu", İstanbul Kültür Üniversitesi HFD, Cilt 15, Sayı 2, 2016, s. 266; **Karasu**, Sorumluluk, s. 700; **Yazıcıoğlu**, s. 476-477.

Bununla beraber sigorta ettirenin, sorumluluk konusu olayın ve bundan doğan zararların meydana gelmesinde ihmali söz konusu ise *-tehlike sorumluluğu prensibinin de etkisini gözeterek-* sigorta şirketinin tam sorumluluğu söz konusudur.

İlgili maddeler ortaya konulduktan sonra, sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal edip kusuruyla kazaya sebebiyet vermesi halinde, sigorta şirketinin sorumluluğunun doğup doğmadığına ilişkin değerlendirmelere geçilebilir. Öncelikle sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal edip kasıtlı olarak kazaya sebebiyet vermesi halinde, trafik sigortası sözleşmesinin diğer tarafı olan sigorta şirketinin sorumluluğunun doğup doğmadığına; sigorta ettirenin sebep olduğu zararların zarar gören üçüncü kişiye ödenip ödenmeyeceğine yanıt verilecektir.

Zorunlu sorumluluk sigortası niteliğindeki trafik sigortası sözleşmesinde, bu soruya yanıt verebilmek için TTK m.1477 ile KTK m.95'in birlikte değerlendirilmesi şarttır. Ancak peşin olarak şunun söylenmesi gereklidir ki TTK m.1477, gerek lafzi yorum açısından gerekse de hükmün *ratio legisine* bakılarak yapılacak yorum açısından *-KTK m.95 hükmünün mevcudiyeti karşısında-* zarar gören üçüncü kişiye karşı etkisiz kalmaktadır. Zira sigorta ettirenin, hem trafik ışığı kurallarını ihlal etmesi nedeniyle meydana gelen rizikodaki kastı hem de zarar gören üçüncü kişinin uğradığı zararlara neden olmadaki kastı kural olarak TTK m.1477 bağlamında sigortacıya *"tazminat ödeme yükümlülüğünü reddetme"* hakkı vermekteyken<sup>191</sup>; KTK m.95'de yer alan *"kanun hükmünden doğan ve tazminatın kaldırılması ... sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez"* ifadesi karşısında trafik sigortası bakımından sigorta şirketi, zarar gören üçüncü kişiye teminat limitleri dahilinde sigorta tazminatını ödeyecektir<sup>192</sup>.

Diğer yandan sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal edip kazaya sebebiyet vermesi halinde ihmal derecesinde kusuru bulunuyorsa, sigorta şirketinin sorumluluğunun doğup doğmadığı da bir diğer yanıt verilmesi gereken husustur. Bu noktada, tıpkı kasko sigortası sözleşmesinde olduğu gibi trafik sigortası sözleşmesi açısından da bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki KTK 85/1 bağlamında, motorlu araç işleteninin tehlike sorumluluğu altında olduğu ve kusuru bulunmasa dahi, sigorta şirketinin zarar görene, uğradığı zararı ödeyeceği göz önüne alındığında; sigorta ettirenin ihmali, ek

<sup>191</sup> Bu hususta bkz. Şenocak, s. 180; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 292-293.

<sup>192</sup> Bu yönde bkz. Ünán, Zarar Sigortaları, s. 342-343; aksi yönde bkz. Sopaçı Öztuna, s. 80.

bir kusur olarak değerlendirilip *sigorta tazminatının ödenip ödenmemesi bakımından* bir işlev göstermeyecektir<sup>193</sup>.

### c. Zarar Görenin Müterafik Kusuru

Öncelikle zarar görenin kusurunun nedensellik bağıını kesip kesmediği meselesi, sigorta ettiren/işletenin kusurunun bulunmadığı ve aracında da trafik kazasını meydana getirebilecek herhangi bir aksaklığın olmadığı hallerde tartışma konusu olabilir. Bu şartların varlığı ve ayrıca kazada zarar gören kişinin “*ağır kusurunun*” bulunduğu ispatlanması halinde, esasen sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödeme borcu ortadan kalkar<sup>194</sup> (KTK m.86/1). Fakat sigorta ettirenin kırmızı ışıkta geçip trafik kurallarını ihlal etmesi halinde, -kural olarak- kusurlu olduğu kabul edileceği için, sigorta şirketinin sorumluluğunun tamamen sona erdiğini ileri sürmesi de mümkün değildir<sup>195</sup>. O halde çalışma açısından, zarar görenin kusurunun, tazminattan indirim sebebi yapıp yapılamayacağını irdelemek gerekir.

KTK 86/2 uyarınca, kazanın oluşumunda, trafik ışığı kurallarını ihlal eden sigorta ettiren/işleten ile birlikte zarar görenin de kusuru bulunuyorsa<sup>196</sup> ve bu durum, sigorta ettiren/işleten tarafından ispat edilebiliyorsa, hakim ödenecek tazminatın miktarında indirim gidip sigorta ettirenin/işletenin sorumlu olduğu tutarı azaltabilir<sup>197</sup>. Sigorta şirketinin, sigorta ettirenin sorum-

<sup>193</sup> Fakat sigorta ettirenin, trafik ışığı kurallarını ihlal edip trafik kazasına sebebiyet vermesindeki kusurunun ağır ihmal veya kast derecesinde olması, Trafik Sigortası Genel Şartları B.4.a maddesi uyarınca sigorta şirketinin, sigorta ettirene rücu hakkının doğmasına neden olacaktır.

<sup>194</sup> Zira işleten/sigorta ettirenin sorumluluğunun bulunmadığı durumda, onun sigortacısının sorumluluğundan da bahsedilememesi gerekir. Bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 353; **Çelik**, s. 919.

<sup>195</sup> Uygulamada özellikle destekten yoksun kalma tazminatı açısından tartışma konusu yapılan ve zarar görenin (*trafik kazasında ölen kimsenin*) “*ağır kusurunun*” varlığı halinde, KTK 86/1 uyarınca söz konusu ağır kusuru ispatlayan sigorta şirketinin, destekten yoksun kalma karşı da sorumluluktan kurtulup kurtulmadığı meselesi tartışma konusu yapılmaktadır. Bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 353-354; **Çelik**, s. 917-918. Bu bağlamda işleten/sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlaldeki kusurunun varlığı, sigorta şirketinin zarar görene karşı sorumluluktan “*tamamen*” kurtulmasının önünde engel teşkil eden bir faktör olacaktır.

<sup>196</sup> Bu hususta zarar görenin kusurunun belirlenmesine ilişkin bkz. **Baysal**, Başak: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 106 vd.; **Canbolat/Gönül Koşar**, Zarar Görenin Kusuru, s. 173 vd. Zarar görenin kusurunun derecelendirilmesine ilişkin bkz. **Baysal**, Müterafik Kusur, s. 128 vd.; **Canbolat/Gönül Koşar**, Zarar Görenin Kusuru, s. 181 vd.

<sup>197</sup> Bu durum özellikle destekten yoksun kalma tazminatı açısından önem arz edecektir. Trafik kazasında ölen ve herhangi bir kusuru bulunmayan zarar görenin, desteğinden

luluğunu üstlendiği göz önüne alındığında, bu ispat faaliyetini sigorta şirketinin de gerçekleştirmesi halinde, zarar görene ödenecek trafik sigortası tazminatı miktarında, hakimin belirlediği oranda indirimle gidilebilir<sup>198</sup>.

Zarar görenin kusurunun varlığı durumunda, dikkat edilmesi gereken nokta, hakim tarafından yapılacak indirimin toplam zarar miktarı üzerinden gerçekleştirilmesidir. Şayet sigorta ettiren/işletenin, sorumlu olduğu zarar miktarından, zarar görenin müterafik kusuru oranında bir indirim yapılmasına rağmen, indirim tabi tutulan ve bunun sonucunda ortaya çıkan son tutar, sigorta şirketinin ödeyeceği poliçedeki bedeli aşıyorsa; esasında sigorta şirketinin ödeyeceği sigorta tazminatına herhangi bir indirim uygulanmamış olur, sigorta şirketi poliçe limitleri dahilinde<sup>199</sup> zararın tamamını karşılamakla yükümlüdür<sup>200</sup>.

## SONUÇ

Tıpkı sigorta ettirenin alkolün etkisiyle rizikoya sebebiyet vermesi halinde, meydana gelen zararlar gibi, sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal etmesi sebebiyle gerçekleşen trafik kazası sonucu meydana gelen zararların sigorta kurumu tarafından karşılanması veya karşılanmamasına ilişkin ezelden beridir tartışmalar sürmektedir.

---

yoksun kalanlar poliçe limitleri dahilinde sigorta şirketinden tazminat ödemesini talep edebilecektir. Bkz. **Çelik**, Çelik Ahmet: Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 587. Ancak trafik ışığı kuralını ihlal edip trafik kazasına sebebiyet veren işleten/sigorta ettiren ile beraber kazada ölen zarar görenin de müterafik kusurunun bulunması halinde, sigorta şirketi zarar görenin kusurunu ispat ederek hakimden destekten yoksun kalma tazminatının indirilmesini isteyebilecektir. Bu yönde bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 353-354; **Çelik**, Yoksunluk, s. 587. Trafik sigortası genel şartlarına göre tazminatın hesaplanmasının yöntemi, formülü ve bu hesaplama yöntemine ilişkin eleştiriler için bkz. **Çelik**, Ölçü, s. 682-686.

<sup>198</sup> Bu hususta bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 337; **Karasu**, s. 87. Yine bu hususta bkz. Yarg. HGK., T.05.10.2021, E.2017/3072, K.2021/1164, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), E.T. : 16.01.2024.

<sup>199</sup> Bkz. **Karasu**, s. 85 vd.; **Bağrıaçık**, s. 262; **Çelik**, Yoksunluk, s. 587.

<sup>200</sup> Örneğin, sigorta ettirenin/işletenin, kırmızı ışıkta geçip sebebiyet verdiği trafik kazasında, zarar gören nezdinde 800.000 TL tutarında bir zarara neden olduğunu, zarar görenin de %20 oranında müterafik kusurunun bulunduğunu varsayalım. Şayet hakim, zarar görenin kusuru sebebiyle %20 oranında bir indirimle giderse, sigorta ettiren/işletenin sorumlu olduğu zarar tutarı 640.000 TL olur. Sigorta ettiren ile sigorta şirketi arasındaki trafik sigortası sözleşmesinde de, zorunlu olarak sorumlu olunan üst limitin 500.000 TL olduğu varsayılırsa, sigorta şirketi zarar görenin %20 müterafik kusuru olmasına rağmen, trafik sigortası sözleşmesi uyarınca, 500.000 TL'nin tamamını zarar görene ödemekle yükümlü olacaktır. Kalan 140.000 TL ise sigorta ettiren/işletenin sorumluluğundadır. Yine bu hususta değerlendirmeler ve bir diğer örnek için bkz. **Canbolat/Gönül Koşar**, Zarar Görenin Kusuru, s. 188-189.

Doktrinde trafik ışığı kurallarının ihlalinde kusurun derecesine ilişkin hakim görüş, bu konuda bir genelleme yapmanın yanlış olacağı yönündedir. Somut olayın koşullarına göre, trafik ışığı kurallarına uyulmayıp trafik kazasına sebebiyet verilmesi halinde, sigorta ettirenin kusuru yerine göre kast, ağır veya hafif ihmal, istisnai olarak da kusursuz bir eylem teşkil edebilir. Yargıtay ise, trafik ışığı kurallarını ihlal edip rizikoya sebebiyet veren sigorta ettirenin kusurunu genel olarak ihmal derecesinde değerlendirmekte fakat bu ihmalin ağır nitelikte olmadığını belirtmektedir.

Gerçekten de trafik ışığı kurallarının ihlalin çeşitli görünüş biçimleri bulunmaktadır. Bu ihlal sinyalizasyon sistemi, sınırlı görüş açısı veya çeşitli dikkat dağıtıcı unsurların varlığı gibi nedenlerle gerçekleşebilir. Sigorta ettirenin kusurlu olup olmadığının, kusurlu ise kusurunun derecesinin tespitinde de her somut olay özelinde değerlendirilmesi gereken kriterler mevcuttur.

Objektif düzeyde makul ve dürüst sürücü modeli, gündüz ve görüş mesafesinin son derece açık olduğu bir saatte, gerek araç gerekse de yaya trafiğinin yoğun olmadığı, sürüş yapılan güzergahın çok iyi bilindiği bir durumda, kendisine kırmızı ışık yanması halinde durur ve trafik ışığı kurallarına uyar. Optimum derecede uygun şartların sağlandığı ve sürücünün iradesini etkileyecek ani bir durumun yaşanmadığı bu olayda, trafik ışığı kurallarına uymayıp kırmızı ışıkta geçen sigorta ettirenin eylemindeki kusuru kanaatimizce *ağır ihmal* derecesindedir. Çünkü sigorta ettiren, objektif modelin örnek davranışından ciddi derecede sapmış, yanan kırmızı ışık karşısında herkesin bildiği ve yapması gerektiği şeyi yapmamış, en basit özeni göstermemiştir.

Uygulamada ani kırmızı ışık yanması gibi hallerde, sigorta ettirenin bir anlık dalgınlık veya dikkatsizlik nedeniyle hatalı bir karar verip trafik kazasına neden olması sık karşılaşılabilen bir durumdur. Burada anlık dikkatsizliğin, objektif açıdan ağır ihmal olarak nitelendirilen kırmızı ışıkta geçme davranışını mazur gösterip gösteremeyeceğine ilişkin tartışmalar mevcuttur. Kanaatimizce bir anlık dikkatsizlik nedeniyle trafik ışığı kurallarının ihlal edilmesinin, sigorta ettirenin kusurunun ağırlığını etkilemesine istisnai olarak izin verilmelidir. Özellikle sürücünün anlık olarak konsantrasyon kaybına veya dikkatsiz davranmasına neden olan duruma kendi sebep olmaması gerekir.

Asli kusur ve tali kusur kavramlarının işlevi, kazanın gerçekleşmesinin akabinde, kazanın meydana gelişinde hangi tarafın kusuru olabileceğini, KTK m.84'ün çizdiği sınırlar ışığında cevaplandırabilmekten ibarettir. Kusurun derecesini ve tazminatın miktarını belirleyecek olanın hakim olduğu

düşünüldüğünde, asli kusur - tali kusur ayırımının sigorta hukuku bağlamında özellikle de kusurun ağırlığının derecelendirilmesi bakımından doğrudan bir hukuki sonucu bulunmamaktadır.

TTK m. 1429 uyarınca, rizikonun gerçekleşmesinde sigorta ettirenin kusurunun bulunması halinde, “*ya hep ya hiç*” ilkesi benimsenmiştir. Bu noktada kasko sigortası sözleşmesi açısından, sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal edip trafik kazasına sebebiyet vermesi halinde kusuru kast derecesindeyse, sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Eğer kusur ihmal derecesindeyse, kural olarak sigorta şirketi sigorta tazminatının tamamını ödemek durumundadır. İhmalin derecesinin ağır veya hafif olmasının bir önemi yoktur. Trafik sigortası sözleşmesi açısından ise, motorlu aracın işleteni olan sigorta ettirenin tehlike sorumluluğu esastır. Bu noktada trafik ışığı kurallarını ihlal edip kazaya sebebiyet vermesinde bir kusuru bulunuyorsa, hukuki manada sigorta ettirenin ek kusurundan bahsedilir. Sigorta ettirenin trafik ışığı kurallarını ihlal edip kazaya sebebiyet vermesindeki kusuru kast derecesinde olsa dahi, KTK m.95’in varlığı sebebiyle, sigorta şirketi, zarar gören üçüncü kişiye trafik sigortası tazminatını ödemek durumundadır.

Trafik ışığı kurallarını ihlal halinde, özellikle “*kırmızı ışıktaki geçen sürücünün kusuruna*” dair Kanun veya genel şartlarda kesin bir genel kural koymak yerinde değildir. Fakat en azından yargı kararlarındaki “*kırmızı ışıktaki geçmek ağır kusur değildir*” şeklindeki yargıyı her somut olay açısından daha derin şekilde tartışmaya açmak ve “*trafik ışığı kuralını ihlallerin birçoğunda*” kusurun derecesinin ağır ihmal olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Bu öneri neticesinde, KTK m.95/2 ve Trafik Sigortası Genel Şartları B.4.a uyarınca, sigorta şirketinin sigorta ettirene rücu hakkı bulunacak ve sigorta ettiren de trafik ışığı kurallarını ihlal edip kazaya sebebiyet vermesi durumunda, üçüncü kişilere vereceği zararın sigorta şirketi tarafından kendisine rücu edilebileceğinin farkına varacak, trafikte azami derecede özenli ve dikkatli davranmak adına bir sebep daha bulacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Akgün**, Evrim: Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Armbrüster**, Christian: Das Alles-oder-nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht - zugleich ein Beitrag zur Reform des VVG, Verlag Versicherungswirtschaft, Hamburg 2003.
- Arseven**, Haydar: Sigorta Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1987.
- Atamer**, Kerim: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortalarna Giriş”, BATİDER, Cilt 27, Sayı 1, 2011, s. 21-106.
- Atamer**, Yeşim: “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, N.6, s. 8-37.
- Avcı**, Zehra: Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusurun Sigorta Tazminatı ve Sigorta Bedelinin Ödenmesine Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Ayhan**, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Sigorta Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Bağrıaçık**, Safiye Nur: “Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Sorumluluğu”, İstanbul Kültür Üniversitesi HFD, Cilt 15, Sayı 2, 2016, s. 255-275.
- Baumann**, Horst/**Beckmann**, Roland Michael/**Johannsen**, Katharina/**Johannsen**, Ralf (Hrsg.): Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar, Band 3, 9. Auf., Berlin 2009. (Anılış: Bruck/Möller (İlgili Bölümün Yazarı))
- Baysal**, Başak: Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Baysal**, Başak: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012. (Anılış: Müterafik Kusur)
- Beckmann**, Roland Michael/**Matusche-Beckmann**, Annemarie (Hrsg.): Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Auf., München 2015. (Anılış: Beckmann/Matusche-Beckmann (İlgili Bölümün Yazarı))
- Bozer**, Ali: Sigorta Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1965.
- Bruck**, Ernst/**Möller**, Hans (Hrsg.): Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Zweiter Band - §§ 49-80, 8. Auf., Berlin 1961. (Anılış: Bruck/Möller (İlgili Bölümün Yazarı), 8.Auf.)

- Burmam, Michael/Heß, Rainer/Hühnermann, Katrin/Jahnke, Jürgen (Hrsg.):** Straßenverkehrsrecht Kommentar, 27. Auf., C.H.Beck 2022. (Anılış: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke (İlgili Bölümün Yazarı))
- Can, Mertol:** Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı) Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Canbolat, Ferhat/Gönül Koşar, Günhan:** “Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumlulukta Kusurun Önemi ve Sorumluluğa Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Cilt 23, Sayı 2, 2021, s. 839-872.
- Canbolat, Ferhat/Gönül Koşar, Günhan:** “Sigorta Şirketinin Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumluluğunda Zarar Görenin (Müterafik) Kusuru ve Dikkate Alınması”, Hacettepe Üniversitesi HFD, Cilt 12, Özel Sayı, 2022, s. 165-199. (Anılış: Zarar Görenin Kusuru)
- Çelik, Çelik Ahmet:** Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü (Tazminat Hesapları), 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023. (Anılış: Ölçü)
- Çelik, Çelik Ahmet:** Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021. (Anılış: Yoksunluk)
- Çelik, Çelik Ahmet:** Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta - Hukuk ve Ceza Sorumluluğu, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Çelik, Salih/Muktedir, Lale:** Özetli - İctihatlı - Uygulamalı Sigorta Hukuku Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Damar, Cahit:** Sigortacının Kanuni Halefiyeti ve Rücu Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Doğan, Koray/Meraklı, Serkan:** Trafik Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Ankara 2023.
- Emirlioğlu, Furkan:** Sigorta Ettirenin Zararı Önleme - Azaltma ve Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Külfeti (TTK m.1448), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- Emirlioğlu, Furkan:** “Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin Sigorta Ettirenin Rizikonun Gerçekleşmesindeki Kusurunun Etkisine Dair E.2016/646 K.2016/1427 Sayılı Kararının İncelenmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 49, 2022, s. 585-608.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.



- Feifel**, Michael: Die Quotelung bei Obliegenheitsverletzungen nach § 28 VVG 2008, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2011.
- Fromm**, Ingo Erich: “Zur Einstandpflicht der Vollkaskoversicherung bei Sekundenschlaf am Steuer”, Straßenverkehrsrecht (SVR), Sayı 4, 2015, s. 126-130.
- Gönül Koşar**, Günhan: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Haberstroh**, Dieter: “Das “Augenblickversagen” - kein Fall grober Fahrlässigkeit”, VersR 1998, s. 943-947.
- Hacıömeroğlu**, Abdülhamid Oğuzhan: Sorumluluk Sigortasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Hiort**, Horst: Das Alles-oder-Nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht und die Neuregelung durch die VVG-Reform, Nomos Verlag, Baden-Baden 2010.
- Honsell**, Heinrich (**Hrsg.**): Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG, Springer Verlag, Berlin- Heidelberg – New York 1999. (Anılış: Berliner Kommentar (İlgili Bölümün Yazarı))
- Kara**, Hacı: Sigorta Hukuku, 2.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Karasu**, Rauf: Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Karasu**, Rauf: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi HFD, Cilt 2, Özel Sayı (4), 2015, s. 683-706. (Anılış: Sorumluluk)
- Kayıhan**, Şaban: “Alman ve Türk Özel Sigorta Hukukunda Sigorta Ettirenin Kurtarma Ödevi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi HFD, Cilt 9, Sayı 1-2, 2005, s. 513-541.
- Kayıhan**, Şaban/**Günergök**, Özcan: Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 6. Bası, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2021.
- Kender**, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 17. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Kılıçoğlu**, Mustafa: Ceza Hukuku ve Borçlar Hukuku Açısından Trafik Kazaları Tazminat - Sigorta - Rücu ve Yargıtay Uygulaması, Bilge Yayıncılık, Ankara 2014.

- Kızılsümer**, Bahar: Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Koenig**, Willy: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2.Auf., Verlag Herbert Lang & Cie, Bern 1960.
- Küçük**, Damla: “Kara Taşıtları Kasko Sigortası Bağlamında, Türk Ticaret Kanunu’nun 1429/1. Maddesinde Geçen “Sigorta Ettiren veya Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler” Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme, İnönü Üniversitesi HFD, Cilt 11, Sayı 1, 2020, s. 39-55.
- Langheid**, Theo/**Rixecker**, Roland (**Hrsg.**): Versicherungsvertragsgesetz, 7. Auf., C.H. Beck 2022. (Anılış: Langheid/Rixecker (İlgili Bölüm Yazarı))
- Langheid**, Theo/**Wandt**, Manfred (**Hrsg.**): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 1, 3. Auf., München 2022. (Anılış: Langheid/Wandt (İlgili Bölüm Yazarı))
- Langheid**, Theo/**Wandt**, Manfred (**Hrsg.**): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 3, 2. Auf., München 2017. (Anılış: Langheid/Wandt (İlgili Bölüm Yazarı))
- Looschelders**, Dirk/**Pohlmann**, Petra (**Hrsg.**): VVG Versicherungsvertragsgesetz Kommentar, 3. Auf., Carl Heymans Verlag, Köln 2016. (Anılış: Looschelders/Pohlmann (İlgili Bölüm Yazarı))
- Martin**, Anton/**Reusch**, Peter/**Schimikowski**, Peter/**Wandt**, Manfred (**Hrsg.**): Sachversicherung Kommentar, 4. Auf., München 2022. (Anılış: Martin/Reusch/Schimikowski/Wandt (İlgili Bölümün Yazarı))
- Memiş**, Tekin: “Sigorta Hukukunda Ağır Kusur ve Kırmızı Işık İhlali Konulu Bir Hukuk Genel Kurul Kararı Değerlendirmesi”, Reasürör, Sayı 54, 2004, s. 4-18.
- Meraklı**, Serkan: Ceza Hukukunda Kusur, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Müderrişoğlu**, Ümit: Kasko Sigortası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.
- Omağ**, Merih Kemal: Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

- Orbay Ortaç**, Nurdan: “Sigortalanan Olaya Kusur ile Sebebiyet Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi”, Erciyes Üniversitesi HFD, Cilt 16, Sayı 2, 2021, s. 81-138.
- Özkan**, Aktan: Kasko Sigortası Sözleşmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2018.
- Pinckernelle**, Ascan: Die Herbeiführung des Versicherungsfalls, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1966.
- Prölss**, Jürgen/**Martin**, Anton (**Hrsg.**): Versicherungsvertragsgesetz, 31. Auf., München 2021. (Anılış: Prölss/Martin (İlgili Bölümün Yazarı))
- Roelli**, Hans: Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Erster Band - Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-47), Bern 1914.
- Römer**, Wolfgang: “Überfahren einer roten Ampel und Leistungsfreiheit des Versicherers”, Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht (NversZ), Sayı: 12, 2001, s. 539-540.
- Rüffer**, Wilfried/**Halbach**, Dirk/**Schimikowski**, Peter (**Hrsg.**): Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar, 4. Auf. Nomos Verlag, Köln 2020. (Anılış: Rüffer/Halbach/Schimikowski (İlgili Bölümün Yazarı))
- Sanlı**, Kerem Cem: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007.
- Sopacı Öztuna**, Birgül: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi”, BATİDER, Cilt 28, Sayı 3, 2012, s. 117-152. (Anılış: Halefiyet)
- Sopacı Öztuna**, Birgül: “Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü”, Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Şenocak**, Kemal: “Sigorta Konusu Olaya Kasten Sebep Olma (TTK m.1477)”, Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Şenocak**, Kemal: “Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m.1293)”, Ankara Üniversitesi HFD, Cilt 44, Sayı 1, 1995, s. 365-424. (Anılış: Vecibe)
- Şenocak**, Kemal: “Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı”, BATİDER, Cilt: 25, Sayı: 4, 2009, s. 277-294. (Anılış: KTK)

- Şenocak, Kemal:** “Türk Ticaret Kanunu’nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği”, Ankara Üniversitesi HFD, Cilt 58, Sayı 1, 2009, s. 189-229. (Anılış: Sorumluluk)
- Tahiroğlu, Bülent:** Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2014.
- Ulaş, Işıl/Bektaş, İbrahim:** Sigorta Hukuku Birinci Cilt Zarar Sigortaları - I, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.
- Uluğ Cicim, İlknur:** “Sorumluluk Sigortasında Sigortacının, Sigortacıya Yöneltilen Tazminat Talebine İlişkin Yükümlülük, Hak ve Yetkileri (TTK m.1476, 1479, 1480, 1481), Akdeniz Üniversitesi HFD, Cilt 3, Sayı 2, 2013, s. 11-23.
- Uluğ Cicim, İlknur/Alhan, Yunus:** “Alman Sorumluluk Sigortaları ile İlgili Hükümlerin Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, Akdeniz Üniversitesi HFD, Cilt 6, Sayı 2, 2016, s. 85-102.
- Ünan, Samim:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I Birinci Kısım Genel Hükümler (Madde 1401-1452), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Ünan, Samim:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt II İkinci Kısım Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler Birinci Bölüm Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016. (Anılış: Zarar Sigortaları)
- Ünan, Samim:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt IV Yargıtay Kararları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019. (Anılış: Cilt IV)
- Ünan, Samim:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt VI Yargı Kararları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020. (Anılış: Cilt VI)
- Ünan, Samim/Atamer, Kerim:** Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) - Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri (ASSHİ) İngilizce Metin ve Türkçe Çeviri, Sigorta Hukuku Derneği, İstanbul 2011.
- Yavaş, Mahmut:** Kara Taşıtları Sigortaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Yazıcıoğlu, Emine:** “Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti”, Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Yazıcıoğlu, Emine/Şeker Ögüz, Zehra:** Sigorta Hukuku, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

- Yener**, Merve İrem: Sigorta Sözleşmelerinde Rizikonun Ağırlaşması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Yıldırım**, Ali Haydar: Sigortacının Koruma ve Kurtarma Masraflarından Sorumluluğu (TTK m.1448/ f. 3-4), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Yıldırım**, Ali Haydar: Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK 1427), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Yolal**, Oğuz: “TTK m.1429/1 Kapsamında Sigorta Ettirenin veya Sigortalının Hukuken Fiillerinden Sorumlu Buldukları Kişilerin Tespiti”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2023, s. 339-361.
- Yüce**, Aydın Alber: Kara Araçları Kasko Sigortası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Ziegler**, Otto: Untersuchungen über die Begriffe “befürchtetes Ereignis” und “Versicherung”, Stämpfli & CIE, Bern 1935.