

Cilt: 29, Sayı: 51, Yıl: 2024

Vol: 29, No: 51, Year: 2024

ISSN: 1300-2929

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Journal of Dicle University Faculty of Law

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI

Diyarbakır 2024

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(DÜHFD)

Journal of Dicle University Faculty of Law

Derginin Sahibi : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Prof. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN (Dekan)
Sorumlu Müdür : Fırat YANIK (Fakülte Sekreteri)
Yönetim Yeri : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır
Yayının Türü : Süreli Yayın / Hakemli Hukuk Dergisi
ISSN : 1300-2929
e-ISSN : 2458-7907

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN Prof. Dr. Ezeli AZARKAN
Prof. Dr. Ali AYLI Prof. Dr. Tahir MURATOĞLU
Prof. Dr. M. Burak BULUTTEKİN Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Editör: Prof. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN

Editör Yardımcısı: Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Kurumsal İletişim Bilgileri

Adres : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır
Tel / Fax : +90 412 2488357 / +90 412 2488358
Url : <http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi>
E-Mail : diclehukukdergisi@gmail.com / hukukdergisi@dicle.edu.tr
Dizgi : Prof. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN
Basım Yeri : Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır
Basım Yılı : Aralık 2024

Dergi Hakkında

A. Amaç: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olan Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin amacı, hukuk alanında özgün ve bilimsel akademik çalışmaları yayımlamak suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamaktır.

B. Kapsam: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki kez (Haziran ve Aralık), basılı ve elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. Derginin kapsamına, hukuk alanında yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir. Derginin yayın dili Türkçedir, ancak Türkçe özetine yer verilmek koşuluyla başka dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir. Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.

C. İngilizce İsim ve Kısaltma: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin İngilizce ismi, Journal of Dicle University Faculty of Law'dur. Derginin isminin kısaltması, DÜHFD'dir.

DANIŞMA KURULU*


- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan HAKERİ (em.) (Özyeğın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (em.) (WWU Münster / Germany)
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Müslüm AKINCI (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nihat TAŐDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Recep GÜLŐEN (İğdır Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ VEZNEDAROĞLU (Altınbaş Ün. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fak.)

* Unvanlara ve alfabetik olarak isimlere göre sıralanmıştır.

Prof. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Yasemin IŐIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Zehra Şeker ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)


DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÖLTESİ DERĐİSİ'NİN TARANDIĞI İNDEKSLER VE DİZİNLER

Dicle Üniverstesi Hukuk Fakóltesi Dergisi,


ULAKBİM Tübitak Ulakbim - TR Dizin Veri Tabanı'nda,

DergiPark
AKADEMİK Dergipark'ta,


Jurix
Hukuk Dergileri Veritabanı Jurix Hukuk Dergileri Veri Tabanı'nda ve


Heinonline Veri Tabanı'nda taranmaktadır.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ ETİK İLKELERİ VE YAYIN POLİTİKASI

- 1.** Yayınlanmak üzere dergiye gönderilecek yazıların yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekir.
- 2.** Yazıların ulusal ve uluslararası alanda geçerli araştırma ve yayım etiğine ilişkin kurullarla uyumlu olması gerekir.
- 3.** Yazıların bilimsel standartlara uygun ve özgün olması gerekir. İntihal programları kullanılmak suretiyle veya başka bir şekilde intihale yer verdiği tespit edilen yazılar kabul edilmez.
- 4.** Yazılar elektronik ortamda teslim edilmelidir.
- 5.** Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 6.** Yazıların teslimi sırasında ayrıca yazının türü (makale, derleme, özet, editöre mektup, çeviri, karar incelemesi, kitap veya muhtelif eser kritiği, vaka takdimi, mevzuat incelemesi, araştırma notu, tez özeti vb.) hakkında da bilgi verilmelidir.
- 7.** Derginin sıradaki sayısının yayımlanma süresinden en az 4 ay öncesine kadar gönderilen makaleler, ilgili sayı için değerlendirmeye alınır.
- 8.** Gönderilen yazıların yayım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün uygun görüşü alınmak suretiyle yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çelişmeyecek ufak çaplı değişiklikler yapılabilir.
- 9.** Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar farklı kurumlardan olmak üzere en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemlerden en az biri fakülte dışından seçilir. Hakemler yazıların yayımlanması, yayımlanmasının uygun olmadığı veya düzeltilerek yayımlanması yönünde görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi

halinde, ilgili yazı talep üzerine veya re'sen üçüncü bir hakeme gönderilebilir ve üçüncü hakem raporuna göre işlem yapılabilir. Hakemlerden birinin olumsuz görüş bildirmesi halinde editör görüşüne göre de hareket edilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

10. Yazım yanlışlarının olanağın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerinin uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu bir şekilde sonuçlanmış olması yazara yayım hakkı vermez.

11. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu konuda herhangi bir mesuliyet kabul etmez.

12. Yayına kabul edilen eserlerin telif hakkı Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlara telif ücreti veya başka bir isim altında herhangi bir ödeme yapılmaz.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

MAKALE YAZIM KURALLARI

1. Yazıların “Times New Roman” karakterinde, ana metnin tek satır aralığında ve 11 punto olarak, dipnot metninin 10 punto olarak hazırlanması gerekir.

2. Yazılar hem yazı dilinde hem de İngilizce, Almanca veya Fransızca gibi dillerde hazırlanmış bir “Öz” kısmına yer vermelidir. Ayrıca “Öz” kısmından hemen sonra gelmek üzere hem yazı dilinde hem de ilgili yabancı dilde en az beş anahtar kelimeye ve yazının ilgili yabancı dildeki başlığına da yer verilmelidir. “Öz”ün ve “Öz”ün yabancı dildeki tercümesinin her biri 400 kelimeyi geçmemelidir. Türkçeden başka bir dilde yazılan yazıların Türkçe “Öz”üne yer verilmesi zorunludur.

3. Yazının sistematığı aşağıdaki şekilde olmalıdır:

BAŞLIK

(Bu başlık altında öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

YABANCI DİLDEKİ BAŞLIK

(Burada yabancı dilde öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

I. GİRİŞ (Bu başlık büyük harflerle yazılacaktır.)

II. ...

A. ... (Bu başlık küçük harflerle yazılacaktır.)

B. ...

1. ... (Bu başlık küçük harflerle yazılacaktır.)

2. ...

a. ... (Bu başlık küçük harflerle yazılacaktır.)

b. ...

III. ... (Bu başlık büyük harflerle yazılacaktır.)

IV. SONUÇ (Sonuç başlığına da numara verilmelidir.)

KAYNAKÇA (Bu başlık büyük harflerle yazılacak ve başlığa numara verilmeyecektir.)

4. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; dipnot, atıf ve kaynakça usulü bakımından Türk Hukuk Atıf Sistemi (TÜHAS)’ni esas alır. Bu sistemin ayrıntılarına (<https://www.tuhas.com.tr/>) internet adresinden ulaşılabilir.

5. Kaynakça kısmında önce yazarın soyadına, sonra adına yer verilmeli, virgül işaretinden sonra da esere ilişkin bilgiler yazılmalıdır. Kaynakçada yer verilen her eser veya kaynak sonra nokta işareti (.) ile sonlandırılmalıdır. Kaynakçanın ilk satırı soldan başlatılmalı, devam eden satırlar 1,25 cm içerden (sağdan) başlatılmalıdır.

-Kayaoğlu, Mehmet, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2023. (Kitap örneği)

-Kayaoğlu, Mehmet, “Anayasa Hukuku ve Normlar Hiyerarşisi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 32, 2015, s. 1-33. (Makale örneği)

-Kayaoğlu, Mehmet ve Ali Yılmazoğlu (Ed.), *Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Yolları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2023. (Editörlü kitap örneği)

-Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 26. Baskı, 2024. (Çeviri kitap örneği)

-Kayaoğlu, Mehmet, “Anayasa Yargısı”, in Yılmazoğlu, Ali (Ed.), *Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Yolları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2018, s. 127-134. (Kitap bölümü örneği)

-Marcou, Jean, “Anayasacılık ve Türkiye’de Anayasal Hareketler”, Çev. Gülden Kurt, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2012, s. 1-50. (Çeviri makale örneği)

-Kayaoğlu, Mehmet, *Türkiye’de Anayasa Hukukundaki Gelişmeler* (Danışman: Ali Yılmazoğlu), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2023. (Yayınlanmamış lisansüstü tez örneği)

-Kayaoğlu, Mehmet, “Anayasa ve Hukuk”, *Hürriyet Gazetesi*, 01 Ocak 2023 (<https://www.hurriyet.com.tr/makale/anayasa-ve-hukuk/>) (Erişim Tarihi: 01.01.2023). (Gazete yazısı örneği)

-”Dicle Üniversitesi’ne ziyaret”, *Hürriyet Gazetesi*, 01 Ocak 2023 (<https://www.hurriyet.com.tr/haber/dicle-universitesine-ziyaret/>) (Erişim Tarihi: 01.01.2023). (Gazete haberi örneği)

6. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve tüm dipnotların mutlaka nokta işareti (.) ile sonlandırılmalıdır. Dipnot kısmında önce yazarın adına sonra soyadına yer verilmeli, virgül işaretinden sonra da esere ilişkin bilgiler yazılmalıdır.

-Mehmet Kayaoğlu, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2023. (Kitap örneği)

-Mehmet Kayaoğlu, “Anayasa Hukuku ve Normlar Hiyerarşisi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 32, 2015, s. 1. (Makale örneği)

-Mehmet Kayaoğlu ve Ali Yılmazoğlu (Ed.), *Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Yolları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2023. (Atıf esere yönelikse, Editörlü kitap örneği)

-Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 26. Baskı, 2024, s. 1. (Çeviri kitap örneği)

-Mehmet Kayaoğlu, “Anayasa Yargısı”, in Yılmazoğlu, Ali (Ed.), *Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Yolları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2018, s. 1. (Kitap bölümü örneği)

-Jean Marcou, “Anayasacılık ve Türkiye’de Anayasal Hareketler”, Çev. Gülden Kurt, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2012, s. 1. (Çeviri makale örneği)

-Mehmet Kayaoğlu, *Türkiye’de Anayasa Hukukundaki Gelişmeler* (Danışman: Ali Yılmazoğlu), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2023. (Yayınlanmamış lisansüstü tez örneği)

-Mehmet Kayaoğlu, “Anayasa ve Hukuk”, *Hürriyet Gazetesi*, 01 Ocak 2023 (<https://www.hurriyet.com.tr/makale/anayasa-ve-hukuk/>) (Erişim Tarihi: 01.01.2023). (Gazete yazısı örneği)

-”Dicle Üniversitesi’ne ziyaret”, *Hürriyet Gazetesi*, 01 Ocak 2023 (<https://www.hurriyet.com.tr/haber/dicle-universitesine-ziyaret/>) (Erişim Tarihi: 01.01.2023). (Gazete haberi örneği)

-Anayasa Mahkemesi, 27.06.2024 Tarih ve E. 2022/101, K. 2024/124 Sayılı Kararı, RG, 8 Ekim 2024, Sayı 32686. (Karar örneği)

-Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 05.09.2012 Tarih ve E. 1814, K. 17929 Sayılı Kararı. (Karar örneği)

-30.03.2011 Tarih ve 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun. (Kanun örneği)

* Araya başka bir esere yapılan atf girmemişse aynı esere ikinci atf örneği:

-*Ibid.*, s. 10.

* Yazarın sadece bir çalışmasına atf yapılmışsa ve araya başka bir esere atf girmişse aynı esere ikinci atf örneği:

-Kayaoğlu, *op. cit.*, s. 10.

* Yazarın birden fazla çalışmasına atf yapılmışsa ve araya başka bir esere atf girmişse esere ikinci atf örnekleri:

-Kayaoğlu, *Anayasa Hukuku, op. cit.*, s. 10.

-Kayaoğlu, “Anayasa ve Normlar Hiyerarşisi”, *op. cit.*, s. 10.

7. Editörden onay alınan haller hariç olmak üzere yayımlanmak üzere gönderilen yazıların kural olarak 30 sayfayı geçmemesi gerekir.

DERGİNİN GEÇMİŐİ (ARŐIV)

Cilt: 1	Sayı: 1	Yıl: 1983
Cilt: 2	Sayı: 2	Yıl: 1984
Cilt: 3	Sayı: 3	Yıl: 1985
Cilt: 4	Sayı: 4	Yıl: 1988
Cilt: 5	Sayı: 5	Yıl: 1992
Cilt: 6	Sayı: 6	Yıl: 1993
Cilt: 7	Sayı: 7	Yıl: 2003
Cilt: 8-9	Sayı: 8-9-10-11	Yıl: 2003-2004
Cilt: 10-11	Sayı: 12-13-14-15	Yıl: 2005-2006
Cilt: 12-13	Sayı: 16-17-18-19	Yıl: 2007-2008
Cilt: 14	Sayı: 20-21	Yıl: 2009
Cilt: 15-16	Sayı: 22-23-24-25	Yıl: 2010-2011
Cilt: 17-18	Sayı: 26-27-28-29	Yıl: 2012-2013
Cilt: 19	Sayı: 30-31	Yıl: 2014
Cilt: 20	Sayı: 32	Yıl: 2015
Cilt: 20	Sayı: 33	Yıl: 2015
Cilt: 21	Sayı: 34	Yıl: 2016
Cilt: 21	Sayı: 35	Yıl: 2016
Cilt: 22	Sayı: 36	Yıl: 2017
Cilt: 22	Sayı: 37	Yıl: 2017
Cilt: 23	Sayı: 38	Yıl: 2018
Cilt: 23	Sayı: 39	Yıl: 2018
Cilt: 24	Sayı: 40	Yıl: 2019
Cilt: 24	Sayı: 41	Yıl: 2019
Cilt: 25	Sayı: 42	Yıl: 2020
Cilt: 25	Sayı: 43	Yıl: 2020
Cilt: 26	Sayı: 44	Yıl: 2021
Cilt: 26	Sayı: 45	Yıl: 2021
Cilt: 27	Sayı: 46	Yıl: 2022
Cilt: 27	Sayı: 47	Yıl: 2022
Cilt: 28	Sayı: 48	Yıl: 2023
Cilt: 28	Sayı: 49	Yıl: 2023
Cilt: 29	Sayı: 50	Yıl: 2024
Cilt: 29	Sayı: 51	Yıl: 2024

NOT: DÜHFD 32. sayıya kadar 1303-9105 ISSN numarasıyla, 33. ve sonraki sayılarda ise 1300-2929 ISSN numarasıyla yayımlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Bilal TUNÇ

1982 ANAYASASI'NDAKİ İLK DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE TARİHİ
VE HUKUKİ AÇIDAN BİR GENEL DEĞERLENDİRME (1982-2001
DÖNEMİ) 477

Prof. Dr. Ezeli AZARKAN

İSRAİL'İN GAZZE'YE SALDIRILARINA İLİŞKİN HUKUKİ BİR
DEĞERLENDİRME 530

Dr. Metin KAPLAN

CEZA MUHAKEMESİ KURUMU OLAN BASİT YARGILAMA
USULÜNDE HAKİMİN İHSAS-I REY SORUNU 583

Dr. Süleyman AKKAYA

SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNUMUNDA “BIÇAK PARASI”
ALMANIN İCBAR SURETİYLE İRTİKÂP SUÇU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ 615

Ayşe BENZER

ORTAKLARIN LİMİTED ŞİRKETİN AMME BORÇLARINDAN
KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU, YAŞANAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM
ÖNERİLERİ 645

Ömer DUMAN

ULUSLARARASI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN YEMEN İÇ SAVAŞI .. 693

Abdullah YOLCU

YARGI BAĞIMSIZLIĞI: TEORİK TEMELLER, TARİHSEL GELİŞİM VE
MODERN TEHDİTLER 733

ÖZEL HUKUK

Dr. Öğr. Üyesi Başak GÜNEŞ / Dr. Öğr. Üyesi Faruk Barış MUTLAY

YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA 4857 SAYILI İŞ
KANUNU'NDA HAFTA TATİLİ ÜCRETİ 765

Dr. Öğr. Üyesi Didem YARDIMCIOĞLU
NÜKLEER SANTRAL ÇALIŞANLARININ İŞ SAĞLIĞI VE
GÜVENLİĞİNİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ 859

Dr. Öğr. Üyesi İlknur ULUĞ CİCİM
TRAFİK SİGORTASI GENEL ŞARTLARINA GÖRE ÖLÜM
DIŞINDAKİ BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI TALEP
EDİLEBİLECEK TEMİNATLAR 913

Öğr. Gör. Duygu TURGUT GÜNEL
KAVRAMSAL AÇIDAN ÇIPLAK GEMİ KİRA SÖZLEŞMESİ 943

KARAR İNCELEMELERİ

Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül KARACA DEDEOĞLU
COVID-19 PANDEMİ SÜRECİNDE İDARENİN MASKE TAKMA
TEDBİRİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARININ HUKUKİ
DEĞERLENDİRİLMESİ (YARGITAY 19. CEZA DAİRESİ 2020/4354 E.,
2020/14250 K., 09.11.2020 T.) 997

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

Prof. Dr. Bilal TUNÇ

A GENERAL HISTORICAL AND LEGAL ASSESSMENT OF THE FIRST AMENDMENTS TO THE 1982 CONSTITUTION (1982-2001 PERIOD) 478

Prof. Dr. Ezeli AZARKAN

A LEGAL ASSESSMENT OF ISRAEL'S ATTACKS ON GAZA 529

Dr. Metin KAPLAN

THE PROBLEM OF COMMENTS REFLECTING BIAS OF THE JUDGE IN THE SIMPLIFIED PROCEDURE THE IS PENAL PROCEDURE LAW . 584

Dr. Süleyman AKKAYA

EVALUATION OF RECEIVING “KNIFE MONEY” IN THE PROVISION OF HEALTH SERVICES IN TERMS OF ENFORCEMENT CRIME BY SPIRITUAL FORCE 616

Ayşe BENZER

THE RESPONSIBILITY OF PARTNERS IN A LIMITED COMPANY ARISING FROM PUBLIC DEBTS, THE PROBLEMS ENCOUNTERED, AND SUGGESTED SOLUTIONS 646

Ömer DUMAN

YEMEN CIVIL WAR FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW 694

Abdullah YOLCU

JUDICIAL INDEPENDENCE: THEORETICAL FOUNDATIONS, HISTORICAL EVOLUTION AND CONTEMPORARY THREATS 734

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Başak GÜNEŞ / Asst. Prof. Faruk Barış MUTLAY

WEEKLY REST PAY UNDER SUPREME COURT DECISIONS WITHIN THE SCOPE OF LABOR LAW NO. 4857..... 766

Asst. Prof. Didem YARDIMCIOĞLU
LEGAL FRAMEWORK OF OCCUPATIONAL HEALTH AND
SAFETY OF NUCLEAR POWER PLANT WORKERS 860

Asst. Prof. İlknur ULUĞ CİCİM
INSURANCE COVERAGE FOR NON-FATAL BODILY INJURIES
UNDER THE GENERAL CONDITIONS OF COMPULSORY MOTOR
VEHICLE LIABILITY INSURANCE 914

Lec. Duygu TURGUT GÜNEL
CONCEPTUAL ASPECTS OF BAREBOAT CHARTER 944

DECISION REVIEWS

Asst. Prof. Ayşegül KARACA DEDEOĞLU
ANALYSIS LEGAL OF THE DECISION OF THE COURT REGARDING
THE MEASURE TO WEAR THE ADMINISTRATION'S MASK DURING
THE COVID-19 PANDEMIC PROCESS (COURT OF CASSATION 19TH
CRIMINAL CHAMBER, 2020/4354 E., 2020/14250 K., 09.11.2020 T.)
..... 998

KAMU HUKUKU

1982 ANAYASASI'NDAKİ İLK DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE TARİHİ VE HUKUKİ AÇIDAN BİR GENEL DEĞERLENDİRME (1982-2001 DÖNEMİ)

Bilal TUNÇ*

ÖZ

Demokrasiyle yönetilen ve demokratik gelişmelere önem veren devletler, anayasacılık çalışmalarına son derece önem vermek zorundadır. Bu bağlamda anayasalar, demokratik sisteme geçmiş devletlerin kuruluşunu ve yönetimini düzenleyen toplumsal sözleşme olarak adlandırılan hukuki belgelerdir. Kurucu bir iktidar tarafından oluşturulan anayasalar, kendileri tarafından tesis edilmiş olan düzenin değiştirilmesini ciddi oranda zorlaştırmaktadır. Bu nedenle kurucu iktidarlar, anayasaların değişimine pek olumlu yaklaşmazlar. Ancak toplumsal ya da siyasal olaylardan dolayı yaşanan bazı durumlar, anayasa değişikliklerini mecburi bir hale getirmektedir. Bundan dolayı ya yeni bir anayasa yapılır ya da anayasaların maddelerinde ihtiyaçlar doğrultusunda ciddi oranda değişiklikler yapılır. Mevcut anayasalarda yapılması planlanan değişikliklerin nasıl yapılacağı ve hangi yöntemlerle oluşturulacağı, anayasaların meşruluğu ve demokrasi açısından son derece önemlidir.

* Prof. Dr., Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Türkiye Cumhuriyeti Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: btunc@agri.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5361-8494.
Makalenin Gönderim Tarihi : 18.08.2024.
Makalenin Kabul Tarihi : 13.12.2024.

Her anayasa değişikliğinin kendine has bir sebebi ve ortamı vardır. Türkiye Cumhuriyeti'nin beşinci ve mevcut anayasası olan 1982 Anayasası, 12 Eylül 1980 Askeri Darbesi sonucunda yapılmış olduğundan sivil ve askeri bürokrasinin etkilerinin yoğun bir şekilde taşımaktadır. Anayasadaki bu etkileri azaltmak amacıyla, anayasada yapılan ilk dönem düzenlemeler olarak değerlendirilen, 1987'den başlamak üzere 1988, 1993, 1995, 1999 ve 2001 yıllarında birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışmanın hazırlanmasındaki temel amaç, bahsi geçen yıllarda yapılan anayasa değişikliklerinin anayasanın demokrasiyle insan hak ve hürriyetlerinin gelişimine ne tür bir etkide olduğunu ayrıntılı bir biçimde ortaya çıkarmaktır. Bu amaç doğrultusunda 1982 Anayasası'nın ilk dönemlerinde yapılan değişikliklerin, daha sonra yapılan yeni düzenlemeleri nasıl etkilemiş olduğunun ortaya çıkarılması hedeflenmektedir. Bu çalışma, arşiv belgelerinden, Resmi Gazeteden ve telif eserlerden istifade edilerek oluşturulmuştur. Son olarak bu makale, nitel bir çalışma olup; burada doküman analizi, karşılaştırmalı ve tarihi teknikler kullanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: 1982 Anayasası, anayasa değişikliği, anayasa, demokrasi, referandum.

A GENERAL HISTORICAL AND LEGAL ASSESSMENT OF THE FIRST AMENDMENTS TO THE 1982 CONSTITUTION (1982-2001 PERIOD)

ABSTRACT

States that are governed by democracy and attach importance to democratic developments must attach great importance to constitutionalism studies. In this context, constitutions are legal documents called social contracts that regulate the establishment and governance of states that have adopted a democratic system. Constitutions created by a founding power significantly complicate the alteration of the order established by these powers. For this reason the founding powers do not approach the change of constitutions very positively. However, some situations due to social or political events make constitutional amendments mandatory. Therefore, either a new constitution is made or serious changes are made to the articles of the constitution in line with the needs. How the planned amendments to existing constitutions will be made and by which methods they will be formulated are of utmost importance for the legitimacy of constitutions and democracy.

Each constitutional amendment has its own reason and environment. The 1982 Constitution, the fifth and current constitution of the Republic of Turkey, was drafted as a result of the military coup d'état of September 12, 1980, 478

and therefore bears a strong influence of the civilian and military bureaucracy. A number of amendments were made to the Constitution in 1987, 1988, 1993, 1995, 1999 and 2001 in order to reduce these effects. The main purpose of this study is to reveal in detail how the constitutional amendments have affected the development of democracy and human rights and freedoms. In line with this goal it is aimed to reveal how the amendments made in the early periods of the 1982 Constitution affected the new regulations made later. This study was created by making use of archival documents, the Official Gazette and copyrighted works. Finally, this article is a qualitative study, where document analysis, comparative and historical techniques were used.

Keywords: 1982 Constitution, constitutional amendment, constitution, democracy, referendum.

I. GİRİŞ

Anayasa, genel olarak hukuk adı verilen bilgi alanının bir parçasıdır. Bu durumda ilk ağızda “hukuk” tabiriyle neyin kastedildiği açıklanmalıdır. Esen’e göre hukuk, teknik bakımdan hak ve özgürlüklerin denge sistemi ve bilimsel olarak da temel hak ve hürriyetlerin denge bilimi olarak tarif edilebilir¹. Peki, anayasa nedir? Tarihi ve sosyal şartların meydana getirdiği milli bir topluluğun belli bir ülke üzerinde siyasi teşkilatlanmasını ifade eden ve diğer bütün toplulukları içine alan Devletin de bir anayasa kuruluşu olması gerekir. Anayasasız devlet anarşi içerisinde bir topluluk demektir, daha doğrusu var sayılamaz. Hatta böyle bir topluluk tasavvur edilemez. Bu anlamda anayasa, devletin temel hukuki yapısı, bir toplumu devlet olarak ve idare eden temel kanunların bütünü demektir². Sosyal’a göre anayasacılık ise devletlerin yönetim düzenini, vatandaşların haklarını ve özgürlüklerini yazılı belgelere dayandırmak amacını güden çabalarıdır. Yani bu çabalar, genellikle anayasacılık hareketi olarak adlandırılmaktadır³.

Yukarıda ifade edildiği gibi devletlerin varlık sebebi olan anayasalara ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak mevcut anayasalar, bazen ihtiyacı karşılayamadığı için ya da zorunlu birtakım sebeplerden dolayı

¹ ESEN, Bülent Nuri, Anayasa Hukuku, Resimli Posta Matbaası, Ankara 1970, s. 5-6.

² KUBALI, Hüseyin Nail Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler), Kurtuluş Matbaası, İstanbul 1971, s. 1-2.

³ SOSYAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 5. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1979, s. 10.

değiştirilebilir. Parla'ya göre 1961 Anayasası'nın 155. maddesine göre, Anayasanın değiştirilmesi, “*TBMM üye tamsayısının en az üçte biri tarafından teklif edilebilir*”. Değiştirme teklifinin kabulü “*parlamentonun üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyuyla mümkündür*”. 1982 Anayasası'nın ilgili 175. Maddesi'nin birinci fıkrası bahsi geçen yöntemi aynı şekilde tekrarladıktan sonra üçüncü fıkrasında, Devlet başkanına da anayasa değişikliği konusunda da olağanüstü bir yetki tanıyordu: “*Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerini Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne geri gönderdikten sonra, Meclis geri gönderilen kanunu aynen kabul ederse, Cumhurbaşkanı bu kanunu halkoyuna sunabilir*”⁴ Başka bir deyişle, Anayasa Cumhurbaşkanlığına anayasa değişikliği ile ilgili kanunun meclise geri gönderme yetkisini vermekle kalmıyor; parlamentonun kendi hazırlamış olduğu metninde ısrarlı olması durumunda, meclisinin kararını dinlemeksizin kendi iradesiyle referandum yetkisini vermiştir.

1982 Anayasası'nın değiştirilme usulü, yukarıda ifade edildiği şekildedir. Bu anayasa, liberal anlayıştaki batı demokrasi anayasalarını oluşturan toplumsal dinamiklerden farklı bir varlık sebebe dayanmaktadır. Liberalizmi temel alan Batı anayasacılığının temel amacı, siyasal iktidarın yetkilerinin sınırlandırılmasıdır⁵. Fakat 1982 Anayasası, 12 Eylül 1980 Askeri Darbesi neticesi sonucu oluşturulduğundan darbeyi yapanlara bir meşruiyet kazandırmıştır. Darbe sonucunda devlet yönetimine el koyanlar bir “*Millî Güvenlik Konseyi*” oluşturmuştur⁶. Söz konusu konsey, başta Genel Kurmay Başkanlığı olmak üzere kuvvet komutanlarından oluşmuştur. Dolayısıyla da 1982 Anayasası, bu grubun oluşturduğu bir Anayasa Komisyonu tarafından oluşturulmuştur. Bu nedenle söz konusu Anayasa, iktidarın gücünü sınırlandıramadığı için birçok kere değiştirilmek zorunda kalmıştır.

Kabul edilerek yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar sadece içerdiği normlar dolayısıyla değil, yapılışı ve üzerinde taşıdığı tarihsel niteliği bağlamında yoğun bir biçimde eleştirilen 1982 Anayasası, birçok defa değişikliğe uğratılmıştır. Bu bağlamda çalışma konusu olan

⁴ PARLA, Taha, Türkiye'de Anayasalar, İletişim Yayınları, İstanbul 1971, s. 120.

⁵ TANÖR, Bülent, İki Anayasa 1961-1982, 3. Baskı, BETA Yayınları, İstanbul 1994, s. 97.

⁶ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2000, s. 93.

1987'den 2001 yılına kadar yapılan değişliklerin bir kısmı geniş uzlaşılara dayanan ve birtakım farklı siyasi partilerin ve grupların desteği alınarak yapılmışken; bir kısmı da sadece siyasi partilerin istekleriyle yapılmış olup; herhangi bir uzlaşa yapılmamıştır. Ancak ister uzlaşa ister uzlaşa sağlanamadan yapılan anayasa değişikliklerinin, halkın tamamını tatmin ettiği söylenemez. Hele 1982 Anayasası'nda yapılan ilk değişiklikler, birçok açıdan hala tartışmaya muhtaç olup; üzerinde yeniden düşünülmesi gereken bir durumu arz etmektedir.

1982 Anayasası'ndaki ilk dönem değişikliklerini ele alan bu çalışma, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde 1987 ile 1995 yılları arasındaki değişiklikler incelenmiştir. Bu kapsamda 1987 ve 1988 referandumları ile 1993 ve 1995 yıllarında Anayasada yapılan değişiklik ve düzenlemeler, tarihi ve hukuki bir analiz yapılarak değerlendirmeye çalışılmıştır. İkinci bölümde ise 1999 ile 2001 yılları arasında yapılan Anayasa değişiklikler hususu incelenmiştir. Söz konusu iki yıl arasında yapılan değişiklikler, 1987 ile 1995 yılları arasındaki değişikliklerden çok daha fazla olup bilhassa 3 Ekim 2001 değişiklikleri, en kapsamlı anayasa düzenlemelerinden birisi durumundadır.

1987, 1988, 1993, 1995, 1999 ve 2001 yıllarında 1982 Anayasası'ndaki değişiklikleri irdeleyen ve analiz eden bu çalışmada, söz konusu değişikliklerin neden ve nasıl yapıldığı hususu irdelenmektedir. Bu bağlamda, söz konusu alanda yani Anayasa değişiklikleri konusunda araştırma yapan bilim insanlarına katkı sunulması amaçlanmaktadır. Özet bölümünde de ifade edildiği gibi bu çalışmada 1982 Anayasası'ndaki değişikliklerin neden, nasıl ve ne şekilde yapıldığını ortaya koymak amacıyla doküman analizi dışında tarihi ve karşılaştırmalı yöntemler kullanılmıştır.

1982 Anayasası'ndaki ilk dönem değişiklikleri ayrıntılı bir biçimde ortaya çıkarmak amacıyla hazırlanan bu makale, ciddi bir literatür çalışması yapılarak ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. Konuyla ilgili olarak söz konusu değişikliklere neden ihtiyaç duyulduğunu ortaya çıkarmak için TBMM Tutanakları incelenmiş ve daha sonra da Anayasa maddelerinde yapılan düzenlemeleri değerlendirmek amacıyla Resmi Gazete verileri irdelenmiştir. Bahsi geçen TBMM Tutanakları ve Resmi Gazete verileri dışında konuyla ilgili ciddi bir literatür araştırması yapılmış ve çok sayıda telif eser incelenmiştir.

II. 1987-1995 YILLARI ARASINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1982 Anayasası 9 Kasım 1982'de Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve Türkiye Cumhuriyeti'nin üçüncü ve Türk Anayasa Tarihinin de beşinci anayasası olarak tarihte yerini almıştır⁷. Bu anayasada 1987'ye kadar herhangi bir değişiklik yapılmamış olup; ilk değişiklikler 1987'de yapılmıştır. Bu bölümde 1982 Anayasası'nda 1987, 1988, 1993 ve 1995 yıllarında yapılan değişiklikler üzerinde durularak tarihsel ve hukuksal açıdan bir değerlendirmeye yapılmaya çalışılmıştır.

A. 1987 Referandumu (6 Eylül 1987)

Referandum ya da halk oylaması geri almak ya da geri getirmek manasına gelen Latince olan referre kelimesinden türetilmiştir. Türkçeye Fransızca olan referandum kelimesinden geçmiştir. Kelime olarak anlamı ise halkoylamasına başvurulmasıdır. Kemal Gözler, referandum sözcüğünü meclis tarafından kabul edilen veya edilebilecek bir kanunun halkın onayına sunulması biçiminde tanımlamaktadır. “*Bu kanun metninin hukuken geçerliliğini sağlayacak olan ise seçmenlerin çoğunluğu tarafından kabul edilmesidir*”. Halk, oylamaya katıldığında “evet” ya da “hayır” pusulalarından birini seçerek kanun metnin kabulünü veya reddini sağlamaktadır⁸.

Yukarıda ifade olunduğu üzere referandum ya da halk oylaması, bir yasama işlemiyle ilgili olarak halkın oyuna başvurulmasıdır. Yani parlamentoda kabul edilen bir kanunun yürürlüğe girebilmesi için seçmen olan halkın çoğunluğunca da kabul edilmesi gerekmektedir. Türk siyasal yaşamında yedi defa referanduma gidilmiştir. Bunlardan birisi olan 6 Eylül 1987 referandumu, 1961 ve 1982 Anayasalarının halkoylamasına sunulmasının ardındaki üçüncü referandumdur. Söz konusu iki anayasalarla ilgili olan referandumlarının aksine 6 Eylül tarihli referandumda bir anayasanın tümü oylanmamıştır. Burada yalnızca 1982 Anayasası'nın geçici olan 4. Maddesinin kaldırılıp kaldırılmaması, başka

⁷ Resmi Gazete, 9 Kasım 1982, Sayı:17.863.

⁸ KURŞUNCU, Talip ve SAFİ, İsmail, “*Referandum ve Plebisit Kavramları Doğrultusunda Türkiye'nin Referandum ve Plebisit Tarihi*”, International Journal of Entrepreneurship and Management Inquiries, Cilt:7, Sayı:13, 2022, s. 205.

bir ifadeyle yasaklı olan siyasetçilere yeniden siyasi haklarının verilmesi hususu hükme bağlanmıştır⁹.

Peki, neden Anayasa maddelerinde değişikliğe gidilmesi ihtiyacı duyulmuştur? Esasında 1982 Anayasası'nın Geçici 4. Maddesinde yer alan kişilerin beş veya on yıllığına siyasi yasaklı olmalarını düzenleyen maddelerin kaldırılması gerektiği hususunda kamuoyunda birtakım talepler bulunmaktaydı. Bu sorunu çözmek isteyen Anavatan Partisi Genel Başkanı ve Başbakan Turgut Özal ile 199 milletvekili, “*Anayasa değişikliklerinin içeriğinin genişletilmesi, Anayasa değişikliği metotlarının kolaylaştırılması ve adı geçen siyasi yasakların kaldırılması amacıyla*” TBMM’ye teklifte bulunmuştur¹⁰.

Yukarıda yapılan açıklama bağlamında halkoylaması 6 Eylül 1987’de yoğun bir katılımı gerçekleştirilmiştir. Buradaki katılımın büyüklüğüne rağmen “evet” ve “hayır” oylarının sayıları birbirine çok yakın olmuştur. Örneğin kanun metnine “evet” oyu verenlerin oranı %50,16 iken; “hayır” diyenlerin oranı ise %49,84 olmuştur. Bu referandumun en önemli özelliği, oylamaya katılanların oranının çok yüksek olmasıdır. Söz konusu oran, Türkiye’de yapılan referandumların çok üstünde olmuştur. Nihayetinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilen kanun maddesi, 12 Eylül 1987’de Resmî Gazetenin 19.572 sayısıyla yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹¹.

12 Eylül 1987’de yürürlüğe giren kanunla Anayasa’nın 67, 75, 175 ve Geçici 4. Maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan kanun düzenlemesi sonucu seçmenlerin yaşı 22’den 20’ye indirilmiş, milletvekili sayısı 400’den 450’ye yükseltilmiş ve 12 Eylül 1980 Askeri darbesi sonrasında siyasi yasaklı hale getirilen politikacıların birçoğuna 5 ile 10 yıl arasında verilmiş olan siyasi yasaklar kaldırılmıştır. Ayrıca yapılan Anayasa değişikliğiyle kabul çoğunluğu düşürülerek Anayasada değişiklik yapma usullerinde ciddi bir kolaylaştırma getirilmiştir. Bu düzenlemeler sayesinde darbenin sonucu olarak siyasetten uzaklaştırılan

⁹ ÇELEBİ, Onur, “*Siyasi Yasakların Sonu: 6 Eylül 1987 Referandumunda Erdal İnönü ve Bülent Ecevit’in Faaliyetleri*”, History Studies, Cilt:13, Sayı:1, 2013, s. 307.

¹⁰ TBMMTD, 17 Mayıs 1987, 17. Dönem, 40. Cilt, s. 548; TUNÇ, Bilal ve ÇELİK, Erdal, “*Türkiye’de Yapılan Halkoylamaları ve Bunların Ağrı’daki Yansımaları*”, Karadeniz Araştırmaları Dergisi, Cilt:18, Sayı: 71, 2021, s. 657-658.

¹¹ Resmî Gazete, 12 Eylül 1987, Sayı: 19.572, s. 1.

siyasetçilerin haklarının geri verilmiş ve bu kişilere yeniden siyaset yapma yolu açılmıştır.

B. 1988 Referandumu (25 Eylül 1988)

Türk siyasal yaşamında yapılan dördüncü halkoylaması, 1982 Anayasası'nın 127. Maddesinde değişiklik yapılarak mahalli seçimlerin bir yıl erkene alınması için olmuştur. Bu tarihlerde Turgut Özal Hükümeti, siyasi hesaplarının sonucu olarak yerel seçimleri önce yapmayı planlamıştır. Bu amaçla Hükümet, yerel seçimlerin bir yıl erken yapılması hususunda TBMM'ye bir kanun teklifi vermiştir. Bu kanun teklifi doğrultusunda TBMM, 2 Ağustos 1988'de toplanmış ve konuyu görüşmüştür. Yapılan görüşmelerde Anayasa değişikliği yapılması teklifine Erdal İnönü'nün Genel Başkanı olduğu Sosyal Demokrat Halkçı Parti, bir bütün olarak "ret" oyu vermiş ve Genel Başkanı Süleyman Demirel'in olduğu Doğru Yol Partisi'nin milletvekilleri ise oylamalara katılmamıştır¹².

Konuyla ilgili olarak TBMM Başkanlığına sunulan önerenin gerekçesi şu şekildedir¹³: “1.3.1988 tarihli ve 3420 sayılı, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun ve 2972 sayılı Mahallî İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanunun Anayasa Mahkemesince iptal edilmesiyle ortaya bir mevzuat boşluğu çıkmış bulunmaktadır”. Mahallî idareler genel ve ara seçimlerinin yapılabilmesi için mevzuatımızda zorlayıcı hiçbir hüküm kalmamıştır. Keza, takdim edilen Anayasa değişikliği teklifinin kabulü halinde, 1988 yılında mahallî enken seçim yapılması ihtimali ortaya çıkacaktır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra meselenin tek çözüm yolunun Anayasa değişikliği olduğu ve seçim takviminin yetiştirilebilmesi için de bu Anayasa değişikliğinin bir an evvel Yüce Mecliste görüşülmesi zarureti ortaya çıkmış bulunmaktadır. Bu nedenlerle, ekte sunduğumuz Ana yasanın 127. Maddesinin 3 üncü Fıkrasının Değiştirilmesi Hakkındaki Kanun Teklifimizin bir an önce görüşülmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 2 Ağustos, 1988 Salı günü olağanüstü toplantıya

¹² TUNÇ ve ÇELİK, s. 660.

¹³ TBMMTD, 2 Ağustos 1988, 18. Dönem, 13. Cilt, s. 13.

çağrılmasını Anayasanın 93 ve İctüzüğü'nün 7. maddeleri uyarınca saygıyla arz ve teklif ederiz”.

Her ne kadar kanun önergesi TBMM’de görüşülmüş ise de, konunun Resmî Gazetede yayınlanması ile ilgili bir sorun olmuştur. Gözler’e göre, “Şimdiye kadar 175. Maddenin dördüncü fıkrasının sadece iki uygulaması olmuştur. 3361 ve 3467 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunları Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulmuştur. Cumhurbaşkanının halkoylamasına sunduğu kanun metinleri Resmî Gazetede yayınlanmış (örneğin *Resmî Gazete*, 13.8.1988, Sayı 19898), ama bu yayımda, bu yayının yürürlük için değil, halkoylamasına sunulması için yapıldığı belirtilmemiştir”. Gözler, devamında şuna da vurgu yapmıştır: “Resmî Gazetede, Anayasa değişikliği kanunlarının Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulmak amacıyla yayınlandığının belirtilmesi de yetersizdir. Burada Cumhurbaşkanı, Parlâmentonun kabul ettiği bir Anayasa değişikliği kanununu halkoylaması sunma kararı almaktadır. Cumhurbaşkanı bu iradesini hukukî biçim olarak “karar” biçiminde açıklamalı ve kararda “*falan tarih ve filan sayılı aşağıda metni yer alan Anayasa değişikliği kanununun halkoylamasına sunulmasına Anayasanın 175’inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca karar verilmiştir*” ifadesi kullanılmalıdır”¹⁴.

Her ne kadar mahiyeti ve usulü açısından birtakım sorunlar barındırmış olsa da söz konusu referandum yapılmıştır. Bu bağlamda Turgut Özal Hükümeti, yerel seçimlerin erkene alınmasını sağlamak amacıyla bir önerge vermiş ve TBMM olağanüstü toplantıya çağırılmıştır. Burada alınan karar gereği 25 Eylül 1988’de referandum yapılmış ve burada Hükümetin arzu ettiği netice ortaya çıkmamıştır. Zira halkın %65’i yerel seçimlerin öne alınmasına dair öneriye ret oyu vermiş ve kabul etmemiştir. Kabul oyları sadece % 35’te kalmıştır.

C. Anayasa Değişikliği (8 Temmuz 1993)

8 Temmuz 1993’te 1982 Anayasası’nda yapılan değişikliklerle birlikte özel radyo ve televizyon kurma serbestisi getirilmesi için

¹⁴ GÖZLER, Kemal, “*Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4, 2001, s. 37.

Anayasanın 133. Maddesi değiştirilmiştir¹⁵. Anayasanın değiştirilmeden önceki ilgili maddesi şu şekildedir: “*Radyo ve televizyon istasyonları, ancak Devlet eli ile kurulur ve idareleri tarafsız bir kamu tüzelkişiliği halinde düzenlenir*”. Bu kanun maddesinde açık bir biçimde görülebileceği üzere ifade ve fikir özgürlüğünün son derece önemli bir aşaması olarak değerlendirilen radyo ve televizyon kurmak için devlet kurumu dışındaki herhangi bir kurum ya da kişilere izin verilmemiştir¹⁶. Bu da, belirtildiği üzere ifade ve fikir özgürlüğü bağlamında olumsuz bir durum olarak değerlendirilmiştir.

Esasında konuyla ilgili olarak mutlaka bir anayasa değişikliği yapılması gerekmektedir. Bu hususla ilgili olarak Karan'a göre, “Anayasa'nın 133. Maddesinde değişikliğe gidilmesi ifade özgürlüğünün bilgi ve düşünceleri yayma hakkı boyutu ile ilgili olarak kısmi bir farklılık dışında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi ile örtüşmektedir¹⁷. Karan'ın da ifade ettiği gibi ifade özgürlüğü bağlamında 133. Maddenin değiştirilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında zorunlu bir hal almıştı. Bu bağlamda, 8 Temmuz 1993 tarihinde Anayasanın 133. Maddesi değiştirilmiştir.

Yukarıda verilen bilgiler bağlamında 1982 Anayasası'nın 133. Maddesi 8 Temmuz 1993 tarihinde TBMM tarafından değiştirilmiş ve 10 Temmuz 1993 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun yeni hali şu şekildedir: “*Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir. Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır*¹⁸”. Böylece yapılan yeni düzenlemeyle Türkiye'de günümüzde son derece yaygın olan özel kanal ve radyoların önü açılmış olunuyordu. Bu durum, aynı zamanda farklı fikir ve düşüncelerin de daha rahat bir biçimde yayılmasının da kolaylaştırmasını sağlaması açısından son derece önemli bir süreç olarak değerlendirilmiştir.

¹⁵ KILIÇ, Fethi ve YALÇIN ATALAY, Nurhan, “1982 Anayasasında 2010 Tarihine Kadar Yapılan Değişiklikler”, Sosyal, Beşeri ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt:6, Sayı:5, 2023, s. 693.

¹⁶ TUNÇ, Bilal, Türk Anayasa Tarihi ve Anayasaların Nitelikleri, Aktif Yayıncılık, İstanbul 2023, s.183-186.

¹⁷ KARAN, Ulaş, İfade Özgürlüğü (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2018, s. 67.

¹⁸ Resmi Gazete, 10 Temmuz 1993, Sayı: 21633, s. 3.

D. Anayasa Değişikliği (23 Temmuz 1995)

23 Temmuz 1995'te yapılan Anayasal değişiklikle başlangıç metni, 33, 53, 67, 68, 69, 75, 84, 85, 93, 127, 135, 149. ve 171. maddeleri yeniden düzenlenmiş ve 52. madde de yürürlükten kaldırılmıştır. Zira 1995 Anayasa değişikliği, bu yıla kadar yapılan değişikliklerin en kapsamlısıdır. Yapılan değişiklikler bağlamında 1982 Anayasası'nın başlangıç metni dâhil olmak üzere 15 maddesi yeniden düzenlenmiştir.

1995'te anayasa değişikliği yapıldığı sırada Türkiye'de Doğru Yol Partisi ve Sosyal Demokrat Halkçı Partisi'nin kurmuş olduğu ve Başbakanlığını Tansu Çiller'in yapmış olduğu I. Çiller Hükümeti bulunmaktaydı¹⁹. Bu Hükümet döneminde 1982 Anayasası'nın ilgili maddelerinde değişiklikler yapmak üzere İstanbul Milletvekili Tansu Çiller, Gaziantep Milletvekili Hikmet Çetin ve 229 Milletvekili tarafından TBMM'ye anayasa maddeleri değişikliği teklifi sunulmuştur²⁰. TBMM'ye sunulan anayasa değişikliği teklifi, yapılan uzun görüşmeler ve tartışmalar neticesinde 1982 Anayasası'nın bazı maddeleri yeniden düzenlenmiştir²¹. Söz konusu değişiklikler 26 Temmuz 1995 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece Türk Anayasa Tarihinde 1982 Anayasası'nın yeni bir dönemi başlamış oluyordu.

Anayasanın Başlangıcında iki önemli değişiklik yapılmıştır; Birincisi, “*kutsal Türk Devleti*” yerine “*yüce Türk Devleti*” denilmiştir. Yani kutsal kelimesi yerine yüce kelimesi getirilmiştir. “Kutsal” kavramı, “meşruiyetini hukuktan değil de kendisinden almaktadır”, anlamına gelebildiğinden bu değişim, hukuk devleti fikri açısından olumlu olmuştur. Devlet kutsal olunca, bireyin özgürlükleri Devleti sınırlandıramaz. İkincisi ise, 12 Eylül askeri darbesini meşrulaştıran ifadelerin yürürlükten kaldırılması olmuştur²².

¹⁹ BASMACI, Göksel, “Koalisyon Hükümetlerinde Basın Özgürlüğü: Doğru Yol Partisi ve Sosyal Demokrat Halkçı Parti/Cumhuriyet Halk Partisi Örneği (1991-1996)”, Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi, Sayı:33, 2019, s. 64-65.

²⁰ TBMMTD, 18 Temmuz 1995, 18. Dönem, 92. Cilt, s. 341.

²¹ TBMMTD, 23 Temmuz 1995, 19. Dönem, 93. Cilt, s. 321.

²² FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md 13.”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2002, s. 115.

Yapılan anayasa değişikliği ile yukarıda belirtilen başlangıç kısmından başka derneklerle ilgili olan 33. Maddesinin dört ve beşinci fıkraları kaldırılmış; altı, yedi ve sekizinci fıkraları ise değiştirilmiştir. Kaldırılan dördüncü ve beşinci madde şunlardır: “ *Hiç kimse bir derneğe Üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir*²³“. Bu madde hukuki açıdan son derece önemlidir, zira bu maddeyle derneklere üyelik belirli şartlara bağlanmış ve insanların zorla herhangi bir derneğe üye yapılmasının da önü alınmış olunuyordu.

Bilindiği üzere dernek kurma hürriyeti, aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi 20. Maddesi, İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 11. Maddesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme 22. Madde gibi Türkiye'nin de tarafı bulunduğu uluslararası sözleşmelerle de koruma altına alınmıştır²⁴. Bu nedenle fikir ve ifade özgürlüğünün önemli bir aşaması olduğu değerlendirilen derneklerle ilgili yapılan düzenlemeler son derece önemlidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere 1982 Anayasası'nın 33. Maddesinin altı, yedi ve sekizinci fıkraları değiştirilmiştir. Söz konusu fıkralar 1995'te yapılan anayasa değişikliği ile şu şekilde yeniden düzenlenmiştir: “ *Dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonulabilir. Ancak, milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmi dört saat içerisinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar. Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetlen mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir. Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır*²⁵“.Esasında "Dernek kurma hürriyetinde" değişikliğe gidilmesindeki temel amaç, genel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel hak ve

²³ Resmi Gazete, 26 Temmuz 1995, Sayı:22.355, s. 3-4.

²⁴ GÜMÜŞ, Mustafa, “*Dernekler Mevzuatında Son Dönemde Yapılan Değişikliklerin Örgütlenme Özgürlüğüne Etkileri*”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt:80, Sayı:3, 2022, s. 471-472.

²⁵ Resmi Gazete, 26 Temmuz, 1995, Sayı:22.355, s. 3-4.

özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin getirdiği standartlar yakalanmaya çalışılmıştır.

1982 Anayasası'nın kaldırılan 52. Maddesi sendikaların faaliyetleriyle ilgilidir. 51. Maddeyle işçi ve işverenler arasında sendikalaşmayı düzenleyen 1982 Anayasası, 52. Maddeyle de bu sendikaların nasıl faaliyetler içerisinde olabileceğini düzenlenmiştir²⁶. Ancak bu madde kaldırılmıştır. Söz konusu madde şu şekildedir: “*Sendikalar, 13. Maddede sayılan genel sınırlamalara aykırı hareket edemeyecekleri gibi; siyasi amaç güdemezler, siyasi faaliyette bulunamazlar, siyasi partilerden destek göremezler ve onlara destek olamazlar; derneklerle, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçlarla ortak hareket edemezler. İşyerinde sendikal faaliyette bulunma, o işyerinde çalışmamayı haklı göstermez. Sendikalar üzerindeki Devletin idarî ve malî denetimi ile gelir ve giderleri, üye aidatının sendikaya ödenme şekli kanunla düzenlenir. Sendikalar gelirlerini amaçları dışında kullanamazlar; tüm gelirlerini Devlet bankalarında muhafaza ederler*”²⁷. Bu maddenin kaldırılmasıyla beraber sendikaların daha özgür hale geldiği ve sendikal faaliyetlerin daha demokratik bir biçimde yürütülmesinin önünün açıldığı söylenebilir.

1982 Anayasası'nın değiştirilen bir maddesi olan 53. Maddesi, “işçilerin toplu iş sözleşmesi, grev hakkı ve lokavt” ile ilgilidir. Anayasada, toplu iş sözleşmelerinin nasıl yapılacağını yasa ile düzenleneceği belirtilmiştir. Aynı iş yerinde, aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılması yasaklanmıştır²⁸. Söz konusu maddenin fıkrasına aşağıda verilen fıkra eklenmiştir: “*128. Maddenin ilk fıkrası kapsamına giren kamu görevlilerinin kanunla kendi aralarında kurmalarına cevaz verilecek olan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 54. Madde hükümlerine tabi olmayan sendikalar ve üst kuruluşları, üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilir ve İdareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilirler. Toplu görüşme sonunda anlaşmaya varılırsa düzenlenecek mutabakat metni taraflarca*

²⁶ AYDIN, Mesut, “1982 Anayasasında Sendika Kurma Hakkı ve Sınırlanması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, 2016, s. 85-86.

²⁷ Resmi Gazete, 26 Temmuz, 1995, Sayı:22.355, s. 3.

²⁸ ÖZERKMEN, Necmettin, “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Anayasa ve Yasalarda Sendikal Hakların Düzenlenmesi ve Getirilen Kısıtlamalar”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi, Cilt:43, Sayı:1, 2003, s. 250.

imzalanır. Bu mutabakat metni, uygun idari veya kanuni düzenlemenin yapılabilmesi için Bakanlar Kurulunun takdirine sunulur. Toplu görüşme sonunda mutabakat metni imzalanmamışsa anlaşma ve anlaşmazlık noktaları da taraflarca imzalanacak bir tutanakla Bakanlar Kurulunun takdirine sunulur. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usuller kanunla düzenlenir²⁹“.

Anayasanın 53. Maddesinde yapılan düzenlemeyle ilgili olarak Kandemir'e göre bu değişikliklerle bu kanunların uygulanmasında karşılaşılan sorunlar nedeniyle yeni bir kanun yapma ihtiyacı, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanun" ile somutlaşmıştır. Kanunun genel olarak Avrupa Birliği ve bununla ilgili bir diğer sözleşme olan ILO ile uyumlu hale getirilmesinin sağlanması sürecini yerine getirip getirmediği, bir bütün ve kapsamlı bir araştırmayı gerektirmekle birlikte, çoğunlukla bu amaca ulaşamadığı görülmektedir³⁰. Yani bu değişikliğin, Türkiye'de sendikaların faaliyetleriyle ilgili olarak tamamıyla uygun bir düzenleme getirmemiş olduğu anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası'nın 67. Maddesinde yapılan düzenlemeyle beraber yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri için gerekli kanuni düzenlemeyi öngörmektedir. Yapılan düzenleme bağlamında "*Kimsenin kesin hüküm giymedikçe suçlu sayılamayacağı*" ilkesinden hareketle, cezaevlerindeki tutukluların oy kullanmalarına imkân tanınmıştır. Aynı kanuni düzenlemeyle birlikte 1987'de yapılan Anayasal değişiklikle 19 olarak belirlenen seçme ve halk oylamasına katılma yaşı, bir yaş daha düşürülerek 18 olması kararlaştırılmıştır.

Yapılan anayasa değişiklikleri kapsamında Anayasanın 67. Maddesine altıncı fıkra eklenmiş ve yeni bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu fıkra şu şekildedir: "*Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir*³¹“.

Kılıçoğlu'na göre adı geçen maddedeki düzenlemeye yer verilmesiyle Türkiye'nin 1982 Anayasa'sından görmüş olduğu istikrarsız hükümetler ve iktidarlar döneminin bir daha yaşanması engellenmeye çalışılmıştır. Zira yapılan yeni düzenlemeyle hem "*temsilde adaletin*" hem de "*yönetimde istikrarın*" olması gerektiği benimsenmiş ve bu amaca seçim

²⁹ Resmi Gazete, 26 Temmuz, 1995, Sayı:22.355, s. 3.

³⁰ KANDEMİR, Murat, "*Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı*", Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt:4, Sayı:39, 2013, s. 168.

³¹ Resmi Gazete, 26 Temmuz, 1995, Sayı:22.355, s. 4.

kanunlar sayesinde ulaşılabileceğine inanılmıştır. Bundan dolayı söz konusu iki amacın, Seçim Kanunu'nda birlikte gerçekleştirilmesinin yolu seçilmiştir³².

1982 Anayasası'nın değiştirilen 68 ve 69. Maddeleri, “parti kurma, partilere girme ve partilerden çıkma” ile “*siyasi partilerin uyacakları esaslar*” ile ilgilidir³³. İlgili maddelerle ilgili olarak Ercan'a göre hem 1961 hem de 1982 Anayasalarında siyasi partilerin demokrasinin temel unsurları olduğu hususu vurgulanmasına karşın bu Anayasada çok ağır ve otoriter yasaklar bulunmaktaydı. Anayasanın 68. Maddesinin ilk halinin birinci ve üçüncü fıkraları dışında kalan beş fıkrası da siyasi partilerle ilgili yasakları düzenlemektedir. Bunun gibi 69. Madde de parti hürriyetlerinin korunmasından ziyade sınırlanmaların olması gerektiğini belirtmektedir³⁴. Her iki maddede yapılan değişikliklerle partilerin daha özgür bir ortamda siyaset yapmalarının önü açılmaya çalışılmıştır.

I. Tansu Çiller Hükümeti döneminde 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle siyasi partiler ve seçimlere katılma konusunda biraz daha esnek maddelerin getirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Anayasanın hem 68 hem de 69. Maddelerinde yapılan değişikliklerle siyasal partilerin yurt dışında teşkilatlarını kurabilmeleri, kadın ve gençlik kolları örgütlerinin kurulmasını yasaklayan maddeler Anayasadan çıkarılmış ve yükseköğretim kurumu üyelerinin siyasi partilere üye olabilmeleri ve faaliyete bulunmaları mümkün hale getirilmiştir³⁵. Bunun dışında siyasi partilere üye olabilmeleri yasak olan üniversite öğrencilerine de bu hak verilmiş ve Devletin, siyasi partilere ayırım yapmaksızın yeterli düzeyde ve adi bir biçimde yapması imkânı getirilmiştir.

1982 Anayasası'nın değiştirilen 75. Maddesi “milletvekili sayısı” ile ilgilidir. Bu maddedeki değişikliklerle milletvekili sayısı 400'den 550'ye

³² KILIÇOĞLU, M. Sinan, “1982 Anayasası'nın Bir İmkânsız: “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar” İlkesi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:20, Sayı:3-4, 2016, s. 1.

³³ Resmi Gazete, 9 Kasım 1982, Sayı: 17963, s. 17.

³⁴ ERCAN, Mehmet Sercan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Siyasal Parti Yasakları”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 2016, s. 51-52.

³⁵ KARAKOÇ, Rıfat , “1982 Anayasası'nın Siyasi Partilere İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, 2013, s. 66-67.

çıkarılmıştır. Değiştirilen ilgili madde şu şekildedir: “*Türkiye Büyük Millet Meclisi genel oyla seçilen beş yüz elli milletvekilinden oluşur*”³⁶. Esasında bu maddede olduğu gibi milletvekillerinin sayıları ile ilgili olarak 1982 Anayasası'nda birçok kez değişiklikler yapılmıştır. Şöyle ki Anayasanın ilk halinde 400 olarak öngörülen TBMM üye sayısı 1987 yılında kabul edilen Anayasa değişikliği ile 450'ye, 1995'te 550'ye ve son olarak da 2017 yılında kabul edilen anayasa değişikliğiyle 600'e çıkarılmıştır³⁷. Günümüzde de 2017 yılında yapılan değişiklik esas alınmakta olup; son olarak 2023 seçimlerinde 600 milletvekili seçilmiştir.

1982 Anayasanın değiştirilen 84. Maddesi, “milletvekilliğin düşürülmesi” ile ilgilidir. Anayasanın bu maddesine göre milletvekilliğinin düşürülmesinde yetkin olan tek kuruluş TBMM'dir³⁸. Bu maddede yapılan düzenlemeyle İstifa eden kişinin milletvekilliğinin düşmesinin, istifanın geçerli olduğu TBMM Başkanlık Divanı'nca tespit edildikten sonra TBMM Genel Kurulunca kararlaştırılması uygulaması getirilmiştir. Bu maddede yapılan değişikliğin sonucu madde şu şekildedir³⁹: “*Partisinden istifa eden milletvekilinin bir sonraki seçimde, başka bir partinin genel merkez organlarıncaya aday gösterilemeyeceği, partisinden istifa ederek başka bir partiye giren milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine üye tam sayısının salt çoğunluğuyla karar verilmesi, "partisinden istifa ederek -seçim hükümetleri hariç- Bakanlar Kurulunda görev alan milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla karar verilmektedir"*. Hükümleri kaldırılmıştır.

1982 Anayasası'nın değiştirilen 85. Maddesi, “iptal istemi” ile ilgilidir. “*Yasama dokunulmazlığı, milletvekillerinin suç işledikleri iddiasıyla, meclis izni olmaksızın cezai takibata uğrayamayacaklarını ifade eder. Milletvekili, meclis izin vermedikçe tutulamaz, tutuklanamaz, sorgulanamaz ve yargılanamaz. Milletvekillerine böyle bir muafiyetin sağlanması, ceza kanunları karşısında kişilerin eşitliği ilkesinin istisnasını oluşturur*”⁴⁰. Bu madde yeniden şu şekilde düzenlenmiştir:

³⁶ Resmi Gazete, 26 Temmuz, 1995, Sayı:22.355, s. 6.

³⁷ YILMAZ, İbrahim, “1982 Anayasasına Göre Yasama Organı Üye Sayısı ve Yasama Organı Üye Sayısında Meydana Gelen Değişiklikler”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:2, 2021, s. 936.

³⁸ GÖZLER, Anayasa Hukuku, s. 298.

³⁹ Resmi Gazete, 26 Temmuz, 1995, Sayı:22.355, s. 6.

⁴⁰ ARSLAN, Mustafa, “Yasama Dokunulmazlığı”, Hasan Kalyoncu Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:22, 2021, s. 75.

“Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine 84.Maddenin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre karar verilmiş olması hallerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini on beş gün içerisinde kesin karara bağlar⁴¹“. Böylece milletvekilliğinin düşürülmesi durumunda milletvekillerine, maddenin ilk halinde olduğu gibi, yedi gün içerisinde karara itiraz edilebilmesi imkânı tanınmış olunmuş, ancak milletvekilliğinin düşürülmesi daha da zorlaştırılmıştır.

1982 Anayasası'nın değiştirilen 93. Maddesi, “meclisin ne zaman toplanacağı ve ne zaman tatile gireceği” hususuyla ilgilidir. Daha önce her yıl eylül ayında çalışmalarına başlayan TBMM'nin, yapılan yeni düzenlemeyle ekim ayında açılması kararlaştırılmıştır. İlgili madde şu şekilde yeniden düzenlenmiştir: “Türkiye Büyük Millet Meclisi, her yıl Ekim ayının ilk günü kendiliğinden toplanır”. Böylece yapılan bu değişiklikle TBMM, 1995'ten günümüze kadar Türkiye'de her yıl ekim ayında açılarak yasama faaliyetlerini yürütmeye devam etmektedir.

1995'te 1982 Anayasası'nda yapılan bir diğer değişiklik ise “mahalli idarelerin seçimleri” ile ilgili olan 127. Maddedir. Mahalli idarelerin seçimiyle alakalı olan söz konusu maddede yapılan değişiklikle, mahalli idare yöneticilerinin seçimlerinin beş yılda bir yapılmasına ilişkin olan düzenleme aynen korunmuştur. Ancak bu maddeye bir fıkra eklenmiş ve milletvekili genel seçimleri veya ara seçimlerden önceki veya takip eden bir yıl içerisinde yapılması gerekli olan milletvekili genel seçimleri veya ara seçimleri milletvekili seçimleriyle birlikte yapılması maddesi getirilmiştir.

1982 Anayasası'nın değiştirilen 135. Maddesi, “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” ile ilgilidir. Bilindiği üzere Türkiye'de meslek kuruluşları ilk kez 1961 Anayasası sayesinde anayasal düzenlemeye tabi olmuştur. 1961 Anayasasının 122. Maddesinde meslek kuruluşlarının, “kamu kurumu niteliğinde” oldukları ifade edilmiş; daha sonra, 1982 Anayasası da, bu ifadeyi 135. Maddeyle aynen

⁴¹ Resmi Gazete, 26 Temmuz, 1995, Sayı:22.355, s. 8.

benimsemiştir⁴². Ancak 1995 yılında bu maddenin 3,4,5,6,7 ve 8. fıkraları değiştirilmiş ve bu değişikliklerle kamu kurumu niteliği taşıyan meslek kuruluşlarına ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiş olunuyordu. Maddenin ilk halinde meslek kuruluşlarının siyasi partilere ve buna benzer yapılarla ortak harekette bulunmaları yasaklanmıştır. Ancak 1995 yapılan değişiklikle bu fıkra, yeniden düzenlenmiştir: “*Bu meslek kuruluşları, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar.* Buradaki değişiklikle çok açık bir biçimde görülebileceği üzere meslek kuruluşlarının siyasi partiler, dernekler ya da sendikalarla ortak hareket etmelerini engelleyen hüküm kaldırılmış ve bu açıdan meslek kuruluşları daha özgür bir duruma getirilmiştir. Bunun gibi 135. Maddenin diğer fıkraları bahsi geçen diğer fıkraları da değiştirilmiş ve meslek kuruluşlarının kanunlarla biraz daha özgür bir duruma getirilmesi sağlanmıştır.

Yukarıda yapılan açıklama bağlamında söz konusu fıkralar şu şekilde değiştirilmiştir: “*Amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine, kanunun belirlediği merciin veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkeme kararıyla son verilir ve yerlerine yenileri seçtirilir. Ancak, milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, meslek kuruluşlarını veya üst kuruluşlarını faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmi dört saat içerisinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar*”⁴³. Bu değişikliklerle beraber meslek kuruluşları üzerinde daha önce etkili olan idarenin etkisi ciddi oranda azaltılmış ve burada mahkemeler daha etkin bir konuma getirilmiştir.

1995'te yapılan anayasa değişikliğiyle değiştirilen 149. Madde, “Anayasa Mahkemesi'nin çalışma ve yargılama usulü” ile ilgilidir. Fendoğlu'nun da belirttiği gibi 1995 değişiklikleri, toplu özgürlükler alanında, 149. Madde dâhil olmak üzere anayasanın değiştirilen bazı maddeleriyle dernek, sendika, meslek kuruluşları, sivil toplum örgütlerine ilişkin kısıtlamalar kaldırılmıştır⁴⁴. Dolayısıyla da 149. Maddede yapılan

⁴² ASLAN, Zehreddin, “*Meslek Kuruluşlarına Zorunlu Üyeliğin Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s.1229.

⁴³ Resmi Gazete, 26 Temmuz, 1995, Sayı:22.355, s. 8.

⁴⁴ FENDOĞLU, s. 113.

değişikliği de, özgürlükler bağlamında olumlu bir gelişme olarak değerlendirmek gerekir. Zira madde değiştirilmeden önceki halinde bir partinin kapatılma süreci görüşülürken parti genel başkanı ya da görevlilerinin savunmalarının alınmadığı ya da kendilerinin dinlenmediği açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu da, siyasi partilerin kapatılma süreciyle alakalı olarak adil bir yargılama yapılıp yapılmadığı sorunu ortaya çıkarmıştır.

Yukarıda izah edilen sorununun çözümünü temin etmek amacıyla 149. Maddenin son fıkrasına şu cümle eklenmiştir: “*ve siyasi partilerin temelli kapatılması veya kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasi partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinler*”⁴⁵. Öztürk ve Sümer’e göre Anayasa koyucunun, ceza davası niteliği tartışmaya kapalı olan Anayasa Mahkemesi’nin temel görevi gereği olarak Yüce Divan sıfatıyla incelediği ve karara bağladığı davalara benzer biçimde siyasal partilerin kapatılmasına bağlı olan davaların da dosya üzerinden tetkik edilmesine istisna getirerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kararından sonra kapatılması istenen partilerin genel başkanlarının veya onların belirleyeceği bir kişinin savunmasının dinlenmesinin mümkün hale getirildiği, bu suretle siyasi parti kapatma davalarını ceza davası niteliğinde dönüştürüldüğü söylenebilir⁴⁶. Dolayısıyla da bu değişikliği, temel özgürlükler bağlamında son derece önemli olduğu değerlendirilen siyasi partiler açısından olumlu bir düzenleme olarak görmek gerekir.

III. 1999-2001 YILLARI ARASINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1982 Anayasası’nda 1995’te yapılan son derece kapsamlı değişikliklerden sonra 1999’da ve 2001’de yeniden birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bilhassa 1999’da art arda iki adet değişiklik mevcuttur. Bunlardan birincisi 18 Haziran 1999’da ikincisi de yaklaşık olarak iki ay sonra 13 Ağustos 1999’da yapılan değişikliklerdir. Daha sonra 2001 yılında Anayasada yeniden bazı değişiklikler yapılması

⁴⁵ Resmi Gazete, 26 Temmuz, 1995, Sayı:22.355, s. 8.

⁴⁶ ÖZTÜRK, İlhami ve SÜRER, Arif Emre, “*Siyasi Parti Kapatma Davalarının Hukuki Niteliği*”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt:79, Sayı:4, 2021, s. 1351.

yoluna gidilmiştir. Bu çerçevede çalışmanın ikinci bölümünde söz konusu 1999 ve 2001 yıllarında yapılan değişiklikler üzerinde durularak tarihsel ve hukuksal açıdan bir analiz yapılmaya çalışılmıştır.

A. Anayasa Değişikliği (18 Haziran 1999)

18 Haziran 1999'da 4388 Sayılı Kanunla 1982 Anayasası'nın 143. Maddesi değiştirilmiştir. Bu anayasa değişikliği yapıldığı tarihlerde Türkiye'de Başbakanlığını Bülent Ecevit'in yaptığı ANASOL-M Hükümeti bulunmaktaydı. Anayasa maddelerinde değişiklik yapmak amacıyla Hükümette yer alan Demokratik Sol Parti Genel Başkanı İstanbul Milletvekili Bülent Ecevit, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli ile Anavatan Partisi Genel Başkanı Rize Milletvekili Mesut Yılmaz ve 342 Milletvekili, 4 Haziran 1999'da TBMM'ye sunarak ilgili çalışmalarını başlatmışlardır⁴⁷.

TBMM'ye sunulan 143. Maddenin değiştirilmesine dair kanun teklifi şu şekildedir: "7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 143 üncü maddesinin, birinci fıkrasına "Ancak, sıkıyönetim ve savaş haline ilişkin hükümler saklıdır." cümlesi eklenmiş, ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, üç ve dördüncü fıkraları birleştirilerek bir fıkra olarak yeniden düzenlenmiş ve son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. "Devlet Güvenlik Mahkemesinde bir başkan, iki asıl ve bir yedek üye ile Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı bulunur. Başkan, iki asıl ve bir yedek üye ile Cumhuriyet başsavcısı, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından; Cumhuriyet savcıları ise, diğer Cumhuriyet savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca özel kanununda gösterilen usule göre dört yıl için atanırlar; süresi bitenler yeniden atanabilirler"⁴⁸. Bu değişiklikle Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yapısı ve işleyişiyle ilgili olarak birtakım düzenlemeler yapılmak istenmiş, ancak bu değişiklikle söz konusu mahkemeler kaldırılmamış olup 2004 yılına kadar varlıklarını devam ettirmişlerdir.

1982 Anayasası'nın 143. Maddesindeki değişikliğe değinmeden önce, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin ne olduğu hususuna bakmak gerekir. Söz konusu maddeyle 16.6.1983 Tarih ve 2845 Sayılı Yasa ile kurulan bu mahkemeler, "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez

⁴⁷ TBMMTD, 17 Haziran 1999, 21. Dönem, 2. Cilt, s. 55.

⁴⁸ TBMMTD 15 Haziran 1999, 21.Dönem, 1. Cilt, s. 354.

bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasa'da belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevlidir. Söz konusu mahkemeler, anılan nitelikteki suçlara ilişkin davalara bakmak üzere Ankara, Diyarbakır, Erzincan, İstanbul, İzmir, Kayseri, Konya ve Malatya il merkezlerinde ve bu illerin adlarıyla anılacak biçimde kurulmuşlardır⁴⁹. 1961 Anayasasıyla kurulan ve 1982 Anayasasıyla da yeniden etkin konuma getirilen bu mahkemelerde siviller dışında askeri yargıçlar da görev yapmaktaydı. Bundan dolayı 143. Maddenin değiştirilmesindeki amaç, söz konusu mahkemelerde askeri yargıçlarla ilgili olan kısmı kaldırmak ve bu mahkemeleri tamamen sivil hakim ve savcılara bırakmak olmuştur.

Yukarıda verilen bilgiler bağlamında 143. Madde şu şekilde değiştirilmiştir: *“7.11.1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 143. Maddesinin, birinci fıkrasına “Ancak, sıkıyönetim ve savaş haline ilişkin hükümler saklıdır.” cümlesi eklenmiş, ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, üç ve dördüncü fıkraları birleştirilerek bir fıkra olarak yeniden düzenlenmiş ve son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Devlet Güvenlik Mahkemesinde bir başkan, iki asıl ve bir yedek üye ile Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı bulunur. Başkan, iki asıl ve bir yedek üye ile Cumhuriyet başsavcısı, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından; Cumhuriyet savcıları ise, diğer Cumhuriyet savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca özel kanununda gösterilen usule göre dört yıl için atanırlar; süresi bitenler yeniden atanabilirler⁵⁰“.* Bu maddedeki değişiklikte Devlet Güvenlik Mahkemelerinin tamamıyla sivil bir duruma getirildiği ve sivil bir görünüm kazanmış olduğu açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

B. Anayasa Değişikliği (13 Ağustos 1999)

1982 Anayasası'nın 47, 125 ve 155. Maddelerinde değişiklik yapılması için ANASOL-M Hükümeti Başbakanı Bülent Ecevit, Başbakan Yardımcıları Devlet Bahçeli ve Mesut Yılmaz'la birlikte 282

⁴⁹ KATOĞLU, Tuğrul, “Devlet Güvenlik Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulünün Genel Yargılama Usulünden Farkları”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:49, Sayı:3, 1994, s.255-256.

⁵⁰ Resmi Gazete, 18 Haziran 1999, Sayı: 23729 Mükerrer, s. 1.

Milletvekili TBMM'ye bir önerge vermişlerdir. TBMM'ye gelmeden önce Anayasa Komisyonu'nda görüşülen söz konusu maddeler, 10 Ağustos 1999'da Meclis'te görüşülmüş ve kabul edilmiştir⁵¹. 1982 Anayasası'nın değiştirilen 47. Maddesi devletleştirilmeyle ilgilidir. Madde şu şekildedir: “*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir*”⁵². Bu maddeyle açık bir biçimde görülebileceği üzere anayasada özelleştirme kavramı bulunmamaktadır ve kamu tüzel kişiliğinde bulunan işletme ve varlıkların tamamı devletin denetimi altında bulunmaktadır.

Türkiye'de özelleştirme kavramı, ilk olarak 1999'da anayasaya girmiş olup öncesinde özelleştirme bulunmamaktadır. Pekiyi, bu özelleştirme nedir? Savaş'a göre Özelleştirme 1970'li yıllarda pek çok ülkede ve çeşitli nedenlerle kamuoyunun dikkatini çekmiştir. Bu süreçte Türkiye'de de benzer nedenlerle özelleştirme, devlet yönetimini yakından ilgilendiren bir yöntem haline almıştır⁵³. Aşıkoğlu'na göre özelleştirme kavramı yalın anlamda, kamu işletmelerinin özel kişi ve kurumlara satışı olarak tanımlanmıştır. Ancak bu kavram kamu işletmelerinin satışı ile birlikte çok daha karmaşık konuları içermektedir. Bu yönüyle özelleştirme, dünya ekonomisindeki yeni gelişmeler karşısında devletin ekonomik hayattaki rolünün yeniden düzenlenmesi anlamını içermektedir. Ekonomik hayatta özel sektörün varlığının ve etkinliğinin artırılması, devletin etkinliğinin azaltılması özelleştirmeden beklenen temel amaçtır⁵⁴.

Yukarıda ifade olunduğu gibi 1999'da yapılan Anayasa'nın değiştirilen 47. Maddesiyle Türkiye'de özelleştirme kavramı etkin bir duruma getirilmiştir. Bu bağlamda Anayasasının söz konusu maddesinin kenar başlığı, “*E. Devletleştirme ve özelleştirme*” şeklinde değiştirilmiş ve bu maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir: “*Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların*

⁵¹ TBMMTD, 10 Ağustos 1999, 21. Dönem, 9. Cilt, s. 40.

⁵² Resmi Gazete, 9 Kasım 1982, Sayı: 17963, s. 13.

⁵³ SAVAŞ, Vural Fuat, “*Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı:15, 1998, s. 79.

⁵⁴ AŞIKOĞLU, Rıza, “*Türkiye'de Özelleştirme*”, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt:10, Sayı:1, 1992, s. 265.

özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir⁵⁵“. Böylece özelleştirme kavramı anayasaya girmiştir. Ayrıca bu değişiklikte birlikte kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi hükmü de getirilmiş olunuyordu.

13 Ağustos 1999'da anayasanın değiştirilen bir diğer maddesi olan 125. Madde, “yargı yolu” ile ilgilidir. Esasında Anayasanın amir hükmü idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargısal denetimin yapılma zorunluluğunu getirmektedir⁵⁶. Bu da, söz konusu maddeyle düzenlenmiştir. Söz konusu maddeyi daha etkin kılmak amacıyla yapılan değişiklikle 125. Maddenin birinci fıkrasının sonuna şu hüküm eklenmiştir: “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir⁵⁷“. Anayasada yapılan bu değişiklikle birlikte idare hukukunda tahkimin uygulanabilirliği ilk kez düzenlenmiş olunuyordu. Keza, 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 155'inci maddesinin ikinci fıkrası “Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.” şekline dönüştürülmüştür.

125 ve 155. Maddelerdeki düzenlemelere paralel olarak 2575 sayılı Kanunun 24. Maddesi 4575 Sayılı Kanunla “1. Danıştay ilk derece mahkemesi olarak; ... tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.” şeklinde değiştirilerek Danıştay, tahkime konu olmayan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleriyle görevlendirilmiş ve anayasal görev olarak

⁵⁵ Resmi Gazete, 14 Ağustos 1999, Sayı: 23786, s. 16.

⁵⁶ KOÇ, Emin, *Türk Hukuku'nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:145, 2019, s. 305.

⁵⁷ Resmi Gazete, 14 Ağustos 1999, Sayı: 23786, s. 16.

da “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek” ile mükellef kılınmıştır.

Anayasanın 90. Maddesinde, “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır ... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*” hükmü yer almaktadır. Saraç’a göre TBMM, 4446 Sayılı Kanunun görüşülmesi sırasında yukarıdaki fıkra da uluslararası anlaşmaları ulusal yasaların karşısında üst konuma çıkaran bir değişikliği Genel Kurul’da görüşmüş ancak öneri reddedilmiştir. Bunun uluslararası tahkimin uygulanmasına ilişkin sakıncası yoksa da, böylesi bir belirsizliğin diğer uluslararası belgelerde olduğu gibi bu alanda da imzalanan belgelerin yorumunda sıkıntı yaratacağı açıktır⁵⁸. Bunun dışında 155. Maddede yapılan değişiklikle ilgili olarak bir de şu husus üzerinde durmak önem arz etmektedir. Esasında Anayasanın 155. Maddesinde değişiklik yapılarak, 1924 Anayasası’nda benimsenen sisteme dönülmüş olunmaktaydı. Zira yapılan anayasal düzenlemeyle imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, Danıştay’ın inceleme yapacağı konular arasından çıkartılmış olup sadece görüş bildirebileceği konular arasına alınmıştır.

C. Anayasa Değişikliği (3 Ekim 2001)

3 Ekim 2001’de kabul edilen 4709 Sayılı Kanunla Anayasada yapılan bazı değişikliklerin ve bunu izleyen 26 Mart 2002 tarihinde kabul edilen 4748 Sayılı Kanunla Avrupa Birliğine giriş sürecinde çıkarıldıkları ve bu birliğin talepleri doğrultusunda olduğu, genel olarak bilinen bir gerçektir. Yetkin’e göre bu gerçek, Anayasa değişikliğiyle ilgili yasa önerisinin genel gerekçesinde de “*Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde ekonomik ve siyasal kriterlerin tam olarak sağlanmasının ve bu alanda yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasada bazı değişiklikler yapılması da kaçınılmazdır*”. Üstelik olarak bu

⁵⁸ SARAÇ, Osman, “*Milletlerarası Tahkim ve Uluslararası Yatırımlar*”, Maliye Dergisi, Sayı:140, 2022, s. 6.

değişikliklerin yapılması genel olarak Avrupa Birliği tarafından talep edilmiştir⁵⁹.

1982 Anayasası'nda 3 Ekim 2001 tarihinde yapılan 6. değişiklik, Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmaları çerçevesindeki en kapsamlı değişiklik olarak bilinmektedir⁶⁰. Bu düzenlemeyle Anayasa'nın başlangıç metninin yanı sıra 13, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 28, 31, 33, 34, 36, 38, 40, 41, 46, 49, 51, 55, 65, 66, 67, 69, 74, 86, 87, 89, 94, 100, 118. ve 149. Maddeler ile geçici 15. Maddelerde birtakım değişiklik ve düzenlemeler yapılmıştır. 2001 yılında Anayasa değişikliği yapıldığı sırada V. Ecevit Hükümeti olarak adlandırılan ANASOL-M Hükümeti görev yapmaktaydı. Bu Hükümet tarafından TBMM'nin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifini görüşmek üzere, Anayasanın 93 üncü ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 7. Maddeleri gereğince 17 Eylül 2001 Pazartesi günü saat 15.00'te olağanüstü toplantıya çağırılmıştır⁶¹. Buradan anlaşılacağı üzere Anayasaya göre tatilde olması gereken TBMM, Avrupa Birliği müktesebatı çerçevesinde görüşmeler yapmak üzere olağanüstü toplantıya çağırılmıştır. Zira Hükümet, Avrupa Birliğine daha hızlı girebilmek amacıyla yukarıda sıralanan Anayasa maddelerinin değiştirilmesini zorunlu olarak görmekteydi.

1982 Anayasası'nda 3 Ekim 2001 tarihinde yapılan değişiklikler, 17 Ekim 2001'de Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu çerçevede ilk olarak “*Başlangıç metninin beşinci fıkrasının başında geçen “Hiçbir düşünce ve mülahazanın” ibaresi “Hiçbir faaliyetin” şeklinde değiştirilmiştir*”⁶². Uran'a göre bu değişikliğin özellikle düşünce özgürlüğü'nün sınırlarını genişletmesi bakımından önemli ve yeni bir düzenleme gibi görünmekle birlikte, değişiklikten önceki düzenlemeye göre de dış dünyaya yansımaya “*düşünce ve mülahazanın yasaklanmasının mümkün olmadığı, bu durumda yeni düzenlemeyle eyleme yönelik olmayan düşünce açıklamalarının yasaklanmamasının*

⁵⁹ YETKİN, Çetin, “*Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Olumsuz Etkileri*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2002, s.1.

⁶⁰ EROĞUL, Cem, “*Altıncı Anayasa Değişikliği*”, Mülkiye Dergisi, Cilt:25, Sayı:231, s. 273.

⁶¹ TBMM, 18 Eylül 2001, 21. Dönem, 69. Cilt, 2001, s. 733.

⁶² Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24.566 (Mükerrer), s. 1.

*sembolik biçimde ifade edildiği*⁶³, başka bir deyişle söz konusu değişikliğin esas olarak bir ifade değişikliği olduğu ileri sürülmektedir.

1982 Anayasası'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" ile ilgili olan 13. Maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"⁶⁴. Bu düzenlemeyle Anayasanın metninin ilk halinde bulunan ikinci ve üçüncü fıkra kaldırılmıştır. Bu bağlamda değiştirilen 13. Maddeye dikkatle bakıldığında göze çarpan ilk şey, yapılan değişiklik öncesinin aksine temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sebeplerinin ve yapısının değil; kanun koyucunun sınırlama yetkisine yönelik bir sınırlandırılma getirilmiş olmasıdır⁶⁵. Bundan dolayı 13. Maddedeki değişiklikle biraz daha özgürlükleri öne plana çıkaran ve temel hakları koruyucu bir zemine doğru kaymış olduğu söylenebilir.

Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanmaması" ile ilgili olan 14. Maddesi şu şekilde yeniden düzenlenmiştir: "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir"⁶⁶.

14. Maddenin değiştirilmesiyle ilgili olarak Topuzkanamış şöyle bir yorum getirmektedir: Bu düzenleme, köklerini Almanya

⁶³ URAN, Peri, "Anayasaların Başlangıç Kısımları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:73, Sayı:1, 2015, s. 234-235.

⁶⁴ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24.566 (Mükerrer), s. 1.

⁶⁵ DEMİRKOL, Mustafa, "Kişi Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Karşısında Anayasa Madde.13, Bu Hükme Aykırı Yasal Düzenleme ve Faaliyetlerin Anayasa Madde.11 Açısından Değerlendirilmesi", Balkan Sosyal Bilimler Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 22.

⁶⁶ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 1.

Anayasası'nda bulan militan demokrasi anlayışını çağrıştırmaktadır. Almanya Anayasası'nın 18.Maddesinde, “*ifade, basın, eğitim, toplantı, eğitim, toplantı, örgütlenme, haberleşmenin gizliliği, mülkiyet veya sığınma hakkını, özgür demokratik temel düzene karşı mücadele amacıyla kötüye kullanan kimsenin, bu temel hakları kaybedeceği düzenlenmektedir*”. Bu maddeye göre “*Hakkın kaybettirilmesine ve bunun kapsamına*” Federal Anayasa Mahkemesi karar vermektedir. Aynı şekilde aynı Anayasanın 21.Maddesinin ikinci fıkrasına göre “*özgür ve demokratik temel düzeni ihlal eden veya ortadan kaldırmak veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmak eğilimini gösteren siyasi partiler, Anayasaya aykırı olarak kabul edilmektedir ve Anayasaya aykırılık hakkında Federal Anayasa Mahkemesi karar vermektedir*”. Alman Anayasası gibi İtalyan Anayasası'nın geçici olan 12.Maddesinde “*kapatılmış bulunan Faşist Parti'nin herhangi bir biçim altında yeniden açılmasını yasaklayan hüküm bu bağlamda düzenlenmiştir*⁶⁷”. Bu konuyla ilgili AİHS'nin 17.Maddesinde de Sözleşmede bulunan haklardan hiçbirisinin adı geçen Sözleşme ile tanınmış olan hak ve hürriyetlerin ortadan kaldırılmasını hedefleyen herhangi bir faaliyette bulunmaya yönelik olarak hak sağlamış olduğu şeklinde değerlendirilmeyeceğini içeriğinde belirlemektedir.

Anayasasının “Kişi hürriyeti ve güvenliği” ile ilgili olan 19. Maddesinin beşinci fıkrasının ilk cümlesi ve buna bağlı olarak altıncı fıkrası ile son fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “*Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir. Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir*”⁶⁸. İpekçioğlu'na 19. Maddedeki değişiklikte, en fazla iki kişiyle birlikte işlenen suçlarda, Anayasanın ilk halinde bulunan 48 saatlik gözaltı süresi durumu aynen korunmuştur. Ancak toplu bir biçimde işlenen suçlarda ise, en fazla 15 gün içinde hakim karşısına çıkarılma süresi öngörülmüştü. Hakim kararı olmaksızın bir kişiyi 15 gün hürriyetinden yoksun bırakma, temel hak ve hürriyetler bakımından ciddi bir teşkil etmekteydi, söz konusu madde değişikliğiyle

⁶⁷ EVREN TOPUZKAMIŞ, Şafak, “*1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:21, Özel Sayı, 2019, s. 1782.

⁶⁸ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 1.

bu sorun da ortadan kaldırılmıştır⁶⁹. Dolayısıyla da 19. Maddedeki bu değişikliği olumlu bir düzenleme olarak görmek gerekir.

Anayasanın “Özel hayatın gizliliği” ile ilgili olan 20. Maddesinin 1. fıkrasının 3. cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve 2. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “ *Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar*”. Bu düzenlemeyle bir şahsın üzerinin ve özel eşyalarının aranması için “hâkim kararının” ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrinin yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulması zorunluluğunun” ve “özel sınırlama nedenlerinin varlığının şart kılınmasıyla”, özel yaşam alanının korunmasını güçlendirildiği şeklinde düşünülebilir.

Anayasanın “Konut dokunulmazlığı” ile ilgili olan 21. Maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: “Kimsenin konutuna dokunulamaz. *Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar*”⁷⁰.

21. Maddede yapılan değişiklikle incelendiğinde, ilk cümlesiyle konut dokunulmazlığının açık bir ifadeyle Anayasanın koruması altında olduğu belirtilmiş ve sonrasında bahsi geçen hakka istisna olabilecek

⁶⁹ AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, “Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı, 2007, s. 1237.

⁷⁰ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 2.

durumlar sayma usulü benimsenerek tek tek sayılmıştır. 21. Maddenin bu şekliyle 1961 Anayasası'ndaki haline oranla istisna oluşturan durumların daha da genişletilmiş olduğu ifade edilebilirse de, bunun gibi 1961 Anayasası'ndaki düzenlemeye oranla bahsi geçen istisnai durumlarda uygulanacak, yargıç kararı ve yetkili kurumun yazılı emri maddelerine ait daha ayrıntılı bir düzenleme yapılmış olduğu göz ardı edilmemelidir⁷¹. Son olarak ilgili hükümler incelendiğinde “*konut dokunulmazlığı hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkı arasında sıkı ve kopmaz bir ilişki içerisinde olduğu görülmektedir*”. Bu nedenle yapılan düzenleme konut dokunulmazlığını teminat altına alması bakımından önem arz etmektedir.

1982 Anayasası'nın “ Haberleşme hürriyeti” hususunu düzenleyen 22. Maddesi, haberleşme özgürlüğüyle ilgili olup şu şekilde değiştirilmiştir: “*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir*”⁷². Sevük'e göre Haberleşme özgürlüğü, kişinin temel haklarından. İnsan haklarını düzenleyen uluslararası belgelerde, kişinin haberleşme hak ve özgürlüğüne sahip olduğu öngörülmüş, bu hakkın tanınması ve korunmasının gerekliliği belirtilmiştir⁷³. Dolayısıyla da 2001 yılında yapılan Anayasadaki değişikliği de, haberleşme özgürlüğünü koruma anlamında olumlu bir düzenleme olarak görülmesi gerekir.

Anayasanın “Yerleşme ve seyahat hürriyeti” ile kısmı düzenleyen 23. Maddesi, yeniden düzenlenmiştir. Bu maddenin değiştirilmesiyle 23. Maddenin beşinci fıkrasında geçen “*ülkenin ekonomik durumu,*” ibaresi

⁷¹ OLCA Y, Suphan, “*Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu*”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, 2019, s. 234.

⁷² Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 2.

⁷³ YOKUŞ SEVÜK, Handan, “*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu*”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12-13, Sayı:16-19, 2009, s. 159.

madde metninden çıkarılmıştır. Eroğul'a göre bu ilginç değişiklikle birlikte bundan böyle yasa koyucu yurt dışı seyahatleri ekonomik hiçbir sebep gerekçe gösterilerek sınırlandırılmayacaktır. Bu düzenleme sonucunda, yurt dışına çıkanlardan 50 dolar alınmasının anayasaya uygunluğu son derece kuşku duruma gelmiştir⁷⁴.

1982 Anayasası'nın değiştirilen 26. Maddesi, “düşünce ve kanaat hürriyeti” ile ilgilidir. 26. Maddenin ikinci fıkrasına “*Bu hürriyetlerin kullanılması,*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması,*” ibareleri eklenmiş, üçüncü fıkrası metinden çıkarılmış ve maddeye aşağıdaki fıkra son fıkra olarak eklenmiştir. *Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir*⁷⁵ “. Bu maddede yapılan değişiklikle başta Kürtçe olmak üzere anadil olan Türkçe dışında, başka dillerde de yayın yapılması serbest duruma getirilmiş olunuyordu.

Can'a göre 26. Maddedeki değişiklik, Anayasanın 1. fıkrasında “düşünce ve kanaatleri açıklama özgürlüğünün koruma alanı” bağlamında maddenin koruma altına aldığı hukuksal alanı ifade özgürlüğü olarak nitelendirilmesi gerekir. “*Söz konusu madde, düşünceyi açıklama özgürlüğünün yeni medya olarak nitelendirilebilecek olan internet, kablo ve uydu yoluyla yayın ve data transferi gibi yapıların da alt yapısını oluşturmaktadır. Ayrıca maddede açıkça haber aktarımını da düşünce açıklamasıyla aynı koruma sistemine tabi tutulmuştur. Nitekim anayasanın gerekçesi de, bu yaklaşımı yansıtmaktadır*”⁷⁶ “. Bu bağlamda söz konusu madde değişikliği, “bir yandan düşüncelerin ve haberlerin kitle iletişim araçlarıyla yayılmasını, diğer taraftan da düşünce oluşturma hürriyetini” garanti altına aldığı söylenebilir. Bu madde bağlamında başka bir dilde yayın yapma yasağını düzenleyen 28. Madde, anayasadan çıkarılmıştır.

Anayasasının 31. Maddesinin ikinci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “*Kanun, millî güvenlik, kamu düzeni, genel ahlâk ve sağlığın korunması sebepleri dışında, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını*

⁷⁴ Eroğul, “*Altıncı Anayasa Değişikliği*”, s. 276.

⁷⁵ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 2.

⁷⁶ CAN, Osman, *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasayı Açıklama Özgürlüğü*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2002, s.3.

engelleyici kayıtlar koyamaz”. Eroğul’a göre bu maddede haber alma hak ve özgürlüğüne ilişkin yapılan düzenleme, demokrasi açısından son derece önemlidir. Gerçekten de bir ülkede halkın olan bitenden haberdar olma hakkı kısıtlanabiliyorsa, orada halk yönetiminin yine de gerçekleşebileceğini ileri sürmek pek de inandırıcı olamaz. Bununla ilgili olarak anayasada olan sınırlamalar, demokrasi açısından son derece olumsuz bir durumdur. Bu değişiklik, sınırlama nedenini hafifletmekle birlikte, ne yazık ki bir nitel değişime yol açmamıştır⁷⁷. Yeni düzenlemeden sonra da yasa koyucu; ulusal güvenliği, kamu düzenini, genel durumu ve genel sağlığı koruma gerekçesiyle, bu temel demokratik ilkeye aykırı düzenlemelere sebep olabilecektir.

1982 Anayasası’nın değiştirilen 33. Maddesi, “dernek kurma hürriyeti” ile ilgilidir. Söz konusu madde şu şekilde yeniden düzenlenmiştir: “ *Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir. Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir. Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir. Dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonulabilir. Ancak, millî güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar. Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir. Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır*⁷⁸”. Bu düzenlemeyle birlikte herkesin derneklere üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahip olmasına ilişkin hüküm anayasa ile düzenlenmiş olunuyordu.

1982 Anayasası’nın değiştirilen 34. Maddesi, “Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı” ile ilgilidir. Söz konusu madde şu şekilde

⁷⁷ Eroğul, “*Altıncı Anayasa Değişikliği*”, s. 277-278.

⁷⁸ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 3.

değiştirilmiştir: “Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir”. Söz konusu tarih 4709 Sayılı Kanunla değiştirilen bu madde günümüzde derneklerle ilgili olarak halen yürürlüktedir⁷⁹.

34. Maddedeki değişiklik olarak farklı tepki ve görüşler bulunmaktadır. Bu görüş sahiplerinden birisi Zühtü Arslan'dır. Arslan'a göre Anayasanın “toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını” düzenleyen bu maddesi, biraz da tepkisel olarak; “Anayasada belirtilen nedenlere dayanarak belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü iki aya kadar erteleme hatta yasaklama yetkisini “kanunun gösterdiği yetkili mercilere” vermiştir”. Fakat 2001'deki yapılan Anayasa değişikliği ile bu fıkra, 34. Maddenin içinden çıkarılmıştır. Bu durumda, mevcut olan “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunundaki” erteleme ve yasaklama hükümlerinin, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunup dokunmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır⁸⁰. Dolayısıyla 2001'de kapsamlı bir biçimde değiştirilen ve birçok yönden tartışılan 1982 Anayasası'nın bu maddeleri içerisinde 34. Madde de yer almaktadır.

Anayasanın yeniden düzenlenen 36. Maddesi, “Hak arama hürriyeti” ile ilgilidir. Bu çerçevede söz konusu maddenin 1. fıkrasına “savunma” kısmından sonra gelmek üzere “ile adil yargılanma” hususu eklenmiştir⁸¹. Esasında bu madde bir bütün halde incelendiğinde Anayasanın, medeni hak ve yükümlülükler ve suç isnadıyla uygulama alanıyla kendisini sınırlandırmamış olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Yani bu maddede herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Esasında 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlükler için 2001 yılında yapılan yeni düzenlemeler neticesinde genel sınırlama nedenleri ortadan

⁷⁹ EKİNCİ, Bezar Eylem “ Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı Bakımından Bildirim Usulünün Kapsamı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:68, Sayı:4, 2019, s. 771.

⁸⁰ ARSLAN, Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2002, s. 146.

⁸¹ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 4.

kaldırılmıştır⁸². Ancak söz konusu maddede her ne kadar bir sınırlama öngörülmemiş olsa da hakkın sınırsız olduğu iddia edilemez; zira her durumda normun kendi objektif sınırlılığı ve uygulamaya yönelik uyumlaştırma ilkesi devreye girmektedir.

Anayasanın “Suç ve cezalara ilişkin” olan 38. Madde şu şekilde değiştirilmiştir: “*Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz*”⁸³. Anayasa’da yer verilen bu düzenleme bilhassa iki açıdan önem arz etmektedir. Birincisi görüldüğü üzere Anayasada kanuna aykırı “*delilden*” değil, *kanuna aykırı “bulgudan”* bahsedilmektedir. Bulgu ise bulunan şeyi ifade etmekle, olaydan geriye kalan iz ve eser niteliğinde keşfe konu olan emare delillerini çağrıştırmaktadır. “Kanuna aykırı bulgular kavramının, arama sonucu elde edilen şeyleri yani belge, doküman, silah mermi, kan izi gibi bulguları ifade etmekle birlikte, tanık ifadesini kapsayıp kapsamadığı şüphelidir. Ancak öğretide Anayasanın bu maddesiyle kanuna aykırı biçimde elde edilmiş olan emare delillerinin değerlendirilemeyeceği şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilerek, kanuna aykırı bulgu kavramının “*kanuna aykırı delil*” olarak kabul edilmesinin hükmün düzenleniş amacına uygun olacağı isabetli olarak savunulmaktadır⁸⁴. Ayrıca “Türkiye’de bir sonraki Anayasa değişikliğiyle idamların tamamen kaldırıldığı tarihe kadar bu yeni düzenlemeyle ölüm cezalarının ciddi oranda kısıtlanmış olmasının da”, insan hakları açısından önemli olduğu düşünülebilir.

Anayasanın “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” ile ilgili olan 40. Maddesinin ikinci fıkrasına şu hüküm eklenmiştir: “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*”⁸⁵. Bölükbaşı’na göre

⁸² DEMİRKIRAN, Eyüp Kaan, “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası Bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması*”, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2020, s.59-60.

⁸³ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 4.

⁸⁴ GÖDEKLİ, Mehmet, “*Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016, s. 1823.

⁸⁵ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 4.

“maddenin yansıması devletin tüm işlemlerinde gerçekleşmiştir. Yasama, yürütme ve yargı işlemlerinde bu düzenleme uygulanmaktadır. Yasamanın ve yargının idare fonksiyonuna ilişkin işlemleriyle yürütmenin işlemlerinde maddenin uygulanmasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Yasama organının, yasama fonksiyonundan doğan işlemlerinde örneğin kanun gibi işlemlerde hükmün uygulanması konusunda tartışma bulunmaktadır⁸⁶”. Bunun dışında yargı organının temel parçası olan mahkemelerin vermiş oldukları kararlarında, düzenlemeyi uyguladığı ve bu kararlarında, kişilerin başvuru yapabilecekleri kanun yollarıyla başvuru süresinin gösterildiği ortaya çıkmaktadır.

1982 Anayasası'nın 41. Maddesi “ *Ailenin Korunması* ” ile ilgilidir. Bu maddenin 1.fikrasına “ *ve eşler arasında eşitliğe dayanır* ” ibaresi eklenmiştir⁸⁷. Erdem'e göre bilinen ve tanınan en eski kaynaklarda bile idarecilerin uygulamaya geçirmiş olmakla övündükleri ve bir şekilde kanun koyucu olanlardan, filozoflara herkesin temel amacı olarak ortaya konulan eşitlik ilkesi, modern hukuk sisteminin en temel hedeflerinden birini oluşturmaktadır. Eşitliği etkin kılmak amacıyla yapılan hukuki ve siyasi uğraş ve mücadeleler, neredeyse insanlığın ortaya çıktığı dönemde başlamış ve son derece zorlu olmuştur. Bu çerçevede günümüzde bunun en azından hukuk devleti anlayışının en temel esaslarından birisi olduğu hususunda tartışma yoktur⁸⁸. Dolayısıyla bu maddedeki düzenlemeyi, kadın erkek eşitliğini sağlama ve kadınları toplum içerisinde daha aktif hale getirme bağlamında olumlu bir düzenleme olarak görmek gerekir.

2001 değişiklikleri bağlamında yapılan Anayasa değişikliği neticesinde “ *Kamulaştırma* ” ile ilgili olan 46. Madde tamamen değiştirilmiştir. Söz konusu maddenin yeni hali şu şekildedir: “ *Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir* ”: “ *Kamulaştırma bedeliyle kesin hükme bağlanan artırım*

⁸⁶ BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan, “ *Devlet İşlemlerinde Kanun Yolları, Merciler ve Başvuru Sürelerini Gösterme Yükümlülüğü (Anayasa'nın 40/2. Maddesi)* ”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:8, Sayı:15, 2020, s. 97.

⁸⁷ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 4.

⁸⁸ ERDEM, Jülide Gül, “ *Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği* ”, Akademik Hassasiyetler Dergisi, Cilt:4, Sayı:8, s. 19.

bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir. Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir. İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır⁸⁹“.

Söz konusu maddeyle birlikte Anayasada kamulaştırma işlemlerinin nasıl olacağı hususu açık bir biçimde düzenlenmiştir. Bu çerçevede kamulaştırma ile devlet veya özel kamu tüzel kişileri tarafından özel mülkiyete ait olan mallara el konulmaktadır. Yani özel mülkiyete ait olan yerler kamuya dâhil edilmektedir. Bu, yapılırken de kamu yararı gözetilmektedir. Aynı zamanda başka birisine ait olan mallar, Anayasadaki düzenlemeye göre tamamen kanunlara riayet edilerek yapılmaktadır. Kanunlar çerçevesinde kamulaştırılan özel mülk sahibine peşin veya nakdi olarak ödeme yapılmaktadır⁹⁰. Kamulaştırma ile ilgili olarak yapılan bu düzenleme, günümüzde de aynen uygulanmakta olup; kamu yararı gözetilerek kanunlara uygun olarak kamulaştırma işlemlerine devam edilmektedir.

Anayasanın “Çalışma hakkı ve ödevi” ile ilgili olan 49. Maddesinin 2. fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve 3.fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır: “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır⁹¹“. Bu madde bağlamında gerçek bir biçimde eşitliğin sağlanabilmesi, Devletin yönetimde ekonomiye aktif olarak müdahalesini zorunlu hale getirmektedir. Bilhassa Anayasa’nın 49. Maddesinde açıkça belirtildiği gibi herkes için çalışma hakkının uygulamaya alınabilmesi ancak Devletin bazı kesimlerin istihdam alanlarında son derece aktif rol oynaması ile mümkündür. Bunu sağlamak için Devlet tarafından alınması

⁸⁹ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 4.

⁹⁰ Tunç, Anayasa Tarihi ve Anayasaların Nitelikleri, 183-186.

⁹¹ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 4.

lüzumlu olan tedbirlerin de Anayasa'nın 10. Maddesi gereği eşitliğe aykırı olmayacak; bunun aksine eşitlik ilkesinin bir gereği olarak kabulü zorunlu duruma getirilmelidir⁹².

“Sendika kurma hakkı” ile ilgili olan Anayasanın 51. Madde tamamen değiştirilmiştir. Söz konusu maddenin düzenlenmiş hali şu şekildedir: “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir. Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir. Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz⁹³”.

51. Maddenin değiştirilmesiyle ilgili olarak Aydın'a göre, Anayasada kural olarak sendikaların serbestçe kurulması ilkesi benimsenmiştir. Bu maddeye göre işçiler ve işverenler önceden herhangi izin almadan sendikalar veya bunlara benzer üst kuruluşlar kurabilirler. Bu maddede sendikaların kuruluşlarında Devletin hiçbir durumda müdahale, katkı ya da engellemelerde bulunamayacağı hususu belirtilmektedir. Bunun dışında sendika çokluğu ilkesi geçerli sayılmaktadır. “Serbest kuruluş ilkesinin gereği olarak hiç kimse sendika kurucusu olma yönünde zorlanamaz. Sendikalara üye olma konusunda da serbestlik ilkesi benimsenmiştir. Çalışanlar ve işverenler sendikalara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir”. Anayasada kesin bir şekilde “Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz” denilmektedir⁹⁴. Bu sayede sendikaya üyelik hususunda bağımsızlık tamamıyla güvence altına alınmaktadır. Esasında demokratik yönetimlerin ve anayasal sistemlerin gereği olarak sendikaya üye olabilme hürriyetinin işverenlere karşı olduğu kadar,

⁹² GÜNDÜZ, F. Ebru ve ÇEBİ BUĞDAYCI, M. Özge, “Sosyal Devlet İlkesinin Gereği Olarak Kamuda İstihdam Zorunluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:1, 2021, 191.

⁹³ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 4.

⁹⁴ AYDIN, “1982 Anayasasında Sendika Kurma Hakkı ve Sınırlanması”, s. 75-76

sendikalara karşı da korunması gerekir. Bunlara ek olarak kişiye herhangi bir sendikaya üye olup ya olmamak ya istediği zaman sendika üyeliğinden çıkabilme hakkı da tanınmalıdır.

Anayasasının 55. Maddesinde yer alan son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir: “ *Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur*⁹⁵”. Kahveci ve Pelek’e göre sosyal devlet anlayışı dikkate alındığında söz konusu maddenin, asgari ücret karşılığında çalışan kişilere ülkenin ekonomik durumu ve diğer sektörlerde çalışan personellerin durumuna paralel bir biçimde insan haysiyetine uygun bir yaşam seviyesini hedeflediği sonucu çıkmaktadır. “Söz konusu anayasal çerçeve üzerine 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 39. Maddesi asgari ücretin iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmamasından bağımsız olarak tüm işçileri kapsamasını hükme bağlamıştır. Bir başka deyişle, asgari ücretin kapsamı dışında bir ücretlendirme kanunen söz konusu değildir. Bu maddeye göre asgari ücretin amacı tüm işçilerin sosyal ve ekonomik koşullarının düzenlenmesidir ve her işçinin bu düzenlemeden faydalanma hakkı vardır”. Hükümler bu kadar açık bir biçimde düzenlenmiş olmasına rağmen pratikte uygulama aşamasında ücretin bağlayıcılığı son derece tartışmalıdır⁹⁶. Gerçekten de Türkiye’de kayıt dışı olarak yapılan istihdamın çok yaygın olmasına paralel olarak, ciddi bir sayıda çalışanların asgari ücretin altında çalıştırıldığı da bilinen bir gerçektir.

“Sosyal ve ekonomik hakların sınırı” ile ilgili olan 65.Madde, kenar başlığıyla beraber değiştirilmiştir. Kenar madde şu şekilde yeniden belirlenmiştir: “*XIII. Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları*”. Madde ise tamamen değiştirilmiş ve şu şekilde yeniden yazılmıştır: “*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*⁹⁷”. Bu değişiklikle maddeden “*ekonomik istikrarın korunması*” ibaresi çıkarılarak, bunun yerine “*bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri*” ibaresi getirilmiştir. “*Sosyal ve ekonomik hakların sınırı*” olan kenar başlık değiştirilerek, 4709 Sayılı Kanununun 22. Maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi,

⁹⁵ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 4.

⁹⁶ KAHVECİ, Mustafa ve PELEK, Selin, “*Asgari Ücret ve Politika: Asgari Ücreti Seçimler mi Belirliyor?*”, Amme İdare Dergisi, Cilt:54, Sayı:1, 2021, s. 105.

⁹⁷ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 5.

maddenin içeriğine uygun hale getirilmiştir. Esasında 65. Maddedeki değişiklik, sadece bir ifade özgürlüğüyle ilgili bir düzenleme değildir. Ekonomik istikrarın korunması gibi tam olarak belli olmayan bir ifade yerine amaca uygun öncelik ibaresinin getirilmiş olması uygun bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Bununla beraber, Devlete iktisadi kaynaklarının yeterliliği bağlamında bir vazife yüklenmiş olması, ülkenin ekonomik istikrarını koruyucu bir nitelik taşıdığı şeklinde değerlendirilmektedir. İktidarda bulunan yöneticiler, sosyal yükümlülüklerini yerine getirirken en başta temel nitelikte olan ihtiyaçları göz önünde dikkate alacaklardır⁹⁸.

“Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklar” ile ilgili olan 67. Madde, ciddi oranda değiştirilmiştir. Bu bağlamda, söz konusu maddenin 5. fıkrasına “*askeri öğrenciler,*” ifadesinden sonra gelecek şekilde “*taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç*” ibaresi eklenmiş ve “*bulunan tutukluların seçme haklarını kullanmalarında,*” ibaresi “*oy kullanılması ve*” olarak değiştirilmiş ve bu maddeye aşağıdaki son fıkra dahil edilmiştir. “*Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz*”⁹⁹. İba'ya göre söz konusu maddede yapılan düzenlemeyle birlikte “*taksirli suçlardan hüküm giyenler oy kullanma yasağı dışına çıkarılmış ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde oy kullanılması konusunda Yüksek Seçim Kurulu'na verilen göreve açıklık getirilmiştir*”¹⁰⁰. Ayrıca seçim kanunlarında yeninde yapılan düzenlemelerin uygulanması hususunda öngörülen kayıt, seçim kanunları yoluyla sağlanabilecek siyasal avantajların ve istismarların önlenmesini amaçlamıştır.

1982 Anayasası'nın “*Siyasi partilerin uyacakları esaslar*” ile ilgili kısmı düzenleyen 69. Maddesi, büyük oranda değiştirilmiştir. Bu bağlamda söz konusu maddenin 6.fıkrasına aşağıdaki ibare ile 7.fıkrasından sonra gelecek şekilde aşağıdaki ibare eklenmiş ve son fıkra şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bir siyasi parti, bu nitelikteki fiiller o partinin*

⁹⁸ DİNLER, Veysel, “*Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu*”, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2008, s. 5.

⁹⁹ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 5.

¹⁰⁰ İBA, Şeref, “*Türk Parlamento Hukuku Açısından Son Anayasa Değişiklikleri*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:51, Sayı:1, 2002, s. 88.

üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır. Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir. Siyasî partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenmeleri, kapatılmaları ya da Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmaları ile siyasî partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir¹⁰¹“.

69. Maddede yapılmış olan söz konusu değişiklikle "odak" hali tanımlanmış ve bu odağa birtakım şartlar getirilerek buradaki kavram anlaşmazlığının ortadan kaldırılmak istendiği açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda herhangi bir siyasi partinin tamamen kapatılmasının, yalnızca Anayasanın 68 Maddesinin 4. fıkrasındaki yaptıklarının odağı haline gelmiş olması koşulluyla mümkün olabileceği şartı getirilmiştir. Yapılan yargılama neticesinde kapatılan bir siyasi partiyle ilişkili olan üye çoğunluğunu oluşturduğu yeni bir siyasi partinin de kapatılacağına ait olan hüküm, söz konusu durumun tespitinin oldukça zor olmasından dolayı yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca bu değişikliklerde, siyasi partiler için kapatmanın yanı sıra Hazine yardımından yoksun bırakılma yaptırımı da getirilmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesine, bir tüzel kişiye uygulanması mümkün en ağır yaptırım olan kapatma yerine, daha hafif bir ara yaptırım uygulama imkânı verilmiş olunuyordu.

3 Ekim 2001'de yapılan Anayasa değişiklikleri içerisinde "Dilekçe hakkını" düzenleyen 74. Madde yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, 74. Maddenin 1. fıkrasına "Vatandaşlar" kelimesinden sonra gelmek üzere "ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar"; 2. fıkrasına, "sonucu" kelimesinden sonra gelmek üzere "gecikmeksizin" sözcüğü eklenmiştir. Böylece Türk vatandaşlarının sahip oldukları parlamentoya dilekçeyle başvurma hakkı, "karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla" yabancılara da tanınmış olunuyordu.

¹⁰¹ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 5.

Anayasanın meclisin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. Maddesinde mevcut olan “Anayasanın 14. Maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere” ifadesi kaldırılmış; “genel ve özel af ilanına” ifadesinden önce gelmek suretiyle “Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile” ibaresi eklenmiştir¹⁰². Ayrıca “Kanunların Cumhurbaşkanınca yayımlanması” hükmünü düzenleyen 89. Maddesinin 2. fıkrasına “Yayımlanmasını” sözcüğünden sonra gelecek şekilde “kısmen veya tamamen” ifadesiyle son cümlesinden önce gelmek suretiyle şu cümle eklenmiştir¹⁰³: “Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir”.

1982 Anayasası'nın 100. Maddesi, “Meclis soruşturması” ile ilgilidir. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında geçen “karara bağlar” ifadesinden önce gelmek suretiyle “gizli oyla” ibaresi, 2. fıkrasının sonuna ise “Bu süre içinde raporun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına teslimi zorunludur.” ibaresi eklenmiş ve 3. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımından itibaren on gün içinde görüşülür ve gerek görüldüğü takdirde ilgilinin Yüce Divana sevkine karar verilir. Yüce Divana sevk kararı ancak üye tamsayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla alınır”.

Yukarıda değiştirildiği ifade edilen 100. Maddeye bağlı olarak 105 ve 106. Maddeler üzerinde de bir değerlendirme yapmak gerekir. Bilindiği üzere “genel görüşme” ve “meclis araştırması” muhafaza edilmiş olmakla birlikte bu ikisinin nasıl işleyeceği, Meclis İçtüzüğünde açık bir biçimde belirlenmiştir. 1982 Anayasası değişikliği sonucunda “Meclis Soruşturması” farklı bir biçimde düzenlenmiş, “Meclis Soruşturmasını” düzenlemiş olan 100. Madde büyük bir oranda değiştirilerek bununla ilgili olan hükümler, 105 ve 106. Maddelerde yeniden düzenlenmiştir. Maddenin önceki halinde yer alan “Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek” ifadesi, düzenlenen maddenin yeni halinden çıkarılarak yerine herhangi bir yeni ibare eklenmemiştir. Bu husus, doktrinde ciddi bir şekilde eleştirilmektedir. Kaldırılan adı geçen ibare yerine “Cumhurbaşkanını, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları denetlemek” veya “yürütme organını denetleme” ibareleri

¹⁰² Tunç, Anayasa Tarihi ve Anayasaların Nitelikleri, s.183-186.

¹⁰³ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 5.

konabilirdi¹⁰⁴. Fakat söz konusu ibare 87. Maddeye konulmamış olsa da yapılan yeni Anayasa değişikliğiyle 1982 Anayasası'nın 98, 105 ve 106/5,-6 Maddelerine göre TBMM, Cumhurbaşkanını ve Cumhurbaşkanı yardımcılarını başta olmak üzere bakanları denetleme yetkilerine haiz duruma getirilmiştir.

1982 Anayasası'nda "Milli Güvenlik Kurulu", 118. Maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin 1.fikrasıyla 3. fıkrasının ilk cümlesi aşağıda verilen şekilde ve 3. fıkrasının son cümlesinde bulunan "öncelikle dikkate alınır" ibaresi "değerlendirilir" şeklinde değiştirilmiştir: "Milli Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan yardımcuları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur. Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir".

118. Maddedeki değişiklikle ilgili olarak Nacak'a göre, bu değişikliğin Milli Güvenlik Kurulunda yer alan sivil idarecilerin sayılarında tekrar bir belirsizliğe sebep olduğunu söylemek mümkündür. Zira Milli Güvenlik Kurulu üyeleri arasına eklenmiş olunan Başbakan Yardımcılarının sayısı hususunda kesin bir hüküm bulunmamaktadır. "Bakanlar Kurulunda kaç Başbakan Yardımcısının bulunacağı kanunla düzenlenmektedir". Bundan dolayı Başbakan Yardımcılarının kaç kişi olması gerektiği hususu, kanun değişikliğiyle çok kolay bir biçimde değiştirilirdi. Bu arada 2001'deki Anayasa değişikliği İle Milli Güvenlik Kurulu'ndaki sivil idareci sayısı da arttırılmıştır. 1982 Anayasası'nın değiştirilmeden önceki halinde kurulda askeri idareciler çok daha fazla iken değişiklik neticesinde sivil idarecilerin daha ağırlıklı hale geldiği anlaşılmaktadır¹⁰⁵. Esasında bu değişiklik, Türkiye'de 2017 yılında Başbakanlık kurumunun kaldırılmasından öncedir. Bu konuyla ilgili 2017 yılında yeniden bir düzenleme yapılmıştır.

¹⁰⁴ DÖNMEZ, Gökhan, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Türkiye'de Meclis Soruşturması", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:25, Sayı: 42, 2020, s. 44.

¹⁰⁵ NACAK, Osman, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Milli Güvenlik Kurulu Üzerindeki Etkileri", Yönetim ve Ekonomi Dergisi, Cilt:29, Sayı:2, 2022, s. 375.

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği kapsamında düzenlenen son madde ise Anayasa Mahkemesi'nin “Çalışma ve yargılama usulünü” belirten 149. Maddesidir. Söz konusu maddenin 1.fikrasında geçen “iptale” sözcüğünden sonra gelmek suretiyle “ve siyasi parti davalarında kapatılmaya” ifadesi eklenmiş, “üçte iki” ibaresi “beşte üç” şeklinde değiştirilmiştir¹⁰⁶. Bu maddede yapılan değişiklik ile Anayasa değişikliklerinde “iptal kararı vermek için gerekli olan çoğunluk üçte ikiden beşte üçe indirilmiş”; “siyasi parti kapatılmaya ilişkin davalarda ise kapatma kararı verebilmek için gerekli çoğunluk, salt çoğunluktan beşte üç çoğunluğa yükseltilmiştir”. 1982 Anayasası'nın 149 Maddesinde 2001'de yapılan değişiklikler içerisinde “hukuk devleti” ile ilgili olanı, parti kapatma ile ilgili olan kararlarda “salt çoğunluk” yerine “beşte üç çoğunlukla” verilmesini öngören ve “parti kapatmayı zorlaştıran” değişikliktir¹⁰⁷. Bu değişiklik sayesinde Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin varlığı için teminat olma ve temel hak ve hürriyetleri koruyucu niteliği fazla olmasa da öne çıkarılmıştır. Siyasi partilerle ilgili olabilecek hürriyetleri arttıracak olan bu değişikliğin hukuk devleti anlayışıyla uyumlu olduğu söylenebilir.

1982 Anayasası'nda 2001'de yapılan değişiklikte geçici 15. Maddenin son fıkrası, anayasadan çıkartılmıştır. Geçici Maddenin son fıkrası, 12 Eylül 1980 askeri darbesinden sonra 1983 yılında yapılan genel seçimler sonucu oluşan “TBMM Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçen süre içinde çıkarılan kanun, kanun hükmünde kararname, diğer karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini” öngörüyordu. Bu süreçte çıkarılmış olunan kanun ve “kanun hükmünde kararnamelerin” sayısı ve toplumsaldaki durumları dikkate alındığında, bunların “yargı denetimine” açılmasının insan hakları, demokratik devlet ve hukuk devleti açısından taşıdığı değer son derece önemlidir¹⁰⁸. Dolayısıyla bu maddenin son fıkrasının Anayasadan çıkartılmış olması, hukuk devletinin varlığı açısından gerekli ve zorunlu olan bir değişikliğin gerçekleştirilmesi anlamını taşımaktadır.

¹⁰⁶ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24566 (Mükerrer), s. 5.

¹⁰⁷ Tunç, Anayasa Tarihi ve Anayasaların Nitelikleri, s.183-186.

¹⁰⁸ ERDEM, Fazıl Hüsnü, “1982 Anayasasının Serüveni”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, Sayı:15, 2016, s. 168.

IV. SONUÇ

12 Eylül Askeri Darbesi neticesi hazırlanan 1982 Anayasası, Türk anayasacılık tarihindeki en uzun anayasa özelliğini taşımaktadır. 1982 Anayasası'nın ilk dönemleri olarak değerlendirilen 1987-2001 yılları arasındaki sürede geçirdiği evrimi ve yapılan değişiklikleri ortaya çıkarmak amacıyla hazırlanan bu çalışmada birçok husus üzerinde durulmuştur. Sadece Anayasa değişikliklerini değil; aynı zamanda konuyla ilgili kavram ve tarihsel süreci de irdeleyen bu makalede, 1982 Anayasası'nın 1987'den başlamak üzere 2001'e kadar çok sayıda değişikliğin yapılarak yürürlüğe konulduğu açık bir biçimde ortaya çıkarılmıştır.

9 Kasım 1982'de Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1982 Anayasası'na yönelik olarak başta toplumun birçok kesimi olmak üzere çok sayıda yerden yoğun eleştiriler olmuştur. Anayasaya karşı çok sayıda yerden gelen eleştirilerin yoğunlaşması üzerine 1982 Anayasası'nda 1987'de referandum yapmak suretiyle başlayan değişiklikler 1988 referandumu, 1993, 1995, 1999 ve 2001 yılında yapılan düzenlemelerle devam edilmiştir. Bu çerçevede dünyadaki gelişmelerin Türkiye'de yaratmış olduğu durumun sonucu olarak Anayasanın maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bunun dışında 1990'lardan itibaren ülke genelinde yaşanan toplumsal krizlere çözüm bulmak amacıyla Anayasa maddelerinde düzenlemelerin yapılması, zorunlu bir hal almıştır. Ayrıca Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne giriş çabaları da, 1982 Anayasası'nın yeniden düzenlenmesini mecbur hale getiren bir diğer sebep olmuştur.

1982 Anayasası'ndaki ilk değişiklik 6 Eylül 1987 tarihinde yapılan referandum sonucu olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti tarihindeki üçüncü referandumda 1980 Askeri Darbesi sonucu siyasi yasaklı duruma getirilmiş olan parti liderlerine yönelik yasakların kaldırılmasıyla ilgili olmuştur. Bu çerçevede yapılan halkoylaması sonucu 1982 Anayasası'nın Geçici 4. Maddesi değiştirilmiş ve siyasi yasaklar kaldırılmıştır. Anayasadaki ikinci değişiklik ise 127. Maddede değişiklik yapılarak mahalli seçimlerin bir yıl erkene alınması için olmuştur. Yapılan halkoylaması neticesi halkın %65'i yerel seçimlerin öne alınmasına dair öneriye ret oyu vermiş ve kabul etmemiştir. Böylece Özal Hükümeti'nin yerel seçimlerin öne alınması isteği, kabul edilmemiş olunuyordu.

1982 Anayasası ile ilgili ilk önemli değişiklik 1993'te olmuştur. Bu bağlamda 8 Temmuz 1993'te 1982 Anayasası'nda yapılan

değişiklikle birlikte özel radyo ve televizyon kurma serbestisi getirilmesi için Anayasanın 133. Maddesi değiştirilmiştir. Söz konusu maddenin değiştirilmesiyle birlikte Türkiye'de günümüzde son derece yaygın olan özel kanal ve radyolar serbest hale getirilmiştir. Daha önce sadece devletin radyosu ve televizyonu varken; söz konusu maddenin değiştirilmesi sonucunda özel kanallar da serbest olarak yayın yapmaya başlamıştır. Bu da, temel hak ve özgürlükler bağlamında son derece önemli bir değişiklik olarak değerlendirilmektedir.

23 Temmuz 1995'te yapılan Anayasal değişiklikle başlangıç metni, 33, 53, 67, 68, 69, 75, 84, 85, 93, 127, 135, 149. ve 171. maddeleri yeniden düzenlenmiş ve 52. madde de yürürlükten kaldırılmıştır. Gerçekten de 1995'te yapılan Anayasa değişikliği, daha önce yapılan değişiklikler içerisinde en kapsamlı olanıdır. Öncelikle Anayasanın başlangıç metni değiştirilmiş ve 12 Eylül Askeri Darbesi'ne yapılan atıflar ortadan kaldırılarak Anayasaya daha demokratik bir özellik kazandırılmaya çalışılmıştır. Yine bu tarihte yapılan anayasa değişikliğiyle dernek kurma daha kolay hale getirilmeye çalışılmış ve kamu çalışanlarına da işçilerde olduğu gibi toplu görüşme hakkı verilmiştir. Ayrıca 52. Madde kaldırılarak sendika üyelerinin siyasi partilere üye olmaları mümkün hale getirilmiştir. Bunun dışında Anayasanın 67. Maddesi değiştirilerek yurtdışında yaşayan Türk vatandaşlarına oy kullanma hakkı getirilmiş, cezaevlerinde bulunan hüküm giymemiş tutuklulara da oy kullanma hakkı verilmiş ve son olarak seçmen 19'dan 18'e indirilmiştir.

1995'te yapılan Anayasa değişikliği yukarıda sayılanlarla sınırlı kalmamıştır. Bunların yanında temel hak ve özgürlükler açısından önem arz eden siyasi partilerin yurt dışında teşkilatlarını kurmalarını ve bunların Türkiye'de gençlik ve kadın kolları gibi teşkilatların kurulmasını engelleyen 68 ve 69. Maddeler yeniden düzenlenerek yasaklar kaldırılmıştır. Meclise katılımı arttırmak amacıyla 75. Madde değiştirilmiş ve milletvekili sayısı 550'ye çıkarılmıştır. Ayrıca öğretim üyeleri gibi üniversite öğrencilerine de siyasi partilere üye olabilmeleri mümkün hale getirilmiştir. Esasında 1995 yılında çok sayıda madde değişikliği vardır, ancak sonuç bölümüne demokrasi ve anayasa açısından bunların en önemli olanları alınmıştır. Bunlardan birisi de siyasi partilerin uyacakları esasları düzenleyen 14. Madde değiştirilmiş ve partilerin söz konusu maddede belirtilen esaslara uyma zorunlulukları kaldırılarak söz konusu ilkelerin kanunla belirlenmesi anlayışı getirilmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu düzenlemelerdeki temel amaç, Türkiye Cumhuriyeti'ne daha demokratik bir nitelik kazandırmak olmuştur.

1982 Anayasası'nda 1999 yılında birincisi 18 Haziran ve ikincisi de 13 Ağustos'ta olmak üzere toplamda iki adet değişiklik yapılmıştır. Bu bağlamda 18 Haziran 1999'da Anayasa'nın 143. Maddesinde yapılan değişiklik neticesi Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yapısı değiştirilmiş ve askeri üyelikler lağvedilerek yerlerine sivil üyeler atanması hususu getirilmiştir. 13 Ağustos 1999'da ise 1982 Anayasası'nın 47, 125 ve 155. Maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Bu bağlamda 47. Maddedeki düzenlemeyle özelleştirme Anayasaya dahil edilmiş, 125. Maddedeki değişiklikle Anayasanın amir hükmü olan idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargısal denetimin yapılma zorunluluğu getirilmiştir. Son olarak 155. Maddede yapılan düzenlemeyle "İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri", Danıştay'ın inceleme yapacağı konular arasından çıkartılarak sadece görüş bildirebileceği hususlar arasına alınmıştır.

1982 Anayasası'nda 3 Ekim 2001 tarihinde yapılan 6. değişiklik, Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmaları çerçevesindeki en kapsamlı değişiklik olarak bilinmektedir. Bu düzenlemeyle Anayasa'nın başlangıç metninin yanı sıra 13, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 28, 31, 33, 34, 36, 38, 40, 41, 46, 49, 51, 55, 65, 66, 67, 69, 74, 86, 87, 89, 94, 100, 118. ve 149. Maddeler ile geçici 15. Maddelerde birtakım değişiklik ve düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu maddelerdeki değişikliklerle ilgili olarak makalenin üçüncü bölümünde son derece kapsamlı analizler yapılmıştır. Burada ise konunun önemi bakımından sadece en önemli madde değişikliklerine değinilmiştir. Bu bağlamda temel hak ve hürriyetleri güvence altına almak için 19. Madde değiştirilmiş ve kolluk kuvvetleri tarafından yakalanan kişilerin en geç 48 saat içerisinde mahkemeye çıkarılması hususu getirilmiştir. Bunun gibi bilhassa özel hayatın korunması için Anayasanın 20. Maddesinde değişiklik yapılmış ve kanuni bir emir olmadıkça hiçbir kimsenin konutuna girilemeyeceği ve eşyalarına el konulamayacağı hususu getirilmiştir. Bunun gibi 22. Madde de yeniden düzenlenmiş ve haberleşme hürriyeti daha fazla güvence altına alınmıştır.

2001 yılında yapılan en önemli düzenlemelerden birisi, kadın erkek eşitliğiyle ilgilidir. Zira 41. Maddede yapılan değişiklikle birlikte kadın ve erkek eşitliği anayasaya girmiştir. Aynı şekilde 33. Madde ile herkese istediği derneğe üye olma ya da üye olduğu dernekten çıkma hürriyeti Anayasal güvence altına alınmış ve 34. Maddede yapılan düzenlemeyle de toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyebilmek için herhangi bir kurumdan izin alma mecburiyeti kaldırılmıştır. 2001 yılında yapılan bir diğer değişiklik de 49. Maddede olmuş ve memur olanların dışında iş sahibi olmayan kişilerin de Devlet koruması altına alınacak

1982 Anayasası'ndaki İlk Değişiklikler Üzerine Tarihi ve Hukuki Açıdan Bir Genel
Değerlendirme (1982-2001 Dönemi)

şekilde yeniden düzenlenmiştir. Bunlar gibi 51, 55, 65, 66, 67, 69, 74, 86, 87, 89, 94, 100, 118. ve 149. Maddeler ile geçici 15. Maddelerde yeniden düzenlenmiştir. Üçüncü bölümde ayrıntılı bir biçimde izah edildiği üzere söz konusu değişiklikler, daha çok hak ve hürriyetleri teminat altına almak için yapılmıştır.

KAYNAKÇA

A. TBMM Arşivi

TBMMTD, 17 Mayıs 1987, 17. Dönem, 40. Cilt, s. 548.

TBMMTD, 2 Ağustos 1988, 18. Dönem, 13. Cilt, s.13.

TBMMTD, 18 Temmuz 1995, 18. Dönem, 92. Cilt, s. 341.

TBMMTD, 23 Temmuz 1995, 19. Dönem, 93. Cilt, s. 321.

TBMMTD, 17 Haziran 1999, 21. Dönem, 2. Cilt, s. 55.

TBMMTD 15 Haziran 1999, 21.Dönem, 1. Cilt, s. 354.

TBMMTD, 10 Ağustos 1999, 21. Dönem, 9. Cilt, s. 40.

B. Resmi Gazete

Resmi Gazete, 9 Kasım 1982, Sayı:17.863.

Resmî Gazete, 12 Eylül 1987, Sayı: 19.572, s. 1.

Resmi Gazete, 10 Temmuz 1993, Sayı: 21633, s. 3.

Resmi Gazete, 26 Temmuz 1995, Sayı:22.355, s. 3-8.

Resmi Gazete, 18 Haziran 1999, Sayı: 23.729 Mükerrer, s. 1.

Resmi Gazete, 14 Ağustos 1999, Sayı: 23.786, s. 16.

TBMM, 18 Eylül 2001, 21. Dönem, 69. Cilt, 2001, s. 733.

Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı:24.566 (Mükerrer), s. 1-7.

C. Telif Eserler

AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, “*Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı, 2007, s. 1215-1254.

ARSLAN, Mustafa, “*Yasama Dokunulmazlığı*”, Hasan Kalyoncu Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:22, 2021, s. 71-105.

ARSLAN, Zühtü, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2002, s. 139-154.

- ASLAN, Zehreddin, “*Meslek Kuruluşlarına Zorunlu Üyeliğin Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s.1229-1240.
- AŞIKOĞLU, Rıza, “*Türkiye’de Özelleştirme*”, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt:10, Sayı:1, 1992, s. 265-280.
- AYDIN, Mesut, “*1982 Anayasasında Sendika Kurma Hakkı ve Sınırlanması*”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, 2016, s. 61-100.
- BASMACI, Göksel, “*Koalisyon Hükümetlerinde Basın Özgürlüğü: Doğru Yol Partisi ve Sosyal Demokrat Halkçı Parti/Cumhuriyet Halk Partisi Örneği (1991-1996)*”, Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi, Sayı:33, 2019, s. 63-79.
- BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan, “*Devlet İşlemlerinde Kanun Yolları, Merciler ve Başvuru Sürelerini Gösterme Yükümlülüğü (Anayasa'nın 40/2. Maddesi)*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:8, Sayı:15, 2020, s. 97-122.
- CAN, Osman, *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasayı Açıklama Özgürlüğü*, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2002, s.1-27.
- ÇELEBİ, Onur, “*Siyasi Yasakların Sonu: 6 Eylül 1987 Referandumunda Erdal İnönü ve Bülent Ecevit'in Faaliyetleri*”, History Studies, Cilt:13, Sayı:1, 2013, s.301-322.
- DEMİRKIRAN, Eyüp Kaan, “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası Bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması*”, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2020, s. 49-88.
- DEMİRKOL, Mustafa, “*Kişi Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Karşısında Anayasa Madde.13, Bu Hükme Aykırı Yasal Düzenleme ve Faaliyetlerin Anayasa Madde.11 Açısından Değerlendirilmesi*”, Balkan Sosyal Bilimler Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 17-27.

Bilal TUNÇ

DİNLER, Veysel, “ *Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu*”, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2008, s. 19-28.

DÖNMEZ, Gökhan, “*2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Türkiye’de Meclis Soruşturması*”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:25, Sayı: 42, 2020, s. 39-66.

EKİNCİ, Bezar Eylem “ *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı Bakımından Bildirim Usulünün Kapsamı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:68, Sayı:4, 2019, s. 753-794.

ERCAN, Mehmet Sercan, “*Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Siyasal Parti Yasakları*”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 2016, s. 49-70.

ERDEM, Fazıl Hüsnü, “*1982 Anayasasının Serüveni*”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, Sayı:15, 2016, s. 128-173.

ERDEM, Jülide Gül, “*Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği*”, *Akademik Hassasiyetler Dergisi*, Cilt:4, Sayı:8, s. 19-44.

EROĞUL, Cem, “*Altıncı Anayasa Değişikliği*”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt:25, Sayı:231, s. 271-288.

ESEN, Bülent Nuri, *Anayasa Hukuku*, Resimli Posta Matbaası, Ankara 1970.

EVREN TOPUZKAMIŞ, Şafak, “ *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:21, Özel Sayı, 2019, s. 1782.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “*2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md 13.*”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:18, Sayı:1, 2002, s. 111-149.

GÖDEKLİ, Mehmet, “*Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016, s. 1815-1924.

GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa 2000.

- GÖZLER, Kemal, “*Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4, 2001, s. 35-52.
- GÜMÜŞ, Mustafa, “*Dernekler Mevzuatında Son Dönemde Yapılan Değişikliklerin Örgütlenme Özgürlüğüne Etkileri*”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt:80, Sayı:3, 2022, s. 469-501.
- GÜNDÜZ, F. Ebru ve ÇEBİ BUĞDAYCI, M. Özge, “*Sosyal Devlet İlkesinin Gereği Olarak Kamuda İstihdam Zorunluluğu*”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:1, 2021, 183-133.
- İBA, Şeref, “*Türk Parlamento Hukuku Açısından Son Anayasa Değişiklikleri*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:51, Sayı:1, 2002, s. 79-95.
- KAHVECİ, Mustafa ve PELEK, Selin, “*Asgari Ücret ve Politika: Asgari Ücreti Seçimler mi Belirliyor?*”, Amme İdare Dergisi, Cilt:54, Sayı:1, 2021, s. 99-131.
- KANDEMİR, Murat, “*Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı*”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt:4, Sayı:39, 2013, s. 167-214.
- KARAKOÇ, Rıfat , “*1982 Anayasası'nın Siyasi Partilere İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme*”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, 2013, s. 55-70.
- KARAN, Ulaş, İfade Özgürlüğü (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2018.
- KATOĞLU, Tuğrul, “*Devlet Güvenlik Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulünün Genel Yargılama Usulünden Farkları*”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:49, Sayı:3, 1994, s.255-274.
- KILIÇ, Fethi ve YALÇIN ATALAY, Nurhan, “*1982 Anayasasında 2010 Tarihine Kadar Yapılan Değişiklikler*”, Sosyal, Beşeri ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt:6, Sayı:5, 2023, s. 691-700.
- KILIÇOĞLU, M. Sinan, “*1982 Anayasası'nın Bir İmkânsız: “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar” İlkesi*”, Erzincan Binali Yıldırım

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:20, Sayı:3-4, 2016, s. 1-14.
- KOÇ, Emin, “*Türk Hukuku’nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:145, 2019, s. 301-348.
- KUBALI, Hüseyin Nail Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler), Kurtulmuş Matbaası, İstanbul 1971.
- KURŞUNCU, Talip ve SAFİ, İsmail, “*Referandum ve Plebisit Kavramları Doğrultusunda Türkiye’nin Referandum ve Plebisit Tarihi*”, International Journal of Entrepreneurship and Management Inquiries, Cilt:7, Sayı:13, 2022, s. 204-223.
- NACAK, Osman, “*Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Milli Güvenlik Kurulu Üzerindeki Etkileri*”, Yönetim ve Ekonomi Dergisi, Cilt:29, Sayı:2, 2022, s. 365-388.
- OLCAY, Suphan, “*Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu*”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, 2019, s. 225-264.
- ÖZERKMEN, Necmettin, “*Geçmişten Günümüze Türkiye’de Anayasa ve Yasalarda Sendikal Hakların Düzenlemesi ve Getirilen Kısıtlamalar*”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi, Cilt:43, Sayı:1, 2003, s. 239-257.
- ÖZTÜRK, İlhami ve SÜRER, Arif Emre, “*Siyasi Parti Kapatma Davalarının Hukuki Niteliği*”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt:79, Sayı:4, 2021, s. 1323-1356.
- PARLA, Taha, Türkiye’de Anayasalar, İletişim Yayınları, İstanbul 1971.
- SARAÇ, Osman, “*Milletlerarası Tahkim ve Uluslararası Yatırımlar*”, Maliye Dergisi, Sayı:140, 2022, s. 1-11.
- SAVAŞ, Vural Fuat, “*Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı:15, 1998, s. 79.
- SOSYAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 5. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1979.
- TANÖR, Bülent, İki Anayasa 1961-1982, 3. Baskı, BETA Yayınları, İstanbul 1994.

1982 Anayasası'ndaki İlk Değişiklikler Üzerine Tarihi ve Hukuki Açından Bir Genel Değerlendirme (1982-2001 Dönemi)

TUNÇ, Bilal ve ÇELİK, Erdal, “ *Türkiye'de Yapılan Halkoylamaları ve Bunların Ağrı'daki Yansımaları*”, Karadeniz Araştırmaları Dergisi, Cilt:18, Sayı: 71, 2021, s. 653-670.

TUNÇ, Bilal, *Türk Anayasa Tarihi ve Anayasaların Nitelikleri*, Aktif Yayıncılık, İstanbul 2023.

URAN, Peri, “*Anayasaların Başlangıç Kısımları*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:73, Sayı:1, 2015, s. 223-248.

YETKİN, Çetin, “*Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Olumsuz Etkileri*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, 2002, s.1-13.

YILMAZ, İbrahim, “*1982 Anayasasına Göre Yasama Organı Üye Sayısı ve Yasama Organı Üye Sayısında Meydana Gelen Değişiklikler*”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:2, 2021, s. 932-960.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, “*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu*”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12-13, Sayı:16-19, 2009, s. 159-195.

A LEGAL ASSESSMENT OF ISRAEL'S ATTACKS ON GAZA

Ezeli AZARKAN*

ABSTRACT

Since 1948, Israel has continued to violate human rights in the occupied Palestinian territories. Especially since 2006, it has been keeping hundreds of thousands of Palestinians living in the Gaza Strip under blockade. In reaction to this situation, on 7 October 2023, Palestinian resistance groups launched military attacks against Israel from the Gaza Strip. In response to this attack, the Israeli armed forces targeted the Gaza Strip and the West Bank. As a result of these attacks of the Israeli forces, 44 thousand people, mostly children and women, have been killed and more than a hundred thousand civilians have been injured. Since the first day, Israel has bombarded cities and towns continuously from the air, land and sea. Gaza in particular has been turned into an uninhabitable place. As a result of these attacks disregarding the rules of international humanitarian law, Israel has committed crimes against humanity, war crimes and genocide.

* Prof. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: eazarkan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3243-1924.
Makalenin Gönderim Tarihi : 06.06.2024.
Makalenin Kabul Tarihi : 26.12.2024.

In this study, the crime of genocide, one of the crimes committed by Israel in Gaza, is analysed on the basis of the cases in international criminal courts and the case brought by the Republic of South Africa against Israel in the International Court of Justice.

Keywords: Genocide, Palestine, Gaza, war crimes, crimes against humanity.

İSRAİL'İN GAZZE'YE SALDIRILARINA İLİŞKİN HUKUKİ BİR DEĞERLENDİRME

ÖZ

1948 yılından beri, İsrail işgal altında tuttuğu Filistin topraklarında insan hakları ihlallerini sürdürmektedir. Özellikle 2006 yılından bu yana Gazze Şeridi'nde yaşayan yüzbinlerce Filistinliyi abluka altında tutmaktadır. Bu duruma tepki olarak 7 Ekim 2023 günü Gazze Şeridi'nden İsrail'e yönelik Filistinli direniş grupları tarafından askeri saldırılar gerçekleştirildi. Bu saldırıya karşılık İsrail silahlı kuvvetleri Gazze Şeridi ve Batı Şeria'yı hedef aldı. İsrail güçlerinin bu saldırıları sonucu şimdiye kadar çoğunluğu çocuk ve kadınların oluşturduğu 44 bin kişi ölmüş ve yüz binden fazla sivil yaralanmıştır. İsrail ilk günden itibaren havadan, karadan ve denizden aralıksız olarak şehirleri ve kasabaları bombaladı. Özellikle Gazze yaşanılmaz bir yer haline getirildi. Uluslararası insancıl hukuk kurallarını hiçe sayan bu saldırılar sonucunda İsrail insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırım suçunu işlemiştir.

Bu çalışmamızda İsrail'in Gazze'de işlemekte olduğu suçlardan soykırım suçu uluslararası ceza mahkemelerinde görülen davalar ile Güney Afrika Cumhuriyetinin İsrail'e karşı Uluslararası Adalet Divanında açtığı dava esas alınarak incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Soykırım, Filistin, Gazze, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar.

I. INTRODUCTION

In this study, the crime of genocide, one of the crimes committed by Israeli forces in Gaza and the West Bank since October 7, 2023, is evaluated in terms of international law. Since October 2023, Israeli forces have committed crimes against Palestinians such as collective punishment, deliberate testing of all kinds of weapons on Palestinians,

gross human rights violations against Palestinian hostages and prisoners, destruction of property, blockade, restriction of all kinds of mobility, targeting the infrastructure necessary for civilian life in Gaza, forced displacement of Palestinians and ethnic cleansing. These crimes constitute crimes against humanity, war crimes and genocide.

Methodologically, this study uses a qualitative approach based on a wide range of sources, including international legal documents, reports by human rights organizations, and academic articles. This approach facilitates a nuanced understanding of the profound impact of the crimes committed by Israeli forces on the fabric of Palestinian society.

In conclusion, this study argues that the Israeli occupation and attacks constitute a structured approach to the subjugation of Palestinians and are contrary to the fundamental principles of international humanitarian law. It underscores the urgency of protecting human rights and dignity in the face of conflict and occupation, and calls for a concerted international effort to address and prevent Israeli attacks and to hold perpetrators to account before the judiciary.

II. PALESTINE

The state of Palestine, which is recognized as a state by 146 member states of the United Nations (UN)¹ and has the status of an observer state to the UN, geographically consists of the West Bank and Gaza.

The West Bank, including East Jerusalem, forms the bulk of the occupied Palestinian territory. It covers an area of 5,655 km². It is home to 2.9 million Palestinians². The West Bank is geographically separated from Gaza and fragmented by Israeli settlements.

¹ See for detailed information. <https://www.aljazeera.com/news/2024/5/22/mapping-which-countries-recognise-palestine-in-2024> (15.10.2024)

² See for detailed information. https://en.wikipedia.org/wiki/State_of_Palestine (08.09.2024)

Under the Oslo Accords, the West Bank was divided into three areas³. Areas A, B and C. The administrative authority of these areas is divided between the Palestinian Authority and Israel. Area A covers 18% of the West Bank and is under the full administrative control of the Palestinian Authority. Area B covers 22% of the West Bank and is under the administrative control of the Palestinian Authority and under Israeli security control. Area C covers 60% of the West Bank is under full Israeli administrative and security control. Since the 1967 Israeli-Arab War, Israel has built 279 settlements in the West Bank for Jewish citizens⁴. Through these new settlements, Israel has acquired 185,329 dunams of Palestinian land. The UN Security Council has adopted several resolutions declaring that these settlements “have no legal validity and constitute a flagrant violation of international law and a major obstacle to the achievement of a just, lasting and comprehensive peace for a two-state solution”⁵. Despite this, the number of Israeli settlers in the West Bank rose to over 700,000 in 2023⁶. The Chief Prosecutor of the International Criminal Court (ICC) has stated that “there is a reasonable basis to believe that the Israeli authorities have committed war crimes, particularly in relation to the settlement of Israeli Jews in the West Bank”⁷.

³ See for detailed information. <https://www.refworld.org/legal/agreements/par/1995/en/20547> (08.09.2024)

⁴ See for detailed information. <https://www.un.org/unispal/document/human-rights-council-hears-that-700000-israeli-settlers-are-living-illegally-in-the-occupied-west-bank-meeting-summary-excerpts/> (11.07.2024)

⁵ Megarry Brain ,” Introductory Note To United Nations Security Council Resolution 2334”, International Legal Materials, Vol. 56, Is.3, 2017.p.645.

⁶ See for detailed information. <https://www.un.org/unispal/document/human-rights-council-hears-that-700000-israeli-settlers-are-living-illegally-in-the-occupied-west-bank-meeting-summary-excerpts/> (11.07.2024)

⁷ Situation In The State Of Palestine, https://www.icc.cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2020_00161.PDF (11.07.2024)

III. THE HISTORY OF THE ISRAEL-PALESTINIAN CONFLICT

Until the First World War, Palestine was a territory under the Ottoman Empire. During World War I, Jewish immigration to Palestine increased with the British Foreign Secretary Arthur James Balfour declaration on November 2, 1917. By 1948, Palestine had a significant Jewish population. In 1947, the UN General Assembly proposed a major partition plan to end the Jewish-Arab conflict. According to the new plan, Jews, who owned only seven percent of the land, would receive 55 percent of Palestine, while Palestinians would receive 42 percent⁸. Many Jews were happy with the outcome at the UN. But the resolution was nevertheless opposed by some hardliners, such as the Arab League, which decided to create the Arab Liberation Army against the UN plan.

On May 14, 1948, Britain withdrew its troops from Palestine. On the same day, the Jews declared the establishment of Israel. Before the creation of the Jewish state, the Jews had well-developed state institutions, as many state institutions had been in operation during the British Mandate. In addition, the Jews had built up a powerful army of paramilitary forces. In the aftermath of the Nakba⁹, a massive campaign

⁸ See for detailed information <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-185393/> (14.07.2024)

⁹ On April 8, 1948, the Deir Yassin village massacre took place. Before the massacre, the village signed a non-combat agreement with neighboring Jewish settlements to avoid a sudden attack (see Khalidi 1999). The village also refused to participate in resistance activities led by Abdel-Qader al-Husseini, preferring to remain neutral. Nevertheless, the village, located in West Jerusalem, was attacked by Jews before dawn while most of the villagers were asleep. These troops marched from house to house and massacred the village with grenades, rifles and explosives. Whole families were killed both inside their homes and outside as they fled into the alleyways. Houses in the village were looted and money and jewelry was taken from the corpses. Some of the human corpses from the village were burned and others, along with the survivors, were loaded onto trucks and driven around Jerusalem to be mocked and spat upon. As a result of the massacre, 250 non-combatants were killed and many more wounded. Deir Yassin became one of the darkest episodes in Palestinian history and a wound that never healed. Upon hearing of the massacre, the surrounding

of terror and intimidation was launched against the Arabs in order to cleanse the land of its indigenous population. Palestinian villages were crushed and weakened by British forces.

After the Nakba, the Gaza Strip came under Egyptian control, while Jordan declared control over the West Bank¹⁰. The Arab states that participated in the 1948 war, including Egypt, Syria, Lebanon and Jordan, signed ceasefire agreements with Israel in Rhodes, Greece, under the auspices of the United Nations¹¹.

In 1964, Palestinian resistance groups formed the Palestine Liberation Organization (PLO)¹². During the same period, the Fatah National Movement, led by Arafat, carried out several sabotage attacks against Israeli targets¹³. Fatah gained more prestige for its actions than the PLO.

In 1967, Egyptian President Abdel Nasser demanded that the UN emergency force, deployed since 1956 to keep the peace, withdraw from Sinai and be replaced by Egyptian troops. Israel saw this demand as a reason to attack Egypt¹⁴. On July 5, 1967, Israel destroyed Arab military jet squadrons in a matter of hours. This facilitated Israel's movement and advance on the ground and allowed it to end the war in six days. As a

villages were immediately evacuated for fear of the same fate. Deir Yassin became synonymous with the Nakba, the Arabic word for catastrophe, symbolizing the creation of Israel. It also served as a symbol and battle cry for many generations of Palestinians, even among moderates and intellectuals.

¹⁰ Bar-On, Mordechai, *The Gates of Gaza: Israel's Road to Suez and Back, 1955-1957*, St. Martin's Press. New York, 1994, p.171

¹¹ Egyptian-Israeli General Armistice Agreement, February 24, 1949, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/arm01.asp. (11.05.2024).

¹² Becker, Jillian, *The PLO: The rise and fall of the Palestine Liberation Organization*. AuthorHouse., 2014, s.41-48.

¹³ Becker, p.49-58.

¹⁴ Khalidi, Rashid, *The Hundred Years' War on Palestine: A History of Settler Colonialism and Resistance, 1917-2017*. Metropolitan Books, New York, 2020, p. 98.

result of the Six Day War, Israel captured Sinai, the Golan Heights, the West Bank, East Jerusalem and Gaza¹⁵.

After the Six Day War, the intifada began in Palestine on December 8, 1987¹⁶, as political developments in Palestine did not produce a lasting solution and socio-economic conditions deteriorated. Palestinians were fed up with political uncertainty and discriminatory policies implemented by Israel. The main catalyst for the outbreak of the intifada was the crushing death of four Palestinian workers by an Israeli truck¹⁷. Palestinians participating in the Intifada called for a solution to the conflict, as well as an end to the Israeli occupation and a halt to Israeli settler expansion.

The Intifada continued for five years, ending in 1993 with the signing of the Oslo Accords between the PLO and Israel. More than a thousand Palestinians were killed and thousands injured. The Intifada was a crucial historical turning point in the conflict, as it pursued a non-violent approach and succeeded in drawing the world's attention to Israel's oppression of the Palestinians.

In parallel, secret peace talks between the PLO and Israel were taking place in Oslo. The negotiations lasted for several years and culminated in the signing of the Oslo Accords in Washington on December 13, 1993¹⁸. The main principles of the agreement were as follows: First, the PLO must recognize the legitimate existence of Israel as a Jewish state. Second, Israel, in return, must recognize the PLO as the sole representative of the Palestinians, but must state that this does not imply recognition of a sovereign state or political will. Third, the PLO should cease its attacks and operations against Israel and instead rely on peaceful negotiations. Fourth, the PLO should end armed resistance in the occupied Palestinian territories and strengthen security coordination with Israel to combat terrorism. Fifth, Israel would gradually withdraw from some territories in Gaza and the West Bank and grant autonomy to the

¹⁵ Mohammad, Kardo Karim Rached , Bali, Ahmad Omar , “The Six-Day War and Its Impact on Arab and Israeli Conflict”, History Research, Mar.-Apr., 2017, Vol. 7, No. 2, p.91.

¹⁶ Pappé, Ilan, The biggest prison on earth: A history of the occupied territories. London, UK: Oneworld Publications,2017, p. 173- 190.

¹⁷ Pappé, p.173, Khalidi ,p. 168.

¹⁸ Shlaim, Avi. “The Oslo Accord”. Journal of Palestine Studies, Vol. 23, No.3,1994, p.24.

Palestinians¹⁹. Other complex issues of Palestinian concern, such as the right of return of Palestinians, Palestinian refugees, East Jerusalem, Israeli settlements, borders and other arrangements were to be discussed three years after the signing of the agreement. However, none of these issues have been resolved to date.

The failure of Oslo to give the Palestinians unconditional political will and an independent and sovereign Palestinian state led to the outbreak of a second Intifada around September 2000²⁰. The uprising erupted after Ariel Sharon visited the Al-Aqsa Mosque with dozens of security guards as part of his election campaign²¹. Sharon's provocative visit led to widespread demonstrations and strikes. The second Intifada was even more violent, as it witnessed a wave of suicide attacks against Israeli targets, mostly carried out by Hamas²². The increased use of live ammunition by Israeli forces caused a shocking number of casualties among Palestinians. Israel then used tanks, helicopters and artillery to suppress the demonstrators.

In 2002, Israeli forces surrounded Yasser Arafat's headquarters in Ramallah, where he was terminally ill²³. The Palestinian leader died in Paris on November 11, 2004. After Yasser Arafat's death, Mahmoud Abbas was appointed PLO chairman. In 2005, Abbas became Palestinian president.

In 2005, Israel unilaterally decided to withdraw all its troops and settlers from Gaza. However, the surprise withdrawal from Gaza later became an excuse for Israeli crimes and attacks in the Gaza Strip. This withdrawal was seen as an attempt to repair Israel's damaged image after the two Intifadas and to give the impression of goodwill and a serious intention to negotiate with the Palestinians. However, this withdrawal

¹⁹ Shlaim. 25-27.

²⁰ Pressman, Jeremy. "The second intifada: Background and causes of the Israeli-Palestinian conflict", *Journal of Conflict Studies*, Vol 23, No.2,2003, p.114-133.

²¹ Pearlman, W. *Violence, nonviolence, and the Palestinian national movement*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2011,p.150.

²² Brym, J. Robert, Araj, Bader., "Suicide bombing as strategy and interaction: The case of the second intifada", *Social Forces*, Vol.84, No.4,2006 p.1970.

²³ Khalidi, p.214.

turned out to be part of a different plan. After Israel's withdrawal, it imposed a blockade on Gaza.

With the inaction of the international community and the continued support of the United States, Israel has been emboldened to commit more crimes against the residents of Gaza. Between 2005 and 2014, Israel launched more than five major attacks on Gaza. More than four thousand Gazans were killed and tens of thousands injured. In addition, thousands of buildings were destroyed, including civilian apartments, universities, UN schools and government facilities²⁴. In the 2014 offensive alone, Israel carried out more than 6,000 airstrikes²⁵.

IV. ISRAEL'S ATTACK ON GAZA

By October 7, 2023, the political, military and economic blockades imposed by Israel had exhausted the Palestinian people.

On the morning of October 7, the Kassam Brigades, the military wing of Hamas, launched armed attacks on Israeli-occupied Palestinian territories, Jerusalem and some Israeli cities. In these attacks, dubbed the "Al-Aqsa Flood", according to the first Israeli statements, over 1200 people were killed and over 240 were captured by the Kassam Brigades²⁶.

After these attacks, the Israeli Air Force launched attacks on Gaza. Israeli Prime Minister Binyamin Netanyahu said that they were in a state of war, while Israeli Defense Minister Yoav Gallant said that the supply of electricity, fuel and food to the Gaza Strip had been completely cut off and that they had begun a "total" blockade²⁷.

²⁴ Human Rights Watch Report 2014. https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2023/01/HRW%20World%20Report%202014.pdf (11.05.2024)

²⁵ Khalidi, p.223.

²⁶ See for detailed information <https://www.aljazeera.com/news/2023/11/10/israel-revises-death-toll-from-october-7-hamas-attack-to-1200-people> (17.07.2024)

²⁷ Acer, Yücel, "Israel's Crimes in Gaza", TYB Akademi, vol.14,No.41,2024, p.274.

These statements by Israeli officials and the military attacks since October 7 have no legal legitimacy²⁸. Under Article 8 of the Constitutive Treaty of the International Criminal Court (ICC), the planning, preparation, initiation and execution of an act of aggression by a person or persons exercising or directing effective control over political or military institutions constitutes the crime of aggression. This offense gives rise to the personal criminal responsibility of political and military leaders who initiate and wage war²⁹.

Israel's military attacks and other military measures target Gaza as well as the West Bank and Jerusalem. In the ground and aerial attacks carried out by the Israeli army, civilian places are directly targeted and civilians are deliberately killed and injured³⁰. Israel's attacks on Gaza are in clear violation of International Humanitarian Law.

V. THE LEGAL NATURE OF THE CRIME OF GENOCIDE COMMITTED BY ISRAEL IN GAZA

Developments in international human rights law in the post-World War II period have led to significant advances in the legal framework of individual responsibility. The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide is the best example of this. This Convention, which was concluded in peacetime, outlined the framework of individual responsibility for genocide.

The Genocide Convention has been ratified by many states. The Convention's provisions on genocide and individual responsibility have become part of customary international law and general principles of international law.

Before the 1948 Genocide Convention was signed, there was no specific provision in international law on the prohibition of genocide in peacetime. Until this period, the act of genocide was dealt with within the framework of crimes against humanity and war crimes. The "Convention

²⁸ Aral, Berdal, "Israel's Fateful March: From Settler Colonialism to Genocidal State", *Insight Turkey*, Fall 2023, Vol. 25, No. 4, 2023, p.184-185.

²⁹ Acer, p. 279.

³⁰ Aral., p.186.

on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, signed in 1948, clearly defines genocide as a crime under international law³¹. Furthermore, in its advisory opinion on reservations to the Genocide Convention of 28 May 1951, the International Court of Justice (ICJ) stated that the principles underlying the Genocide Convention are those recognized by civilized nations³². This decision confirmed that the prohibition of genocide is a general principle of international law.

Article 2 of the Genocide Convention defines genocide as the following acts committed against all or part of the members of a race, nation, ethnic group or religious group.

-Killing of group members,

-Grievous damage to the minds or bodies of group members,

-Deliberately harming the living conditions of all or some members of the group, deliberately inflicting physical harm on them,

-Forcing people to take measures to prevent birth in order to prevent the group from reproducing,

-Forcibly transferring children from one group to another³³.

Article 4 of the relevant Convention states that superiors, public officials and individuals who plan an act of genocide or other acts referred to in Article 3 of the Convention, such as directly or indirectly inciting or encouraging the commission of genocide, or assisting in the commission of the crime of genocide, shall be punished.

The Convention states that genocide can occur even if there is an intention to destroy a group only partially. According to the Convention, the crime of genocide will occur if any of the acts defined in Article 2 are

³¹ Graditzky, Thomas., “Individual Criminal Responsibility For Violations of International Humanitarian Law Committed in Non- International Armed Conflict”, IRRC, No. 822, March 1998, p.30-31.

³² Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510410-ORA-01-00-BI.pdf> (11.05.2024).

³³ For the text of the Convention see https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf (10.05.2024)

committed. The Convention defines all of the following acts as acts of genocide if they are committed with the intent to commit genocide. These acts include: raids, arbitrary arrests and imprisonment, any act causing serious bodily or mental harm, deprivation of food, fuel, shelter and means of subsistence in camps, depriving victims of medical care, causing injury or disease, forced sterilization, gang rape or separation of men from women, and transfer of children from the victim group to the perpetrators' group. The words or actions of perpetrators are evidence of genocidal intent. Perpetrators can be state or non-state actors.

The Convention applies in times of war and peace. States are obliged not only to punish genocide after it has occurred, but also to prevent it. The Convention includes two new concepts in terms of individual criminal responsibility. The first one is 'command responsibility', which means that not only those who commit the crime but also those who have authority over them are considered guilty. The second is universal jurisdiction. Thanks to this authority, perpetrators can be arrested and tried in any country, not only in their own country or the country where the crime was committed. Both of these concepts are included in the Rome Statute of the International Criminal Court.

The Genocide Convention states that individual responsibility is not extinguished by virtue of being a public official or legally responsible executive (art. 4). Article 5 of the Convention states that effective penalties must be imposed on those who commit the crime of genocide and on individuals who commit the crimes specified in Article 3. Article 6 of the Convention stipulates that those who commit the crime of genocide and those who commit the acts listed in Article 3 must be tried in the courts of the State where the act occurred or in an international criminal court whose jurisdiction is recognized by the parties concerned³⁴.

In the absence of an international criminal court established for the purpose of prosecuting the crimes set out in the Convention, the

³⁴ Rosenne, Shabtai, "War Crimes and State Responsibility", War Crimes in International Law ,Ed. Yoram Dinstein And Mala Tabory , The Hague , Martinus Nijhoff Publishers, 1996,s.91. Sunga, Lyal S., Individual Responsibility in International Law For Serious Human Rights Violations , Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers , 1992.,p.70.

prosecution of individuals who commit such crimes is primarily the responsibility of the State where the crime occurred (Article 6).

The Convention states that the legal framework for gross violations of human rights that require special arrangements should be determined in the context of international law, with the cooperation of the international community. The Convention emphasizes that the rules of international law applicable to genocide should be implemented within an institutional framework³⁵.

Apart from the Genocide Convention, the crime of genocide is also recognized as a gross violation of human rights in the Geneva Conventions³⁶. In order for the provisions of the Geneva Conventions to be effective, States Parties have the responsibility to make the necessary legal arrangements to adapt these provisions to their domestic laws. If these arrangements are not made, the Convention does not include measures and sanction mechanisms to ensure that states implement the provisions of the Convention³⁷.

However, the Genocide Convention stipulates that the crime of genocide is a type of international crime and is part of the general principles of international law. Therefore, it is to envisage that the provisions of the Convention apply to persons under international law, not only for a reason arising from the Convention, but also because it is a general principle of international law.

VI. THE CRIME OF GENOCIDE IN THE DECISIONS OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS

The first of the international criminal tribunals, the Nuremberg International Criminal Tribunal, was an ad hoc court. It was established to try crimes committed during World War II. Since the Tribunal was established before the Genocide Convention, it dealt with the crime of genocide within the scope of crimes against humanity.

The indictments of the Nuremberg International Criminal Tribunal state that genocide is an international crime committed on

³⁵ Sunga, p.71-72.

³⁶ Sunga, p.72.

³⁷ Sunga, p.72.

political, racial, religious or other grounds. Although the Nuremberg Tribunal condemned this crime, it did not explicitly treat it as a type of crime in its own right³⁸.

The only reference to the crime of genocide was made in the Nuremberg trial of Hermann Goering³⁹. In the Goering trial, the Nuremberg Tribunal stated that Goering authorized the use of civilians as slaves. In addition, the Court charged Goering with violations of the laws and customs of war and crimes against humanity for preparing and implementing genocidal policies against Jews and other races. In addition, the Court found Goering guilty of individual criminal responsibility for failing to take measures to prevent those under his command from committing such crimes⁴⁰ and sentenced him to death⁴¹.

The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), established in the 1990s for crimes committed during the armed conflicts in Yugoslavia and Rwanda, have both dealt with the crime of genocide.

When the judgments of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda are evaluated, it is observed that the elements of the crime of genocide are subject to a binary distinction. The courts have stated that the constitutive elements of the crime of genocide are the material element and the subjective element. In the decisions of the courts, the essential element in the crime of genocide is the specific intent inherent in the crime of genocide. Therefore, the perpetrator who commits any of the acts falling under the material element must commit his/her acts with the aim of the total or partial destruction of the group.

When we examine the Statute of the ICTY, the crime of genocide, as defined in Article 4 of the Statute, includes two basic elements. These are; (a) the act must be a prohibited act, (b) it must have

³⁸ Moris ,Virginia, Michael P. Scharf, An Insider's Guide to The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia , Vol. 1 , New York , Transnational Publishers,1995,p.85.

³⁹ Hermann Goering was the most important person in Nazi Germany after Hitler. Until 1943, when his relations with Hitler broke down, Goering was one of the most influential people on Hitler in military and political matters.

⁴⁰ Moris , Scharf,,p.85.

⁴¹ Ball, Howard, Prosecution War Crimes and Genocide: The Twentieth Century Experience, Kansas, University Press of Kansas,1999, p.51

the purpose of destroying all or part of the members of a national, ethnic, racial or religious group. The definition of genocide in Article 4 of the ICTY is a definition within the jurisdiction of the court. Therefore, in order to better understand genocide, it is necessary to consider the prohibited acts that are within the jurisdiction of the court.

Genocide, as defined in Article 4 of the ICTY Statute, is listed among the prohibited acts in the context of the crimes against humanity specified in Article 4 (2) (a, b, c). The relevant article lists some of the acts that fall under this crime as follows: the killing of members of the group, torture, starvation, rape committed systematically in specially prepared places, other acts that instill fear in people, forcible confinement of people from their homes, other acts that cause severe physical and mental harm, and acts that cause the physical destruction of part or all of the group by deliberately harming the living conditions of the group members⁴².

The Court issued its first judgment on genocide in 2011 in the Krstić case. The conviction of Radislav Krstić became the first high-ranking official to be linked to the mass killings in Srebrenica. Krstić was charged with genocide or complicity in genocide, persecution, extermination, murder and forcible transfer or deportation under Articles 7(1) and 7(3) of the Statute for his role in the events that followed the attack by Serb forces on the town of Srebrenica between July and November 1995.

The Court therefore considered whether there was an “intent to destroy a group in whole or in part” as defined in the Genocide Convention and thus whether the killings amounted to genocide. Furthermore, in its judgment on the crime of genocide, the Court emphasized that genocide requires the existence of a specific intent to destroy a victim group, which emphasizes the comments made earlier before the International Criminal Tribunal for Rwanda. In its judgment, the Court also stated that genocide “encompasses only acts committed with the intent to destroy all or part of a group”. The Court discussed how the destruction of a group can take place in the context of genocide. The Court found that customary international law limits the crime of genocide

⁴² In the Celebici case, the ICTY sentenced Delalic, Mucic, Delic, Delic, Landzo for the offences of torture, rape and inhuman treatment. (Case no. IT-96-21-T 16 January 1998).

to the physical and biological destruction of all or part of a group. The Court considered that “where physical or biological destruction is involved, there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group, and these attacks are legitimately taken as evidence of an intention to physically destroy the group”. It therefore concluded that the deliberate destruction of mosques and houses belonging to Bosnian Muslims was in fact evidence of an intention to destroy the group.

The ICTY Appeals Chamber overturned the ICTY Trial Chamber's genocide judgment. The Appeals Chamber concluded that: “Even if it is accepted that Krstić was aware on the basis of these reports that executions were taking place in the Zvornik Brigade's area of responsibility, this knowledge cannot support the conclusion that he harbored genocidal intent. There is no evidence that Radislav Krstić actually directed these executions or supervised their execution by the Zvornik Brigade.”⁴³ Furthermore, the Appeals Chamber held that Radislav Krstić's knowledge of these executions was not sufficient to support the conclusion that he shared the intent to commit genocide⁴⁴. In light of the above arguments, the Appeals Chamber reversed the conviction for genocide and found him criminally responsible for aiding and abetting genocide, which requires a lower threshold of intent.

In 1998, when the International Criminal Tribunal for Rwanda convicted Jean-Paul Akayesu⁴⁵ of genocide, it was a landmark decision in international criminal law. It was the first conviction to apply the Genocide Convention's definition of genocide as contained in the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda. In applying the definition, the Court also interpreted the elements of the crime, including genocidal intent. The Court held that genocide does not involve the actual destruction of the entire group, but that one of the acts set out in Article 2 of the Statute is committed with genocidal intent to destroy in whole or in

⁴³ ICTR, Prosecutor v. Radislav Krstić, Appeal Judgment, Case No. IT-98-33-A, Appeal Chamber, 19 April 2004, para. 111.

⁴⁴ ICTR, Prosecutor v. Radislav Krstić, p. 121

⁴⁵ Jean-Paul Akayesu is a person found guilty by the ICTR of crimes of genocide and crimes against humanity, which he participated in and directed during his term as mayor of the town of Taba, Rwanda.

part a specifically targeted group, namely a national, ethnic, racial or religious group⁴⁶.

The Court first considered the definition of “group”. It found that the common characteristic of the national, ethnic, racial or religious group protected by the Genocide Convention is that their membership “appears to be innate, permanent and generally irremediable and unchallengeable by the members of the group to which they belong”⁴⁷. The Court held that genocide is a type of crime in which victims are targeted not because of their qualities or characteristics or because of who they are, but because they are part of a group.

In its judgment, the Court referred to the Karadzic and Mladić cases of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to illustrate the facts from which specific intent can be inferred. Furthermore, the Court stated that the following circumstances could be taken into account when assessing specific intent: (i) the general political situation giving rise to the acts in question, (ii) the repetition of subversive and discriminatory acts, (iii) the commission of acts which violate the very basis of the group or which are recognized as such by the perpetrators; (iv) other acts committed systematically against the same group, (v) the scale and general nature of the attacks and the deliberate and systematic targeting of the victims on account of their membership of a particular group⁴⁸.

Having regard to the foregoing, the Court finds that, on the basis of the acts and words of the accused, the accused bears individual criminal responsibility for ordering, committing or otherwise aiding and abetting the commission of the acts and for direct and public incitement to commit genocide. This was established through speeches made by the accused on various occasions in which he more or less explicitly called for the commission of genocide⁴⁹. Furthermore, the genocidal intent of the accused is inferred beyond reasonable doubt from the very high number of crimes committed against the victim group, their widespread prevalence throughout the country, and the deliberate and systematic

⁴⁶ 9 ICTR, Akayesu, para 497.

⁴⁷ 9 ICTR, Akayesu, para. 511.

⁴⁸ 9 ICTR, Akayesu, para. 728..

⁴⁹ 9 ICTR, Akayesu, para. 729.

selection of victims because they belonged to a particular group⁵⁰. Subsequent cases at the ICTR were decided on the basis of the Akayesu case as a basis for determining genocidal intent.

In the Akayesu judgment, the Court interprets “intent to destroy” as a special intent. In the decision, it is stated as “special intent that the perpetrator intends to carry out the acts that are necessary as a constitutive element of the offense and that are explicitly attributed to the perpetrator”⁵¹. In the Akayesu judgment, the important element of “intent” is that the perpetrator targets a group because they belong to a group and has the desire to bring destruction to the group⁵². To this end, the Court presented a long list of possible evidence to establish intent.

It should be noted that the Court dealt with a ‘clear’ case of genocide in the Akayesu judgment, and the intent to destroy was inferred without controversy. In its subsequent cases, the Court followed the Akayesu judgment and required the existence of an “intent to destroy one of the protected groups” for the act to be considered genocide. These cases include Musema, Kayishema and Ruzindana. In Musema, the Court followed the purpose-based approach of the Akayesu judgment⁵³. Furthermore, in Kayishema and Ruzindana, the Court referred to Akayesu’s ruling that intent can be difficult to ascertain, that the accused’s “actions, including circumstantial evidence, may provide sufficient evidence of intent” and that “intent can be inferred from words or actions and demonstrated by a deliberate pattern of action”⁵⁴.

The Genocide Convention was first implemented at the international level through the ad hoc tribunals in Rwanda and the former Yugoslavia. Cases relating to the crime of genocide are also pending before the ICC.

⁵⁰ 9 ICTR, Akayesu para. 730.

⁵¹ Dick De Mildt, *The Name of People : Perpetrators of Genocide in The Reflection of Their Post-War Prosecution in West- Germany*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p.19-40.

⁵² Rather , Steven R, Jason , Abrahams: *Accountability For Human Rights , Atrocities in International Law* , Oxford , Clarendon Press, 1997,p.163-64. Beigbeder, Yves, *Judging War Criminals*, London, Macmilan Press and St. Martin Press, 1999, p.54-55.

⁵³ ICTR, Musema, supra note 185, para.166.

⁵⁴ 4 ICTR, Kayishema and Ruzindana, supra note 134, para.93 and 527.

The ICC Statute was signed in Rome in 1998. The Court became operational in 2002. Today, more than 120 states are parties to the ICC Statute. It completed its first trial in 2012 and issued numerous arrest warrants. One of the ICC's arrest warrants is the arrest warrant against former Sudanese President Omar al-Bashir for gross human rights violations committed against ethnic groups in the Darfur region of Sudan. The problems in Sudan's Darfur region stemmed from clashes between rebel groups from South Sudan and the Khartoum-based government due to the uneven distribution of power and wealth between South and North Sudan. Attacks by rebel groups and retaliation by the Sudanese government have led to unprecedented gross human rights violations in the Darfur region. Many residential areas were attacked by Sudanese government troops and armed militias. In these attacks, many people were killed, women were raped, water was deliberately polluted and mass killing campaigns were organized⁵⁵.

The UN observers' report on the region was crucial as it set out the UN position on the Sudanese government's acts of violence in Darfur. The report concluded that the Sudanese government was not engaged in a campaign of genocide and excluded state responsibility for genocide, basing its reasoning on the lack of genocidal intent on the part of government officials, but allowed competent courts to comment on the possibility that genocide may have been committed by individuals in Darfur⁵⁶.

In 2009, the International Criminal Court issued an arrest warrant against al-Bashir for war crimes and crimes against humanity in Darfur for the grave human rights violations committed in Darfur. However, the Prosecutor's genocide application was rejected by the Court on the grounds that there were no reasonable grounds to believe that the individuals in question acted with genocidal intent. The decision was criticized for the high standard of intent required⁵⁷. Following an appeal

⁵⁵ 8 Report to the UN Secretary-General, issued by the UN International Commission of Inquiry on Darfur, para. 62, https://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (24.08.2024)

⁵⁶ 8 Report to the UN Secretary-General, issued by the UN International Commission of Inquiry on Darfur, p.4.

⁵⁷ Claus Kreß, "The Crime of Genocide and Contextual Elements, A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case", *Journal of International Criminal Justice*, Volume 7, 2009, p.304-306

by the Prosecutor, the Pre-Trial Chamber issued a second arrest warrant for genocide in February 2010, this time on reasonable grounds. The charges against al-Bashir included, inter alia, genocide under Articles 6(a) (genocide by killing), 6(b) (genocide by causing serious bodily or mental harm) and 6(c) (genocide by deliberately inflicting on each target group conditions of life calculated to lead to its physical destruction) of the Rome Statute⁵⁸.

The al-Bashir case will provide insight into the Court's approach to genocidal intent. However, until al-Bashir is arrested and brought before the court, his case will remain at the Pre-Trial stage. The case against al-Bashir is on hold because Sudan has so far refused to cooperate with the ICC. The Court's arrest warrant will differ from arrest warrants issued by ad hoc tribunals in terms of permanence and long-term effectiveness.

If the arrest warrant against al-Bashir becomes a case, it will be the first time the ICC has dealt with the issue of genocide.

On November 21, 2024, Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court issued arrest warrants against Israeli Prime Minister Benjamin Netanyahu and former Defense Minister Yoav Gallant⁵⁹. The Court found them criminally responsible for crimes against humanity and war crimes. If this case continues, it is highly likely that the crime of genocide in Palestine will be added to the case. In this case, in addition to al-Bashir, Netanyahu and Gallant would be two senior statesmen who could be put on trial.

There is no real consistency in the interpretation of intent with respect to the crime of genocide as addressed in cases heard by both ad hoc international criminal tribunals and the ICC. Nevertheless, some of the judgments to date point to a clear trend towards an intent-based approach. Since Akayesu, it has been recognized that specific intent must be established by 'extrinsic evidence', i.e. circumstantial or circumstantial evidence. In Akayesu, the ICTR convicted perpetrators on the basis of their 'participation and foresight'. In its judgments, the ICTR

⁵⁸ See for detailed information. <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir> (19.08. 2024).

⁵⁹ See for detailed information. <https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges> (24.11.2024).

took into account the manner in which the perpetrator committed the act of killing in order to determine the intent of the perpetrator. In these judgments, factors such as the intent to commit genocide, if not admitted by the accused, the widespread and systematic nature of the killing⁶⁰, whether it was directed against a particular group⁶¹, the means used, how the persons killed were treated and whether the attacked persons were defenseless⁶² were taken into account.

In its decision, the ICTY adopted a narrower approach to genocidal intent. When trying to establish that a perpetrator's intention to destroy a group in whole or in part is 'beyond reasonable doubt', this can lead to problems in terms of proof. This is because intent refers to a person's state of mind and is very difficult to prove, unless that person clearly expresses his or her thoughts or admits to genocidal intent. However, the prolonged commission of acts falling within the scope of the Genocide Convention and their consequences are evidence of intent.

VII. ACTS OF GENOCIDE COMMITTED BY ISRAEL AGAINST PALESTINIANS SINCE OCTOBER 7, 2023

Looking at the historical process of Israel-Palestine relations and the decisions of the Courts, Israel's attacks on Gaza include many acts that are specified in the Genocide Convention and can be characterized as genocide crimes.

The subject of our study is Israel's attacks on Gaza after October 7, 2023. Today, these attacks continue to intensify. As a result of the Israeli attacks, Gaza has been cut off from communication and access to international media. At the same time, many Palestinian and foreign journalists have been killed by Israel. Israel has carried out many attacks on Palestinians in Gaza, including inflicting serious physical and mental harm and imposing living conditions aimed at their destruction as a group. These attacks include expulsion and mass displacement, large-scale destruction of homes and residential areas, deprivation of access to adequate food and water, deprivation of access to adequate medical care,

⁶⁰ ICTR, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Judgement, para. 173.

⁶¹ ICTR, *The Prosecutor V. Eliezer Niyitegeka*, Judgement, par. 440.

⁶² ICTR, *The Prosecutor V. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, Judgement, para. 390.

deprivation of access to adequate shelter, clothing, hygiene and sanitation, and measures and practices aimed at destroying the life of the Palestinian population in Gaza and preventing Palestinian births⁶³. To make this more concrete, the following attacks, actions and practices of Israel fall within the scope of the violations set out in the Genocide Convention, taking into account the decisions in the ICTY, ICTR and ICC proceedings.

Article 2 of the Convention defines the following acts against all or part of the members of a racial, national, ethnic or religious group as genocide:

- Killing of group members,
- Grievous damage to the minds or bodies of group members,
- Deliberately harming the living conditions of all or some members of the group, deliberately inflicting physical harm on them,
- Forcing people to take measures to prevent birth in order to prevent the group from reproducing,

All of the violations listed in the articles of the Convention have been and are being committed by Israel. The distinguishing feature of the crime of genocide from crimes against humanity and other crimes in the ongoing genocide trials concluded in ad hoc and permanent international criminal tribunals and the International Court of Justice is 'intent'. In the cases before the international courts, it is stated that intent can be inferred from the actions and statements made by the accused.

In the light of these decisions, we will list the statements and actions made by Israeli government officials, military officials, NGOs, etc. regarding the existence of the conditions for the crime of genocide, especially 'intent'. It is important to note here that there is a general consensus in the international community that these acts fall within the scope of crimes against humanity and war crimes. Those who commit these acts should be tried before international courts for crimes against humanity and war crimes. It should be noted that in addition to these

⁶³ Hasan Aamir, Buheji Mohamed, "A World Losing Its Legitimacy - Gaza From Collective Punish Till Ethnic Cleansing & Genocide", International Journal of Management (IJM) Volume 15, Issue 1, Jan-Feb 2024, p. 192-200.

crimes, these crimes also constitute the crime of genocide by Israel against the Palestinian people.

A. Recognition of Israel's Genocidal Intent against the Palestinians

It is possible to see the intention of the Israeli State authorities to commit acts of genocide in their statements since 7 October 2023⁶⁴. Some of these statements can be found in the genocide case file filed by the Republic of South Africa against Israel before the International Court of Justice. In this respect, this case file is an important source.

There are many statements by Israeli state officials that are instructive in revealing the genocidal intent⁶⁵. On October 13, 2023, Israeli Prime Minister Benjamin Netanyahu told the press, "We strike our enemies with unprecedented force..."⁶⁶. On October 15, 2023, at a time when 2,670 Palestinians, including 724 children, were killed in Israeli airstrikes, the Prime Minister said that Israeli soldiers "understand the scope of the mission" and are ready to "defeat the bloody monsters that oppose Israel"⁶⁷. On October 16, 2023, in an official address to the Israeli Knesset, the prime minister described the situation as "a struggle between the children of light and the children of darkness, between humanity and the law of the jungle"⁶⁸.

⁶⁴ Raz Segal and Penny Green, Intent in the genocide case against Israel is not hard to prove, <https://www.aljazeera.com/opinions/2024/1/14/intent-in-the-genocide-case-against-israel-is-not-hard-to-prove>, (10.07. 2024)

⁶⁵ Segal, Raz, and Luigi Daniele. 2024. "Gaza as Twilight of Israel Exceptionalism: Holocaust and Genocide Studies from Unprecedented Crisis to Unprecedented Change." *Journal of Genocide Research*, March, 1-10.

⁶⁶ See for detailed information. <https://www.reuters.com/world/middle-east/now-is-time-war-says-israels-military-chief-2023-10-12/> (15. 05. 2024)

⁶⁷ Israel Prime Minister's Office, PM Netanyahu asks Ministers to Rise for a Moment of Silence (15 October 2023), <https://www.gov.il/en/departments/news/spoke-start151023> (15.05. 2024).

⁶⁸ Israel Ministry of Foreign Affairs, Press Release: Excerpt from PM Netanyahu's remarks at the opening of the Winter Assembly of the 25th

On October 28, 2023, as Israel was preparing for a ground attack on Gaza, the Prime Minister recalled the biblical story of the complete destruction of Amalek by the Israelites and said, “Remember what Amalek did to you, our Bible says. And we remember.”⁶⁹. The Prime Minister referred again to Amalek in a letter sent to Israeli soldiers and officers on November 3, 2023⁷⁰. The relevant Bible passage reads as follows: “Go now, attack Amalek and destroy everything that belongs to him. Spare no one, but kill men and women, babies and nursing mothers, oxen and sheep, camels and donkeys”⁷¹.

On October 12, 2023, Israeli President Isaac Herzog made it clear that Israel does not distinguish between militants and civilians in Gaza, in a press conference with foreign media, referring to the Palestinians in Gaza: “There is a whole nation there. This means that this rhetoric about civilians not being informed or not being involved is absolutely false. ... and we will continue to fight until we break their backbone”⁷². On October 15, 2023, the President of Israel told foreign media that “we will root out evil so that something good will happen for the entire region and

Knesset's Second Session, 16 October 2023, <https://www.gov.il/en/departments/news/excerpt-from-pm-netanyahu-s-remarks-at-the-opening-of-the-knesset-s-winter-assembly-16-oct-2023>. (11.05.2024).

⁶⁹ Address by the Prime Minister of Israel, 28 October 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=IIPkoDk6isc>. Translation in, “Israel-Hamas war: 'We will fight and we will win', says Benjamin Netanyahu”, Sky News (28 October 2023), <https://news.sky.com/video/israel-hamas-war-we-will-fight-and-we-will-win-says-benjamin-netanyahu-12995212>. (12. 05. 2024)

⁷⁰ Prime Minister's Office in Hebrew, @IsraeliPM_heb, Tweet (11:43 am November 3, 2023), https://twitter.com/IsraeliPM_heb/status/1720406463972004198. (05. 11. 2023)

⁷¹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel) <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf>. p.60 (16.02. 2024) .

⁷² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip,p.60.

the world”⁷³. On 9 October 2023, Defense Minister Yoav Gallant stated that Israel “imposed a complete siege on Gaza, there is no electricity, food, water, fuel, everything is closed.”⁷⁴. Gallant went on to say that “we are fighting human animals and we are acting accordingly”⁷⁵. Gallant also said that he had “lifted all restrictions” on soldiers on the Gaza border, adding that “Gaza will never be the same. We will destroy everything. If not in a day, it will take a week. It will take weeks or months, we will reach everywhere.”⁷⁶. Gallant then announced that Israel had switched to a “full-scale response” and “lifted all restrictions” on Israeli forces⁷⁷.

On November 10, 2023, Israel’s Minister of National Security Itamar Ben-Gvir said in a televised speech: “To put it bluntly, Hamas are all terrorists and they must be destroyed”⁷⁸. On October 13, 2023, the Israeli Minister of Energy and Infrastructure ‘tweeted’ the following: “All civilian population in Gaza must leave immediately. We will win. They

⁷³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p.60.

⁷⁴ Statement by Yoav Gallant, 9 October 2023, 9 October 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=1nxvS9VY-t0>. Translation in Emanuel Fabian, “Defense minister announces ‘complete siege’ of Gaza: No power, food or fuel”, The Times of Israel (9 October 2023), https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/defense-minister-announces-complete-siege-of-gaza-no-power-food-or-fuel/. (12.10. 2023)

⁷⁵ Statement by Yoav Gallant, 9 October 2023, 9 October 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=1nxvS9VY-t0>. Translation in Emanuel Fabian, “Defense minister announces ‘complete siege’ of Gaza: No power, food or fuel”, The Times of Israel (9 October 2023), https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/defense-minister-announces-complete-siege-of-gaza-no-power-food-or-fuel/. (12.10.2024).

⁷⁶ Filmography: Ariel Harmoni, Ministry of Defense, Kipa News, 10 October 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=19wx7e4u-xM>. Translation in Emanuel Fabian, “Gallant: Israel moving to full offense, Gaza will never return to what it was”, The Times of Israel (10 October 2023), https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/gallant-israel-moving-to-full-offense-gaza-will-never-return-to-what-it-was/. (12.10.2023).

⁷⁷ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 60.

⁷⁸ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 60.

will not get a drop of water or a single battery unless they leave”⁷⁹. On October 12, 2023, he wrote the following in a tweet: “Humanitarian aid to Gaza? Electricity switches will not be turned on, water hydrants will not be turned on and no fuel trucks will enter until those kidnapped in Israel return home. Humanity for humanity. And no one can lecture us on morality”⁸⁰. On October 8, 2023, at a meeting of the Israeli Cabinet, Israel’s Finance Minister said, “We must strike a blow unprecedented in 50 years and destroy Gaza”⁸¹. On November 1, 2023, Israeli Minister of Heritage Amichai Eliyahu wrote on Facebook: “The north of the Gaza Strip is more beautiful than ever. Everything blown up and leveled, a real treat for the eyes. We should talk about the days to come. I think we should distribute plots to those who fought for Gaza for years and those who were expelled from Gush Katif”⁸². He later opposed humanitarian aid, saying “we would not have given humanitarian aid to the Nazis” and “there is no such thing as neutral civilians in Gaza”⁸³. Eliyahu also proposed a nuclear strike on the Gaza Strip⁸⁴.

On November 11, 2023, Israeli Agriculture Minister Avi Dichter, in a television interview, recalling the Nakba of 1948, stated that, in the new State of Israel, 80 percent of the Palestinian population has been forced out of their homes or fled, and that “we are actually carrying out the Nakba of Gaza right now.”⁸⁵. Knesset Deputy Speaker and Foreign Affairs and Security Committee Member Nissim Vaturi tweeted on

⁷⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 60.

⁸⁰ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 60.

⁸¹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 60.

⁸² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 60.

⁸³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 62.

⁸⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 62.

⁸⁵ See for detailed information. <https://www.aa.com.tr/en/middle-east/israeli-minister-describes-situation-in-gaza-as-nakba-2023/3051784> (19.05.2024).

October 7, 2023: “Now we all have a common goal: to wipe the Gaza Strip off the face of the earth”⁸⁶.

Similar statements were made by Israeli soldiers deployed in Gaza and by Israeli army officials, advisors and spokespersons: On October 9, 2023, in a video statement broadcast by the official channel of the Israeli Army’s Coordinator of Government Activities (COGAT), Major General Ghassan Alian warned: “ Hamas has become ISIS and the people of Gaza are celebrating instead of being terrified. This is how human animals are treated. Israel has imposed a complete blockade on Gaza, no electricity, no water, only damage. You asked for hell, you will get hell.”⁸⁷.

Israeli Army Reserve Major General, former head of the Israeli National Security Council and advisor to the Minister of Defense, Giora Eiland, wrote in an online magazine on October 7, 2023, describing the Israeli order to cut off water and electricity to Gaza: “Israel has cut off the supply of energy, water and diesel to the Strip. But this is not enough. To make the siege effective, we must prevent others from helping Gaza. ... We need to tell people that they have two choices: stay to starve or leave. If Egypt and other countries choose to let these people die in Gaza, that is their choice.”⁸⁸.

The above statements by Israeli decision-makers and military officials clearly indicate an intention to destroy the Palestinians in Gaza as a group. Moreover, these statements constitute open, direct and public incitement to genocide. This is not only unchecked but also left unpunished. Considering the deaths, injuries, destruction and devastation caused by the Israeli army’s attacks, we see that the genocidal statements and orders of the Israeli authorities are being carried out.

⁸⁶ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, s. 62.

⁸⁷ See for detailed information. <https://www.telegraph.co.uk/global-health/terror-and-security/gaza-genocide-international-court-of-justice-the-hague/> (15.05. 2024).

⁸⁸ Seefordetailedinformation. https://intent.law4palestine.org/?gl=1*3id06y*ga*NjI1NTc5NDQwLjE3MzA0NDczODI.*ga_K4BDBZ9CD5*MTczMDQ0NzZM4Mi4xLjEuMTczMDQ0NzU0Ny4wLjAuMA (15.05. 2024)

Genocide rhetoric by senior Israeli state officials is also widespread in Israeli civil society. Genocidal messages are routinely broadcast in the Israeli media. Media reports repeatedly call for Gaza to be 'wiped out'⁸⁹, turned into a 'slaughterhouse'⁹⁰, that ' Hamas should not be destroyed but Gaza should be razed to the ground'⁹¹, that 'there are no innocents... There is no population. There are 2.5 million terrorists'⁹². One local official called for Gaza to be rendered 'desolate and destroyed' like the Auschwitz Museum⁹³.

Many states have recognized Israel's statements on Gaza as demonstrating genocidal intent⁹⁴. This recognition is shared by a significant number of United Nations experts who, at least since October 2023, have repeatedly warned that the Palestinian people are at risk of genocide by Israel. For example, on October 19, 2023, the nine United Nations Special Rapporteurs issued an "urgent warning", stating that "there is an ongoing offensive by Israel in Gaza resulting in crimes against humanity. Given the statements by Israeli political leaders and their allies and the military offensive in Gaza and the increasing arrests and killings in the West Bank, there is also a risk of genocide against the Palestinian people," they warned⁹⁵.

⁸⁹ Interview with Eyal Golan on Now 14, 15 October 2023: Now 14, @Now14Israel, Tweet (1:24 pm, October 15, 2023), <https://twitter.com/Now14Israel/status/1713531211300167928>. (22.10.2023).

⁹⁰ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p.66.

⁹¹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p.66.

⁹² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p.66.

⁹³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p.67.

⁹⁴ Republic of South Africa, Chile, Ireland, Belgium, Turkey, Palestine, Spain, Nicaragua, Colombia, Libya, Egypt, Maldives, etc. <https://www.aljazeera.com/news/2024/6/6/which-countries-have-joined-south-africas-case-against-israel-at-the-icj> (16.08. 2024).

⁹⁵ <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf>. S.67., (11.07.2024). For details of the statement see. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/10/gaza-un-experts-decry-bombing-hospitals-and-schools-crimes-against-human> (11.07.2024).

On 27 October 2023, the Committee on the Elimination of Racism stressed that it was “very concerned at the sharp increase in racist hate speech against Palestinians since 7 October, particularly on the internet and social media”. In particular, the Committee criticized the October 9 statement by Israeli Defense Minister Yoav Gallant, in which he described Palestinians as ‘human animals’ as language that could lead to genocide⁹⁶. On October 28, 2023, the Director of the Office of the High Commissioner for Human Rights in New York resigned after writing a resignation statement describing the situation in Gaza as a “textbook example of genocide”⁹⁷. On 2 November 2023, the eight Special Rapporteurs stated that they “remain convinced that the Palestinian people are at serious risk of genocide”, adding that “the time to act is now” and emphasizing that “Israel’s allies also bear responsibility and must act now to avert catastrophe”⁹⁸.

On 16 November 2023, 15 United Nations Special Rapporteurs and 21 members of the United Nations Working Group issued a statement that the serious violations committed by Israel against Palestinians since 7 October, particularly in Gaza, amount to genocide. The statement noted the increasing incitement to genocide, the intention to ‘exterminate the occupied Palestinian people’, calls for a ‘second Nakba’ in Gaza and other occupied Palestinian territories, and the use of lethal weapons. The experts expressed deep concern about the “failure of the international system to act to prevent genocide”. They warned that “the failure to implement an immediate ceasefire increases the risk of the situation escalating into a genocide carried out with 21st century methods and means of warfare.” They called on “the international community,

⁹⁶ CERD, Statement 5 (2023) Israel and the State of Palestine (27 October 2023), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx? (11.05.2024).

⁹⁷ Letter from Craig Mokhiber to Volker Türk, High Commissioner for Human Rights (28 October 2023), <https://s3.documentcloud.org/documents/24103463/craig-mokhiber-resignation-letter.pdf> (11.05.2024).

⁹⁸ UN OHCHR, Gaza is ‘running out of time’ UN experts warn, demanding a ceasefire to prevent genocide (2 November 2023), <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-running-out-time-un-experts-warn-demanding-ceasefireprevent-genocide> (11.05. 2024).

including not only states but also non-state actors, to do everything to immediately end the risk of genocide against the Palestinian people.”⁹⁹.

On 20 November 2023, the United Nations Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences, issued a statement stating that “since 7 October, the attack on the dignity and rights of Palestinian women has taken on new and frightening dimensions, with thousands falling victim to war crimes, crimes against humanity and an unfolding genocide”¹⁰⁰. The Special Rapporteur “warned” about genocidal and inhumane rhetoric by senior Israeli Government officials and public officials, such as calling the Palestinian people, including women and children, “children of darkness”. Referring to the description of Palestinians as ‘human animals’ and calls for a ‘second Nakba’ by Israeli officials, the Special Rapporteur warned that “such statements absolutely and consistently make clear the intention of the Government of Israel to exterminate the Palestinian people, in whole or in part”¹⁰¹.

On December 8, 2023, prior to the United Nations Security Council vote on the ceasefire resolution, which was vetoed by the United States, the 22 Special Rapporteurs of the United Nations and the 28 members of the United Nations Working Group reiterated their previous statements “warning against the commission of genocide”¹⁰². On December 21, 2023, the Committee on the Elimination of Racism, acting under the early warning and urgent action procedure, expressed serious concern about hate speech and inhumanity directed against Palestinians, in particular with regard to the obligations of Israel and other state parties to prevent genocide. The Committee called on “all state parties to fully respect their international obligations, in particular those arising from the

⁹⁹ UN OHCHR, Gaza is ‘running out of time’ UN experts warn, demanding a ceasefire to prevent genocide (2 November 2023), <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-running-out-time-un-experts-warn-demanding-ceasefireprevent-genocide> (11.05. 2024).

¹⁰⁰ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 69.

¹⁰¹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 69.

¹⁰² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 70.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and to cooperate to end the violations that have occurred and to prevent genocide. Referring in detail to the ongoing situation in Gaza, the Committee expressed “grave concern at the racist hate speech, incitement to violence and genocidal acts, as well as inhumanity directed against Palestinians by senior Israeli government officials, members of Parliament, politicians and public officials since 7 October 2023”¹⁰³.

The Organization of Islamic Cooperation has repeatedly condemned Israel’s military actions in Gaza as “genocide”¹⁰⁴. Arab states at the United Nations have issued similar statements¹⁰⁵. The International Federation for Human Rights has called for an end to the “genocide” and the International Commission of Jurists has called on third states to “take reasonable measures within their power to prevent genocide in Gaza”¹⁰⁶. Palestinian civil society organizations have also strongly condemned the genocide and called on the International Criminal Court to investigate the crime¹⁰⁷. On 14 November 2023, the Palestinian Council of Human Rights Organizations issued a detailed statement calling on the State of Palestine and third states to take concrete measures and legal action to prevent the genocide in Gaza. The statement notes that “significant warnings by United Nations independent human rights experts and actions by third states, including the withdrawal of diplomatic missions from Israel in response to Israel’s continued genocidal statements and actions, have alerted the international community of states that genocide may be or may be being committed against Palestinians in Gaza.”¹⁰⁸.

¹⁰³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 70.

¹⁰⁴ See for detailed information. https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=40431&t_ref=26939&lan=en (11.05.2024).

¹⁰⁵ See for detailed information. <https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/international-and-arab-failure-prevent-annihilation-palestinian-people-must-end-joint-statement-48-human-rights-organizations-eight-arab-countries-enar> (11.05.2024).

¹⁰⁶ See for detailed information. <https://www.icj.org/resource/gaza-occupied-palestinian-territory-states-have-a-duty-to-prevent-genocide/> (11.05.2024).

¹⁰⁷ See for detailed information. <https://www.alhaq.org/advocacy/22063.html> (11.05.2024).

See for detailed information.¹⁰⁸ <https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/phroc-calls-state-palestine-and-third-states-intervene->

All these statements are proof that Israel's genocidal intentions have been recognized by the international community.

Israeli attacks on Palestine violate the following articles of the Genocide Convention;

- Killing of group members,
- Grievous damage to the minds or bodies of group members,
- Deliberately harming the living conditions of all or some members of the group, deliberately inflicting physical harm on them,
- Forcing people to take measures to prevent birth in order to prevent the group from reproducing.

B. Killing of Palestinians in Gaza

After October 7, 2023, Israel's attacks constitute genocide within the meaning of Article 2 of the Genocide Convention, which provides for the killing of all or part of the members of a race, nation, ethnic group or religious group. Israel is committing these acts of killing with the above-mentioned intent and willfulness.

According to the Palestinian Ministry of Health, more than 44,000 Palestinians have been killed since the start of the Israeli military offensive on Gaza¹⁰⁹. At least 70% of them are believed to be women and children. It is also estimated that thousands of people, mostly women and children, are missing, many of them languishing in the rubble of destroyed buildings where they died. Rescue attempts have been severely hampered by Israel's blocking of fuel imports, destruction of infrastructure and communications blackouts.

As the United Nations Secretary-General and many UN officials have made clear to the international community, "nowhere in Gaza is safe, Palestinians in Gaza have been killed in their homes, in places of refuge, in hospitals, UNRWA schools, mosques, churches and while

[taking-concrete-measures-and-legal-action-prevent-genocide-gaza](#)
(11.05.2024)

¹⁰⁹ See for detailed information. <https://apnews.com/article/israel-palestinians-amas-war-lebanon-hezbollah-iran-news-11-20-2024-5da3ce43df8662fe9eeab4ad804bdc0f> (20.11.2024).

searching for food and water for their families. They were killed because they could not evacuate, they were killed in places where they fled and even when they tried to flee to safe areas designated by Israel.

Israel has been dropping unguided bombs on Gaza. It also uses heavy bombs weighing up to 900 kg. The scale of Palestinian child mortality in Gaza has been described by United Nations officials as “a graveyard for children”¹¹⁰. Indeed, the unprecedented high mortality rate of Palestinian children has led a UNICEF spokesperson to characterize Israel’s attacks on Gaza as a “war on children”¹¹¹.

Israeli attacks have killed thousands of people, including doctors, journalists, teachers, academics and other professionals. 190 United Nations employees have also been killed.

In addition to being killed as a result of Israeli attacks, Palestinians in Gaza struggle with hunger, thirst and disease due to the ongoing Israeli siege, inadequate aid to the Palestinian population and the massive destruction of Gaza’s infrastructure as a result of Israeli military attacks¹¹².

C. Serious Physical and Mental Harm to Palestinians in Gaza

The grave injury to the minds or bodies of members of the group, as defined in Article 2 of the Genocide Convention, is the most prominent feature of Israel’s attacks on Gaza. As a result of these attacks, the Palestinian people suffer severe physical and mental harm.

Since October 7, 2023, more than 100,000 Palestinians have been injured in Israeli military attacks on Gaza, most of them women and children¹¹³. Burns and amputations are typical injuries. It is estimated that

¹¹⁰ See for detailed information. <https://www.un.org/unispal/document/palestine-letter-08oct24/> (02.10.2024).

¹¹¹ See for detailed information. <https://www.unicef.org/press-releases/war-children-resumes-geneva-palais-briefing-note> (02.10.2024).

¹¹² Giroux, Henry A. "Genocide in Gaza and the Politics of False Equivalencies." Policy and Practice: A Development Education Review, Vol. 38 ,2024, p. 120-125.

¹¹³ <https://www.aljazeera.com/news/longform/2023/10/9/israel-hamas-war-in-maps-and-charts-live-tracker> (14.10.2024).

thousands of children have lost one or both legs. There are reports of Israeli forces using white phosphorus in densely populated areas in Gaza¹¹⁴. The World Health Organization has warned that even small amounts of white phosphorus can cause deep and severe burns that can penetrate bone tissue and can relapse after initial treatment. There are no operating hospitals in Gaza. In particular, injured people are condemned to a slow and agonizing death from their wounds or resulting infections, unable to seek surgical or medical treatment beyond first aid.

The intensity of the bombardment and the lack of safe spaces cause severe psychological trauma to the Palestinian population in Gaza¹¹⁵. Even before the most recent attack, Palestinians in Gaza have experienced severe trauma from previous attacks. 80% of Palestinian children have experienced higher levels of emotional distress, exhibiting bedwetting (79%) and reactive mute (59%), and self-harm (59%) and suicidal thoughts (55%). For tens of thousands of Palestinian children, especially those who have lost at least one parent and are the only surviving members of their families, these psychological traumas are unbearable after more than a year of continuous shelling¹¹⁶.

Israel has subjected Palestinians in Gaza to inhuman, cruel and degrading treatment. Large numbers of Palestinian civilians, including children, have been detained, blindfolded, forced to undress and made to wait outside in cold weather before being loaded onto trucks and taken to unknown locations. In particular, medics and first responders have been repeatedly detained by Israeli forces, many of whom are being held incommunicado in unknown locations.

¹¹⁴ See for detailed information, <https://www.hrw.org/news/2023/10/12/israel-white-phosphorus-used-gaza-lebanon> (14.10.2024).

¹¹⁵ Mohamed Buheji , Budoor Buheji, "Mitigating Risks of Slow Children Development Due to War on Gaza" 2023, International Journal of Psychology and Behavioral Sciences 2024, Vol.14, No.1 p.11.

¹¹⁶ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 35.

D. Intentionally Harming the Living Conditions of All or Some of the Palestinians in Gaza, and Intentionally Inflicting Physical Destruction on Them

The condition of deliberately harming the living conditions of all or some of the members of the group and inflicting physical destruction on them, as specified in Article 2 of the Genocide Convention, can be clearly seen in the case of the Palestinian people¹¹⁷.

E. Mass Expulsion from their Homes and Displacement of Palestinians in Gaza

It is estimated that more than 1.9 million Palestinians, about 85% of Gaza's population of 2.3 million, have been forcibly removed from their homes¹¹⁸. For them, there is no safe place to flee, and those who cannot flee or refuse to be displaced have been killed in their homes or are at risk of being killed in their homes¹¹⁹.

Palestinians fleeing the North in compliance with Israeli evacuation orders have been encouraged to move south along the Salah al-Din Road, Gaza's main traffic route, on certain days and at certain times. However, there have been many reported incidents along the routes, including shelling and other acts of violence by Israeli forces against evacuated Palestinian civilians, inhuman and degrading treatment, arbitrary arrest, illegal detention and killings. During this time, Israel continued its bombardment of southern Gaza, killing many evacuated Palestinians. This led many Palestinian families to return to their homes, preferring to at least risk being bombed in their familiar neighborhoods¹²⁰.

On December 1, 2023, when the eight-day temporary ceasefire between Israel and Hamas expired, Israel began dropping notices to

¹¹⁷ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 35

¹¹⁸ See for detailed information. <https://www.hrw.org/news/2023/12/20/most-gazas-population-remains-displaced-and-harms-way> (13.05.2024).

¹¹⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p.37.

¹²⁰ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 37-38.

Palestinians living in the Southern areas, who had previously been instructed to flee, to leave. The United Nations Special Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons stated that “Israel has reneged on its promise of security to those who complied with the evacuation order from northern Gaza and is now displacing them again, along with the population of southern Gaza”¹²¹.

F. Denying Palestinians in Gaza Access to Sufficient Food and Water

On October 9, 2023, Israel declared a “total siege” on Gaza. It prevented the entry of electricity, food, water and fuel into the territory. Israel has now pushed the Palestinian population of Gaza to the brink of starvation. The Integrated Food Security Phase Classification (IPC) warns that “the risk of hunger in Gaza is real” and “increasing every day”. Most Palestinians in Gaza are currently starving and hunger levels are increasing daily. The World Health Organization has warned that “hunger is looming in Gaza”. The United Nations Secretary-General has stated that “three quarters of the world’s hungriest people are in Gaza”. It is Palestinians in Gaza who face the highest level of acute food insecurity classified by the IPC. The UNRWA Commissioner-General stated that “desperate, hungry and frightened” Palestinians “stop aid trucks, take the food and eat it immediately”¹²².

Due to the siege, Israel’s continued attacks on Gaza have destroyed bakeries, water facilities and the last remaining working mill, as well as agricultural land, crops, orchards and greenhouses. As of November 16, 2023, the food infrastructure in Gaza is already considered “non-functional”. This is because shops and markets are closed, basic foodstuffs are absent and what little food is available is expensive. Bread is rare or unavailable. Food shortages lead to significant price increases. Animals that are not killed face starvation and crops are damaged or destroyed. Many Palestinians resort to food collection due to hunger.

¹²¹ UN OHCHR, Israel working to expel civilian population of Gaza, UN expert warns (22 December 2023), <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/12/israel-working-expel-civilian-population-gaza-un-expert-warns> (10.05.2024).

¹²² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 40.

Palestinians collect flour spilled on the road from aid distributions or use other unsafe food practices. Water has also been severely depleted in Gaza. Israel continues to cut off the piped water supply to northern Gaza and the northern water treatment plant has become non-functional. Damage caused by Israeli attacks and bombings has rendered the water system mostly non-function¹²³.

It should be noted that Israel's previous attacks on Gaza have been against a population that is already extremely vulnerable as a result. Israel has long prevented the creation and repair of water facilities and desalination plants in Gaza. Therefore, 95% of the water from Gaza's only water basin was already unfit for consumption before October 7, 2023. Israel's 17-year blockade has also severely affected the water supply. Repeated Israeli attacks on Gaza and restrictions on repairing wastewater infrastructure have destroyed the soil, making agriculture difficult¹²⁴.

Recent reports of Israeli plans to fill Gaza's tunnels with seawater have collapsed Gaza's water and sewage infrastructure. Environmental experts have warned that the strategy "could lead to an ecological disaster". It could deplete Gaza's potable water, destroy what little agriculture is possible and "ruin the living conditions of everyone in Gaza", the experts said¹²⁵.

G. Denying Palestinians in Gaza Access to Adequate Shelter, Clothing, Hygiene and Sanitation

Most of the 1.9 million displaced Palestinians in Gaza seek shelter in UNRWA facilities, which are mostly schools and tents. To date, Israel has killed hundreds of Palestinian men, women and children

¹²³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 42.

¹²⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p.44.

¹²⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p.44.

and injured thousands of others seeking shelter in UNRWA facilities, despite knowing the coordinates of all United Nations facilities¹²⁶.

According to UNRWA's Commissioner-General, Palestinians who find shelter in UNRWA shelters are considered "the lucky ones". Others, without access to food, water or sanitation facilities, seek shelter in the homes of relatives or strangers, government facilities, hospital courtyards or temporary camps, or simply live and sleep on the streets, exposed to the elements. Palestinians are unable to maintain personal hygiene, with menstruating girls and women particularly affected¹²⁷. The World Health Organization estimates that "on average, there is one shower for every 4500 people"¹²⁸.

Across Gaza, there are severe shortages of warm clothes, bedding, blankets and non-critical food items, and people are heavily dependent on salvaged wood and waste for cooking and heating, increasing the risk of respiratory diseases. There is also a severe shortage of clean water, seriously affecting not only hydration but also washing, cleaning and cooking. The damage to infrastructure caused by siege and shelling continues to impede adequate water treatment and distribution as

¹²⁶ UNRWA, Gaza: UNRWA school sheltering displaced families hit (17 October 2023), <https://www.unrwa.org/newsroom/official-statements/gaza-unrwa-school-sheltering-displaced-families-hit>. 312 UNRWA Situation Report #56 On the Situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem (22 December 2023), <https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-56-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-jerusalem>. (11.05.2024).

¹²⁷ United Nations Population Fund (UNFPA), UNFPA Palestine Situation Report Issue 4 (11 December 2023), https://palestine.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/unfpa_situation_report_4_december_11.pdf. (11.05.2024).

¹²⁸ United Nations Population Fund (UNFPA), UNFPA Palestine Situation Report Issue 4 (11 December 2023), https://palestine.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/unfpa_situation_report_4_december_11.pdf. (11.05.2024).

well as sewage management, exponentially increasing the risks of the spread of infectious diseases among displaced Palestinians¹²⁹.

H. Preventing the Provision of Adequate Medical Assistance to Palestinians in Gaza

The Israeli military offensive on Gaza is an attack on the health care services that are indispensable for the life and survival of Palestinians in Gaza. According to the observations of the United Nations Special Rapporteur, Israel has declared a “brutal war” on the health system in Gaza. In a statement issued on December 7, 2023, United Nations experts stated that “the health infrastructure in the Gaza Strip has been completely destroyed” and that “we are witnessing a shameful war on health workers”¹³⁰.

Experts estimate that the number of deaths from disease and starvation “could be multiples of those caused by war and airstrikes”. With its constant attacks on the health care system in Gaza, Israel is aiming to destroy the living conditions of Palestinians, to their extinction¹³¹. In the British medical journal *The Lancet*, a group of medical experts rightly warned of “a serious risk of genocide against the Palestinian people”, noting the “health consequences of the violence resulting from the ongoing siege and attacks on Palestinians”¹³².

¹²⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip p.47-48.

¹³⁰ UN OHCHR, Gaza: UN expert condemns ‘unrelenting war’ on health system amid airstrikes on hospitals and health workers (7 December 2023) <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/12/gaza-un-expert-condemns-unrelenting-war-health-system-amid-airstrikes>. (11.05.2024).

¹³¹ Faddoul, Alix et al., “The health dimensions of violence in Palestine: a call to prevent genocide”, *The Lancet*, Volume 403, Issue 10421, p.25 – 26

¹³² Alix Faddoul, Geordan Shannon, Khudejha Ashgar, Yamina Boukari, James Smith and Amy Neilson, “The health dimensions of violence in Palestine: a call to prevent genocide”, *The Lancet* (18 December 2023), [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(23\)02751-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(23)02751-4/fulltext). (09.08.2024).

I. Destruction of Palestinian Life in Gaza

On November 16, 2023, 15 United Nations Special Rapporteurs and 21 members of the United Nations Working Group warned of a “genocide in progress” in Gaza. The experts noted that the attacks had reached a level of destruction that “destroyed housing units, hospitals, schools, mosques, bakeries, water pipes, sewage and electricity networks, making it impossible for Palestinians to continue living in Gaza”. Experts have noted that in its bombing campaign against Gaza, Israel has used “powerful weapons with devastating consequences, resulting in massive deaths and destruction of life-sustaining infrastructure.” Israel has destroyed not only single-family homes and entire apartment blocks, but also entire streets and neighborhoods: Shujaiyya, for example, a suburb of Gaza City, once home to some 110,000 Palestinians, is now a vast ruin flattened as far as the eye can see. Shops, schools, a vibrant marketplace, family homes, doctors’ clinics, historic streets and the Ibn Uthman Mosque - everything that once sustained Palestinian life there has been destroyed. Other areas in Gaza have suffered a similar level of destruction. These include Beit Hanoun, Beit Lahiya, Gaza Old City, Al Rimal, and the Nuseirat refugee camp in the South. Throughout Gaza, Israel has targeted the infrastructure and foundations of Palestinian life, creating living conditions calculated for the physical destruction of the Palestinian people. In addition to the previously mentioned attacks on homes, neighborhoods, hospitals, water systems, agricultural land, bakeries and mills, Israel has also targeted the basic civilian system in Gaza. Israel targeted the Palace of Justice¹³³.

Israel destroyed Gaza City’s main public library. Countless bookstores, publishing houses, libraries and hundreds of educational facilities were also damaged or destroyed. Israel destroyed four universities in Gaza. Israel has also killed many prominent Palestinian academics. These include: Professor Sufian Tayeh, Rector of the Islamic University, a physicist and holder of the UNESCO Palestinian Chair in Astronomy, Astrophysics and Space Sciences, was killed in an airstrike along with his family. Dr. Ahmed Hamdi Abo Absa, Head of the

¹³³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p.54-55.

Software Engineering Department at the Palestinian University, was shot dead by Israeli soldiers¹³⁴.

Israel has damaged and destroyed many Palestinian learning and cultural centers in Gaza. These include: Al Zafar Dmari Mosque and the Center for Manuscripts and Ancient Documents; the Orthodox Cultural Center; the Al Qarara Cultural Museum; the Gaza Cultural and Art Center; the Arab Social Cultural Center; the Hakawi Cultural and Art Association; and the Rafah Museum. Israeli attacks have destroyed Gaza's ancient history: eight sites have been damaged or destroyed. These include Gaza's ancient harbor (known as the 'Port of Anthedon' or 'Al Balakhiya') and the archaeological site of a 2,000-year-old Roman cemetery, a temporary UNESCO World Heritage Site. Israel also destroyed Gaza City's 'Old City', an area of 146-year-old historic houses, mosques, churches, markets and schools. It has also destroyed Gaza's more recent history, from more promising times. These include the Rashad al-Shawa Cultural Center, the site of a historic meeting 25 years ago between US President Bill Clinton and Palestinian President Yasser Arafat¹³⁵.

Israeli attacks have damaged or destroyed hundreds of Muslim and Christian religious sites. These include the Great Mosque of Omari, a fifth century Byzantine church that has been used for worship by Christians and Muslims for over 1,000 years and is an iconic sign of Gaza's history, architecture and cultural heritage. Israeli shelling has also damaged the Church of St. Porphyry, founded in 425 and believed to be the third oldest church in the world¹³⁶.

In addition to the destruction of physical monuments to the history and heritage of Palestinians in Gaza, Israel has sought to destroy the Palestinian people who created and built this heritage. It has killed and continues to kill Gaza's renowned journalists, teachers, intellectuals and public officials, doctors and nurses, filmmakers, writers and singers, university administrators, hospital heads, leading scientists, linguists,

¹³⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip,, p.55.

¹³⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 55.

¹³⁶ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 56.

playwrights, novelists, artists, musicians, storytellers and poets, farmers and fishermen¹³⁷.

The Israeli army is destroying the foundation and structure of Palestinian life in Gaza, while encouraged by calls to rebuild Israeli settlements on the ruins of destroyed Palestinian homes, towns and cities. Israel is thus imposing on the Palestinian group in Gaza living conditions calculated to ensure its destruction¹³⁸.

J. Implementing Measures to Prevent Births among Palestinian Women in Gaza

The severe destruction of living conditions in Gaza and the rendering of the territory uninhabitable has been and is being accompanied by gross violations of the Genocide Convention's provision on compelling persons to take measures to prevent childbirth in order to prevent the reproduction of the group.

Israeli attacks have had a particularly severe impact on Palestinian women and children in Gaza. It is estimated that approximately 70% of those killed in Israeli attacks are women and children. According to the Palestinian Media Office, 17,492 children and 11,979 women have been killed in Gaza as a result of Israeli attacks since October 7, 2023¹³⁹. In addition, at least 4,700 women and children have been reported missing, believed to be trapped under the rubble. There are numerous eyewitness accounts of pregnant women being killed by Israeli soldiers, including those killed while trying to access health care¹⁴⁰.

Pregnant women and children are particularly affected by displacement, lack of access to food and water, shelter, clothing, hygiene

¹³⁷ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 56.

¹³⁸ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, p. 57.

¹³⁹ See for detailed information. <https://www.mofa.pna.ps/en-us/mediaoffice/ministrynews/foreign-ministry-says-gazan-women-and-children-bear-unimageable-suffer-due-to-israels-ongoing-aggression-on-gaza> (25.11.2024).

¹⁴⁰ <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf>, p. 58 (14.08.2024).

and sanitation, and health care¹⁴¹. These impacts are serious and significant. Of the estimated 52,000 pregnant Palestinian women in Gaza who give birth each month, an estimated 5,500 give birth in unsafe conditions. Many of these pregnant women give birth without clean water, without medical assistance, “in shelters, in their homes, on the streets among rubble, or in overcrowded facilities where hygiene deteriorates and the risk of infection and medical complications increases”¹⁴².

Due to lack of access to critical medical supplies, especially blood, doctors are forced to perform unnecessary hysterectomies on young women in an attempt to save their lives, affecting their ability to have more children. On November 3, 2023, the World Health Organization warned that “maternal mortality will increase” due to lack of access to adequate care. This has deadly consequences on reproductive health, such as an increase in stress-induced miscarriages, stillbirths and premature births. these conditions will have long-term and serious impacts on Palestinians.

VIII. CONCLUSION

The history of the Israeli-Palestinian conflict dates back to the First World War. This conflict turned into a conflict with the establishment of the State of Israel. In these conflicts, the rules of international law are constantly violated. Despite many UN resolutions, Israel does not comply with these resolutions. This unlawful behaviour of Israel continues today.

Today, Israel’s attacks on Gaza are the result of its lawless behaviour. Israeli attacks violate the most fundamental principles of International Humanitarian Law. These attacks have elements of war crimes, crimes against humanity, ethnic cleansing and genocide. Israel’s attacks, especially those targeting civilians and civilian infrastructure, constitute both war crimes and genocide.

All these offences give rise to personal criminal liability. Those who commit these offences must first be tried in their own national

¹⁴¹ Faddoul, p. 25.

¹⁴² WHO, Women and newborns bearing the brunt of the conflict in Gaza, UN agencies warn (3 November 2023).

judicial system. In case the national judicial system fails, the jurisdiction of the ICC comes into play. The ICC, which has complementary jurisdiction, has the authority to prosecute persons who are not prosecuted or who are not prosecuted properly.

Since 2015, the State of Palestine has been a State Party to the ICC Statute. Therefore, the ICC has the authority to investigate and prosecute the attacks that started on 7 October. Indeed, the ICC Prosecutor has clearly stated that Israel's actions fall within the jurisdiction of the ICC.

The ICC deals with crimes against humanity, war crimes and genocide. The elements of the crime of genocide, which constitute the subject of our study, have been determined in the cases handled by the ICTY, ICTR and ICC. When these cases are analysed, it will be seen that Israel's administrative and military leaders committed these crimes. It is possible to see the acts committed by Israeli military forces and officials that fall within the scope of the crime of genocide in the reports published by UN officials and specialised organisations and international non-governmental organisations. In these reports, it is stated that Israeli forces have killed a large number of Palestinian and foreign journalists. In addition, Israeli forces have so far killed 44,000 Palestinians, mostly women and children, and injured more than 100,000. Israel has carried out numerous attacks on Palestinians in Gaza, including inflicting serious physical and mental harm on Palestinians, including children, and imposing living conditions aimed at destroying them as a group. These attacks include expulsion and mass displacement from their homes, large-scale destruction of homes and residential areas; deprivation of access to adequate food and water; deprivation of access to adequate medical care; deprivation of access to adequate shelter, clothing, hygiene and sanitation; destruction of the life of the Palestinian population in Gaza; and measures and practices aimed at preventing Palestinian births. All these offences are specified by the Genocide Convention and international criminal tribunals as characteristics of the crime of genocide. As a matter of fact, the ICC has issued an arrest warrant for Israeli Prime Minister Netanyahu and former Defence Minister Gallant. It is certain that the crime of genocide will also come to the agenda if this case is heard.

The law dictates that crime must not go unpunished. Where there is no law, there is no justice. Where there is no justice, there is no peace.

Ezeli AZARKAN

The international community must fight against genocide, crimes against humanity and war crimes and protect the victims. Justice requires this.

REFERENCES

A. Books and Articles

- Alix Faddoul, Geordan Shannon, Khudejha Ashgar, Yamina Boukari, James Smith and Amy Neilson, "The health dimensions of violence in Palestine: a call to prevent genocide", *The Lancet* (18 December 2023), [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(23\)02751-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(23)02751-4/fulltext).
- Aral, Berdal, *Israel's Fateful March: From Settler Colonialism to Genocidal State*, *Insight Turkey*, Fall 2023, Vol. 25, No. 4, 2023.
- Ball, Howard, *Prosecution War Crimes and Genocide : The Twentieth Centure Experience*, Kansas, University Press of Kansas, 1999.
- Bar-On, Mordechai, *The Gates of Gaza: Israel's Road to Suez and Back, 1955-1957*, St. Martin's Press. New York, 1994.
- Becker, Jillian, *The PLO: The rise and fall of the Palestine Liberation Organization*. AuthorHouse, 2014.
- Beigbeder, Yves, *Judging War Criminals*, London, Macmilan Press and St. Martin Press, 1999.
- Brym, J. Robert, Araj, Bader. Suicide bombing as strategy and interaction: The case of the second intifada. *Social Forces*, Vol.84, No.4, 2006 .
- Claus Kreß, *The Crime of Genocide and Contextual Elements, A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case*, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 7, 2009.
- Dick De Mildt, *The Name of People : Prepetrators of Genocide in The Reflection of Their Post-War Prosecution in West- Germany*, The Hague, Kluwer Law International, 1996.
- Hasan Aamir , Buheji Mohamed , *A World Losing Its Legitimacy - Gaza From Collective Punish Till Ethnic Cleansing & Genocide*, *International Journal of Management (IJM)* Volume 15, Issue 1, Jan-Feb 2024.

- Giroux, Henry A. "Genocide in Gaza and the Politics of False Equivalencies." *Policy and Practice: A Development Education Review* Vol.38,2024.
- Graditzky, Thomas., "Individual Criminal Responsibility For Violations of International Humanitarian Law Committed in Non- International Armed Conflict", IRRC, No. 822, March 1998.
- Faddoul, Alix et al., *The health dimensions of violence in Palestine: a call to prevent genocide*, *The Lancet*, Vol. 403, Issue 10421.
- Khalidi, Rashid, *The Hundred Years' War on Palestine: A History of Settler Colonialism and Resistance, 1917-2017*. Metropolitan Books, New York,2020.
- Mcgarry Brain , *Introductory Note To United Nations Security Council Resolution 2334*, *International Legal Materials*, Vol. 56, Is.3, 2017.
- Mohammad, Kardo Karim Rached , Bali, Ahmad Omar ,*History Research, The Six-Day War and Its Impact on Arab and Israeli Conflict*, *History Research*, Mar.-Apr., Vol. 7, No. 2,2017.
- Moris, Virginia, Michael P. Scharf, *An Insider's Guide to The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*, Vol. 1, New York, Transnational Publishers,1995.
- Pappe, Ilan, *The biggest prison on earth: A history of the occupied territories*. London, UK: Oneworld Publications,2017.
- Pearlman, W. *Violence, nonviolence, and the Palestinian national movement*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2011.
- Pressman, Jeremy.. *The second intifada: Background and causes of the Israeli-Palestinian conflict*. *Journal of Conflict Studies*, Vol 23, No.2,2003.
- Procter, Caitlin *Coerced Migration: Mobility Under Siege In Gaza*, *Journal Of Ethnic And Migration Studies*, Vol. 50, No. 10,2024.
- Rather, Steven R, Jason, Abrahams: *Accountability For Human Rights, Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- Raz Segal and Penny Green, *Intent in the genocide case against Israel is not hard to prove*,

Rosenne, Shabtai, "War Crimes and State Responsibility", War Crimes in International Law, Ed. Yoram Dinstein And Mala Tabory , The Hague , Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

Segal, Raz, and Luigi Daniele.. "Gaza as Twilight of Israel Exceptionalism: Holocaust and Genocide Studies from Unprecedented Crisis to Unprecedented Change." *Journal of Genocide Research*, March, 1–10,2024.

Shlaim, Avi. "The Oslo Accord". *Journal of Palestine Studies*, Vol. 23, No.3,1994.

Sunga, Lyal S., Individual Responsibility in International Law For Serious Human Rights Violations , Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers , 1992.

B. Documents and Online Resources

Address by the Prime Minister of Israel, 28 October 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=IIPkoDk6isc>. Translation in, "Israel-Hamas war: 'We will fight and we will win', says Benjamin Netanyahu", *Sky News* (28 October 2023), <https://news.sky.com/video/israel-hamas-war-we-will-fight-and-we-will-win-says-benjamin-netanyahu-12995212>. (12.05.2024)

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel) <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf>. (16.02.2024).

CERD, Statement 5 (2023) Israel and the State of Palestine (27 October 2023).

Egyptian-Israeli General Armistice Agreement, February 24, 1949, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/arm01.asp. (11.02.2024).

ICTY, Celebici davasında Delalic, Mucic, Delic, Landzo adlı kişileri işkence, tecavüz ve insanlık dışı muamele yapmak suçlarından dolayı ceza vermiştir (Case no. IT-96-21-T 16 January 1998).

Filmography: Ariel Harmoni, Ministry of Defense, Kipa News, 10 October 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=I9wx7e4u-xM>. Translation in Emanuel Fabian, "Gallant: Israel moving to full offense, Gaza will never return to what it was", *The Times of Israel* (10 October 2023),

https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/gallant-israel-moving-to-full-offense-gaza-will-never-return-to-what-it-was/.
(12.10.2023).

Güney Afrika Cumhuriyeti, Şili, İrlanda, Belçika, Türkiye, Filistin, İspanya, Nikaragua, Kolobiya, Libya, Mısır, Maldivler v.b ,
<https://www.aljazeera.com/news/2024/6/6/which-countries-have-joined-south-africas-case-against-israel-at-the-icj> (16.08. 2024).

<https://www.reuters.com/world/middle-east/now-is-time-war-says-israels-military-chief-2023-10-12/> (15. 05. 2024)

<https://apnews.com/article/israel-palestinians-hamas-war-lebanon-hezbollah-iran-news-11-20-2024-5da3ce43df8662fe9eeab4ad804bdc0f>
(20.11.2024).

https://en.wikipedia.org/wiki/State_of_Palestine (08.09.2024)

<https://law4palestine.org/wp-content/uploads/2024/01/Database-of-Israeli-Incitement-to-Genocide-15th-January-2024-.pdf> (15.07. 2024)

<https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/international-and-arab-failure-prevent-annihilation-palestinian-people-must-end-joint-statement-48-human-rights-organizations-eight-arab-countries-enar> (11.05.2024).

<https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/phroc-calls-state-palestine-and-third-states-intervene-taking-concrete-measures-and-legal-action-prevent-genocide-gaza> (11.05.2024).

<https://s3.documentcloud.org/documents/24103463/craig-mokhiber-resignation-letter.pdf> (11.05.2024).

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?
[x?](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?) (11.05.2024).

<https://twitter.com/Now14Israel/status/1713531211300167928>.
(22.10.2023).

<https://www.aa.com.tr/en/middle-east/israeli-minister-describes-situation-in-gaza-as-nakba-2023/3051784> (19.05.2024).

<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/israilin-saldirilarinda-gazdede-300-gunde-16-bin-314-cocuk-hayatini-kaybetti/3292270#:~:text=%C4%B0srail%20ordusunun%20Gazze%20%20C5%9Eeridi'ne,128%20ki%C5%9Finin%20de%20yarala>

[nd% C4% B1% C4% 9F% C4% B1% 20hat% C4% B1rlat% C4% B1ld% C4% B1. \(11.08.2024\).](#)

<https://www.alhaq.org/advocacy/22063.html> (11.05.2024).

<https://www.aljazeera.com/news/2023/11/10/israel-revises-death-toll-from-october-7-amas-attack-to-1200-people> (17.07.2024).

<https://www.aljazeera.com/news/2024/5/22/mapping-which-countries-recognise-palestine-in-2024> (15.10.2024)

<https://www.aljazeera.com/news/longform/2023/10/9/israel-amas-war-in-maps-and-charts-live-tracker>

<https://www.hrw.org/news/2023/10/12/israel-white-phosphorus-used-gaza-lebanon> (14.10.2024).

<https://www.hrw.org/news/2023/12/20/most-gazas-population-remains-displaced-and-harms-way> (13.05.2024).

<https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir> (19.08. 2024)

<https://www.icj.org/resource/gaza-occupied-palestinian-territory-states-have-a-duty-to-prevent-genocide/> (11.05.2024).

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf. S.67.> (11.07.2024).

<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/10/gaza-un-experts-decry-bombing-hospitals-and-schools-crimes-against-human> (11.07.2024).

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf.>, (11.09.2024).

[https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf.](https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf)

<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/12/israel-working-expel-civilian-population-gaza-un-expert-warns> (10.05.2024).

https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=40431&t_ref=26939&lan=en (11.05.2024).

<https://www.refworld.org/legal/agreements/par/1995/en/20547> (08.09.2024).

<https://www.telegraph.co.uk/global-health/terror-and-security/gaza-genocide-international-court-of-justice-the-hague/> (15.05. 2024).

https://intent.law4palestine.org/?_gl=1*3id06y*_ga*NjI1NTc5NDQwLjE3MzA0NDczODI.*_ga_K4BDBZ9CD5*MTczMDQ0NzU0Ny4wLjAuMA.. (15.05. 2024).

<https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-185393/> (14.07.2024).

<https://www.un.org/unispal/document/human-rights-council-hears-that-700000-israeli-settlers-are-living-illegally-in-the-occupied-west-bank-meeting-summary-excerpts/> (11.07.2024).

<https://www.un.org/unispal/document/palestine-letter-08oct24/> (02.10.2024).

<https://www.un.org/unispal/document/un-special-committee-press-release-19nov24/> (22.11.2024).

<https://www.unicef.org/press-releases/war-children-resumes-geneva-palais-briefing-note> (02.10.2024).

<https://www.who.int/news/item/03-11-2023-women-and-newborns-bearing-the-brunt-of-the-conflict-in-gaza-un-agencieswarn>.
<https://www.un.org/unispal/document/un-special-committee-press-release-19nov24/> (11.02.2024).

ICTR 4, Kayishema and Ruzindana, supra note 134

ICTR, Musema, supra note 185,

ICTR, Prosecutor v. Radislav Krstić, Appeal Judgment, Case No. IT-98-33-A, Appeal Chamber, 19 April 2004, para. 111

ICTR, The Prosecutor V. Eliezer Niyitegeka, Judgement,

ICTR, The Prosecutor V. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Judgement, para, 390.

ICTR, The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgement,

Interview with Eyal Golan on Now 14, 15 October 2023: Now 14, @Now14Israel, Tweet (1:24 pm, October 15, 2023),

Israel Ministry of Foreign Affairs, Press Release: Excerpt from PM Netanyahu's remarks at the opening of the Winter Assembly of the 25th Knesset's Second Session, 16 October 2023, <https://www.gov.il/en/departments/news/excerpt-from-pm-netanyahu-s-remarks-at-the-opening-of-the-knesset-s-winter-assembly-16-oct-2023>. (11.05.2024).

Israel Prime Minister's Office, PM Netanyahu asks Ministers to Rise for a Moment of Silence (15 October 2023), <https://www.gov.il/en/departments/news/spoke-start151023> (15.05.2024).

İnsan Hakları İzleme Örgütü 2014 yılı Raporu https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2023/01/HRW%20World%20Report%202014.pdf (11.05.2024).

Letter from Craig Mokhiber to Volker Türk, High Commissioner for Human Rights (28 October 2023),

President of the State of Israel, @Isaac_Herzog, Tweet (10 pm, October 15, 2023), https://twitter.com/Isaac_Herzog/status/1713661051986678189. (19.10.2023).

Prime Minister's Office in Hebrew, @IsraeliPM_heb, Tweet (11:43 am November 3, 2023), https://twitter.com/IsraeliPM_heb/status/1720406463972004198. (05. 11. 2023).

Procter, Caitlin Coerced Migration: Mobility Under Siege İn Gaza, Journal Of Ethnic And Migration Studies, Vol. 50, No. 10, 2024.

Report 8 to the UN Secretary-General, issued by the UN International Commission of Inquiry on Darfur, para. 62, https://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510410-ORA-01-00-BI.pdf>.

Situation In The State Of Palestine, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2020_00161.PDF (11.07.2024)

https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf (10.05.2024)

Statement by Yoav Gallant, 9 October 2023, 9 October 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=1nxvS9VY-t0>. Translation in Emanuel Fabian, "Defense minister announces 'complete siege' of Gaza: No power, food or fuel", *The Times of Israel* (9 October 2023), https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/defense-

minister-announces-complete-siege-of-gaza- no-power-food-or-fuel/. (12.10. 2023)

Statement by Yoav Gallant, 9 October 2023, 9 October 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=1nxvS9VY-t0>. Translation in Emanuel Fabian, “Defense minister announces ‘complete siege’ of Gaza: No power, food or fuel”, *The Times of Israel* (9 October 2023), https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/defense-minister-announces-complete-siege-of-gaza- no-power-food-or-fuel/. (12.10.2024).

The Lancet (18 December 2023), [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(23\)02751-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(23)02751-4/fulltext).(09.08.2024).

UN OHCHR, *Gaza is ‘running out of time’ UN experts warn, demanding a ceasefire to prevent genocide* (2 November 2023), <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-running-out-time-un-experts-warn-demanding-ceasefireprevent-genocide> (11.05. 2024).

UN OHCHR, *Gaza: UN expert condemns ‘unrelenting war’ on health system amid airstrikes on hospitals and health workers* (7 December 2023) <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/12/gaza-un-expert-condemns-unrelenting-war-health-system-amid-airstrikes>. (11.05. 2024).

UN OHCHR, *Israel working to expel civilian population of Gaza, UN expert warns* (22 December 2023),

United Nations Population Fund (UNFPA), *UNFPA Palestine Situation Report Issue 4* (11 December 2023), https://palestine.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/unfpa_situation_report_4_december_11.pdf. (11.05.2024).

United Nations Population Fund (UNFPA), *UNFPA Palestine Situation Report Issue 4* (11 December 2023), https://palestine.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/unfpa_situation_report_4_december_11.pdf. (11.05.2024).

UNRWA, *Gaza: UNRWA school sheltering displaced families hit* (17 October 2023), <https://www.unrwa.org/newsroom/official-statements/gaza-unrwa-school-sheltering-displaced-families-hit>.
312 UNRWA *Situation Report #56 On the Situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem* (22 December

2023), <https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-56-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-jerusalem>. (11.05.2024).

WHO, Women and newborns bearing the brunt of the conflict in Gaza, UN agencies warn (3 November 2023), <https://www.who.int/news/item/03-11-2023-women-and-newborns-bearing-the-brunt-of-the-conflict-in-gaza-un-agencies-warn>(11.02.2024).

CEZA MUHAKEMESİ KURUMU OLAN BASİT YARGILAMA USULÜNDE HAKİMİN İHSAS-I REY SORUNU

Metin KAPLAN*

ÖZ

Uygar toplumların çoğunluğunda yargılama sürelerinin uzunluğu büyük bir sorundur. Yargılama sürelerinin uzunluğu gerek yargılamanın tarafları açısından gerekse de yargılama mercileri açısından sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun çözümü için birçok demokratik hukuk devletinde olduğu gibi iç hukukumuzda da bazı düzenlemeler yapılmış ve bu amaçla hukukumuza 7188 sayılı yasa ile birlikte Basit Yargılama Usulü girmiştir. Bu usulle bazı suçlar için ceza yargılamalarının daha hızlı ve etkin bir şekilde çözümlenmesi amaçlanmıştır. Yine bu usulle hem mahkemelerin iş yüklerinin azaltılması hem de daha makul sürede yargılamaların gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir. Ancak bu kurumun yargılamaları hızlandırması ve yargı mercilerinin iş yüklerini azaltmasının yanında özellikle adil yargılanma hakkı gibi birçok temel yargılama haklarının uygulanması açısından sorunları da beraberinde getirdiğini söylememiz gerekir.

Anahtar Kelimeler: Hakim, basit yargılama, tarafsızlık, ihsas-ı rey, bağımsızlık.

* Dr., Hakim, E-Mail: metinkaplan0621@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4372-4821.

Makalenin Gönderim Tarihi : 25.09.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 10.06.2024.

THE PROBLEM OF COMMENTS REFLECTING BIAS OF THE JUDGE IN THE SIMPLIFIED PROCEDURE THE IS PENAL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

In most of the civilized societies, the judgement process is a great problem. The judgement process confront us as a problem both in the view of sides of the judgement and in the view of judicial authorities. For the solution of this problem, as in many democratic constitutional states, there has been made some changes in our domestic law and for that purpose, with the law no. 7188, Simplified Procedure has come in our law system. With this law for some crimes, criminal procedures were aimed to be solved faster and more efficiently. Again with this law, both reducing the workload of courts and trials being carried out in a more reasonable time are aimed. However, we have to state that along with this constitution accelerating the judicial procedures and reducing the workload of courts, it also brings some problems with itself in terms of exercising many fundamental jurisdictions especially right to fair trial.

Keywords: Judge, simplified procedure, objectivity, comments reflecting bias, independence.

I. GİRİŞ

Uygar toplumların büyük çoğunluğunda yargılama sürelerinin uzunluğu büyük bir sorundur. Yargılama sürelerinin uzunluğu gerek yargılamanın tarafları açısından gerekse de yargılama mercileri açısından sorun olmaktadır. Birçok demokratik hukuk devleti, yargılamaların uzun sürmesi sorunu ile ilgili olarak alternatif kurumlar geliştirmeye çalışmış ve bu yolla yargılama sürelerini kısaltma yoluna gitmiştir. Yargılama sürelerinin kısaltılması, yargı mercilerinin iş yükünü azaltmasının yanı sıra yargı mercilerinin iş yükünün azalmasıyla beraber söz konusu mercilerin daha adil ve hakkaniyetli kararlar vermelerini de sağlayacaktır. Türk Hukuk sistemine 7188 sayılı yasa ile birlikte giren Basit Yargılama Kurumu, mahkemelerin iş yüklerinin azaltılması ve daha ciddi ve ağır dosyalarda daha nitelikli ve hızlı kararlar almasını sağlamak amacıyla getirilen bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kuruma bakıldığı zaman, mahkemeler açısından nitelik bakımından daha az öneme sahip ancak yargılama süreci, taraf sayısı ve tarafların

teşekkülünün sağlanması gibi konularda oldukça uzun zaman alan dosyaların duruşma açılmaksızın dosya üzerinden karara bağlanmasını sağlayacaktır. Bu kurumun böylelikle mahkemelerin iş yüklerini azaltma fonksiyonuna sahip bir kurum olacağını söylememiz gerekir. Daha önce uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleriyle çözülmesi amacıyla getirilen kurumlar gibi (örneğin uzlaştırma kurumu) basit yargılama usulünün de özellikle adil yargılanma hakkı, insan hakları ve diğer birçok güvence altına alınmış olan haklarla ilgili sorunlar yaratabileceği izahtan varestedir. Bu kurumların doğası gereği hızlı ve pratik yargılamalar barındırması elbette ki birçok yargılama ilkesinin ya tamamen uygulanmamasına ya da kısmen uygulanmasına neden olacağı tartışma götürmez bir gerçekliktir. İşte bu çalışmamızda basit yargılama usulüyle ilgili bazı temel bilgiler verilecek akabinde adil yargılanma hakkının en önemli parçası olan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme huzurunda yargılanma hakkının sağlanması için zorunlu olan hakimin ihsas-ı rey konusu ele alınacaktır. Yine basit yargılama usulünün hakimin ihsas-ı rey konusu ile ilgili olarak yarattığı sorunlar ele alınacak ve bu noktada bu nasıl çözümler üretilebileceği konuları üzerinde durulacaktır.

II. BASİT YARGILAMA USULÜ

A. Genel Olarak

Basit yargılama usulü, 7188 sayılı yasa ile birlikte hukuk sistemimize girmiş olan bir kurumdur. Bu kurumla birlikte cezai uyuşmazlıkların daha hızlı ve makul sürede sonuçlandırılması amaçlanmıştır. Bu usulle birlikte asliye ceza mahkemelerinin yargılama alanına giren bazı suçlarda yargılama süreçlerinin kısalmasının sağlanmasına yönelik uygulamalar düzenlenmiştir¹. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan Basit Yargılama Usulü, ceza davalarında iş yükünü azaltmayı hedefleyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Alternatif çözüm yöntemleri, çekişmeli dava süreçleri bakımından bu süreçlerin daha kısa sürmesine katkı sağladığı bir

¹ Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.s.1039.

gerçeklidir². Yine benzer şekilde, alternatif çözüm yöntemlerinin, kamu kaynaklarının en fazla ihtiyaç duyulan nispeten daha kapsamlı ve zor davalarda kullanılmasına imkan sağlamaktadır³. Alternatif çözüm yöntemlerinden biri olarak karşımıza çıkan Basit yargılama usulü, soruşturmaya konu olan suçla ilgili savcılıkça hazırlanan iddianamenin mahkemece kabul edilmesinden sonra gündeme gelen ve klasik yargılama usulüne alternatif getiren bir kovuşturma yöntemidir⁴.

Basit yargılama usulüyle birlikte her ne kadar bazı ceza davalarının daha hızlı ve makul sürede sonuçlandırılabileceğini ifade etsek de bu kurumun uygulanması sırasında ceza davasının taraflarının kendilerine sağlanan adil yargılanma hakkı, savunma hakkı gibi usul hukukundan kaynaklı haklarının da sınırlandırıldığını ifade etmemiz gerekir. Basit yargılama usulünün uygulanması bakımından, sanığın adil yargılanma hakkına ilişkin birçok güvenceden ve anayasal haktan da feragat etmesi gerekmektedir.⁵ Bu feragat durumunun Anayasaya ve Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere uygun olup olmadığı ciddi bir tartışma konusudur. Ancak uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözülmesi amacıyla oluşturulan bu tarz kurumların uygulanmasının, uyuşmazlığın taraflarının sahip olduğu birtakım güvencelerden zorunlu olarak feragatini kaçınılmaz kıldığı bir gerçekliktir⁶. Bu durumun özellikle suç şüphesi altında bulunan kişiler yani sanıklar bakımından olası bir mahkumiyet durumunda verilecek cezada indirim uygulanması bakımından kabul edilir bir kurum olduğu da bir diğer gerçekliktir. Yani hak sahibi olan kişilerin haklarından feragat etmeleri söz konusu olsa da bu feragatin de bir karşılığı söz konusu olmaktadır.

Bunu sadece bir ceza davasının sanığı yani hakkında suç isnadı bulunan kişi (CMK, md.2/1-b) bakımından değerlendirmemek gerekir. Davanın diğer tarafı olan mağdur, müşteki, şikayetçi gibi kişiler için de duruşmaya gelme zahmetinden kurtulma, suç işlediği şüphesi bulunan

² Mustafa Serdar Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2018, s.15.

³ Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, s.15.

⁴ Hakan Yavuz, *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.305.

⁵ Hakan Karakehya, Asuman İnce Tuncer, *Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.109.

⁶ Karakehya ve Tuncer, *Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama*, s.110.

kişiyile yüz yüze gelmeme, zaman kaybetmeme veya suçla ortaya çıkan mağduriyetle tekrardan karşılaşılmaması gibi olumlu yanları vardır. Yani bu kurumun davanın tüm tarafları açısından faydalı yönleri bulunmaktadır. Tabii oldukça yeni bir kurum olması nedeniyle ilk derece mahkemeleri, bu kurumu uygulama noktasında ciddi tereddütler yaşamaktadır. Özellikle basit yargılama usulüne tabii olan suçlarda basit yargılama usulünün uygulanıp uygulanmaması noktasında hakimlere takdir yetkisi verilmiş olması (CMK, md.251/1) uygulamada ikirciklilik yaratacağı eleştirilerini de getirmektedir⁷.

Basit yargılama usulünün hukuki niteliği ile ilgili her ne kadar 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmiş olması sebebiyle bir usul yani muhakeme hukuku kuralı gibi görünse de basit yargılama usulünün uygulanması neticesinde sanıkla ilgili mahkumiyet kararının verilmesi durumunda ceza indirimini yapılacağından aynı zamanda maddi ceza hukuku ile de ilgili olduğunu yani karma nitelik taşıdığını ifade etmemiz gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında “...*Bu kapsamda bazı yargılama usulü kuralları, kovuşturulan fiiller için öngörülen ceza miktarlarını etkileyebilmektedir. Ceza miktarını etkileyen yargılama kurallarında failin lehine olan düzenlemelerin geçmişe uygulanmaması, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmaz. Düzenlemelerin yer aldığı kanunlar onların yorumlanmasında öneme sahip olmakla birlikte anayasal ilkelerin uygulanmasında belirleyici değildir. Dolayısıyla ceza miktarının üzerinde fail lehine bir etki oluşturan ceza muhakemesi kurallarının da geçmişe uygulanması suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereğidir...*” demek suretiyle bu hususa dikkat çekmiştir.⁸

Ceza yargılamasına konu olan her suç bakımından basit yargılama usulü uygulanmayacaktır. Aşağıda detaylı bir şekilde ele alacağımız şekilde basit yargılama usulü sadece kanun koyucu tarafından belirlenen ceza türü ve sınırı içerisinde kalan suçlar bakımından uygulanabilecektir. Bu noktada çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de görüleceği üzere sadece basit nitelik taşıyan, suçla ortaya çıkan mağduriyetin diğer suçlara göre nispeten daha az olduğu ve kamusal

⁷ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.140.

⁸ Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, 25/06/2020, 2020/16 Esas 2020/33 Karar ([Kararlar Bilgi Bankası | Anayasa Mahkemesi](#)), Erişim Tarihi:28/06/2023.

vicdanı daha az rahatsız eden suçların basit yargılama usulüne tabi kılındığını ifade etmemiz gerekir. Yine basit yargılama usulünde, ceza kararnameyi veya seri muhakeme usulü gibi diğer alternatif çözüm yöntemlerinden farklı olarak yargılamasız ceza olmaz ilkesinden bir feragat söz konusu değildir⁹. Bu usulde bir yargılama yapıldığını ancak bu yargılamada mahkemenin tercihi ve sanığın kabulü ile yargılama hukukunun bazı temel yönlerinin uygulama dışı bırakıldığını¹⁰ ifade etmemiz gerekir.

B. Basit Yargılama Usulünün Uygulanma Şartları

Ceza muhakemesi hukukumuzda 7188 sayılı yasa ile birlikte giren ve uyuşmazlığın alternatif yollarla çözülmesi amacıyla getirilen ve istisnai bir yol olan basit yargılama usulünün uygulanabilmesi için bazı şartların var olduğunu söylememiz gerekir. 7188 sayılı yasa ile değişik 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 251 vd. maddelerine göre basit yargılama usulünün ilgili mahkeme tarafından uygulanabilmesi için yargılamanın kovuşturma evresine geçmiş olması (CMK, md.2/1-f), uyuşmazlığın asliye ceza mahkemesinin görev alanında bulunması (Adli Teşkilat Kanunu, md.11), muhakeme konusu olan suçun basit yargılama usulüne tabi olması, mahkemenin dosya içeriğinden vicdani kanaate ulaşmış olması, suçun basit yargılama usulüne tabi başka bir suçla işlenmemiş olması, suçun takibinin izne veya talebe bağlı olmaması, suçun takibinin izin ve talep dışında tabi olduğu muhakeme şartının gerçekleşmiş olması, sanıkta yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hallerinden birinin bulunmaması ve mahkemenin basit yargılama usulünün uygulanmasına karar vermesi basit yargılama usulünün uygulanabilmesi için var olması gereken şartlardır.

Söz konusu şartlara kısaca değinecek olursak, öncelikle basit yargılama usulünün uygulanabilmesinin ön şartı, ceza yargılama aşamasının kovuşturma yani mahkeme aşamasına geçmiş olması gerektiğidir¹¹. Kovuşturma evresi, iddianamenin mahkemece kabulü aşamasından başlayıp karar verilme aşamasına kadar ki süreci ifade eder.

⁹ Yavuz, Ceza Muhakemesinde Kovuşturmayaya Alternatif Yöntemler, s.305.

¹⁰ Yavuz, Ceza Muhakemesinde Kovuşturmayaya Alternatif Yöntemler, s.305.

¹¹ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.113.

Söz konusu suçun asliye ceza mahkemelerinin görev alınan giren suçlardan olması ile anlatılmak istenen ise, kanun koyucunun zaten hangi suçlar bakımından basit yargılama usulünün uygulanacağını kendisinin düzenlemiş olması nedeniyle tartışmaya mahal vermeyecek açıklıktadır. Kanun koyucu, iddia konusu suç yönünden kanunen öngörülen ceza üst sınırının 2 yıl veya daha az süreli hapis veya birlikte adli para cezası gerektiren suçlar ile üst sınırına veya miktarına bakılmaksızın sadece adli para cezası gerektiren suçlar bakımından basit yargılama usulünün uygulanabilmesini mümkün kılmıştır (CMK, md.251/1). Basit yargılama usulünün uygulanabilmesi için var olması gereken şartlardan biri olan mahkemenin vicdani kanaate ulaşmış olması şartının, üzerinde durulması gereken en önemli şart olduğu açıktır.

Basit yargılama usulünün uygulanabilmesi için var olması gereken şartlardan biri olan mahkemenin vicdani kanaate ulaşmış olması, mahkemenin önüne gelen dosya içeriğinde yer alan deliller itibariyle vicdani kanaate ulaşmış olmasını ifade eder. Vicdani kanaat, maddi uyumsuzluğu çözmeye yetkili makamın, duruşmada yapılan muhakeme faaliyeti sonucunda ve ortaya konan deliller ışığında, aklını ve bilimi rehber yaparak, hukukun koyduğu sınırlar içerisinde kalarak, maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, gerekçeye dayanan ve kendi açısından duyduğu şüpheyi bertaraf eden bir kanaattir.¹² Nitekim Anayasamızın 138.maddesinde de “*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*” hükmü yer almaktadır. Mahkemelerin vicdani kanaatlerine göre karar vermesi, basit yargılama usulü açısından mahkemenin önüne gelen dosyaya ve dosyadaki delillere göre karar vermesini ifade etmektedir. Yani mahkeme, dosyanın taraflarını mahkeme huzurunda dinlemeden veya tanık beyanına başvurmadan doğrudan kendisi değerlendirme yapacaktır¹³. Mahkemenin vicdani kanaate dosya üzerinden ulaşmaması durumunda zaten basit yargılama usulünün uygulanmaması gerekecektir.

Basit yargılama usulünün uygulanabilmesi için var olması gereken şartlardan bir diğeri ise, basit yargılama usulüne tabi olan suçla tabi olmayan suçun birlikte işlenmemiş oluşudur. Burada kanun

¹² Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.122.

¹³ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.122.

koyucunun, basit yargılama usulüne tabi olan suçla tabi olmayan suçun birlikte işlenmesi ile kastetmek istediği, failin aynı kişiye karşı aynı zaman dilimi içerisinde birden fazla suç işlemiş olması ve bu suçlardan en az birinin basit yargılama usulüne tabi olmaması durumudur. Yoksa belirli bir zaman aralığı içinde olan veya farklı kişilere karşı aynı zaman dilimi içerisinde olan suçlar bakımından basit yargılama usulünün uygulanmasına engel bir durum söz konusu değildir. Doktrinde yer alan bir görüşe göre; basit yargılama usulüne ilişkin kanuni düzenlemede aynı mağdura karşı işleme ölçütüne yer verilmemesi uygulamada bir takım sorunların yaşanmasına neden olabileceğinden; “*aynı mağdura karşı*” ifadesinin madde metnine eklenmesi uygun olacaktır.¹⁴ Uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin önüne geçilmesi noktasında kanun koyucunun kanun metnine açık bir şekilde aynı mağdura karşı işlenmesi tanımını getirmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Suçun takibinin izne veya talebe bağlı olmaması şartı da iddia konusu olan suç açısından soruşturma veya kovuşturma yapılmasının kanunen izne veya talebe bağlı kılınması durumunda basit yargılama usulünün uygulanmayacağını ifade etmektedir. Örneğin, Cumhurbaşkanına hakaret suçu, kovuşturulması Adalet Bakanının iznine bağlı olan bir suçtur. Adalet Bakanı tarafından izin verilmediği müddetçe söz konusu suç açısından kovuşturma işlemleri yapılamayacaktır (TCK, md.299). Suçun takibinin izin ve talep dışında tabi olduğu muhakeme şartının gerçekleşmiş olması da yine talep ve izin gibi basit yargılama usulünün uygulanmasını engelleyen haller olarak karşımıza çıkmaktadır. Sanıkta yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hallerinden birinin bulunmaması durumu basit yargılama usulünün uygulanabilmesi için var olması gereken son şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Yaş küçüklüğü (TCK, md.31), akıl hastalığı (TCK, md.32) ve sağır ve dilsizlik (TCK, md.33) hallerinin basit yargılama usulünü uygulanmasına engel teşkil ettiğini ifade etmemiz gerekir. Bu kimseler tarafından işlendiği iddia olunan suçlar bakımından basit yargılama usulünün uygulanmama gerekçesi kanaatimizce bu kimselerle ilgili olarak kovuşturma aşamasında kanun koyucu tarafından bir dizi sıkı muhakeme tedbirlerinin alınması ve bu kişilerin yargılamalarının özel bazı

¹⁴ Zahit Yılmaz, Özge Apış, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2020, s.97.

prosedürlere tabi tutulmasıdır. Örneğin, yaş küçüklüğü olan suçta sürüklenen çocuğun kovuşturma evresinde müdafî ile dinlenebilmesi, sağır ve dilsizlerin müdafî ve tercüman huzurunda dinlenmesi yine akıl hastalığı şüphesi olan kişilerin müdafî huzurunda dinlenmesi ve akıl hastalığı şüphesi bulunan kişilerin gözlem altına alınması, anlatmak istediğimiz prosedürlere örnek olarak gösterilebilir (CMK, md.74, 150).

Basit yargılama usulünün uygulanabilmesine ilişkin şartların sağlandığının mahkeme tarafından tespit edilmesinden sonra mahkeme tarafından basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmesi gerekmektedir¹⁵. Mahkeme tarafından basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmeden bu usulün uygulanabilmesi mümkün değildir.

C. Basit Yargılama Usulünün Uygulanması

7188 sayılı yasa ile birlikte ceza muhakeme hukuku alanına giren basit yargılama usulünün kovuşturma aşamasına gelmiş olan ceza dosyaları için belirli şartlar altında uygulanabilecek bir kurum olduğunu çalışmamızın önceki bölümlerinde ifade etmiştik. Basit yargılama usulünün uygulanabilmesi için gerekli olan tüm şartlar sağlanmış olsa bile mahkeme gerekli görmesi durumunda basit yargılama usulünü uygulamayabilir (CMK, md.251/1). Tabii mahkemelerin basit yargılama usulünün uygulanmaması yönünden değerlendirmede bulunması, mahkemece karar vermek suretiyle olacağı için mutlaka mahkemenin neden basit yargılama usulünü uygulamadığını gerekçelendirmesi gerekmektedir¹⁶. Nitekim Anayasamızın 141.maddesinde de “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” hükmü yer almaktadır. Anayasamızın amir hükmünden de anlaşılacağı üzere gerekçe ihtiva etmeyen karar mahkeme kararı olamaz. Aynı zamanda mahkemelerin basit yargılama usulünün uygulanmaması yönünde değerlendirmede bulunması, özellikle sanık açısından hak kaybı

¹⁵ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku.s.1039.

¹⁶ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.139.

yaratacak nitelikte olması nedeniyle gerekçe hususunun oldukça önemli olduğunu ifade etmemiz gerekir¹⁷.

Bir görüşe göre, basit yargılama usulünün uygulanması noktasında mahkemeye takdir hakkı tanınmış olması isabetli bir düzenleme olmamıştır. Kanunen öngörülen sınırlar içerisinde bulunan suçların yargılanmasında bu usule başvurulmasının zorunlu tutulması kurumun amacına ulaşması bakımından daha yerinde olurdu; zira mahkemelerin takdiri neticesinde farklılaşan uygulama sonucunda kimi sanıklar hakkında ¼ oranındaki indirim uygulanacakken, kimi sanıklar bu indirimden faydalanamayacaktır.¹⁸ Kanaatimizce, her bir dosyanın aynı suçla ilgili olarak düzenleniyor olması söz konusu olsa bile bu dosyaların birbirinden farklı senaryolar içerebiliyor olması ve her bir dosya için vicdani kanaat durumunun farklı olması dikkate alındığında kanun koyucunun basit yargılama usulünün uygulanıp uygulanmayacağı noktasında mahkemelere takdir hakkı tanınmasının yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Mahkemeler, basit yargılama usulüne tabi olan bir dosya önlerine geldiği zaman duruşma açmaksızın dosya üzerinden basit yargılama usulünün uygulanıp uygulanmayacağı noktasında karar vereceklerdir¹⁹. Bu aşamaya gelen mahkeme, duruşma hazırlığı evresinde bu kararı verecektir²⁰. Bu kararı alırken savcı veya müdafî görüşü alması gibi bir durum söz konusu değildir. Basit yargılama usulünün mahkemece değerlendirildiği aşamada savcı görüşü alınması gerektiğini ifade eden görüşler de mevcuttur.²¹ Kanaatimizce 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 175 vd. maddelerinde duruşmaya hazırlık evresinin kanunen mahkemelere hasredilmiş bir aşama olması nedeniyle iddia makamı olan

¹⁷ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.139.

¹⁸ Yılmaz ve Apiş, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, s.89.

¹⁹ Hüsnü Aldemir, Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.314.

²⁰ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.140.

²¹ Hakan Kızıllarlan, “7188 Sayılı Kanun’la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kasım-Aralık, 2019, s.1948.

savcılarının basit yargılama usulünün değerlendirme aşamasında görüşlerine başvurulması gerekli değildir.

Mahkemece basit yargılama usulünün uygulanması kararı verilmesi durumunda taraflara yazılı olarak iddianameye karşı beyan ve savunmalarını sunmaları için tebliğ tarihinden itibaren 15 günlük süre verilir. Ayrıca söz konusu tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği hususu da belirtilir. Ayrıca, toplanması gereken belgeler, ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilir (CMK md.251/2). Tebligatın gönderileceği kişiler, kanunda sanık, mağdur ve şikayetçi olarak belirlenmiştir. Kendilerine tebligat yapılan sanık, mağdur ve şikayetçi tebliğ tarihinden itibaren 15 günlük süre içerisinde yazılı olarak savunmalarını ve beyanlarını mahkemeye sunabilirler. Tarafların sözlü olarak savunma yapması veya beyanda bulunması gibi bir durum söz konusu değildir. Belirlenen 15 günlük süre içinde tarafların yazılı olarak savunma yapması veya beyanda bulunmaları zorunlu değildir.

Ayrıca ilgililere tebliğ edilen iddianamede yer alan suçlamalar açık ve anlaşılır olmalı, sanığın savunma hakkı kısıtlanmamalıdır.²² Doktrinde, kişinin ifadesi alınmaksızın hakkında iddianame düzenlenmesinin mümkün olması karşısında, sanığın hakkındaki suçlamalardan ilk olarak bu tebligatla haberdar olma ihtimalinin bulunduğu; bu nedenle sanığın yalnızca yazılı savunma yapabilmesinin yeterli olmadığı şeklinde görüşler bulunmaktadır²³. Bu bağlamda silahların eşitliği ilkesi kapsamında hakkındaki isnadı ve haklarını öğrenebilmesi bakımından sanığa suçlamaların sözlü olarak bildirilmesinin sağlanması gerektiği de bildirilmektedir.²⁴ Kanaatimizce basit yargılama usulünün cezai uyuşmazlıklarda bir alternatif olarak çözüm yöntemi olması ve yargılamaların hızlı olarak yürütülmesi amacıyla getirilen bir kurum olması nedeniyle kanun koyucunun yazılı beyan veya savunma hakkı tanınmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

²² Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.142.

²³ Yılmaz ve Apiş, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, s.90.

²⁴ Yılmaz ve Apiş, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, s.90.

D. Değerlendirme Aşaması

Mahkeme basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verdikten ve taraflara tebligat çıkarıp onların görüşünü aldıktan sonra tekrardan dosyayı inceler ve kararını verir. Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar veren mahkemenin mahkumiyet kararı vermesi gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Mahkeme, dosyadaki delillerin durumuna göre 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223.maddesinde belirlenen kararlardan birini verebilir (CMK, md.251/3). Kanun metninde yer alan *verebilir* ifadesiyle kanun koyucunun aslında verir şeklinde emredici bir hükme yer verdiğini ifade etmemiz gerekir²⁵. Mahkemenin CMK'nın 223.maddesinde düzenlenen kararlar dışında bir başka karara hükmedebilmesi teknik olarak mümkün değildir²⁶. Bu noktada mahkeme değerlendirme aşamasında mahkumiyet kararı verebileceği gibi suçun oluşmadığı, sanığın eyleminin sabit olmaması veya sanığın suçu işlemediğinin sabit olması gibi gerekçelerle beraat kararı verebilir. Yine aynı şekilde mahkeme şikayete tabi bir suçla ilgili olarak şikayetçinin şikayetini geri alması gerekçesiyle düşme kararı da verebilir. Bu durumda kanun koyucunun sanık hakkında yazılı olarak açıkça istemediğini belirtmediği müddetçe 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231.maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermesinde olduğu gibi şikayet yokluğu nedeniyle düşme kararı verilebilmesini sanığın kabulüne bağlamadığını da anlamamız gerekir (CMK, md.251/4).

Basit yargılama usulüne göre verilen kararlar itiraz yolu düzenlendiğini ifade etmemiz gerekir. Bu noktada kararın türü önemli olmaksızın basit yargılama usulünün uygulanması neticesinde verilecek olan karara karşı itiraz edilebileceğini ifade etmemiz gerekir²⁷. Bu noktada kesin nitelik taşıyan kararlar için de itiraz yolunun açık olduğunu ifade etmemiz gerekir (CMK, md.252/1). Örneğin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 272/3-a maddesine göre doğrudan verilen 3.000 tl altındaki para cezalarına konu olan mahkumiyet hükümlerinin kesin

²⁵ Yılmaz ve Apiş, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, s.91.

²⁶ Yılmaz ve Apiş, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, s.91.

²⁷ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.164.

nitelik taşıdığını ancak basit yargılama usulü uygulanarak verilen doğrudan nitelikteki para cezasının kanun koyucunun basit yargılama usulü için yaptığı özel düzenleme kapsamında itiraz yoluna tabi olduğunu belirtmemiz gerekir.

Buradaki itirazın özel bir itiraz yolu olduğunu, Basit yargılama usulü kapsamında mahkemelerce verilen kararların itiraz yasa yoluna tabi olduğunu ifade etmemiz gerekir. Bu noktada 7188 sayılı yasa ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 252. Maddesinde "251 inci madde uyarınca verilen hükümlere karşı itiraz edilebilir. Süresi içinde itiraz edilmeyen hükümler kesinleşir." şeklinde düzenleme söz konusudur. İtiraz kanun yolunun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 267 vd. maddelerinde düzenlenen itiraz yolundan farklı olduğunu ifade etmemiz gerekir. Basit yargılama usulü açısından düzenlenen itiraz, özel bir itiraz yoludur²⁸. İtiraz yasa yolu normalde hüküm niteliğindeki kararlar için düzenlenmemiştir²⁹. Kanun koyucunun Basit Yargılama Usulü için düzenlediği itiraz için kanunda bir süre öngörmemiş olması durumu söz konusu olduğu için basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda verilen kararlara karşı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 267.maddesinde öngörülen 7 günlük itiraz süresinin kıyasen kabul edildiğini ifade etmemiz gerekir.³⁰ Basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda verilen kararlara itiraz edilmesi sonrasında itiraza konu olan dosya bir başka yargı merci tarafından esas veya usul bakımından incelenmeyecektir ve kararı veren mahkemeye yapılacaktır. Bu noktada basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda verilen karara itiraz edilmesi durumunda mahkeme basit yargılama usulünün uygulanmasından vazgeçecek olup yargılamayı yeni esas almak suretiyle genel hükümlere göre yürütecektir (CMK, md.252/1). İtiraz üzerine mahkeme artık söz konusu dosya için genel yargılama usullerine göre yargılama yapacaktır³¹. Ayrıca mahkemenin önceki kararı ile bağlı olmadığını ifade etmemiz gerekir. Bu bağlamda daha önce basit

²⁸ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.165.

²⁹ Yılmaz ve Apiş, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, s.97.

³⁰ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.168.

³¹ Yılmaz ve Apiş, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, s.98.

yargılama usulünü uygulayarak mahkumiyet kararı veren mahkeme, basit yargılama usulüne itiraz sonrasında yapacağı genel yargılama sonucunda beraat kararı verebilecektir³². Tabi daha önce verdiği kararlar rengini belli eden mahkemenin, verdiği karara itiraz edilmesi neticesinde yeniden yargılama yapacak olmasının gerek temel muhakeme hukuku ilkeleri gerekse de adil yargılanma hakkı açısından sorunlu birçok yönünün olduğunu ifade etmemiz gerekir.

Basit yargılama usulüne göre verilen karara karşı, süresi içerisinde itiraz edilmemesi veya itiraza yetkili olmayan kişilerce itiraz edilmesi durumunda itirazın reddedilebileceğini ifade etmemiz gerekir (CMK, md.252/6). Yine aynı şekilde mahkemelerin basit yargılama usulünün uygulanması yönünde karar almaları sonrasında nihai kararı vermeden önce gerekçesini belirtmek suretiyle basit yargılama usulünden dönebileceğini ve bu karara karşı herhangi bir yasa yolunun olmadığını ifade etmemiz gerekir (CMK, 251/6).

III. BASİT YARGILAMA USULÜNDE HAKİMİN İHSAS-I REYİ

A. Hakimlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Bağımsızlık ve tarafsızlık kavramı denildiği zaman, akla ilk gelenin hakimler olduğu kanaati öne çıkan görüştür. Hakim ise, ceza muhakemesinde yargılama faaliyetini yürüten ve iddia ve savunma makamlarının görüşlerinin sentezini yaparak karar veren kişidir³³. Hakimlerin karar merci olması ve yargılama bakımından son noktayı koyan makam olması bu görüşü haklı çıkararak gerekçeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de karar merci sıfatına sahip olan hakimlerin, bağımsız ve tarafsız kararlar vermeleri adaletin tecelli etmesi açısından olmazsa olmazdır. Hakimlerin de birer insan olduğu düşünüldüğünde elbette ki her bir birey gibi hakimlerin de siyasi, etnik, ideolojik vb. düşünceleri ve yönelimleri olabilir. Bir hakimın siyasi ideolojisinin olması o hakimın bağımsız veya tarafsız davranmayacağı

³² Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.173.

³³ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku.s.686.

anlamına gelmez. Özellikle tarafsızlık kavramı ile hakimlerden beklenenin, hakimlerin kararlarında herhangi bir kişi, düşünce, ideoloji vb. etkisi altında kalmadan karar vermeleridir. Bu noktada bağımsız ve tarafsız hakimden anlaşılması gerekenin, kimseden emir almama ve objektif davranma olduğunu ifade etmemiz gerekir³⁴.

Devlet olmanın en temel özelliklerinden biri, adalettir. Eğer devlet kendi içerisinde vatandaşlarına gerekli adalet mekanizmalarını kuramaz veya kursa bile ona işlerlik kazandıramazsa devlet olma vasfını yerine getirememiş olur. Devletin bu vasfını yerine getirememesi getirirse bile bağımsız ve tarafsız davranmaması durumunda devletin oluşturduğu boşluğu adına mafya denilen suç örgütleri doldurması olasılığı oldukça yüksektir³⁵. Bunun olmazsa olmazı ise, iyi bir adalet mekanizmasının yanında bu mekanizma içerisinde yer alan kişilerin bağımsız ve tarafsızlıklarının sağlanmasıdır. Zira en küçük yabancı bir unsurun müdahalesi ile bile bozulan kurum, adalettir.³⁶ Yargı bağımsızlığı, anayasal demokrasinin temel ilkelerinden biridir ve yargıçların ifa ettikleri görev dolayısıyla maruz kalabilecekleri baskı ve müdahalelere karşı kurumsal ve anayasal olarak korunması anlamına gelmektedir³⁷.

Bağımsızlık ve tarafsızlık birbirleriyle yakından ilişkili; ancak birbirinden farklı iki kavramdır. Mahkemenin bağımsızlığı, tarafsızlığının ön şartıdır ve tarafsızlıktan daha soyut bir anlam içerir. Bağımsızlık, mahkemenin genel olarak yasama, yürütme, yargı ve dış etkilere karşı korunmasını ifade ederken, tarafsızlık somut olay bakımından mahkemenin uyuşmazlığın tarafları arasında yanlı olmamasını ifade eder.³⁸ Hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ise tek bir dosya ya da uyuşmazlık bakımından değil, hakimin önüne gelen tüm uyuşmazlıklar açısından var olması gereken durumlardır. Yani bir hakimin tek bir uyuşmazlıkta tarafsız davranması diğer başka bir uyuşmazlıkta ise taraflı

³⁴ Hakan Hakeri, Yener Ünver, Ceza Muhakeme Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.59.

³⁵ Kurtuluş Tayanç Çalışır, Teoride ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı, Adalet Yayınları, Ankara, 2016, s.319.

³⁶ Nevzat Toroslu , Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s.97.

³⁷ Peri Uran Murphy, Teorik Çerçeve Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.18.

³⁸ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.144.

olması gibi bir durum söz konusu değildir. Gerçek anlamda adaletin yerine getirilmesi ve mahkemelerin vermiş olduğu kararların gerek uyumsuzluğun tarafları gerekse de kamuoyu açısından tatmin edici olması için karar merci olan hakimlerin bağımsız ve tarafsız olması oldukça önemlidir. Adaleti mahkemelerde bulamayan insanlar kendi adaletlerini kendileri tesis etmek isterler ki o zaman devlet, devlet olma fonksiyonunu kaybetmiş olur. Yine yargı bağımsızlığı hakimlere kişisel olarak sağlanan bir ayrıcalık olmayıp hakimlerin ifa ettikleri görevlerini tam olarak sağlayabilmesi bakımından sağlanan mesleki bir zorunluluktur³⁹.

Türk Hukukunda hakimlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik gerek anayasal gerekse de yasal birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Anayasamızın 138 ve 139.maddelerinde mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlik ve savcılık teminatından bahsedilmiştir. Anayasamızın 138.maddesinin 1.fıkrasında “*Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdan kanaatlerine göre hüküm verirler.*” hükmüne yer verilmiştir. Yine söz konusu maddenin devam hükümlerinde de hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramlarının sağlanmasına yönelik olarak düzenlemeler yapıldığını Anayasamızın 139.maddesinde ise hakimlerin ve savcılarının mesleki teminatlarından söz edildiğini ve bunların anayasal güvenceye oturtulduğunu ifade etmemiz gerekir. Konu başlığımızın başında da belirttiğimiz gibi anayasa koyucunun da bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları denildiği zaman hakimleri kastettiğini anlamış bulunmaktayız. Ayrıca anayasa koyucunun hakimlik ve savcılık mesleğine anayasal teminatlar getirerek bu mesleklerin ne kadar önem taşıyan meslekler olduğunu ve bu meslekleri icra eden kişilerin adaleti sağlamaları için belirli güvencelere sahip olması gerektiğini kabul ettiğini görmekteyiz. Yine anayasal koyucunun Anayasamızın 9.maddesinde “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.*” hükmünde bağımsız mahkemeler tabirini kullanmasında da mahkemelerin her zaman tek hakimle teşekkül etmediklerini düşünerek bağımsızlığın aynı zamanda karar veren mahkemedeki tüm hakimler için de geçerli olduğunu vurgulamıştır⁴⁰.

Hakimlerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasına yönelik olarak birçok uluslararası belge söz konusudur. Ülkemizce de

³⁹ Murphy, Teorik Çerçeve de Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı, s.20.

⁴⁰ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku.s.688.

kabul edilen ve yürürlükte olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinin 1.fikrasında “*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemelerin yasama ve yürütme organlarından ve taraflardan bağımsız olmaları gerektiğini kabul etmiştir. Bunun ise, mahkeme üyelerinin görevlerini yaparken emir ve talimat almamalarını ve hesap verme durumunda kalmamalarını ifade ettiğinin belirtmiştir⁴¹. Yine yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasının hakimlerin atanma biçimleri, görev süreleri, dış etkilere karşı güvencelerinin varlığı ve dışarıdan görünüşleri gibi belirli kriterler getirerek mahkemelerin bağımsız ve tarafsız davranıp davranmadıklarını değerlendirme yoluna gitmiştir⁴². Bu noktada Aihm İncal/Türkiye davasında, yüksek mahkemenin bir mahkemenin bağımsız ve tarafsızlığı ile ilgili karar verirken mahkeme üyelerinin atanma şekline, görev sürelerine, dış baskılara karşı güvence ve bağımsızlık görüntüsü verip vermediği gibi konulara dikkat ettiğini belirterek ülkemizde daha önce faaliyet yürüten Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görev yapan askeri hakimlerin statülerinin bağımsızlık ve tarafsızlık konuları hakkında bazı güvenceler sağladığını saptamıştır. Bu kişilerin sivil hakimlerle aynı eğitimi aldıklarını ve sivil hakimlerle aynı anayasal güvencelerden faydalandıklarına kanaat getirerek Devlet Güvenlik Mahkemelerinin askeri hakimlerinin sözleşmenin 6.maddesine aykırı faaliyet yürütmediklerine kanaat getirmiştir⁴³.

Hakimlerin tarafsızlığını sağlamak için alınan hukuki düzenlemelerin yanı sıra, hakimler için uymaları gereken bazı etik ilkeler de geliştirilmiştir. Etik, iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan ayırmaya

⁴¹ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku.s.689.

⁴² Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku.s.689.

⁴³ Kararın ayrıntısı için (İncal/Türkiye, B.no:18 22678/93,09/06/1998)”. HUDOC, European Court of HumanRights,https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22incal%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}, (Erişim Tarihi: 30/06/2023)

yarayan davranış kıstası olarak tanımlanmaktadır⁴⁴. Bu noktada Birleşmiş Milletler'in 2001 yılı Şubat ayında Hindistan'ın Bangolar şehrinde düzenlediği toplantıda "Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından kabul edilen ve Hakimler ve savcılar Kurulu tarafından da 30714 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türk Yargı Etiği Bildirgesinde kabul ettiği ilkelerden olan bağımsızlık ve tarafsızlığın, hukukun üstünlüğünün önkoşulu ve yargı bağımsızlığının garantisi olduğu belirtilmiştir. Yine Türk Yargı Etiği Bildirgesinde tarafsızlığın, yargı görevinin doğru bir şekilde yerine getirilmesinde etkili olduğu belirtilmiştir. Ayrıca tarafsızlığın sadece mahkemelerce verilen kararlardan anlaşılmasının yeterli olmadığını tarafsızlığın karar verilirken ki süreç açısından da geçerli olduğu kabul edilmiştir⁴⁵.

Yine hakimlerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda da düzenlemeler yapıldığını ifade etmemiz gerekir. Hakimlerin bağımsız ve tarafsız davranamayacaklarının kanun koyucu tarafından kabul edildiği bazı uyuşmazlıklarda hakimlerin bizzat kendilerinin çekinmesi gerektiği ayrıca hakimlerin çekinmemesi durumunda dosyanın taraflarının her aşamada ileri sürebileceği yasaklılık hallerinin olduğunu ifade etmemiz gerekir (CMK, md.22). Örneğin, hakimın sanığın kardeşi olması, sanığın eşi olması veya dosyanın tarafı ile arasında vesayet veya kayımlık ilişkisinin bulunması durumunda hakimın dosyada yasaklı olduğunu ve o dosyadan çekinmesi gerektiğini ifade etmemiz gerekir. Yine kanun koyucu tarafından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 22.maddesinde sayma suretiyle belirlenen yasaklılık halleri dışında kalan ancak hakimın bağımsız ve tarafsız davranamayacağı şüphesinin gerek dosya taraflarında gerekse de hakimın kendisinde oluşması durumunda da hakimın kendisinin çekinmesi veya hakimın çekinmesinin taraflarca istenebilmesi mümkün ve olanaklıdır (CMK, md.25). Bir hakim, önüne gelen dosyada gerekçesini belirtmek suretiyle bağımsız ve tarafsız

⁴⁴ Aydın İnyet, Akademik Etik adlı kitabından aktaran Gökçen Topuz ve Belkıs Konan, "Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Hakimın Tarafsızlığı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık, 2017, s.786.

⁴⁵ Türk Yargı Etiği Bildirgesinin tamamı için Bkz:<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/03/20190314-4.pdf>, Erişim Tarihi:30/06/2023.

davranamayacağına kanaat getirdiği takdirde yargılamadan çekinmesi oldukça önemlidir. Böyle bir davranışta bir hakimnin bulunabilmesi kadar böyle bir duruma hukuk sisteminde imkan tanınması da gayet yerindedir. İnsan oldukları unutulmaması gereken hakimlerin, kanun koyucu tarafından hangi durumlarda bağımsız davranabilecekleri hangi durumda davranmayacaklarını kabul etmek onları robotlaştırmak anlamına gelmektedir ki bu da eşyanın tabiatına uygun değildir.

B. İhsas-ı Rey Kavramı ve Hakimnin Tarafsızlığı ile İlişkisi

İhsas-ı Rey, en bilinen tanımıyla bir hakimnin yargılamaya konu dosya ile ilgili karardan önce rengini belli etmesi demektir. Hakimlerin, yargılama süresince kararlarını açıklamadan önce ne yönde karar vereceklerini söylememeleri veya kararlarını belli edecek söylem ve eylemlerden kaçınmaları gerekmektedir. Bunun aksi durumda zaten yargılama faaliyetinin yapılmasının bir kıymeti kalmayacaktır. Bu noktada hakimlerin karar vermeden önce kararlarını belli edecek sözlerden ve eylemlerden kesinlikle kaçınması gerekmektedir. Örneğin hakimlerin, sanığa duruşmada sorgu sırasında, suçu neden işledin, neden böyle fiili yaptın gibi sorular sormaması ve bu şekilde kişiyle ilgili peşin hüküm veren sorgu tarzlarından kaçınması gerekmektedir. Yine aynı şekilde hakimlerin yargılamayla ilgili hüküm vermeden önce yargılamanın devamı açısından vermiş olduğu ara kararlarında da yargılamanın tarafları ile ilgili peşin hüküm verdiği izlenimi uyandırır söylemlerden kaçınması gerekir⁴⁶. Örneğin tutuklama veya tahliye kararı veren bir hakimnin kararının gerekçesinde suçu işlediği anlaşılan veya işlemediği anlaşılan gibi değerlendirmelerden kaçınması gerekir.

Hakimin bakmakta olduğu davayla ilgili önceden kanaatini belli etmemiş olması (ihsas-ı reyde bulunmaması) da tarafsızlığın önemli gereklerindedir. Nitekim hakim, kanaatini hükmüyle ortaya koyar, o zamana kadar kanaatini ortaya koyması, yargılamanın kalan kısmında yapılacak faaliyetleri neredeyse anlamsız kılacaktır. Bu durum yargılamanın sıhhatini etkileyecek, verilecek karar ne kadar doğru olsa da tarafların ve kamuoyunun mahkemeye güvenini zedeleyecektir. Bu nedenle mahkemeler özellikle ara kararlarını verirken “suçu işlediği

⁴⁶ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.144.

anlaşıldığından”, “suçu işlediğini gösteren kesin deliller bulunduğu” gibi ifadeler kullanmamalıdır. Aksi takdirde hem sanığın suçsuzluk karinesini ihlal etmiş olacaklar hem de ihsas-reyde bulunmak suretiyle tarafsızlıklarını kaybedeceklerdir.⁴⁷

Bu noktada hakimlerin tarafsızlığının en önemli göstergelerinden birinin, hakimlerin yargılama müddetince ihsas-reyden kaçınmaları olduğunu ifade etmemiz gerekir. Gerçekten de yargılama süresinde karar aşamasından önce hakimlerin kararlarını belli edecek söylem ve eylemlerde bulunmaları hakimlerin tarafsız davranmadığını da gösterecektir⁴⁸. Tabi Türk Ceza Sisteminde suçların kamusal yönünün bulunduğu düşünülse bile mağdurun doğrudan kamu yani toplım olduğu suçlarda da hakimın sanık olarak yargılanan kimseye karşı ihsas-ı reyde bulunması durumunda kamunun yanında bulunduğunu yani tarafsız davranmadığını düşünüleceğini ifade etmemiz gerekir. Ceza yargılamalarında suçların mutlaka bir mağduru vardır. Bu bazen gerçek kişiler olur bazen de tüzel kişiler olur. Bu noktada tüm uyuşmazlıklarda yani ihtilaflarda olduğu gibi ceza yargılamalarının da mutlaka iki tarafı vardır. Bu noktada hakimlerin yargılama müddetince taraflar arasındaki menfaat dengesini çok iyi bir şekilde gözetmeleri ve mümkün olduğunca tarafların güvenini zedeleyecek davranışlardan kaçınmaları gerekmektedir.

C. Basit Yargılama Usulü Uygulamalarında Hakimın İhsas-ı Rey Sorunu

7188 sayılı yasa ile birlikte Türk Ceza Hukuku sistemine giren Basit Yargılama Usulü ile bazı suçlar için ceza yargılamalarının daha hızlı ve etkin bir şekilde çözümlenmesi amaçlanmış ve bu şekilde hem mahkemelerin iş yüklerinin azaltılması hem de daha makul sürede yargılamaların gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir. Bu usulün kovuşturmayaya alternatif bir yöntem olmadığını alternatif bir kovuşturma yöntemi olduğunu ifade etmemiz gerekir⁴⁹. Bu kurumun yargılamaları

⁴⁷ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.170.

⁴⁸ Merih Öden, Anayasa Yargısında Yargıcın veya İşe Bakamaması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1993, s.64.

⁴⁹ Yavuz, Ceza Muhakemesinde Kovuşturmayaya Alternatif Yöntemler.,305.

hızlandırması ve yargı mercilerinin iş yüklerini azaltmasının yanında özellikle adil yargılanma hakkı gibi birçok temel yargılama haklarının uygulanması açısından sorunları da beraberinde getirdiğini çalışmamızın önceki bölümlerinde detaylı olarak dile getirmiştik. Özellikle kanun koyucunun basit yargılama usulü ile ilgili olarak getirmiş olduğu bazı düzenlemelerin hakimın karar vermeden önce kararının rengini belli etmesine neden olduğunu, bu hususun da en başından adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ifade etmemiz gerekir.

Basit yargılama ile ilgili olarak 7188 sayılı yasa ile değişik 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 251/2.maddesinde “*Basit Yargılama Usulünün uygulanmasına karar verildiği takdirde mahkemece iddianame; sanık, mağdur ve şikayetçiye tebliğ edilerek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmeleri istenir. Tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği hususu da belirtilir.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümlerle ilgili basit yargılama usulünde ihsas-reye ilişkin sorunların çıkması kaçınılmazdır⁵⁰. Bir görüşe göre bu usule başvurulup başarısızlıkla sonuçlandıktan sonra normal soruşturma ve kovuşturma usulüne dönülmektedir. Bu nedenle usul başarısızlıkla sonuçlandıktan sonra geri dönüşlerde dosyanın başka savcı veya hakime yönlendirilmesi hususunda yasal değişiklik yapılmalıdır.⁵¹ Diğer bir görüşe göre ise, bu madde kapsamında tebligatın yapılması aynı zamanda hakimde kanaatin oluştuğunu göstermektedir. Ancak kanaatin hangi yönde olduğu konusunda söz konusu tebligattan bir sonuca varılamaz. Hakimın mahkumiyet mi, beraat mi yoksa diğer hüküm çeşitlerinden birini mi kuracağı belli değildir. Bu nedenle söz konusu tebligatın çıkarılması ihsas-ı rey değildir.⁵² Kanaatimizce basit yargılama usulünün uygulanması yönünde karar veren hakimın, tebligat prosedürü tamamlandıktan sonra ceza muhakemesi kanununda belirtilen kararlardan birine hükmedebilmesi dikkate alınarak, bu düzenlemenin hakimın ihsas-ı reyde bulunduğu sonucunu doğurmayacağını düşünmekteyiz.

⁵⁰ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.170.

⁵¹ Ahmet Kezer, 30 Soru ve Yanıtta Seri Muhakeme Usulü ve Basit Yargılama Usulü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.127.

⁵² Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.147.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de somut norm denetimi kapsamında kendisine 7188 sayılı yasa ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 251/2.maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddialarıyla ilgili olarak yapılan başvuru neticesinde yapmış olduğu inceleme sonucunda söz konusu yasa maddesini “...*Bu bağlamda basit yargılama usulüne göre yürütülen davada mahkemenin basit yargılama usulü hükümlerinin uygulanmasından vazgeçerek genel hükümlere göre yargılamaya devam etmesi ya da basit yargılama usulü kapsamında verilen kararın tebliğiyle belgelerin içeriği hakkında bilgi sahibi olan tarafların karara itiraz etmesiyle yapılacak duruşmada savunma ve beyanlarını dile getirmelerine engel bir durumun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde basit yargılama usulünün uygulanması sırasında ilgili kurum ve kuruluşlardan temin edilen bilgi ve belgelere karşı taraflara bilgi sahibi olma ve bunlara karşı görüş bildirme imkânının tanınmadığı söylenemez...Bu itibarla sanık, mağdur ve şikâyetçinin savunma, beyan ve itirazlarını huzurda ileri sürmelerine, ilgili kurum ve kuruluşlardan getirilen belgelerin içeriğinden bilgi sahibi olmalarına ve bunlara karşı görüş bildirmelerine imkân tanımadan on beş günlük süre içinde yapılacak yazılı beyan ve savunmaya göre karar verilebilmesini öngören kuralların davaların makul sürede sonuçlandırılarak ceza yargılama sisteminin hızlı ve etkin bir şekilde işlemesi amacını sağlama bakımından adil yargılanma hakkına ölçsüz bir sınırlama getirdiği söylenemez....” gerekçesiyle Anayasanın 13, 36 ve 141.maddelerine aykırı olarak kabul etmemiştir⁵³. Açıkladığımız gerekçelerle Anayasa Mahkemesinin bu kararının yerinde olduğu kanaatindeyiz.*

Basit yargılama usulüyle ilgili olarak hakimin ihsas-ı reyde bulunduğuyla ilgili tartışmalara konu olan bir diğer düzenleme ise, 7188 sayılı yasa ile değişik 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 252/2.maddesidir. 7188 sayılı yasa ile değişik 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 252/2.maddesine göre “*İtiraz üzerine hükmü veren mahkemece duruşma açılır ve genel hükümlere göre yargılamaya devam olunur. Taraflar gelmese bile duruşma yapılır ve yokluklarında 223 üncü madde uyarınca hüküm verilebilir. Taraflara gönderilecek*

⁵³ Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, 22/06/2023, 2020/79 Esas 2023/113 Karar, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/113>, Erişim Tarihi:11/10/2023.

davetiyede bu husus yazılır. Duruşmadan önce itirazdan vazgeçilmesi halinde duruşma yapılmaz ve itiraz edilmemiş sayılır.” şeklindedir. Burada kanun koyucu Basit yargılama usulü kapsamında mahkemeye verilen karara dosya taraflarınca itiraz edilebileceğini düzenlenmiştir. Ancak buradaki itirazın 5271 sayılı CMK'nın 267 vd. maddelerinde düzenlenen itirazdan farklı olup mevcut bir karara karşı eşit derecede veya üst derecedeki bir başka makamın kararı denetlemesi için düzenlenen itiraz yolu değildir⁵⁴. Basit yargılama usulüne özgü olarak düzenlendiği anlaşılan itiraz usulünde, bu usul kapsamında verilen karara karşı yapılmadığında kararın kesinleşmesine yol açan veya itiraz edildiğinde ise hükmü veren mahkeme bu kez duruşma açarak daha önce dosya üzerinde sürdürdüğü yargılamayı duruşma açarak sürdürmesine neden olan düzenleme söz konusudur⁵⁵.

Basit yargılama usulüyle ilgili olarak kanun koyucunun yapmış olduğu düzenlemeler içerisinde hakimın ihsas- reyde bulunduğu düşüncesinin oluşmasına sebebiyet verebilecek en sıkıntılı maddenin bu madde olduğunu düşünmekteyiz. Hakimın önüne gelen bir dosyada karar vermesinden sonra verilen karara yönelik olarak öngörülen itiraz yolu sonucunda dosyanın başka bir merciye değil de kararı veren mahkemeye yapılması yargılama mantığı açısından oldukça sıkıntılıdır. Elbette insanın olduğu her yerde olduğu gibi yargı alanında da hata yapılması kaçınılmazdır ancak hatayı yapan kişinin hatasını kabul ederek kararını düzeltme yoluna gitmesi ise, pek karşılaşılan bir durum değildir⁵⁶. Bu noktada bu düzenlemenin hatalı olmuştur. Çünkü bu usul uygulanarak verilen karara karşı derece kanun yolunun yaratılmaması ve kanun yollarındaki aktarma ilkesinin gözardı edilmesi ve hükmü veren merciinin kendi kararını itiraz mercii olarak denetlemesi, kanun yollarının mantığına ve hak arama özgürlüğüne kesin bir biçimde aykırıdır⁵⁷. İtiraz usulünün bu haliyle adeta göstermelik bir kanun yolu olduğu ve esasında

⁵⁴ Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (3 Cilt), Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.2259.

⁵⁵ Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (3 Cilt), s.2259.

⁵⁶ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.170.

⁵⁷ Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (3 Cilt), s.2259.

bu düzenleme ile bir mahkemenin basit yargılama usulüne göre vermiş olduğu karara karşı kanun yolunu fiilen kapattığı anlaşılmaktadır⁵⁸.

Kanun koyucunun basit yargılama ile ilgili olarak verilen karar neticesinde söz konusu karar için öngördüğü yasa yolunun yine kararı veren mahkeme ve kararı veren hakim olması, uygulamada birçok sorunu da beraberinde getirecektir. Bu sorunlardan en önemlisi, basit yargılama usulüne göre verilen karara, taraflardan birinin itirazı sonucunda söz konusu dosyanın genel esaslara göre yeniden aynı hakim tarafından ele alınacak olması nedeniyle dosyanın tarafları açısından yeniden yargılama yapılacak olsa bile hakimın zaten kararının belli olduğu düşüncesini doğuracaktır⁵⁹. Bu noktada dosyanın tarafları açısından basit yargılama usulüne göre hüküm kurmuş olan hakimi ikna etmek konusunda, kanaati oluşmamış diğer hakimi ikna etmekten çok daha fazla gayret ve delil göstermesi gerekeceğini düşünecektir. Daha basit anlatımla dosyanın taraflarında “*biz ne yapsak da boş*” düşüncesi oluşacaktır. Bu noktada düzenlemenin bu haliyle suçsuzluk karinesine ve hakimlerin tarafsızlığı ilkelerine aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü daha önce verdiği kararlar rengini belli eden hakimın itiraz sonrası farklı bir karar vermesi neredeyse imkansızdır⁶⁰. Bu noktada kanun koyucunun en azından itiraz üzerine kararı veren hakimın yasaklılığını öngörüp aynı mahkemede başka bir hakimın görev alabilmesini sağlayarak bu tartışmalara ve uygulamada yaşanacak sorunlara imkan vermemiş olması gerekirdi.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de söz konusu 7188 sayılı yasa ile değişik 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 252/2.maddesinin iptali istemiyle yapılan başvuru neticesinde söz konusu düzenlemenin “*..Kanun’un 252. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre, Mahkeme itiraz üzerine karar verirken, 251. madde kapsamında basit yargılama usulüne göre verdiği hükümle bağlı değildir. Ayrıca sanığın basit yargılama usulü kapsamında verilen karara itiraz etmesi hâlinde Kanun’un 251. maddesinin (3) numaralı fıkrasında öngörülen indirimden yararlanmaması da mümkün değildir. Mahkemenin usul kapsamında ilk aşamada verdiği kararlarla bağlı olmaması ve sanığın itirazı hâlinde indirim oranının korunmamasının, vekâlet ücreti, yargılama giderinin*

⁵⁸ Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (3 Cilt), s.2259.

⁵⁹ Karakehya ve Tuncer, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, s.170.

⁶⁰ Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (3 Cilt), s.2260.

yanlış hesaplanması gibi usule yönelik basit nedenlerle karara itiraz edilmesi durumunda dahi beraat eden sanığın cezalandırılması ya da önceki cezaya göre daha ağır cezaya hükmedilmesi gibi aleyhe sonuçlar doğurması söz konusu olabilir. Ayrıca itiraz üzerine her şartta yargılamanın duruşmalı yapılmasının sonuçlarından birisi de usule ilişkin basit hatalar nedeniyle yapılan itirazın sanık dışındaki kişiler (Cumhuriyet savcısı, şikâyetçi, mağdur) tarafından ileri sürülmesi hâlinde basit yargılama usulü kapsamında verilen hükümde sanık hakkında öngörülen indirim korunmaması ihtimalidir. Çünkü 252. maddenin (3) numaralı fıkrasına göre, sanık hakkında Kanun'un 251. maddesi kapsamında verilen kararda beraat kararı gibi suçluluk tespitinin yapılmadığı hâllerde indirim uygulanmadığından itiraz üzerine yapılan yargılamada verilecek mahkûmiyet kararında dörtte birlik indirimin uygulanmaması sonucu ortaya çıkacaktır. Başka bir ifadeyle basit yargılama usulünün ilk aşamasında suçluluk tespiti yapılmayan kararlar açısından, itirazın sanık dışındaki yargılama sùjeleri tarafından ileri sürüldüğü hâllerde ilk aşamada verilen hükümde dörtte bir oranında indirimin uygulanmadığı için itiraz üzerine verilen mahkûmiyet kararında anılan indirimin korunması da söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla kural kapsamında duruşma yapılmasını gerektirmeyen basit nitelikte usule ilişkin itirazlarda dahi yargılamanın duruşmalı yapılmasının sanık açısından doğuracağı sonuçlar adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle bağdaşmamaktadır. Bu yönüyle kural, hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir...” gerekçeleriyle söz konusu kanun maddesinin iptaline karar vermiştir⁶¹.

Yüksek Mahkeme, söz konusu iptal kararının Resmi Gazete’de yayımlanma tarihi olan 11/10/2023⁶² tarihinden itibaren 9 ay sonra yürürlüğe gireceğini belirtmiştir. Söz konusu iptal kararına konu olan yasa maddesi ile ilgili olarak yasama organı tarafından mutlaka bir düzenleme yapılacaktır. Nitekim bu konuda kamuoyunda 8.Yargı Paketi olarak adlandırılan ve 16/02/2024 tarihinde TBMM meclis başkanlığına sunulan taslak metinde Basit Yargılama Usulü uygulanarak asliye ceza mahkemelerince verilecek kararlara yönelik olarak “...Maddenin ikinci

⁶¹ Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, 22/06/2023, 2020/79 Esas 2023/113 Karar, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/113>, Erişim Tarihi:11/10/2023.

⁶² Söz konusu kararın Resmi Gazete içeriği için bakınız: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/10/20231011-4.pdf>.

fikrasında yapılan düzenlemeyle, basit yargılama usulüne göre verilen karara itiraz üzerine hükmü veren mahkemece dosyanın, o yerde birden fazla asliye ceza mahkemesi bulunması halinde tevzi kriterlerine göre karar veren mahkeme dışında belirlenen asliye ceza mahkemesine gönderileceği ve bu mahkemece duruşma açılarak genel hükümlere göre yargılamaya devam olunacağı kabul edilmektedir. Tek asliye ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde ise, aynı mahkemede yetkili başka bir hâkim varsa, bu hâkim tarafından; yetkili hâkimin bulunmaması halinde adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkamınca görevlendirilen hâkim tarafından duruşma açılarak genel hükümlere göre yargılamaya devam olunacaktır. Böylelikle basit yargılama usulüne göre karar veren hakim ile genel usule göre yargılama yaparak karar verecek hakim farklı olması sağlanmaktadır...” denilmek suretiyle kararı veren asliye ceza mahkemesinin kararının sayı olarak bir üstünde bulunan asliye ceza mahkemelerinin esas alarak genel hükümlere göre yargılama yapacağı belirtilmiştir. Bulunduğu yargı yeri olarak tek asliye ceza mahkemelerinin bulunduğu yerlerde ise basit yargılama usulü kapsamında verilen karar yönelik olarak aynı yerde başka bir hakim varsa o hakim tarafından yargılamanın genel hükümlere göre yapılacağı belirtilmiştir⁶³. Bu düzenlemenin asliye ceza mahkemelerinin mevcut iş yüklerini daha da artıracak ve basit yargılama usulünün düzenleme amacına aykırı olarak asliye ceza mahkemelerinin basit yargılama usulünün uygulanmasından mahkemelerin imtina edeceklerini söylemek için kahin olmaya gerek olmadığını ifade etmemiz gerekir. Bu nedenle yasama organınca mecliste yapılacak görüşmelerde mahkemelerce basit yargılama usulü kapsamında verilen kararlara yönelik olarak Anayasa Mahkemesinin 5271 sayılı CMK'nın 231/12.maddesi ile ilgili vermiş olduğu iptal kararı⁶⁴ içeriğine göre 5271 sayılı CMK'nın 272 vd.

⁶³ Söz konusu taslak kanun metni için bakınız: <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/6e8b6477-2942-49d1-acf1-cfa13bcac252.pdf>

⁶⁴ Yüksek Mahkeme uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve adeta mahkemelerce yargılamaları sonlandırmak için bir joker görevi gören 5271 sayılı CMK'nın 231.maddesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ile ilgili mahkemelerce verilen kararların Ağır Ceza Mahkemelerince incelemesine konu olan 5271 sayılı CMK'nın 231/12.maddesini “...Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen kural; bu kanun yoluna

maddelerinde düzenlenen İstinaf yasa yolunun uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Yine Mahkemenin basit yargılama usulünü uygulayarak vermiş olduğu karara itiraz edilmesi neticesinde genel usullere göre yapmış olduğu yargılama sonucunda vermiş olduğu kararın da genel usullere göre olağan kanun yolu denetimine tabi olduğunu ifade etmemiz gerekir (CMK, md.252/5. Olağan kanun yolu denetimi ile kastedilmek istenenin ise, itiraz, istinaf ve temyiz yolu olduğunu belirtelim. (CMK, md.260 vd.).

IV. SONUÇ

Yukarıdaki çalışmamızda Türk Ceza Hukukuna yeni bir kurum olarak giren Basit Yargılama Usulüyle ilgili olarak temel bilgiler verilmiş akabinde basit yargılama usulünün getirilmesiyle beraber bu usulle ilgili olarak kanun koyucunun yapmış olduğu düzenlemelerin özellikle hakimim bağımsızlığı ve tarafsızlığı sorunu ile hakimim ihsas-ı reyî konusu üzerinde yarattığı problemler ele alınmıştır. Bakıldığı zaman uygar toplumların büyük çoğunluğunda yargılama sürelerinin uzunluğu büyük bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargılama sürelerinin uzunluğu

başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmemektedir. Bu durum temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin giderilmesinde ve kamu gücünü kullananların keyfî davranışlarının önüne geçilmesinde bireye tanınmış olan yetkili makama başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir. Nitekim kuralın anılan hususları karşılayacak şekilde uygulanmadığı da görülmektedir. Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu etkili başvuru hakkıyla bağdaşmamaktadır....” Gereçekleriyle iptal etmiştir. Söz konusu karar için bakınız: Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, 20/07/2022, 2021/121 Esas 2022/88 Karar, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2022-88-nrm.pdf>, Erişim Tarihi:11/10/2023.

gerek yargılamanın tarafları açısından gerekse de yargılama mercileri açısından ciddi bir sorun olarak kabul edilmektedir. Birçok demokratik hukuk devleti, yargılamaların uzun sürmesi sorunu ile ilgili olarak alternatif kurumlar geliştirmeye çalışmış ve bu yolla yargılama sürelerini kısaltma yoluna gitmiştir. Tabii uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleriyle çözülmesi amacıyla getirilen kurumlar gibi basit yargılama usulünün de özellikle adil yargılanma hakkı, insan hakları ve diğer birçok güvence altına alınmış olan haklarla ilgili sorunlar yaratabileceği izahtan varestedir. Bu kurumların doğası gereği hızlı ve pratik yargılamalar barındırması elbette ki birçok yargılama ilkesinin ya tamamen uygulanmamasını ya da kısmen uygulanmasına neden olacağı tartışma götürmez bir gerçekliktir. Türk Hukuk Sistemine, 7188 sayılı yasa ile birlikte giren Basit Yargılama Kurumunun, her ne kadar eleştirilen ve bizce de sakıncalı görünen yanları olsa da bu kurumun mahkemelerin iş yüklerini azaltması ve daha ciddi ve ağır dosyalarda daha nitelikli ve hızlı kararlar alınmasını sağlaması noktasında yerinde bir kurum olduğunu ifade etmemiz gerekir.

KAYNAKÇA

- ALDEMİR, Hüsnü, Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ALDEMİR, Hüsnü, Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- CENTEL, Nur, Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, Ankara, 2019.
- CENTEL, Nur, Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- CENTEL, Nur, Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç, Teorik ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı, Adalet Yayınları, Ankara, 2016.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, Ceza Muhakeme Hukukunda Basit Yargılama Usulü, Terazi Hukuk Dergisi, Ocak, 2020.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, Ceza Muhakeme Hukukunda Seri Muhakeme Usulü, Ankara Batı Adliyesi Dergisi, Ocak-Haziran, 2020.
- DONAY, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, Candide Şentürk, Ceza Muhakeme Hukukunda Yeni Bir Yöntem Olarak Seri Muhakeme Yöntemi, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık, 2019.
- EREM, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Işın Yayıncılık, Ankara, 1986.
- ERSOY, Uğur, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28/2.
- FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

- HAKERİ, Hakan, Yener ÜNVER, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- HARRİS, The Right To A Fair Trial in Criminal Proceedings As A Human Right, İnternational and Comparative Law Quarterly, 1967..
- GÖKCEN, Ahmet, Murat BALCI, M.Emin AKŞAHİN, Kerim ÇAKIR, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- GÜNGÖR, Burak, Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- KARAKEHYA, Hakan, Asuman İNCE TUNCER, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, Ankara, 2021.
- KARAKEHYA, Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.Maddesi(Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.
- KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek, Eskişehir Barosu Dergisi, Haziran, 2006.
- KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- MURPHY, Peri Uran, Teorik Çerçeve de Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2018.
- ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- PEKCANİTEZ, Hakan, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

- SELÇUK, Sami, Doğru Terim “Muhakeme” Değil “Yargılamadır”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19 (2), 2013.
- ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- ŞAHİN, Cumhur, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku 2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- TEZCAN, Durmuş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği ve Avrupa Konseyi Yayını, Şen Matbaa, Ankara.
- TOROSLU, Nevzat, Metin Fezyioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.
- ÜNAL, Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı, TBMM Kültür Sanat ve Yayınları, Ankara, 1994.
- ÜNVER, Yener, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÜNVER, Yener, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (3 Cilt), Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- YAVUZ, Hakan A. Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- YENİSEY, Feridun, Ayşe Nuhuğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- YÜKSEKTEPE, Mert Asker, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Açıklamalı Adil Yargılanma Hakkı, Platon Yayınları, İstanbul, 2021.

SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNUMUNDA “BIÇAK PARASI” ALMANIN İCBAR SURETİYLE İRTİKÂP SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Süleyman AKKAYA*

ÖZ

Sağlık hakkı yaşam hakkı ile sıkı bağlantı içinde olan insan haklarıdır. Sağlık hizmeti sunumu esnasında karşılaşılan birçok suç tipi vardır: Bunlardan biri de icbar suretiyle irtikâp suçudur. İcbar suretiyle irtikâp suçu, 5237 sayılı TCK'nın 250. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Ancak daha sonra 6352 sayılı yargı hizmetlerinin etkinleştirilmesi amacıyla bazı kanunlarda değişiklik yapılması ve basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesi hakkında kanun ile icbar suretiyle irtikâp suçu düzenlenmesinde değişiklik yapılarak icbarın tanımı önceki haline göre genişletilmiştir. İcbar suretiyle irtikâp suçunun faili kamu görevlisidir. İcbar suretiyle irtikâp suçunun işlendiği meslek grupları incelendiğinde en sık rastlanılan meslek grubu sağlık sektörüdür. Bu suçun sıkça sağlık sektöründe işlenmesinin en önemli sebebi, sağlık çalışanlarının mesleklerini icra ederken sağlık hizmeti sunumunu esnasında hastalarla olan iletişimlerinde, yüksek teknik ve mesleki terminoloji kullanmasıdır. Üst düzeyde teknik ve tıbbi terimlerden oluşan sağlık hizmetlerinin niteliği bu hizmetin vatandaş tarafından anlaşılmasını

* Dr., Kamu Hukuku Dr., Sağlık Bilimleri Üniversitesi Gazi Yaşargil Eğitim Araştırma Hastanesi Kardiyoloji Uzmanı, E-mail: akkayasuleyman@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3214-4837.
Makalenin Gönderim Tarihi : 29.07.2024.
Makalenin Kabul Tarihi : 31.12.2024.

zor hale getirmektedir. Bu nedenle sağlık hizmetlerinde hasta veya hasta yakınına icbar etmek daha kolay olacaktır. Sağlık çalışanlarının işlediği icbar suretiyle irtikâp suçu, sıkça rüşvet suçu ile karıştırılmaktadır. Bu yüzden, bu çalışmamızda, icbar suretiyle irtikâp suçu ile rüşvet suçunun birbirinden farklarını yargı kararları ışığında analiz etmeye çalıştık.

Anahtar Kelimeler: Sağlık hizmetleri, bıçak parası alma, irtikâp suçu, suçun unsurları, suçun özel görünüş şekilleri.

EVALUATION OF RECEIVING “KNIFE MONEY” IN THE PROVISION OF HEALTH SERVICES IN TERMS OF ENFORCEMENT CRIME BY SPIRITUAL FORCE

ABSTRACT

The right to health is a human right that is closely linked to the right to life. There are many types of crimes encountered during the provision of health services: One of them is the crime of extortion by coercion. The crime of extortion by inducement is regulated under Article 250 of the Turkish Penal Code No. 5237. However, later on, with the Law No. 6352 on the amendment of some laws in order to make judicial services more efficient and on the postponement of cases and penalties related to crimes committed through the press and broadcasting, the definition of the crime of extortion by inducement was expanded compared to its previous form. The perpetrator of the crime of extortion by inducement is a public official. When the occupational groups in which the crime of extortion by inducement is committed are analyzed, the most common occupational group is the health sector. The most important reason why this crime is frequently committed in the health sector is that health professionals use highly technical and professional terminology in their communication with patients during the provision of health services. The nature of health services, which consist of highly technical and medical terms, makes it difficult for citizens to understand these services. Therefore, it will be easier to coerce the patient or the patient’s relatives in health services. The crime of extortion by coercion committed by healthcare professionals is often confused with the crime of bribery. Therefore, in this study, we have tried to analyze the differences between the crime of extortion by inducement and the crime of bribery in the light of judicial decisions.

Keywords: Health services, taking knife money, extortion crime, elements of the crime, special forms of appearance of the crime.

I. GİRİŞ

İrtikâp suçu, 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının, “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” adlı bölümünde bulunan 250. maddesinde düzenlenmiştir.¹ 5237 sayılı TCK'nın 250. Maddesi üç fıkra halinde irtikâp suçunu tanımlamıştır. Bu maddenin ilk fıkrasında icbar suretiyle irtikâp suçu düzenlenirken diğer iki fıkrasında ise ikna suretiyle irtikâp ve hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu düzenlenmiştir. İrtikâp suçunu düzenleyen TCK'nın 250. maddesi, 6352 sayılı kanun ile değişikliğe uğramış ve icbar tanımı somutlaştırılarak bu suç hakkındaki çelişkilerin önüne geçilmek istenmiştir. “*Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.*” şeklinde yapılan değişiklik ile icbarın tanımı somutlaştırılmış ve icbarın tanımı önceki haline göre daha çok genişlemiştir.

İrtikâp sözcüğü “rkb” kökünden gelmekte olup “(ağır bir şeyi) üstüne alma, (suç veya günah) işleme” anlamıyla kullanılmaktadır.² Türk dil kurumu sözlüğünde irtikâp sözcüğü, “*kötü iş yapma, kötülük etme, yiyicilik, yalan söyleme, hile yapma*” şeklinde tanımlanmaktadır.³ Hukuk terminolojisinde ise irtikâp; “*kamu görevlisinin, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya vaat etmeye bir kimseyi icbar ya da ikna etmesi veya kanunen alınmaması gereken şeyi, muhatabının hatasından faydalanarak alması*” olarak tanımlanmaktadır.⁴ İrtikâbın ne anlama gelmesi gerektiği konusunda yargı kararlarında da bir uzlaşma ortaya konulmaya çalışılmıştır.⁵

¹ Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayın, 5. Baskı, 2024, s. 391.

² <https://www.etimolojiturkce.com/arama/rkb>. Erişim tarihi: 15.02.2024.

³ <https://sozluk.gov.tr>. Erişim tarihi: 15.02.2024.

⁴ M. Reis Koca, “İrtikâp Suçu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6, 2015, s. 247-279.

⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/03/2010 tarih ve 2009/5-167-2010/70 sayılı kararında irtikâp suçu şu şekilde açıklanmıştır: “*İrtikâp suçu bir memurun görevine giren bir hususta görevini veya sıfatını kötüye kullanarak bir kimseyi kendisi ya da başkasına çıkar sağlamaya icbar veya*

İrtikâp suçu TCK.’da “bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi,...cezalandırılır”, “bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi... cezalandırılır” şeklinde tanımlanmış olduğundan irtikâp suçu görev suçu olarak nitelendirilebilir. Çünkü görev suçu ancak kamu görevlileri tarafından işlenebilmektedir.⁶ Görev suçunun unsurlarının oluşması için suçun, kamu görevlisinin icra etmesi gereken işleriyle ilgili olması ve suçu doğuran eylem ile kişinin görevi arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir.⁷ Dolayısıyla kamu görevlisinin sahip olduğu görev, kamu görevlisinin görev suçunu işlemesini daha kolay hale getirecektir. İrtikâp suçunun fail unsuruna baktığımız zaman, bu suçun failinin kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi, bu suçu görev suçu haline getirmektedir.⁸ Kamu görevlisinin kendisine verilen görevinin tanıdığı üstün ve özgüvenli davranma hali, onun bu suçun faili haline gelmesini kolaylaştırmaktadır. Ancak irtikâp suçunun meydana geliş şekline bakıldığında, irtikâp suçunun failinin daha çok girişimci, profesyonel mesleki statüye sahip olan kişilerin olduğu görülecektir. İrtikâp suçu, daha çok teknik veya mesleki beceriye sahip kamu görevlileri tarafından işlenmektedir. Teknik ve mesleki bilgi birikimi gerektiren mesleklerden biri de sağlık meslek grubudur. Çünkü sağlık çalışanlarının teknik ve mesleki bilgileri, toplum tarafından kolayca anlaşılmemektedir. Üst düzeyde bilimsel ve mesleki donanımın, toplumdaki bireyler tarafından kolay anlaşılabilmesi, bu suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır. Güncel olarak da sıkça basında yer aldığı haliyle “bıçak parası” kavramını da irtikâp suçu kapsamında değerlendirmek mümkündür. Sağlık çalışanlarının işlediği irtikâp suçunun unsurları rüşvet suçu unsurlarına benzese de icbar yönüyle bu suçtan ayrılmaktadır. Bu yüzden icbar suretiyle irtikâp suçu, Türk Ceza Kanununda müstakil suç olarak kabul edilmiştir. Sağlık çalışanları olan kamu görevlilerinin görevleri gereği, bu suçu işlemeye daha uygun olmasının temel iki sebebi bulunmaktadır: Birincisi, mağdurun karakteri; yani biyopsikososyal açıdan tam iyilik

ikna etmesi ile oluşur. Buna göre memurun görev ve yetki alanına giren bir işi yaparken veya yapabilecek durumda iken çıkar sağlaması, icbarın ciddi olması, sanığın isteklerinin kanunsuz olduğunu bilen mağdurun etkisinden kurtulamadığı baskı sonucu sanığa çıkar sağlaması gerekir.”
www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi:01.03.2024.

⁶ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, s. 391.

⁷ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, s. 392.

⁸ Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, Özgü Suç, İstanbul, Oniki Levha Yayın, 2021, s. 162.

halinde olmayan hasta olan kişiler olmasıdır. Mağdurun “hasta” olma hali onun failin gerçekleştirdiği icbar hareketlerine daha çabuk ve herhangi bir sorgulama yapmadan cevap vermesini sağlayacaktır. Sağlık çalışanlarının bu suçu işlemeye daha uygun olmasının ikinci nedeni ise, sağlık mesleğinin çok fazla teknik ve mesleki beceri içermesi, terminolojik olarak da günlük hayattaki dil terminolojisinden çok uzak olmasıdır. Bu bakımdan sağlığını kaybetme korkusu yaşayan bir mağdurun, nitelikli şekilde düşünme ve doğru kararlar alabilme kabiliyetinin zayıflayarak, iradesinin kırılması daha kolay hale gelmektedir. Sonuçta, sağlık çalışanı olmayan kamu görevlisinin icbar eyleminin mağduru ile sağlık çalışanı olan kamu görevlisinin icbar eyleminin muhatabı biyopsikososyal açıdan aynı değildir. Bu nedenle sağlık hizmeti sunumunda görevli olan kamu görevlisinin mağduru icbar etmesi daha kolay olacaktır.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

İrtikâp suçu 5237 sayılı TCK'nın “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Düzenlemenin kanunda bulunduğu yer itibari ile bu suç ile kamu idaresinin güvenilirliğinin ve işleyişinin korunmak istendiği anlaşılmaktadır.⁹ Ancak doktrinde, bu konuda farklı görüşler olmakla beraber, oluşan görüş birliği, bu suçun birden fazla hukuki değeri koruduğu yönündedir. Bu suçla korunmak istenen menfaatlerden biri, kamusal; diğeri de bireysel menfaattir. Kamusal nitelik taşıyan menfaatler; kamu idaresinin itibarını korumak, idareye duyulan güveni ve kamu görevlilerine duyulan güveni korumaktır. Ayrıca anayasal olarak idarenin tüm bireylere karşı eşit işlem yapma yükümlülüğü olduğundan, bu suç ile korunan hukuki değer, idarenin tarafsızlığı ve doğru şekilde işlemesi olduğu yönünde görüş de mevcuttur.¹⁰ İrtikâp suçu ile korunmak istenen bireysel nitelik taşıyan hukuki değer: Kamu görevlilerinin görevlerinin sağladığı üstünlük durumlarından istifade ederek başkalarına zarar vermelerini engellemek, kişilerin sözleşme özgürlüğünü korumak,

⁹ Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. b., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s.909; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. b., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 1295.

¹⁰ Tezcan, Erdem, Önok, s. 1295; Yokuş Sevük, s. 909, Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. b., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 1064.

karar verme özgürlüğünü korumak olduğu şeklinde değerlendirmeler vardır.¹¹ Kanaatimizce de irtikâp suçunun düzenleme altına alındığı kanundaki yeri ve idarenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranması, kişilerin devlete olan güveninde zedelenme yaratacaktır. Kamusal bir menfaat ortaya çıkmasıyla beraber kişilerin özgür düşünme kabiliyetlerinin ellerinden alınmasıyla da kişisel menfaatin ihlal edileceği şeklinde düşünmekteyiz. Sağlık çalışanlarının, hastalara sağlık hizmeti sunumunda, irtikâp suçunu işlemesi, insanların eşit bir şekilde sağlık hizmetlerine erişimini engelleyecek ve anayasal olarak kişilerin sağlık hakkı da ihlal edilmiş olacaktır.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Suçun Faili

TCK'nın 250. maddesinde icbar suretiyle irtikâp suçu “... *bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi... cezalandırılır*” şeklinde düzenlenme yapılarak bu suçun failinin sadece kamu görevlisi olabileceği ortaya konulmuştur. Bu nedenle icbar suretiyle irtikâp suçu, özgü suç niteliğindedir ve faili sadece kamu görevlisi olabilir.¹² Kamu görevlisinin tanımı: TCK 6/c maddesinde “*kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” şeklinde yer almaktadır. Bu yüzden icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşması için suçu işleyen failin kamu görevlisi sıfatını taşıması gereklidir.¹³ Failin, icbar suretiyle irtikâp suçunu işlemesinden sonra kamu görevlisi sıfatını yitirmesi, suçun oluşmasını engellemeyecektir. icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşumu için kamu görevlisinin bu suçu çalışma saatleri içerisinde işlemesi gerekmez; suçun faili, görev başında olmadığı zaman da bu suçu işleyebilir. Yukarıda da belirtildiği üzere failin kamu görevlisi

¹¹ Hakeri, Tıp ceza hukuku, s. 392, Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. b., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 1083, Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. b., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 713.

¹² Yurtcan, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet – Zimmet – İrtikap - Görevi Kötüye Kullanma, Ankara, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 90, Kitapçioğlu Yüksel, Özgü Suç, s. 172;.

¹³ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1075; Koca, Üzülmez, Ceza Özel, s. 1083.

olup olmadığına karar verirken öncelikle kamu hizmetinin ne anlama geldiğini ortaya koymak gerekir. Kamu hizmetinden anlaşılması gerekenin ne olduğu, TCK'nın 6. maddesinin gerekçesinde şöyle ifade edilmektedir: "...*Kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır.*" Herhangi bir kişi kamu görevlisi olmamasına rağmen kendisini kamu görevlisi olarak tanıtarak mağdur kişileri icbar veya ikna ederek bu suçun unsurlarını yerine getirirse bile irtikâp suçunun faili sayılamayacaktır; bu kişi ancak kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi, dolandırıcılık veya yağma suçunun faili olabilecektir. Bu durumu açıklar nitelikte olan bir Yargıtay kararında; "*İmar ve Şehircilik Müdürlüğünde işçi olarak görev yapan, yetki ve görev alanına giren bir işlem bulunmadığı halde, temyiz konusu olmayan sanık ...'dan imara aykırı olarak yaptığı inşaat için "yapı ruhsatını belediye meclisinden geçirebilmek için 2.500 TL para gerekiyor" demek suretiyle 2.500 TL alan ve nüfuz sahibi olmadığı anlaşılan sanıkların eylemlerinin dolandırıcılık suçunu oluşturacağı...*"¹⁴ şeklinde bir değerlendirme yer almaktadır. Yargıtayın bu kararında fail, kamu görevlisi olmadığı için mağduru icbar veya ikna etse bile irtikâp suçunun faili olmayacağını, dolandırıcılık suçunun faili olacağı tespiti yapılmıştır. Kamu görevlisi emeklilik veya istifa gibi nedenlerden ötürü görevinden ayrılmış fakat daha önce kamu görevinde yer aldığı görevine ilişkin olarak herhangi bir kişiye icbar etmek isterse fail icbar ettiği anda kamu görevlisi olmadığı için icbar suretiyle irtikâp suçunu işlemiş sayılmayacaktır.

B. Suçun Mağduru

Bu suçun mağduru, sağlık hizmeti sunumunu yapan kamu görevlisi tarafından icbar edilerek kendisinden fayda sağlanan gerçek kişidir.¹⁵ Tüzel kişilerin icbar edilmesi ve kendisinden faydalanılması söz

¹⁴ Yargıtay 5. CD. 20.02.2020 T. 2017/1495 E. 2020/9248 K. www.kazanci.com Erişim tarihi:12.03.2024.

¹⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. b., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 223, Hakan, Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 120.; Bahri Öztürk, Mustafa

konusu olmadığından bu suçun mağduru kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak tüzel kişileri de, icbar suretiyle irtikâp suçu kapsamında, suçtan zarar gören olarak değerlendirebiliriz.¹⁶ Lakin doktrinde tüzel kişiler konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden biri; kanunda suçun tanımının yapıldığı yer “*Devlete Karşı İşlenen Suçlar*” adlı bölüm olması nedeni ile suçun mağdurunun devlet, irtikâp fiiline maruz kalan kişinin ise suçtan zarar gören olacağı şeklindedir.¹⁷ Doktrindeki diğer görüş ise, bu suçun mağdurunun icbar edilen kişi olduğu, devletin ise ancak suçtan zarar gören olarak değerlendirilebileceğidir.¹⁸ İcbar edilen kişi ile yarar sağlayan kişi de aynı olmayabilir. Bu suç kapsamında değerlendirme yapılırsa icbar edilen kişi mağdur olarak yer alır. Sağlık hizmeti alan kişi ile icbar suretiyle irtikâp suçu işleyen sağlık hizmeti sunucusuna fayda sağlayan kişi aynı kişi olmayabilir. Nitekim ülkemizde sağlık hizmetlerinde daha çok hasta yakınları sağlık hizmet sunucusu ile ilişki halindedir. Bu yüzden sağlık hizmetlerinin sunumunun gerçekleştiği sağlık tesislerinde, icbar suretiyle irtikâp suçunun mağduru ile fayda sağlayan kişi çoğu zaman aynı kişi olmamaktadır. Bu suç kapsamında faydayı sağlayan kişi bu suçtan zarar gören olarak değerlendirilir.

C. Suçun Maddi Unsur

İrtikâp suçu, TCK'nin 250. maddesinde üç ayrı şekilde düzenlenmiştir: İcbar suretiyle irtikâp, ikna suretiyle irtikâp ve hatadan yararlanmak suretiyle irtikâptir. İcbar, ikna, hatadan yararlanmak, irtikâp suçunun seçimlik hareketleri olmayıp; bu eylemler, birbirinden bağımsız nitelikteki suçların unsurlarıdır.

Ruhan, Erdem Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Seçkin-Hukuk, 2012, s.160, Kanbur, s. 1183;

¹⁶ Erkan Sarıtaş, “İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu (TCK m. 250/1)”. AÜHFHD, C. LXXI, S. 2, 2022, s. 690.

¹⁷ Soyaslan, s. 713, Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. b., , Ankara, Seçkin Yayıncılık,2022, s. 1097.

¹⁸ Mert Asker Yüksektepe, Rüşvet ve İrtikâp, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018, s.53, Tezcan,Erdem.,Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 1280.

İcbar suretiyle irtikâp suçu bakımından icbar kavramı, TCK md. 250/1’de “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemeyle, ilk olarak, suçun maddi unsurlarından olan kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması açıklanmıştır. Bu maddenin daha sonraki cümlelerinde ise muğlak olan icbar karinesi, daha somut hale getirilmiştir. Öyle ki bu maddedeki açıklamalar, icbar kavramını sübjektif değerlendirmelerden uzak tutarak objektif bir değerlendirme yapmıştır.

1. Görevinin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak

İcbar suretiyle irtikâp suçu, TCK madde 250/1’de düzenleme altına alınmış, bu suçun oluşumu için ön şart “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi...” şeklinde düzenlenerek, görevli kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması ile bu suçun unsurları başlamış olacaktır.¹⁹ 765 sayılı TCK’da icbar suretiyle işlenen irtikâp suçunun ön şartı olarak görevin kötüye kullanılması şeklinde düzenleme yapılmıştır. Ancak 5237 sayılı TCK’da ise icbar suretiyle işlenen irtikâp suçunda, görevin kötüye kullanılması terimi yerine, nüfuzun kötüye kullanılması terimi tercih edilmiştir. Nüfuzun kötüye kullanılması ile görevin kötüye kullanılması terimleri birbirinden farklı anlamlar içerir. Görevin kötüye kullanılması, nüfuzun kötüye kullanılmasına göre daha geniş anlam içermektedir²⁰ Kamu görevlisinin yetkili ve görevli olmadığı bir işi, icbar

¹⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 954. Vd ; İlhan, Üzülmez, Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikâp Suçu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:14. Sayı:2, s.280,2006; Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, Savaş Yayın, 2021.

²⁰ “...Büyükşehir Belediyesi UKOME biriminde görevli olan sanıkların, herhangi bir durağa bağlı olmadan taksicilik yapan mağdurlar ... ve ...’den taksi durağı ruhsatı vermek için menfaat temin ettiklerinin iddia ve kabul

etme eylemi için kullanması, görevi kötüye kullanma şeklinde değerlendirilir. Dolayısıyla TCK madde 250/1’de yapılan yeni düzenleme ile icbar edenin fail olabilmesi için icbar konusu, kamu görevlisinin göreviyle ilişkili olmalıdır.²¹ Bu düzenlemede yer alan güven ve nüfusun kötüye kullanılması kavramları kamu görevlisinin göreviyle ilişkili olmalıdır.²² İcbar suretiyle irtikâp suçunda, fail, kanunların ve hukuk mevzuatımızdaki düzenlemelerin kendisine verilen yetki ve göreve aykırı hareket ederek bu suçu işlemelidir. Kamu görevlisi, mevzuatın gerekli kıldığı görevleri talimatlara uygun şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. Kamu idaresinin herkese eşit ve tarafsız hizmet sunması anayasal açıdan çok önemlidir. Kamu görevlisinin sıfatından kaynaklanan gücü, kendi menfaati için değil, kanunun belirlediği amaçlar doğrultusunda kullanması gerekir.²³ Kamu idaresine karşı işlenen suçlardan biri olan icbar suretiyle irtikâp suçunun ön şartı olan görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması, kamu görevlisinin herkese eşit davranma yükümlülüğünü zedelemiş ve bunun sonucunda bu suçun unsurlarını

olunduğu olayda, dosyadaki tüm bilgi ve belgelerden sanıkların görevli olduğu birimin büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde taksi duraklarının sayısını ve yerlerini belirlemeye yetkili olduğu, taksi durağı ruhsatının ise bağlı bulunulan ilçe belediyesi tarafından verilebildiği, böylelikle sanıkların taksi durağı ruhsatı verme gibi bir görevlerinin bulunmadığı gibi sanık ... ve mağdurların beyanları da hep birlikte değerlendirildiğinde mağdurlar ...ve ...'e yönelik eylemlerinin nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanılığın değerlendirme sonucu bu eylemlerin ikna suretiyle irtikâp olarak kabulüyle yazılı şekilde hükümler kurulması...” Yargıtay 5. CD.T.12/7/2018,E.2016/6294,K. 2018/5328, www.kazanci.com.tr,Erişim tarihi:13.03.2024

²¹ “...Nüfuz, kamu görevlisinin görevinin vermiş olduğu yetki ve imkânlar nedeniyle sahip olduğu güç ve etkinlik; bunun kötüye kullanılması ise yetki ve imkânların sağladığı ayrıcalıklı üstün konumdan yararlanarak görevlinin kendisi ya da başkasına yarar sağlaması olup, bu suçta kamu görevlisi görevi gereği sahip olduğu gücü haksız yarar elde etme amacıyla kullanmaktadır.” YCGK.,T 06/5/2021,E.2020/276,K.2021/201, <https://www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi:13.03.2024.

²² “... İrtikâp suçu bir görev suçu olması nedeniyle memurun görev ve yetki alanına giren bir işlemi yaparken veya o işlemi yapabilecek durumda iken çıkar sağlamasıdır. O nedenle icbar veya iknanın konusu memurun görevine girmiyor ise irtikâp suçundan söz edilemez”. (Y.5.CD. T. 30.10.2002, 7872/6911). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi:13.03.2024.

²³ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, s. 392.

meydana getirmiştir.²⁴ İcbar eden kamu görevlisi için icbar konusu eylem, kamu görevlisinin görevi kapsamında olmalıdır. Ancak kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanabilmesi için icbar edenin, icbar edilme eylemi esnasında görevi başında olması gerekmez. İcbar eden kamu görevlisi, icbar konusu ile ilgili olarak mevzuat gereği görevli olması, bu suçun ön şartı olan “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması” açısından yeterli olacaktır. Bu suçun ön şartında; kamu görevlisinin kişiyi icbar ederek görevinin kendisine sağlamış olduğu etkinlik, üstünlük ve avantajları kullanarak nüfuzunu kötüye kullanmış olması gerekecektir. Bu durum, 6352 sayılı kanun ile TCK 250/1 maddesinde yapılan değişiklik ile “kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığını” ortaya konulmuştur.

2. İcbar Etme

İcbar kavramı, doğrudan veya dolaylı olarak mağdurun iradesini manevi baskı altına alınması ve mağdurun isteği dışında haksız bir şekilde faile yarar sağlanması şeklinde açıklanabilir.²⁵ İcbar eylemi, sözlükte “birine istemediği bir işi zorla yaptırmak, zorlamak, zorunda bırakmak” olarak tanımlanmıştır.²⁶ İcbar suretiyle irtikap suçu, TCK madde 250/1’de “kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir” şeklinde düzenleme altına alınmış ve sübjektif değerlendirmelerin önüne geçilerek bu suç hakkında objektif bir tanımlama yapılmıştır. Bu düzenlemede açıklandığı üzere kamu görevlisi, açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini hiç veya usulüne uygun yapmayacağını dile getirerek mağduru korkutmakta, tehdit

²⁴ Tezcan, Erdem, Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1279.

²⁵ Zeki, Hafizoğulları, Muharrem, Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millele ve Devlete Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Legal Kitapevi, 2016.s.24.; Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanununda İrtikap Suçu (M.250)”, s. 279.

²⁶ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, (sozluk.gov.tr Erişim Tarihi:14.03.2024)

etmektedir.²⁷ Mağdur, böyle bir tehdit karşısında, normalde yapılması gereken işinin, fail tarafından yapılmayacağı endişesiyle haksız olduğunu bildiği fayda veya menfaati kamu görevlisi olan; yani manevi cebir uygulayan kişiye ödeyerek bu suçun oluşmasını sağlamış olacaktır. İcbar eyleminde yapılan tehdittin²⁸ olması gereken boyutu, TCK 250. maddenin gerekçesinde; “irtikâp suçundaki icbarın, yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerektiği” şeklinde açıklanmıştır.²⁹ İrtikâp suçu bakımından icbar eylemi, belirtilen yoğunlukta cebir ve tehdit boyutuna varmaması gerekmektedir.³⁰ Tehdit ile irtikâp suçundaki icbar, içerik olarak özdeş değildirler. İcbar suretiyle irtikâp suçunun açıklandığı kanun maddesinde, icbar suçundaki cebir maddi veya manevi şeklinde olabilir. Bu suç kapsamında meydana gelen

²⁷ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, s. 392.

²⁸ Yurtcan, Erdener. Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet-Zimmet-İrtikâp-Görevi Kötüye Kullanma, 3. bs. Ankara, Seçkin Yayın, 2020,s.55.,“...Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dahil olduğu, manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerektiği... Yargıtay 5. CD. 02.05.2014 T. 2014/2966 E. 2014/4881K. www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi:01.03.2024

²⁹ “...icbar kelimesi manevi cebir anlamında olup cebir unsuru manevi tazyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi hâlinde icbar gerçekleşmiş sayılacak, maddi cebir kullanılması hâlinde ise, eylem yağma suçunu oluşturacaktır. Nitekim TCK’nın 250. maddesinin gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir. Yine Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere, manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma imkânının bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak şartıyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket de icbar kavramına dahildir. Yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vaat edilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi icbar için yeterlidir. Bu nedenle de icbarın manevi baskı oluşturmaya elverişli olup olmadığı, somut olayın özellikleri ve nesnel şartlar nazara alınarak, hâkim tarafından takdir edilmelidir.” Yargıtay CGK 6/5/2021 tarihli ve 2020/276 E. 2021/201 K. Sayılı Kararı, <https://www.kazanci.com.tr/ictihat/> Erişim Tarihi:14.03.2024.

³⁰ Yargıtay CGK, T. 30.03.2010, E. 2009/5-167, K. 2010/70 www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi:14.03.2024.

cebir, maddi cebir şeklinde ise TCK'de yer alan birçok suç meydana gelebilecektir.

İcbar eylemindeki manevi cebir, tehdit gibi algılanırsa oluşan suç irtikâp suçu değil, yağma suçu olarak değerlendirilir.³¹ Nitekim Yargıtay'ın icbar eyleminin sadece manevi cebir boyutunda kalması gerektiği yönünde kararları mevcuttur.³² Oluşan cebir manevi cebir ise tehdit suçu veya icbar suretiyle irtikâp suçunun unsurları oluşmuş olabilir. Kanun maddesinin açıklamasından anlaşıldığı üzere; meydana gelen tehdidin de icbar suretiyle irtikap suçunun unsuru olarak nitelendirilmesi için yağma suçunda meydana gelen ağırlıkta bir tehdit şeklinde olmaması gerekir.³³ Kamu görevlisi, kendi görevinin kendisine sağladığı nüfusu kötüye kullanarak, yağma suçunun oluşumuna neden olan tehdittin ağırlığında olmayan bir tehdit ile mağdura vaatte bulunarak menfaat sağlamış ise, icbar suretiyle irtikap suçunun unsurlarını oluşturmuş olacaktır. Bu eylem sırasında, kamu görevlisi, yukarıda anlattığımız tehdit boyutuyla mağduru korkutup aksi takdirde mağdurun işini yapmayacağını veya eksik yapacağını ima edecektir. İcbar

³¹ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, s. 393.

³² Yargıtay CGK 6/5/2021 tarihli ve 2020/276 E. 2021/201 K. Sayılı Kararı, <https://www.kazanci.com.tr/ictihat/> Erişim Tarihi:14.03.2024.

³³ “İrtikâp suçunun icbar unsurundan söz edebilmek için; mağdur açısından daha büyük bir zarardan kurtulmak amacıyla, memurun istemine boyun eğmesinin yeterli olduğu da gözetilerek...” Y.5. CD. 19.03.2008, 35/2244, www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi:14.03.2024.

eylemindeki tehdit, kişinin iradesinin baskı altına alınmasını sağlayan dolaylı ve zorlayıcı her türlü hareket olabilir.³⁴

İcbar suretiyle irtikâp suçu, sağlık hizmetlerinin sunumunda sıkça işlenen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu suçun bu alanda sıkça işlenebilmesinin nedeni, mağdurun manevi cebir ile tehdit edilmesinin daha kolay olmasıdır. Nitekim insanın vücut bütünlüğünün zarara uğrayacağı endişesi, onu icbar edilmeye daha elverişli hale getirecektir. İcbar edilen kişinin ruh hali, manevi cebrin sonuç almasında etkili olacaktır. İnsanın kendi vücut dokunulmazlığını garanti altına alma güdüsü, yapılan tehdit karşısında kişiyi, inisiyatifsiz hale getirecek ve failin tüm isteklerini daha kolay yerine getirmesini sağlayacaktır. Bu nedenle sağlık hizmetleri sunumunda ve hatta acil sağlık hizmetleri sunumunda failin, mağduru icbar etmesi daha kolay olacaktır. Acil durumlarda kişinin iradesi daha kolay kırılacaktır; çünkü kişinin detaylı düşünme, plan yapma yetisi olmayacaktır.

İcbar suretiyle irtikâp suçunun meydana gelmesi için failin kendi görevi ile ilişkili bir iş konusunda mağduru icbar etmesi gerekir. Nitekim icbar suretiyle irtikâp suçu, kanun maddesinde; kamu görevlisinin yapması gerektiği bir işi mağdur üzerinde manevi cebir yaratarak yapmayacağı endişesi yaratarak yarar sağlanması şeklinde tanımlanmıştır. Bu yüzden icbar suretiyle irtikâp suçunun meydana gelmesi için icbara konu olan şeyin, failin normalde yapması gereken bir göreviyle alakası

³⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 29.09.2020 tarihli bir kararında “...sanığa atılı icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşabilmesi için mağdura uygulanacak manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma imkânının bulunmaması, yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vaat edilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesinin gerektiği...” Yargıtay 5.CD, 12.03.2012 tarihli bir kararında “...müştekinin eşinde lenf bezi kanseri olmakla birlikte, çok acil müdahaleye gereksinim duyduğuna ilişkin dosyada iddia ya da kanıt bulunmadığı, mağdurun başka bir doktor veya sağlık kuruluşuna başvurma ve karşılaştığı olumsuzlukları gidermek için şikayet olanağı varken, yasal olmadığını bildiği halde yaklaşık dört ay süreyle sanığa çıkar sağlayarak eşinin tedavisini sürdürdüğü, bu haliyle olayda icbar boyutuna ulaşmış bir zorlamadan söz edilemeyeceğinden irtikâp suçunun cebir unsurunun yasa, öğretisi ve uygulamanın kabul ettiği anlamda oluşmadığı...” Yargıtay 5. CD. 2008/3634 Esas 2012/1861 Karar. www.yargitaykararlari.com.tr. Erişim tarihi:01.03.2024.

olması gerekir.³⁵ Aksi halde kamu görevlisinin normalde yapması gerekmeyen bir işi, bir menfaat karşılığında yerine getirmesi rüşvet suçu kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, bir hastanın muayenesi sonrasında hekim muayene sonuçlarına göre herhangi bir istirahat raporu vermeyeceksen, kişinin hekime vereceği bir menfaat karşılığında istirahat raporu vereceğini ifade etmesi rüşvet kapsamında değerlendirilecektir. Bunun aksini düşünürsek; kişinin muayenesi sonucunda, bu kişinin hasta olduğu tespiti yapılmış ve hekim aslında bu kişiye istirahat raporu vermesi gerektiği konusunda karar vermiş ancak kişiden herhangi bir menfaat sağlamazsa, bu raporu vermeyeceği ve sağlığının kötüye gideceğini iletilmesiyle, kişiyi baskı altına alarak mağdurun hekime bir menfaat sağlamasını sağlamak icbar suretiyle irtikap suçu kapsamında değerlendirilmelidir.³⁶

³⁵ “...işbölümü çizelgelerine göre (...) Mahkemesinin tek numaralı dosyalarının duruşmalarında iddia makamını temsil etmekle görevli olan sanığın, katılanın tutuklu olan eşinin yargılamasının yapıldığı (...) Mahkemesinin (...) esas sayılı dosyası üzerinden görülmekte olan davada herhangi bir görev ve yetkisinin bulunmadığı, dolayısıyla somut olayda sanığın eyleminin 5237 sayılı TCY'nın 250/1. maddesinde düzenlenmiş olan (...) icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturma olanağı bulunmamaktadır. Bu itibarla, (...) arabasının bakımını yaptırırken tanıştığı FK'nın bir suç dolayısıyla tutuklu olduğunu eşi katılan EK'dan öğrenen sanığın, bu kişinin tahliye edilmesini sağlamak konusunda yardımcı olacağı kanaatini uyandırarak katılıandan para talep etmek şeklinde gerçekleşen eyleminin 5237 sayılı TCY'nın 255. maddesinde düzenlenmiş olan görevine girmeyen veya yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaati uyandırarak yarar sağlama suçunu oluşturduğu”, YCGK. E.2011/202, K.2011/221, 15.11.2011, <https://www.kazanci.com.tr>. Erişim tarihi:15.03.2024, Nevzat. Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım. 9.Bs. Ankara, Savaş Yayın, 2018,s. 162.

³⁶ “...Rüşvet suçu bir kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlanmasıyla oluşacak ve ayrıca bu suçta her iki tarafın da gayri meşru zemin içinde bulunmaları gerekecek, taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulduğu anda rüşvet suçu meydana gelecektir. Cebri İrtikap suçunda ise; kamu görevlisinin sıfat ve görevini kötüye kullanarak kişiyi tazyik etmesi ile başlayıp, bu sıkıştırma karşısında mağdurun da memurun haksız işlemlerini önlemek zorunluluğunu duyarak ona menfaat temin ve vaat etmesi ile oluşur. Kamu görevlisi açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini yapmayacağını söylemek suretiyle onu manevi cebir altında

3. Yarar Sağlama

İcbar suretiyle irtikâp suçu, neticeli bir suçtur. Bu suçun tamamlanması için failin mağduru icbar etmesi sonucunda, mağdur ya da onun adına bir başkasının faile yarar sağlaması veya bunu sağlamayı vadetmiş olması gerekir. Kanunda bu suçun oluşması için faile bir yarar sağlanması belirtilmiş; ancak bu yararın kapsamı hakkında herhangi açıklama yapılmamıştır. Kanaatimizce, mağdur tarafından faile verilen veya failin kazanımı haline gelen her şey yarar olarak algılanmalıdır.³⁷ Bu suç kapsamında akla gelen ilk yarar; para veya kıymetli eşyalar şeklindedir. Ancak bu suçun oluşması için kural olarak elde edilen veya vaat edilen yararın değerinin ne olduğunun önemi yoktur. Bu suçun neticelenmesinde, yararın oluşması yeterli olacaktır. Lakin doktrinde bu yarar konusunda farklı tartışmalar olmakla beraber; ağırlıklı görüş, yerine getirilen yararın miktarının ne olduğu ve manevi veya maddi olmasının öneminin olmadığı anlayışıdır. Kanunun icbarı açıklayan maddesinde, yarar konusunda herhangi bir kısıtlama getirilmemiş olmakla beraber; sonraki maddesinde daha az cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlemesi

bulundurmaktadır. Böyle haksız bir durumla karşılaşan ve haklı işinin kamu görevlisi tarafından yapılmayacağı veya geciktirileceği ya da haksız bir muameleye maruz kalacağı endişesine kapılan mağdur belli bir şiddete ulaşmış olan bu manevi cebrin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istediğini bildiği parayı ve sair menfaatleri kamu görevlisine vermekte ya da vaat etmektedir. Burada mağdur meşru zeminde bulunmaktadır. Dava konusu olaya gelince; sanık Mehmet'in İstanbul İl Tarım Müdürlüğünün 20/10/1999 tarihli protokolü ile Alibeyköy Baraj Gölü kısmen orta kısmen de uzun mesafe koruma alanında kalan Eyüp ilçesi Prinççi Köyü, 384 no'lu parselde hafriyat boşaltılarak mera ıslahı yapılması hususunda yasal olarak aldığı izinle çalışmalarına başladığı, suç tarihinde sanık Avni'nin sanık Mehmet'in aldığı yasal izin kapsamında hafriyat dökümü yapan kamyonlarına zorluk çıkarıp tutanak düzenleneceği ve iş yapmasının engelleneceği tehdidi ile kendisine menfaat elde etmeye teşebbüs ettiği ancak sanık Mehmet'in aşamalarındaki savunmasında sanık Avni'yi oyalamaya çalıştığını, herhangi bir para vermediğini belirttiğinin anlaşılması karşısında sanık Avni'nin eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan TCK'nın 250/1. maddesinde düzenlenen cebri irtikaba teşebbüs suçunu oluşturduğu ve sanık Mehmet'in bu suçun mağduru olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,...” Yargıtay 5. CD. T. 11.10.2012 , E. 2012/2016 K. 2012/10213.

³⁷ Erdal, Baytemir, Açıklamalı İçtihatlı, Kamu İdaresinin Güvenirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti, Ankara, 2011, s.734-735.

yapılmıştır. Bu nitelikli hal şöyle açıklanmıştır: “irtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir”. İcbarın nitelikli hali açıklanırken, failin sağlayacağı yararı niteliksel olarak ortaya konulmuştur. Bu maddenin açıklamasından çıkarılan sonuç, yukarıda yaptığımız değerlendirmenin aksine herhangi bir maddi değer olduğudur. Bu suçun nitelikli halinin yer aldığı kanun maddesinde, yarar kavramı, ekonomik değeri olan bir şey olarak ortaya konulmuştur. Dolayısıyla bu suçun tamamlanmasında değerlendirilen yarar kavramını, ekonomik değer olarak failde artı sağlayan, mağdurda azalış sağlayan her şey olarak açıklamak doğru olacaktır.³⁸ Eğer fail mağduru manevi bir yarar ile icbar ediyorsa bu suçu diğer suçlar açısından da ayrıca değerlendirmek doğru olacaktır. İcbar suretiyle irtikâp suçu, fail açısından kazandırıcı, mağdur açısından zarara uğraticı bir eylem içerir. Failin mağduru icbar ederken talep ettiği ve mağduru borçlandırıcı bir zarara uğratan şey henüz yerine getirilmemiş olsa bile icbar suretiyle irtikâp suçu açısından suçun yarar kısmı oluşmuştur.³⁹ Mağdur faile vereceği yararı, kendi ekonomik değerinden henüz çıkarmamış olsa bile gelecek zaman içinde kendi ekonomik değerinde bir azalmayı taahhüt etmiş ise, bu suç açısından yarar sağlama unsuru yerine getirilmiş olacaktır. İcbar suretiyle irtikâp suçu oluşumu için zorunlu unsur olan yarar sağlama, direkt faile yarar sağlama şeklinde olmayabilir; failin bu yararı başkasına sağlanmasını talep etmesi halinde de icbar suretiyle irtikâp suçu işlenmiş olur. İcbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun direkt kendisinin faile yardarda bulunması gerekmez, mağdur adına faile verilen yarar da bu suç kapsamında değerlendirilmelidir.⁴⁰ Ayrıca icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşumuna sadece yararın icra edilmesi yetmez; aynı zamanda yerine getirilen veya taahhüt edile yararın failin icbar hareketi ile nedensellik bağı ile bağlı da olması gerekir.

³⁸ Tezcan, Ruhan Erdem, Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1293.

³⁹ Koca, İrtikâp Suçu, s. 256.

⁴⁰ Mustafa, Avcı, “Türk Hukukunda Hekimin İrtikâp Suçu (TCK m. 250)”, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara 2008, s. 484, s. 664.

D. Hukuka Aykırılık Unsuru

İcbar suretiyle irtikâp suçu, kamu görevlisinin görevinin kendisine sağladığı nüfuzunu kötüye kullanarak, fayda sağlamaya çalışması ile tipik hareket ile mümkün olduğundan dolayı hukuka uygunluk durumundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.⁴¹ İcbar edilen mağdur açısından da haklı olarak yerine getirilmesi gereken bir unsurun yerine getirilmeyeceği endişesiyle faile yarar sağlama ile bu suç tamamlanmış olacağından dolayı hukuka uygunluk sebebi ortaya konulamayacaktır.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

TCK’da icbar suretiyle irtikâp suçunun tanımlanmasına bakıldığında, irtikâp suçunda yarar vaadinde bulunulması ile bu suçun unsurlarının yerine geldiği ve tamamlandığı anlaşılmaktadır. Kanunun lafzına ve madde gerekçesine bakıldığında ise sadece yarar vaadinde bulunmuş olması ile suçun tamamlanmış olduğu anlamına gelmemektedir. Bu suçun işleniş esnasında, teşebbüs halinde kalma süreci, bu suç bakımından mağdur ve fail açısından da mümkün olacaktır.⁴² Fail açısından değerlendirildiğinde; fail icbar eylemine başlamış ancak tamamlamayıp veya mağdurdan elde edeceği yararı henüz elde edememiş ise, suçun fail açısından teşebbüs halinde kaldığını belirlemek mümkün olacaktır.⁴³ Mağdur açısından icbar suretiyle irtikâp suçunun teşebbüs halinde kalması hali, mağdurun faile sağlayacağı faydayı henüz gerçekleştirilmemiş olması şeklindedir. Nitekim Yargıtay birçok kararında bu suçun teşebbüs aşamasında kalabileceğini ortaya koymaktadır.⁴⁴

⁴¹ Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 860.

⁴² Tezcan, Erdem, Önok. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.1295; Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 861.

⁴³ Özbek, Doğan, Bacaksız. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 1081; Yokuş Sevük, Handan. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. s. 859-860.

⁴⁴ Yargıtay’a göre, “Tedaş Derik İşletme Şefliğinde görevli sanığın kasap olan müşterinin iş yerine giderek denetim yaptığı, elektrik gücünün olması gerekenden az olduğunu, bunun yükseltilmesi için 70.000.000 lira vermesi

gerektiğini ve aksi takdirde elektriğinin kesileceğini belirtmek suretiyle cebri irtikâp suçunu işlediği iddia ve kabul edilmiş ise de; sanığın talebi karşısında müştekinin henüz para vermeden ve açıkça bir çıkar sağlama vaadinde bulunmadan durumdan şüphelenip konuyu C. Savcılığına intikal ettirdiği, aldığı talimat üzerine suçun tespiti amacıyla paranın verilmesinden sonra sanığın yakalandığının tüm dosya içeriğinden ve müşteki beyanlarından anlaşılmasına göre, olayda sanığın belli yoğunluğu ve icbar boyutuna varan söz ve davranışı bulunmadığından cebri irtikâp suçunun unsurlarının oluşmadığı, bilirkişi raporunda ek güç tesisi ve dolayısıyla ek tesise iştirak bedeli ve teminat ödemenin gerekmediği savunmada ileri sürüldüğü gibi bağlı gücün yükseltilmesinin gerekmesi halinde dahi Mardin Elektrik Dağıtım Müessesinin yazılarına nazaran ödenmesi gereken paranın istenenenden az olduğu, sanığın bu şekilde sabit olan vazifesini suiistimal ederek parayı isteme eyleminin menfaatin sağlanmaması veya bu yolda vadin bulunmaması ve paranın sanığın yakalanması gayesiyle verilmesi sebeplerinden dolayı TCK'nin 209/2. ve 61. maddelerine uyan ikna suretiyle irtikâba eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde cebri irtikâptan hüküm kurulması” Y.5.CD. 19.01.2004, E.2003/5268 – K.2004/37, www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi:01.03.2024. “Sübutu kabul edilen olayda; ayağının kırılması nedeniyle 17.05.2000 gecesi Denizli Devlet Hastanesine yatırılan müştekinin babası ertesini gün muayene edip ameliyat edilmesi gerektiğini, ancak el emeği 300–350 milyon lira alacağını söyleyen, istediği bu paranın tedarik edilmemesi nedeniyle ameliyatı 22.05.2000 gününe kadar geciktiren, bundan sonra da “para vermezsen babanı taburcu etmeyeceğim” diyerek taburcu işlemini geciktiren sanık doktorun süregelen icbarına maruz kalan müştekinin, haksız menfaat sağlamayı düşünmeyip sanığın yakalanmasını temin etmek amacıyla para vermeye rıza göstermiş gibi görünüp aynı gün durumu polise intikal ettirerek aldığı talimat üzerine 150.000.000 lirayı vererek sanığı yakalattığı, bu itibarla sanığın eyleminin cebri irtikâba eksik kalkışma (teşebbüs) derecesinde kaldığı gözetilmeden tamamlandığından bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması” Y.5.CD. 11.07.2001, 3098/4859, Karar için bkz. HAKERİ; (Tıp Hukuku 5. Baskı...), s.799. “...Vergi mükellefi olan müdahili mali araştırmaya tabi tutup fazla vergi keseceğinden bahisle korkutarak komşusu ve arkadaşı olan diğer sanık vasıtasıyla para talep ettiği, katılanın isteği kabul etmiş gözükerek 20.03.2002 günü C. Savcılığına müracaat edip durumu bildirdiği, suçun ve failerin belirlenmesi amacıyla tespiti yapılan para ve çekin katılan tarafından sanık N...’ye ait işyerinde teslim edilmesini müteakip yapılan operasyonla suça konu çek ve paranın sanığın işyerinde bulunan kutuda gizlenmiş olarak bulunduğu anlaşılması karşısında, sabit olan ancak, henüz menfaat vadinin sağlanamamış olması ve olayın ortaya çıkarılması için para ve çekin verilmiş olması nedeniyle teşebbüs aşamasında kalan cebri irtikâba

B. Suça İştirak

TCK'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında, “*özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*” şeklinde yapılan açıklama ile özgü suçlar kapsamında olan suçlarda bu suça özgü olan özel faillik durumundaki kişiler bu suça iştirak edebilir.⁴⁶ İcbar suretiyle irtikâp suçu da, özgü suç tiplerinden olması nedeni ile bu suçun faili sadece kamu görevlisi olabilecektir. İcbar suretiyle irtikâp suçunun işleniş aşamasında, suça iştirak eden kamu görevlisi olmayan kişiler, bu suç kapsamında azmettiren veya yardım eden olabilir.⁴⁷ İcbar suretiyle irtikâp suçu, müşterek faillik hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinde, bu suçu birden fazla fail birlikte işleyebilecektir. Ancak bu suç kapsamında failerin müşterek faillik kapsamında değerlendirilebilmesi için failin hem suçun eylemi üzerinde tam hâkimiyetinin olması ve bu kişilerin kamu grevlisi olmasının yanı sıra failerin tamamı açısından da görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması şartının da sağlanması gerekecektir.⁴⁸ Bu çerçevede müşterek faillikten bahsetmek için ilk olarak failin sıfatına bakmak gerekir. Fail kamu görevlisi değilse, bu suç açısından temel olarak fail olamayacağından dolayı müşterek fail olarak da değerlendirilemeyecektir. Bunun dışında müşterek failin sadece kamu

teşebbüs ve buna katılma niteliğinde...” Yargıtay 5. CD. 05.11.2011 T. 2007/4995 E. 2011/21609 K. “Şikâyetçi A.nın manevi zor kullanarak yasadışı çıkar sağlama yolundaki isteğini geri çevirdiği, manevi zorla yiyicilik cebri irtikâp suçunun niteliğine göre bu suça ancak eksik derecede kalkışma olanağı bulunduğu gözetilmeyerek” Y.5.CD. 28.01.1997, 2452/2610 Karar için bkz. MALKOÇ İsmail; Zimmet-İrtikâp Rüşvet Suçları, Malkoç Yayınevi, Ankara 2010, s. 1719.

⁴⁵ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, s. 403.

⁴⁶ Erkan, Sarıtaş “İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu (TCK m. 250/1), s.716., Mahmut, Koca, İlhan Üzülmöz. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. bs. Ankara: Adalet, 2022. s. 896.

⁴⁷ Zekeriya Alper, İnanç Türk Ceza Kanunu’nda İrtikâp Suçu, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 126.

⁴⁸ Nevzat, Toroslu, Haluk, Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 306.; Yargıtay 5. CD, T. 05.06.2015, E. 2015/5329, K. 2015/12132; Yargıtay 5. CD, T. 14.10.2015, E. 2013/11678, K. 2013/15071; Yargıtay 5. CD, T. 11.04.2019, E. 2016/6749, K. 2019/4217, <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim tarihi: 01.03.2024.

görevlisi olması, bu suçun müşterek faili olarak değerlendirmek için yeterli olamayacaktır. Aynı zamanda bu suç kapsamında oluşan fiilin bu kamu görevlisinin görevi ile ilgili olması gerekir. Sonuç olarak, bir kişinin, bu suç kapsamında müşterek fail olarak değerlendirilmesi için, kamu görevlisi olmasının yanı sıra bu kamu görevlisi ile fiilin görev açısından ilişkisi olması gerekmektedir. Ancak kişi kamu görevlisi olmasına rağmen bu suç kapsamındaki fiil, kamu görevlisinin görev alanına girmiyorsa, failler azmettiren veya yardım eden olarak değerlendirilebilir. Ayrıca bu suç tipi için kanunda müşterek faillik ile ilgili olarak düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme müşterek failliği, “irtikâp suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur.”⁴⁹ şeklinde ortaya koymuştur. Bir kimsenin icbar suretiyle irtikâp suçu nedeniyle müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için; müşterek faillik açısından denetim görevinin söz konusu olması, fiil ve işlemleri bu denetim görevinin kapsamına giren asıl fail olan kamu görevlisinin icbar suretiyle irtikâp suçunu işlemiş olması ve müşterek fail olan denetimle yükümlü kamu görevlisinin ise buna göz yummuş olması şeklinde üç unsurun da birlikte bulunması gerekir.⁵⁰

C. İctima

İcbar suretiyle irtikâp suçu, içtima hükümlerinin uygulanabildiği suç tipidir. İcbar suretiyle irtikâp suçu ile beraber ayrıca başka bir suç işlenmiş ise, ayrı suç hükümlerine göre cezalandırılır. TCK m. 42/1’de “biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz” şeklinde yer almaktadır. Bu yüzden fail, icbar suretiyle irtikâp suçunu işlerken, bu suçun asli unsuru olan icbar eylemi, tehdit suçunun unsuru olarak değerlendirilemeyecektir. İrtikâp suçu,

⁴⁹ Türk Ceza Kanunu 251. Madde

⁵⁰ “...Eylem tarihinde S. Belediye Başkanlığında işçi olarak çalıştığı anlaşılan sanığın, hakediş belgelerinin düzenlenmesinde ve ödemelerde görevli olup olmadığı araştırılarak, görevli olmadığı belirlenmesi halinde, özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçundaki hukuki sorumluluğunun TCK'nın 40/2. maddesine göre azmettiren veya yardım eden olarak değerlendirilebileceği gözetilmeksizin, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması....Yargıtay 5. CD. 10.12.2013 T. 2012/12498 E. 2013/11962 K. www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi:01.03.2024

genel olarak görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir. Bu yüzden icbar suretiyle irtikâp suçunda, kamu görevlisi, nüfusunu kötüye kullanarak icbar ederek kendine menfaat sağladığı için bu fiilden dolayı ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilemeyecektir.⁵¹

Failin farklı zamanlarda, aynı mağdura yönelik farklı irtikâp türleriyle suç işlemesini zincirleme suç kapsamında değerlendirip faile müeyyidesi ağır olan ceza verilir. Bu ceza TCK 43. maddesi uyarınca artırılması gerekir.⁵² Fail değişik zamanlarda farklı mağdura icbar suretiyle irtikâp suçunu işlemesi olayında; her bir fiil ayrı ayrı suç olarak gerçek içtima kurallarınca cezalandırılır.⁵³

V. MUHAKEME

İcbar suretiyle irtikâp suçunun faili, sadece kamu görevlisi olabilmektedir. İlk bakışta bu suçun failinin kamu görevlisi olması sebebi ile bu suçun soruşturulması 4483 sayılı Kanun⁵⁴ gereğince izin

⁵¹ Koca, Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. 6. Bs.,s.959: Yokuş Sevik, 863: Artuk, Gökçen, Yenidünya, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim 2012, s. 843; Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, Ekim 2012, s. 965-966.

⁵² Koca, Üzülmez. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. baskı S.897., Özbek, Doğan, Bacaksız. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. 16. Bs., s. 1082.

⁵³ Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, s.966: “Sanığın aynı anda, aynı amaçla birden fazla kişiden para almaktan oluşan eylemleri zor yoluyla yiyicilik suçunun maddi ögesi içinde bulunduğundan, ayrı bağımsız suçlar olmayıp zincirlenen tek suç oluştur.” Y.5.CD. 19.10.1988, 2394/6303 “müteselsil suçun varlığının kabulü için ortada birden fazla suç bulunması, bu suçların kanunun aynı hükmünü ihlal etmesi ve bu birden fazla suçların aynı suç işleme kararına bağlanabilmesi gerekmektedir. Sanığın çeşitli tarihlerde, değişik kişileri mağdur ederek yaptığı ikna suretiyle irtikâp eylemlerinde kast ve suç işleme kararının birliğinden söz edilemeyeceği, dolayısıyla sübutu kanıtlanabilen eylemlerinden her birinin ayrı bir irtikâp suçunu oluşturacağı göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır” YCGK. 21.12.1981, 372/441.

⁵⁴ 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4483.pdf>

muhakeme şartına bağlı gibi görünse de, 3628 sayılı Kanun m. 17/1 çerçevesinde⁵⁵ irtikâp suçları açısından kural olarak bu şart aranmaz. Bu yüzden icbar suretiyle irtikâp suçu, resen soruşturma ve kovuşturma yapılacak bir suç tipidir.⁵⁶ Ancak icbar suretiyle irtikâp suçunu işleyen

(erişim tarihi: 08.04.2021) Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m.2: “Bu Kanun,Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır. Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir. Disiplin hükümleri saklıdır.”

⁵⁵ 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3628.pdf>, Erişim tarihi: 01.03.2024. “Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu md.17: “ Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz. Yukarıdaki fıkra hükmü müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz. Görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklıdır.”, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3628.pdf> erişim tarihi: 01.03.2024)

⁵⁶ Artuk,Gökçen,Yenidünya,5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı,,s.845. ; “...3628 sayılı Kanunun 17. maddesi ile maddede sayılan suçlardan sanık olanlar hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilerek belirtilen suç tipleri bakımından Cumhuriyet savcılarının doğrudan soruşturma yapma yetkileri bulunduğu kabul edilmiştir. 3628 sayılı Kanunun 17. maddesinde sayılan suçlar nedeniyle kamu davasının açılması durumunda bu suçlardan sanık olanlar hakkında 4483 sayılı Kanunun uygulama alanı kalmayacak, bu nedenle kovuşturma evresinde suçun niteliğinin değişerek 3628 sayılı Kanun dışına çıkması durumunda dahi idari merciden izin alınmasına gerek bulunmayacaktır. Zira ceza davasının konusu, iddianamede belirtilen maddi vakıalarla sınırlı olup, iddianamede yazılı hukuki nitelendirme ile bağlı

fail konumundaki kişiler; müsteşarlar, vali ve kaymakam ise 3628 sayılı Kanun m.17/2 hükmü uyarınca resen soruşturma yapılamayacak olup; 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre yetkili makamlardan izin alınması gerekecektir. Cumhuriyet savcısı irtikâp suçu için soruşturma yaparken, bu suçun, CMK’nın 135, 139 ve 140. maddelerinde sayılan katalog suçlar içinde olmaması nedeni ile iletişimin denetlenmesi yolu (CMK m. 135) ile veya gizli soruşturmacı görevlendirerek (CMK m. 139) veya teknik takip yolu (CMK m. 140) ile delil toplayamayacaktır. Ancak irtikâp suçunun işlenmesi, örgütsel bir faaliyet şeklinde oluşmuş ve suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe varsa ve başka yollarla delil elde edilmesi mümkün değilse, denetlenmesi gizli soruşturmacı veya teknik takip yolu ile delil toplanabilecektir. TCK m.250/1–2 yer aldığı üzere ikna ve icbar suretiyle irtikâp suçlarında görevli ve yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesidir. İrtikâp suçlarına karşılık düzenlenen ceza; icbar suretiyle irtikâp suç için 5 yıldan 10 yıla kadar hapis; ikna suretiyle irtikâp suçu için 3 yıldan 5 yıla kadar hapis, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu için 1 yıldan 3 yıla kadar hapis yaptırımı şeklinde olup irtikâp suçunun şekline göre sınıflandırmıştır.

VI. SONUÇ

TCK’nın 250. maddesi, 6352 sayılı kanun ile “*kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.*” şeklinde değişikliğe uğramış ve yapılan bu değişiklikle daha önce yapılan icbar tanımı üzerindeki çelişkiler giderilmiş; icbarın tanım daha somut hale getirilmiştir. Bu düzenleme ile suçlama esnasında oluşacak belirsizlikler azalmıştır.

bulunmayan mahkemeler, değişen suç niteliğine göre ek savunma hakkı tanımak suretiyle hüküm kurabilecektir. Aksi kabul, gerek 3628 gerekse 4483 sayılı Kanunun amaçlarına ve ceza muhakemesinin temel ilkelerinden olan süreklilik ve kesintisizlik ilkelerine de aykırılık teşkil edecektir...”
Yargıtay CGK, T. 03.11.2015, E. 2014/855, K.2015/356,
www.kazanci.com.tr.Erişim tarihi:01.03.2024.

İcbar suretiyle irtikâp suçu, bir görev suçudur; yalnızca kamu görevlisi olanlar işleyebilecektir. Ancak irtikâp suçu, faili bazı meslek mensubu olan kamu görevlilerince daha sık işlenen bir suçtur. İcbar suretiyle irtikâp suçu, daha çok teknik bilgi ve tecrübenin önem kazandığı ve mesleki yeterliliklerin önemsendiği sağlık hizmetleri sunumunda sıkça karşılaşılan bir suç tipidir. Sağlık hizmetleri sunumunda daha çok karşılaşılan bir suç olmasının iki büyük nedeni vardır: Birincisi, mağdurun konumlandığı yer; biyopsikososyal açıdan tam iyilik halinde olmayan yani hasta olan kişiler olması, yani mağdurun “hasta” olma hali onun fail tarafından yapılan icbar hareketlerine daha çabuk ve sorgulamadan cevap vermesini sağlayacaktır. İkincisi ise, sağlık mesleğinin çok fazla teknik ve mesleki beceri içermesi, sağlık terminolojisinin günlük hayat terminolojisinden çok uzak olmasıdır. Bu bakımdan sağlığını kaybetme korkusu yaşayan bir mağdurun, nitelikli bir şekilde düşünme ve doğru kararlar alabilme kabiliyetinin zayıfladığını, bu bağlamda iradesinin kırılmasının daha kolay olacağını kabul etmek gerekir. Sonuçta sağlık çalışanı olmayan kamu görevlisinin, icbar eyleminin muhatabı olan mağdur ile sağlık çalışanı olan kamu görevlisinin icbar eyleminin muhatabının biyopsikososyal durumu aynı olmayacaktır. Bu nedenle sağlık sektörü içerisinde sağlık hizmeti sunumu ile bağlantılı kamu görevinde, bu suçun icbar halinin meydana gelmesi ve sonuçlanması mağdur açısından daha kolay olacaktır.

Sağlık hizmetleri sunumunda işlenen icbar suretiyle irtikâp suçunda, asıl önemli olan eylem, icbarın nasıl bir zamanda ve yerde meydana geldiğidir. İcbar edilen mağdurun, sağlık çalışanının taleplerinin yerine getirilmemesi sonucunda, kendisinin veya yakınının vücut bütünlüğüne zarar geleceği endişesini yaşaması; onun icbar edenin tüm taleplerini yerine getirmeyi zorunlu hale getirir.

Toplumda sıkça kullanılan “bıçak parası” terimi de icbar suretiyle irtikâp suçu kapsamında değerlendirmek doğru olacaktır. Bıçak parası dediğimiz icbar hali ile en çok karışan suç tipi rüşvet suçudur. Rüşvet suçunda, rüşvet alan ile rüşvet veren arasında tam bir uzlaşma vardır.⁵⁷ Aralarında yapılan işlem hukuka aykırı olsa bile aralarında birbirlerini borçlandıran bir anlaşma vardır.⁵⁸ İcbar suretiyle irtikâp suçunda ise failin icbarı karşısında manevi olarak sağlıklı olmayan ve iradesi icbar ile

⁵⁷ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, s. 395.

⁵⁸ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, s. 410.

sakatlanan bir mağdur vardır.⁵⁹ Dolayısıyla rüşvetten farklı olarak taraflardan birinin iradesinin sakatlandığı bir anlaşma vardır. Bu yüzden mağdurun içinde bulunduğu manevi zorluğun kullanılarak onun bu anlaşmaya onay vermesi halinde, rüşvet suçundan bahsetmek mümkün değildir. Sağlık hizmetleri sunumunda; özellikle de tedavi hizmetlerinin sunumunda çok sık karşılaşılan icbar eylemini dikkatlice inceleyip icbar suretiyle irtikap suçu kapsamında değerlendirip soruşturma açmak daha doğru olacaktır. Sağlık hizmetleri sunumunda icbar suretiyle irtikap suçunun işlenmesini azaltmanın en önemli yolu, halk sağlığı eğitimleri kapsamında hastaların hasta hakları açısından nitelikli olarak eğitilmesi ile mümkün olacaktır. Bunun dışında bir diğer yol ise, idarenin denetim yetkisini kullanarak sağlık çalışanlarının yaptıkları hizmeti yerinde denetlemektir.

⁵⁹ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, s. 399.

KAYNAKÇA

- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Alşahin Mehmet Emin, Çakır Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. b., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- Avcı Mustafa, "Türk Hukukunda Hekimin irtikâp Suçu (TCK m. 250)", Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara 2008.
- Baytemir Erdal, Açıklamalı İçtihatlı, Kamu İdaresinin Güvenirliliği ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti, Ankara, 2011.
- Erdener Yurtcan, , Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet – Zimmet – İrtikap - Görevi Kötüye Kullanma, Ankara, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Hafizoğulları Zeki, Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Legal Kitapevi, 2016.
- Hakeri Hakan, Tıp Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayın, 2024.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- İnanç Zekeriya Alper, Türk Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- Kitapçioğlu Yüksel Tülay, Özgü Suç, İstanbul, Oniki Levha Yayın, 2021.
- Koca M. Reis, "İrtikâp Suçu." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6 (2015): 247-279.
- Koca Mahmut, Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. b., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- Malkoç İsmail, Zimmet-İrtikap Rüşvet Suçları, Malkoç Yayınevi, Ankara 2010.
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. b., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. b., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Seçkin-Hukuk, 2012.

Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda “Bıçak Parası” Almanın İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu Açısından Değerlendirilmesi

Sarıtaş Erkan “İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu (TCK m. 250/1)”. AÜHFD, C. LXXI, S. 2, 2022.

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. b., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Tezcan Durmuş, Erdem Ruhan, Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. b., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Toroslu, Nevzat ve Toroslu Haluk, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, Savaş Yayın, 2021.

Üzülmez İlhan, Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikâp Suçu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:14. Sayı:2,2006.

Yokuş Sevik Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. b., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

Yurtcan Erdener. Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet-Zimmet-İrtikâp-Görevi Kötüye Kullanma, 3. bs. Ankara, Seçkin Yayın, 2020.

Yüksektepe Mert Asker, Rüşvet ve İrtikap, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018.

Yargı Kararları

Y.5.CD. 19.10.1988, 2394/6303.

YCGK. 21.12.1981, 372/441.

Y.5.CD, 07.08.1987, 3713/4419.

Y.5.CD, 25.12.1986, 4837/5641.

Y. CGK, 03.11.2015, E. 2014/855, K.2015/356.

Y. 5. CD, T. 05.06.2015, E. 2015/5329, K. 2015/12132.

Y. 5. CD, T. 14.10.2015, E. 2013/11678, K. 2013/15071.

Y. 5. CD, T. 11.04.2019, E. 2016/6749, K. 2019/4217.

Y. 5. CD. 10.12.2013 T. 2012/12498 E. 2013/11962 K.

Y.5.CD. 19.01.2004, E.2003/5268 – K.2004/37.

Y.5.CD. 28.01.1997, 2452/2610.

Y. 5. CD. 05.11.2011 T. 2007/4995 E. 2011/21609 K.

Y.5.CD. 19.01.2004, E.2003/5268 – K.2004/37.

Y.5.CD. 11.07.2001, 3098/4859.

Süleyman AKKAYA

Y.5.CD. 28.01.1997, 2452/2610.

Y.5.CD. 11.07.2001, 3098/4859).

Y.5. CD. 19.03.2008, 35/2244.

Y 5. CD. 02.05.2014 T. 2014/2966 E. 2014/4881 K.

Y.CGK,T.6/5/2021,E.2020/276,K.2021/201.

Y.CGK,T.30.03.2010,E.2009/5-167,K.2010/70.

Y.CGK,T.6/5/2021,E.2020/276,K.2021/201

Y.CGK,T.6/5/2021, E.2020/276,K.2021/201.

Y.5.CD. 30.10.2002, 7872/6911.

Y. 5. CD. T.12/7/2018,E.2016/6294,K. 2018/5328.

Y.CGK., T. 30/03/2010,E.2009/5-167,K.2010/70.

Y. 5. CD.,T. ,E.2017/1495, K.2020/9248.

İnternet Adresleri

<https://www.etimolojiturkce.com/arama/rkb>.

<https://sozluk.gov.tr>.

www.kazanci.com.tr.

ORTAKLARIN LİMİTED ŞİRKETİN AMME BORÇLARINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU, YAŞANAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Ayşe BENZER*

ÖZ

Limited şirketlerde şirket ortağının şirketin amme borçlarından sorumluluğunu düzenleyen AATUHK'un 35. maddesinin lafzı incelendiğinde önce şirketin kendi malvarlığına başvurunun zorunlu olduğu, şirketten alacağı alınamaması durumunda ortakların şahsi malvarlıklarına gidilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Amme alacaklarının şirket tüzel kişiliğinin malvarlığından tamamen ya da kısmen tahsil edilememesi ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması ve bu durumun idareler tarafından delillerle ortaya konulması halinde ortakların payları oranında sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: Limited şirket, şirket ortağı, amme alacakları, sorumluluk, sermaye payı.

* Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Doktora Öğrencisi, E-Mail: av.aysebenzer@gmail.com, ORCID ID: 0009-
0002-3661-2183.

Makalenin Gönderim Tarihi : 04.05.2024.

Makalenin Kabul Tarihi : 16.12.2024.

THE RESPONSIBILITY OF PARTNERS IN A LIMITED COMPANY ARISING FROM PUBLIC DEBTS, THE PROBLEMS ENCOUNTERED, AND SUGGESTED SOLUTIONS

ABSTRACT

When examining the wording of Article 35 of the Law on the Collection Procedure of Public Receivables (AATUHK), which regulates the responsibility of partners in limited companies for the company's public debts, it is understood that it is obligatory to first seek the company's assets, and if the debt cannot be collected from the company, recourse must be made to the personal assets of the partners. If it is determined that the public receivables cannot be fully or partially collected from the company's legal entity's assets, and this is proven by the authorities, the partners' liability in proportion to their shares comes into question.

Keywords: Limited company, company partner, public receivables, responsibility, capital contribution.

I. GİRİŞ

Bir ya da daha fazla kişi tarafından ticaret unvanı altında kurulan, esas sermayesinin miktarı belli olan ve söz konusu sermaye miktarı ortakların paylarından oluşan ticaret şirketlerine limited şirket denilmektedir. Tek ortaklı limited şirket kurulabilse de ortak sayısı 50'den fazla olamamaktadır.¹ Limited şirketlerin kendisini oluşturan ortaklardan farklı hukuki kişiliği, ortaklardan ayrı malvarlığı ve genel kurul ile kanuni temsilci(müdür)den oluşan kanunen zorunlu iki organı bulunmaktadır. Karar alma görevi genel kurulda iken şirketin idare ve temsili şirket müdürü tarafından gerçekleştirilmekte, şirketin vergi ödevleri müdür tarafından ifa edilmektedir.² Limited şirketlerde müdür

¹ Mücahit Çağrı Özkan, 'Limited Şirketlerde Ortakların Amme/Vergi Borcu Yönünden Artan Riski', Mali Çözüm Dergisi, İstanbul, 2019, 29-154, s. 181.

² VUK 10. madde, AATUHK mükerrer 35. madde

ortaklar arasından seçilebildiği gibi üçüncü kişilerden de seçilebilmektedir.³

AATUHK'un 35. maddesinde limited şirket ortaklarının şirketin kamu borçlarına ilişkin sorumluluğu düzenlenmektedir. Söz konusu madde 3 fıkradan oluşmakta; 1. fıkrada limited şirketlerin halihazırdaki ortaklarının ödeme sorumluluğu; 2. ve 3. fıkralarda payını devreden ortakların ödeme sorumluluğu düzenlenmektedir. 35. madde lafzı incelendiğinde önce şirketin kendi malvarlığına başvurunun zorunlu olduğu, şirketten kısmen veya tamamen borcun alınamaması durumunda ortakların şahsi malvarlıklarına gidilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Limited şirkete ait borçların şirket ortağından tahsil edilebilmesi için, tekrardan ihbarname gönderilmesi gerekmeksizin ortak adına doğrudan ödeme emri hazırlanarak tebliğ edilmesi yeterlidir. Ancak ortaklara ödeme emirleri gönderilebilmesi için amme borçlarının şirket adına usulüne uygun şekilde kesinleştirilmesi, şirkete öncesinden ödeme emirlerinin tebliğ edilmiş olması ve borcun şirketten tahsil edilememesi gerekmektedir.

Amme alacağının şirketten alınamaması ve şirkette pay sahibi olma dışında başka şart aranmadığından ortakların sorumluluğu açısından kusursuz sorumluluk çeşidi geçerlidir. Ortaklar malvarlıklarıyla sınırsız fakat şirketteki payları oranında sınırlı sorumluluğa sahiptir. Şirket ortaklarının sorumluluğu söz konusu olduğunda sermaye borcunu ödeyen ve ödemeyen ortaklar arasında kanunen ayırım yapılmamaktadır. Şirketin tek ortaklı olması halinde şirketten tahsil edilemeyen amme borçlarından söz konusu ortak tek başına sorumlu tutulmaktadır. Her ortağın sermaye payına göre belirlenen borç tutarı vergileri, vergi cezalarını, gecikme faizlerini ve gecikme zamlarını içermektedir.

Ortakların paylarını devrettiği durumlarda devreden ve devralan ortaklar devirden önceki dönemlere ait amme borçlarının ödenmesinden müteselsilen sorumludurlar. Ancak devreden ve devralan ortaklar arasındaki pay devrine ilişkin işlemlerin geçerli olması gerekmektedir. Amme borcunun doğduğu ve ödeneceği tarihte farklı şahısların şirket ortağı olması durumunda söz konusu ortaklar müteselsil sorumlu olarak takip edilmektedir. Limited şirketlerin tasfiye edilmek suretiyle tüzel kişiliğinin ticaret sicil gazetesinden silinmesinden sonra yapılan vergi

³ TTK 623. madde.

tarhiyatlarının ve kesilen vergi cezalarının tasfiye öncesindeki döneme ait kısmından ortaklar şirket kanuni temsilcileriyle beraber sorumludur.

Amme borçlarını ödeyen ortakların rücu hakkı konusunda düzenleme bulunmasa da ortağın ödediği borcun tamamı için asıl borçlu şirkete başvurabilmesi mümkündür. Aynı şekilde ortaklar sadece payları oranında sorumlu olduğu için paylarını aşan kısımlar için diğer ortaklara da rücu edebilmektedir. Payını devreden ortakların ödedikleri fazla tutarlar için payı devralan diğer ortaklara devir sözleşmelerine bağlı olarak rücu etmesi mümkündür. Ayrıca ortakların borçlarını ödenmesinden doğan zararlarını temsilciden alabilmeleri de mümkündür.

Bu başlık altında her ne kadar konuya özet şeklinde giriş yapsak da çalışmamızın bundan sonraki kısımlarında ortakların sorumluluğu ayrıntılı biçimde değerlendirilmeye çalışılacak, sorumluluğun şartları ve sorumluluğun özellikleri hem mevzuattaki düzenlemeler hem de yargı kararları ışığında incelenecektir. Bu doğrultuda uygulamada yaşanan sorunlar ele alınarak sorunlara çözüm yolları sunulmaya çalışılacaktır.

II. SORUMLULUĞUN AMACI

TTK'da limited şirket ortaklarının şirkete ait borçlardan sorumlu olmadıkları düzenlenmektedir.⁴ Ortakların taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemeleri, şirket sözleşmesinde belirlenen edimleri ve yükümlülükleri yerine getirmeleri yeterli olup kural olarak şirketin borçlarına ilişkin sorumlulukları bulunmamaktadır. Anlaşıldığı üzere şirket ortakları bakımından sınırlı sorumluluk hali söz konusu olup sermaye payını ödeyen ortak şirkete karşı olan sorumluluğunu yerine getirmiş sayılmaktadır. Bu nedenle şirkete ait borçlardan doğrudan şirketin kendisi sorumlu olup ortakların sorumluluğu kural olarak bulunmamaktadır. Ancak bazı kanunlarda istisnai düzenlemeler bulunmaktadır. Bu istisnai düzenlemelerden en önemlisi limited şirket ortaklarının şirkete ait amme borçlarından sorumlu olmasına ilişkin

⁴ TTK Madde 573- (1) 'Limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur; esas sermayesi belirli olup, bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşur. (2) Ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler. (3) Limited şirket, kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilir.'

AATUHK'un 35. maddesindeki hükümdür.⁵ Maddenin amacı limited şirketlerin amme borçlarının payları oranında şirket ortaklarının malvarlığından alınmasını sağlamaktadır. Böylece asıl borçlunun yanı

⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.10.2016, E:2015/11584, K:2016/8347 (Karşı Oy): '...Limited şirket ortaklarının sorumlulukları kural olarak koydukları sermaye ile sınırlıdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın doğum ve dava tarihleri gözetildiğinde, 6762 sayılı Kanun'un 502 ve 532. maddeleri uyarınca, limited şirket ortağı, şirkete karşı taahhüt ettiği sermaye koyma borcunu yerine getirdiği ölçüde sorumluluktan kurtulmakta olup ortakların limited şirketin borçlarından şahsen sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Hal böyle olmakla birlikte, bu nevi şirket ortaklarının, şirket alacaklılarına karşı sorumlu olmaması kuralına yönelik en önemli istisna, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un (AATUHK) 35. maddesi ile getirilmiştir. Söz konusu kanun maddesinde, kanunun yayımlandığı 1953 yılından sonra ilki 1998 ve ikincisi de 2008 yılında olmak üzere iki önemli değişiklik yapılmıştır. 1998 yılında 4369 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikle limited şirket ortaklarının sermaye miktarları yerine sermaye oranları üzerinden kamu borçlarından sorumlu tutulmaları esası getirilmiş, 5766 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 2008 yılında yapılan değişiklikle maddeye 2. ve 3. bentlerin de eklenmesi suretiyle, öncesinde şirket ortağına başvurulması için kamu alacağının şirketten "kesin olarak tahsil imkanı bulunmaması" koşulu yumuşatılmak suretiyle, "şirketten tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan" kamu borçları bakımından şirket ortaklarının sorumluluğu cihetine gidilebilmesi imkanı getirilmiştir. Bir başka söyleyişle, madde hükmünün bu suretle tadil edilmesi suretiyle alacaklı kamu idaresine, belirtilen konuda açık bir takdir yetkisi tanınarak kamu idaresince şirketten tahsil edilemeyeceği değerlendirilen kamu borçları bakımından, şirket hakkında cebren tahsil cihetine gidilmeksizin, ortakların takip edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Bir başka deyişle, kamu idaresinin, şirket ortak yahut müdürlerinden kamu alacağının tahsili için, limited şirket hakkında cebri icra takibine girişmesi ve şirket hakkında aciz belgesi almak gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Kamu idaresinin şirketin kamu borcundan ötürü yönetici ve/veya ortaklara yönelmesi, takip işlemlerine girişmesi, kural olarak, takip konusu borcun şirketten tahsil edilemediği veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşıldığını gösterir niteliktedir. Elbette, kamu idaresinin, madde hükmü ile kendisine belirtilen hususta tanınan takdir yetkisini aşkın ve hatta kötüye kullanması söz konusu olabilir ise de, sözü edilen hal, bu nevi rücu davalarında nazara alınması gereken ispat yükü ile ilgili olup, usul hukukumuz açısından idarenin takdir hakkının bu şekilde aşkın yahut kötüye kullanıldığını ispat yükü, bunu ileri süren tarafa ait olmalıdır.'

sıra başka sorumlular belirlenerek amme alacağıının korunması hedeflenmektedir. Yine, şirket ortağı olmayan müdürün malvarlığının amme borcuna yetmediği durumlarda amme alacaklarının güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Ayrıca maddeyle şirketlerde temsilci olarak şirket ortağı olmayan, ekonomik durumu zayıf olan kişilerin kötü niyetli şekilde müdür olarak görevlendirilmesi ve borcun tamamının müdür olan ancak ödeme kabiliyeti olmayan bu kişilere yüklenilmesi önlenmektedir.

III. SORUMLULUĞUN KAPSAMI

35. maddede ortakların amme alacakları için takip edileceği belirtilmekte, ortaklara yüklenen sorumluluğun kapsamı belirlenirken kullanılan ‘amme alacağı’ kavramı ise AATUHK’un 3. Maddesindeki atıftan dolayı 1. ve 2. maddede sayılan alacakları işaret etmektedir.⁶ Söz konusu maddelere göre amme alacağı terimi; vergiler ve vergi cezaları gibi asli amme borçları ile gecikme zamları ve faizler gibi fer’i borçları kapsamaktadır. Buna göre her ortağın sermaye payına göre belirlenen borç tutarı; vergileri, vergi cezalarını, gecikme faizlerini ve gecikme zamlarını içermektedir. Görüldüğü üzere istisnai düzenlemeler hariç AATUHK kapsamındaki amme alacaklarına 35. madde uygulanmaktadır.⁷

IV. SORUMLULUĞUN KOŞULLARI

A. Amme Alacağıının Zamanaşımına Uğramamış Olması

Amme alacağıının doğduğu tarihi izleyen yılın başından itibaren 5 sene içerisinde tarh ve tahakkuk ettirilmesi gerekmektedir.⁸ Bu süreye uyulmaması halinde söz konusu alacak tahakkuk zamanaşımına uğramaktadır. Aynı şekilde amme alacağıının vadesini izleyen yılın

⁶ Alper Tunga Küçük, ‘6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’a Göre Hacze İştirak’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71 (1) 2022, s.69. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/69293/1062207>, (Erişim Tarihi: 07.08.2024).

⁷ 5510 sayılı Kanun’un 88. maddesi ile SGK prim borçları açısından istisnai bir hüküm getirilmiştir.

⁸ VUK 113 md. vd.

başından itibaren 5 sene içerisinde tahsil edilmesi gerekmektedir.⁹ Bu süre içerisinde tahsil edilmeyen amme alacağı tahsil zamanaşımına uğramaktadır. Hem vergiler hem de fer'ileri için uygulanan 5 yıllık sürenin sona ermesi halinde alacaklı idarelerin amme alacağını alma yetkisi ortadan kalkmaktadır.

Ortakların şirket borçları için takip edilebilmesi için söz konusu borçların şirket adına usulüne uygun olarak ve zamanaşımı süreleri içinde kesinleştirilmesi gerekmektedir. 5 yıllık sürenin sona ermesi ve zamanaşımını durduran ya da kesen işlemlerin hukuka uygun bir şekilde tesis edilmemesi halinde şirketin borçları zamanaşımına uğramaktadır.¹⁰ Bu nedenle zamanaşımına uğrayan amme borçlarının tahsili için ortaklar

⁹ AATUHK 102 md. vd.

¹⁰ Danıştay, 4. Daire, 25.05.2022, E:2018/2814, K:2022/3268: ‘...Bu durumda, uyuşmazlık konusu ... tarih ve ... ve ... sayılı ödeme emirleri içeriği borçların tahsili amacıyla asıl borçlu şirket adına, şirketin ticaret sicilinden silinmesinden önce ... tarih ve ... , ... tarih ve ... sayılı ödeme emirleri tanzim edilmiş ise de, söz konusu ödeme emirlerinin şirket tüzel kişiliğinin sona ermesinden sonra ilan edilmesinin hukuki sonuç doğurmayacağı tartışmasız olmakla birlikte, ihbarname aşaması usulüne uygun şekilde kesinleştirilen borcun takibinde, şirketin tüzel kişiliği sona erinceye kadar tahsil zamanaşımı süresi içerisinde kalan tahsilata ilişkin süreler izlenecek olup, bu süre içerisinde idarenin kusurlu davranarak tahsilat işlemlerini aksatması, borcun ortadan kalkmasına neden olmayacağı gibi, kusursuz sorumluluğu bulunan ortakların sorumluluğunu da kanunun aradığı diğer koşulların gerçekleşmesi şartıyla ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla, amme alacağının tüzel kişiliği sona eren şirketten tahsil edilemeyeceğinin açık olduğu hususu dikkate alındığında, tüzel kişiliği sona ermeden şirket adına ödeme emri tebliğ edilmemesi sadece şirket adına 6183 sayılı Kanun'a göre cebri tahsilat safhasına geçilmediği anlamına geleceğinden ve borcun şirket yönünden kesinleştirilmesine etkisi bulunmadığından, ortağı olduğu şirketten kaynaklı vergi borçlarından sorumluluğu devam eden ortak adına şirket tüzel kişiliği sona erdikten sonra borcun tahsil zamanaşımına uğramaması kaydıyla ödeme emri düzenlenebileceği; bu halde dava aşamasında irdelenmesi gereken bir önceki aşamanın ihbarname safhası olacağı açıktır. Dolayısıyla şirket ortağı sıfatıyla davacı adına düzenlenen dava konusu ödeme emirlerinin hukuka uygun olup olmadığı saptanabilmesi için, davacı adına ödeme emri düzenlenebilmesi koşullarının bulunup bulunmadığı, bu kapsamda da vergi borçlarının tüzel kişiliğinin mevcut olduğu dönemlerde şirket adına usulüne uygun olarak tahakkuk edip etmediği incelenerek yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.’

hakkında takip yapılması ve ödeme emri düzenlenmesi de hukuka aykırı hale gelmektedir.¹¹

¹¹ Danıştay, 4. Daire, 14/06/2022, E:2020/1202, K:2022/4017: ‘...Dolayısıyla, davacının 24/04/2012 tarihli hisse devir sözleşmesi ile şirketten ayrılarak şirket borçlarından sorumluluğunun sona erdiği, sorumlu olduğu döneme göre sermaye miktarı veya sermaye hissesi gözönünde bulundurularak takip edilip edilmediği, amme alacağının asıl borçlu şirketin malvarlığından tahsili yoluna gidilip gidilmediği ve zamanaşımına uğrayıp uğramadığı hususları da değerlendirilerek yeniden karar verilmesi gerekmektedir.’

Danıştay 4. Daire, 11.04.2022, E:2018/9427, K:2022/2425: ‘...amme alacaklarının tahsili için asıl borçlu şirket adına düzenlenen ... tarih ve ...-...-...-...-... takip numaralı ödeme emirlerinin asıl borçlu şirketin veya şirketin kanuni temsilcisinin bilinen adresinde tebliğ edilmeye çalışıldığına dair tebliğ evrakının ara kararına rağmen davalı idarece ibraz edilmediği anlaşıldığından, asıl borçlu şirket adına düzenlenen ve yukarıda tarih ve sayıları belirtilen ödeme emirlerinin usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği sonucuna varıldığı, kaldı ki asıl borçlu şirket adına düzenlenen tüm ödeme emirlerine ilişkin tebliğin usulüne uygun olduğu kabul edilse dahi, söz konusu ödeme emirleri içeriğinde yer alan amme alacaklarına mahsuben 12/12/2006-25/12/2014 tarihleri arasındaki muhtelif tarihlerde yapılan cüz’î ödemelerin şirket veya temsilciler tarafından yapıldığına dair makbuz bulunmaması ve davacı tarafından kendi aleyhine sonuç doğuracak şekilde cüz’î miktarda ödeme yapılmasının hayatın olağan akışına aykırı olması nedeniyle söz konusu ödemelerin zamanaşımını kesmek amacıyla davalı idarece yapıldığı kanaatine varıldığından, anılan tarihlerde yapılan ödemelerin tahsil zamanaşımı süresini etkilemeyeceği, söz konusu takiplere ilişkin olarak ödeme emirlerinin tebliğ edildiği tarihten sonra yukarıda belirtilen ödemeler haricinde, 6183 sayılı Kanun’un 103. maddesi kapsamında zamanaşımını kesen başkaca bir işlem yapılmadığı da dikkate alındığında, idarece bildirilen ilan tebliğ tarihlerinden itibaren en geç 31/12/2011, 31/12/2013, 31/12/2014 ve 31/12/2016 tarihlerinde davacı adına kanunî temsilci sıfatıyla düzenlenmesi gereken ödeme emirlerinin içeriğinde yer alan amme alacaklarının zamanaşımına uğradığı anlaşılmakta olup, tahsil zamanaşımına uğrayan amme alacaklarının tahsili için davacı adına düzenlenen ... tarih ve ... , ... , ... , ... , ... ana takip dosya numaralı ödeme emirlerinde hukuka uyarlık bulunmadığı...’

B. Amme Alacağının Şirket Adına Usule Uygun Biçimde Kesinleştirilmiş Olması

Limited şirkete ait alacakların şirket ortağından tahsil edilebilmesi için, AATUHK'un 54 ve devamındaki maddelere göre ortağın şahsen takip edilmesi gerekmektedir. Ortak adına ihbarname hazırlanarak gönderilmesi gerekmeksizin ortak adına doğrudan ödeme emrinin hazırlanması ve ortağa usule uygun biçimde tebliğ edilmesi gerekmektedir.¹² Burada önemli olan husus ortaklara ödeme emirleri gönderilmesi için şirketin önceden takip edilmesi,¹³ şirket adına düzenlenmiş ihbarnamelerin ve ödeme emirlerinin tebliğ edilmiş olması, şirkete ait amme alacaklarının usule uygun biçimde kesinleştirilmiş olmasıdır. Alacağın şirket adına kesinleştirilmesi için tarhiyat, tebligat, tahakkuk ve tahsil aşamaları hukuka uygun biçimde izlenmelidir.¹⁴

¹² AATUHK - Ödeme emri: (1) Madde 55 – ‘Amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, 15 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumu bir “ödeme emri” ile tebliğ olunur.(1) Ödeme emrinde borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarları, nereye ödeneceği, müddetinde ödemediği veya mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı, gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu takdirde hapis ile cezalandırılacağı kayıtlı bulunur. ...’

¹³ Nihal Saban, Vergi Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.118.

¹⁴ Danıştay, 4. Daire, 22/09/2022, E: 2019/3299, K: 2022/5068: ‘...Yukarıda anılan düzenlemelerde, tüzel kişiliğe sahip şirketlerin ödenmeyen veya tahsili olanaksız kalan amme alacağının, tüzel kişiliği temsil edenlerin ve ortakların malvarlığından alınacağı, ödeme emrinin ancak usulüne uygun olarak tarh, tahakkuk ve tebliğ aşamasından geçtiği halde vadesinde ödenmemesi suretiyle tahsili kabil hale gelen amme alacaklarının tahsili amacıyla düzenlenebileceği açıklanmıştır. Dosyanın incelenmesinden, davacının ortağı olduğu ... Gıda Pet. Mad. Yağ. Tur. ve İnş. San. Tic. Ltd. Şti. adına kesinleştiği ileri sürülen amme alacağının tahsil ve takibi amacıyla asıl borçlu şirket adına ödeme emri düzenlenerek tebliğ edildiği, yapılan tebligata rağmen herhangi bir ödemede bulunulmaması ve yapılan malvarlığı araştırmasında da amme alacağının şirketten tahsiline imkan bulunmadığı ileri sürülerek, amme alacağının tahsili amacıyla davacı adına ortak sıfatıyla ... dava konusu ödeme emirlerinin düzenlendiği anlaşılmıştır. Dava konusu ... , ... sayılı ödeme emri ile ... sayılı ödeme emri içeriği ..., ..., ... plaka numaralı amme alacakları dışında kalan amme alacakları yönünden; ... sayılı ödeme emri muhteviyatı amme alacağının şirketten tahsili amacıyla düzenlenen ...

Kesinleşmiş olan amme alacağının limited şirketlerin malvarlığından tahsil edilememesi ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması halinde artık ortaklar takip edilecektir.

C. Alacağın Şirketten Tahsil Edilememesi

Ortakların sorumluluğunun doğması için, zamanaşımına uğramayan amme alacaklarının usule uygun şekilde kesinleştirildikten

sayılı ödeme emrinin asıl borçlu şirkete tebliğ edildiğine ilişkin tebliğ alındısının davalı idarece dosyaya sunulmadığı, yine dava konusu ... sayılı ödeme emrinin ..., ..., ... plaka numaralı amme alacakları dışında kalan amme alacaklarının ve dava konusu ... sayılı ödeme emri muhteviyatı amme alacaklarının şirketten tahsiline yönelik olarak düzenlenen ödeme emirleri ve tebliğ alındılarının dosyaya ibraz edilmediği görülmüş olup asıl borçlu şirket adına düzenlenen ödeme emrinin usulüne uygun olarak tebliğ edilip kesinleştirildiği hususu somut olarak ortaya konulmadığından davacı adına düzenlenen ödeme emirlerinin bu kısımlarında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.'

Danıştay, 3. Daire, 13/06/2022, E:2019/4400, K:2022/2875: 'Asıl borçlu şirket adına düzenlenen ödeme emirlerinin bir kısmının 16/11/2016 tarihinde şirketle ilişkisi kalmamış olan davacıya tebliğ edildiği, bir kısmının ise şartlar oluşmaksızın ilanen tebliğ edildiğinin anlaşıldığı uyuşmazlıkta, şirket nezdindeki takip yollarının usulüne uygun biçimde tüketilerek kanuni temsilci ya da ortağın takip aşamasına gelindiğinden söz edilemeyeceğinden...'

Danıştay, 3.Daire, 15/09/2022, E:2019/6462, K:2022/3190: '...asıl borçlu şirket adına düzenlenen ödeme emirlerinin şirket yetkilisinin ikametgah adresinde eşine tebliğinin 213 sayılı Kanun'un 94. maddesindeki usule uygun olduğundan söz edilemeyeceğinden, davacının ortak sıfatıyla takibinde hukuka uygunluk görülmemiş olup ...'

Danıştay 3.Daire, 12/09/2022, E:2019/4028, K:2022/3085: '... ödeme emrinde yer alan kamu alacağının asıl borçlu şirketten tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrine ilişkin tebliğ alındısının dosyaya sunulmadığı; ... tarih ve ... takip numaralı ödeme emrinde yer alan kamu alacağının asıl borçlu şirketten tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinin ise şirket müdürünün ikametgah adresinde annesine tebliğ edilmesinin 213 sayılı Yasa'da yer alan tebligatla ilgili düzenlemelere uygun düşmediği dolayısıyla şirket nezdindeki takibin söz konusu kamu alacakları yönünden usulüne uygun biçimde sonuçlandırılarak ortağın takibi aşamasına gelindiğinden söz edilemeyeceği...'

sonra şirketten tamamen ya da kısmen tahsil edilmemesi ya da tahsil edilmeyeceğinin anlaşılması gerekmektedir. Tahsil edilemeyen ve tahsil edilmeyeceği anlaşılan alacak terimlerinin tanımı AATUHK'un 3. maddesinde yer almaktadır.¹⁵

3. maddeye göre tahsil edilemeyen alacak kavramı; borçlu hakkında yapılan malvarlığı araştırmaları neticesinde haczedilebilen mallarının bulunmaması ya da haczedilen malları satılmasına rağmen elde edilen satış bedelinin alacağı karşılamaya yetmemesi gibi sebeplerle tahsil edilemeyen alacakları ifade etmektedir.¹⁶ Maddede sayılan haller sınırlayıcı değil örnek niteliğindedir.¹⁷ Haczedilen malvarlığının iki defa açık arttırmaya çıkarılmasına rağmen satılamaması yine hacizli malvarlığının pazarlık yoluyla satılamaması amme alacağının tahsil edilememesine örnek olarak gösterilebilir.

Yine 3. maddeye göre tahsil edilemeyeceği anlaşılan alacak kavramı; borçlunun haczedilen mallarına biçilen değer alacağı karşılamaması ya da iflas halinde borcun iflas masasından da tahsil edilmemesi gibi sebeplerle takip işlemlerinin herhangi bir safhasında tahsil edilmeyeceği ortaya çıkan alacakları ifade etmektedir.¹⁸ Madde

¹⁵ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 04.04.2022, E:2021/2314, K:2022/1839: '...6183 sayılı Yasa'nın 35 ve mükerrer 35. maddesi hükümleri uyarınca, ortağın ya da kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi için, borçlu şirket hakkında 6183 sayılı Yasa'nın 54. ve müteakip maddelerine göre cebri takibi yapılması ve takip sonucunda amme alacağının şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilememiş ya da tahsil edilmeyeceğinin anlaşılması gerekir. 6183 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde "Tahsil edilemeyen amme alacağı" ve "Tahsil edilmeyeceği anlaşılan amme alacağı" terimleri açıklanmış olup, bu tanımlar çerçevesinde ortağın ya da kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilip gidilmeyeceği tespit edilmelidir.'

¹⁶ AATUHK, md. 3: 'Tahsil edilemeyen amme alacağı terimi: 'Amme borçlusunun bu Kanun hükümlerine göre yapılan mal varlığı araştırması sonucunda haczi kabil herhangi bir mal varlığının bulunmaması, haczedilen mal varlığının satılarak paraya çevrilmesine rağmen satış bedelinin amme alacağını karşılamaması gibi nedenlerle tahsil edilemeyen amme alacaklarını...'

¹⁷ Turgut Candan, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, Yetkin Yayınları, 2023/04, 5. Baskı, s. 47 vd.

¹⁸ AATUHK, md.3: 'Tahsil edilmeyeceği anlaşılan amme alacağı terimi: "Amme borçlusunun haczedilen mal varlığına bu Kanun hükümlerine göre biçilen değerlerin amme alacağını karşılayamayacağının veya hakkında

metninde sayılan haller sınırlayıcı değil örnek niteliğindedir. Bu sebeple takip işlemlerinin herhangi bir safhasında alacağın tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumunda ortağın sorumluluğuna gidilmektedir.¹⁹

Görüldüğü üzere ‘alacakların tamamen ya da kısmen tahsil edilememesi’ için cebri takip yollarının tamamının kullanılması ancak olumlu bir sonucun alınamaması gerekmektedir, ‘alacakların tahsil edilemeyeceğinin anlaşılabilmesi’ için bütün takip yollarının tamamlanması gerekmemektedir.²⁰ Kanunda tamamen ya da kısmen

iflas kararı verilen amme borçlusundan aranan amme alacağının iflas masasından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gibi nedenlerle tahsil dairelerince yürütülen takip muamelelerinin herhangi bir aşamasında amme borçlusundan tahsil edilemeyeceği ortaya çıkan amme alacaklarını...’

¹⁹ Danıştay, 4. Daire, 22/09/2022, E: 2019/3299, K: 2022/5068: ‘... amme alacaklarının tahsili amacıyla asıl borçlu şirket adına düzenlenen ..., ... ve ... sayılı ödeme emirlerinin sırasıyla, 20/01/2017, 18/05/2016 ve 18/11/2014 tarihlerinde şirket adresinde çalışanına tebliğ edildiği, usulüne uygun yapılan tebligata rağmen herhangi bir ödemede bulunulmadığı ve ödeme emirlerine karşı dava açılmadığı, kesinleşen amme alacağının tahsili amacıyla şirket hakkında haciz kararı alınarak ... tarih ve ... sayılı, ... tarih ve ... sayılı, ... tarih ve ... sayılı haciz varakalarının düzenlendiği, yapılan malvarlığı araştırması neticesinde amme alacağının şirketten tahsil edilemeyeceğinin anlaşıldığı görülmüş olup, asıl borçlu şirketten tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağının, ilgili dönemde ortak olan davacıdan tahsili amacıyla düzenlenen dava konusu ödeme emirlerinin bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.’

Danıştay 7. Daire, 22.09.2020, E.2016/359 K. 2020/3371: ‘...amme alacağının asıl borçlu şirketten tahsiline ilişkin işlemlerin usulüne uygun yürütülmesi suretiyle yapılan malvarlığı araştırması neticesinde, şirket üzerine kayıtlı ... plakalı 2007 model ... markalı bir adet araç olduğu ve bu araç üzerine daha önceki tarihlerde davalı idare dışında birçok kamu kurumu tarafından haciz işlemlerinin uygulandığı, ayrıca şirketin bazı bankalarda bulunan hesaplarında düşük miktarda ... bakiyelerin bulunduğu ve bu bakiyeler üzerine de davalı idarenin takibat işlemleri öncesinde farklı kurumlarca haciz konulduğunun tespit edildiği, bu itibarla şirketin 1.949.123,00 TL tutarındaki vergi borçlarının kendi malvarlığından tahsil edilemeyeceği anlaşıldığından,...’

²⁰ AATUHK 54. Md: ‘Ödeme müddeti içinde ödenmeyen amme alacağı tahsil dairesince cebren tahsil olunur. Cebren tahsil aşağıdaki şekillerden herhangi birinin tatbiki suretiyle yapılır: 1. Amme borçlusu tahsil dairesine teminat göstermişse, teminatın paraya çevrilmesi yahut kefilin takibi, 2. Amme

ifadesinin kullanılması “veya” bağlacı ile her iki şartın birlikte aranmadığını ve herhangi birinin tek başına varlığının ortakların takibine olanak sunulduğunu göstermektedir. Böylece idareler, şirketin borçlarının tüzel kişiliğin malvarlığından kısmen dahi tahsil edilemeyeceği kanaatine varmışsa artık şirket ortakları takip edilebilecektir. Ancak bunun için hukuki geçerliğe sahip yeterli delillerin sunulması ve alacağın şirketten tahsil edilemeyeceğinin net bir biçimde ortaya konulması gerekmektedir.²¹ Yeterince araştırma yapılmadığı için amme alacağının tahsil edilememesi durumunda ortakların sorumluluğuna başvurulamayacağı yönünde öğretide görüşler bulunduğu gibi bu doğrultuda verilmiş yargı kararları da mevcuttur.²² Amme alacağının

borçlusunun borcuna yetecek miktardaki mallarının haczedilerek paraya çevrilmesi, 3. Gerekli şartlar bulunduğu takdirde borçlunun iflasının istenmesi.’

²¹ Yargıtay, 4. Hukuk Dairesi, 30.09.2020, E:2020/365, K:2020/3096: ‘...Bununla birlikte, 6183 sayılı Kanun’un 35. maddesine göre limited şirket ortağının, şirketin amme borçlarından dolayı sorumlu olabilmesi için borcun şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gerekir. Dosya kapsamında şirket aleyhine başlatılan takibe ilişkin yalnızca ödeme emirleri, haciz varakaları ve şirkete ait araçların sorgusuna ilişkin belgeler bulunmakta olup anılan belgeler şirketin amme borcunu ödeme kabiliyeti olup olmadığının tespiti bakımından yeterli değildir.’

²² Danıştay, 4. Daire, 01/06/2022, E:2020/5248, K: 2022/3521: ‘Dosyanın incelenmesinden, davacı adına ortak sıfatıyla düzenlenen ödeme emirlerine karşı açılan davada ödeme emirlerini iptal eden ... Vergi Mahkemesinin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının Danıştay Dördüncü Dairesinin 25/12/2018 tarih ve E:2016/2202, K:2018/15011 sayılı kararıyla bozulduğu, söz konusu bozma kararında, ortağı takip açısından şirket hakkında gerçekleştirilen takibin usulüne uygun kesinleşip kesinleşmediği, şirket hakkında gerekli malvarlığı araştırmasının sonucunda amme alacağının asıl borçlu şirketten tahsilinin imkansız olduğunun ortaya konulup konulmadığı ile ortak sıfatıyla davacı adına düzenlenen ödeme emrinde, davacının sermaye hissesi oranının dikkate alınıp alınmadığı değerlendirilerek yeniden karar verilmesi gerektiği belirtildiği halde, Mahkemece, olayın aydınlatılmasını sağlayacak zaruri belgelerin ara karar ile davalı idareden istenmediği görülmüştür. Bu durumda, eksik inceleme suretiyle hüküm kurulduğu anlaşıldığından, Mahkeme tarafından, resen araştırma ilkesi çerçevesinde Danıştay Dördüncü Dairesinin 25/12/2018 tarih ve E:2016/2202, K:2018/15011 sayılı kararında belirtilen hususların araştırılarak karar verilmesi

süresi geçtikten sonra tahsil edilmeye çalışılması ya da idarelerin cebri takip sürecinde gereken özeni ve dikkati göstermemesi gibi nedenlerle asıl borçlu şirketin mal kaçırması ve bu suretle tahsilatın gerçekleşmemesi durumunda ortakların ileri süreceği def'ilerin dikkate alınması gerekmektedir.

Söz konusu tahsil imkansızlığı halleri esasında maddi imkansızlığı işaret etmekte ve ortakların sorumluluğunu doğurmaktadır. Oysa terkin veya zamanaşımı gibi hukuki imkansızlık hallerinde alacak asıl borçlu olan şirketten talep edilemeyeceğinden, ortaktan da talep edilememekte böylelikle hukuki imkansızlık hallerinde ortakların sorumluluğu söz konusu olmamaktadır.

D. Ortağın Yalnızca Sermaye Payı Oranında Sorumlu Tutulması

Ortaklar şirketin ödenmeyen amme borçlarının yalnızca payları oranına isabet eden sınırlı bir bölümünden tüm malvarlıklarıyla sorumlu olmaktadır.²³ Buna göre ortaklar limited şirketlerin borçlarından

gerektiğinden temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.’

Danıştay, 7. Daire, 25.12.2020, E. 2016/6737 K. 2020/5292: ‘...Mahkemece her ne kadar asıl borçlu şirkete ve ortaklarına ulaşamadığı ve yapılan mal varlığı araştırmasında da şirkete ait herhangi bir malvarlığına rastlanmadığından ... davacı adına ödeme emri düzenlendiği belirtilmişse de, dosya içeriğinde malvarlığı araştırmasına ilişkin herhangi bir bilgi ve belge bulunmadığı anlaşıldığından, yapılandırılmış ancak ödenmemiş alacağın şirketten tahsili yoluna gidilip gidilmediği, şirket hakkında malvarlığı araştırması yapılıp yapılmadığı araştırılarak vergi alacağının şirketten tahsil edilmesinin mümkün bulunmadığı ortaya konulduktan sonra ... düzenlenen ödeme emrinin hukukiliği hakkında karar verilmek üzere temyize konu kararın bozulması gerekmektedir...’

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.05.2021, E:2017/53, K:2021/611: ‘...Bu itibarla, ödendiği iddia olunan şirket borçlarından, 6183 sayılı Kanun kapsamında kalan kamu borçlarına ilişkin tutarların belirlenmesi sonrasında, ispatlanan ödemelerden davacının şahsi malvarlığından ödenen kısım belirlenerek bu tutarın 6183 sayılı Kanun’un 35. maddesi anlamında tarafların ortağı oldukları limited şirketten tahsil edilme imkânının tespiti yönünden şirketin aciz içerisinde veya gayri faal olup olmadığının açıklığa kavuşturulması zorunludur.’

²³ Danıştay, 4. Daire, 25/12/2018, E:2016/2202, K:2018/1501: ‘... ortak sıfatıyla davacı adına düzenlenen ödeme emrinde davacının

malvarlıklarıyla sınırsız fakat şirketteki payları oranında sınırlı sorumluluğa sahiptir. Ortağın şirketteki payı amme borcunun ödenmesinde kendisine düşen sınırlı parasal sorumluluğun ölçütü olarak kullanılmaktadır. Kendi payına düşen amme borcunu ödeyen ortaklar takipten kurtulmakta ve ödeme tarihi itibarıyla gecikme zammı gibi müeyyidelere muhatap olmamaktadır.²⁴

Şirketin tek ortaklı olması halinde şirketten tahsil edilemeyen amme borçlarının tamamından söz konusu ortak tek başına sorumlu tutulmaktadır.²⁵ Tek ortağı bulunan limited şirketlerin yönetim yetkisinin üçüncü kişilere bırakılması mümkün olmadığından şirketin tek ortağı olan kişi kendiliğinden kanuni temsilci sıfatına da sahip olmaktadır. Bundan dolayı şirketin tek ortağı olan kişi temsilci sıfatı ile şirketin borcunun tamamından sorumlu olmaktadır.²⁶

-
- sermaye hissesi oranının dikkate alınıp alınmadığı değerlendirilerek yeniden karar verilmesi gerektiği ...'
- ²⁴ Örnek vermek gerekirse iki ortağı bulunan ve esas sermaye miktarı 100.000 TL olan X limited şirketi bulunmaktadır. Ortakları Bay (A) ve Bayan (B) dir. (A) 60.000 TL, (B) ise 40.000 TL nakit sermaye ile şirkete ortak olmuştur. Şirkete ait 200.000 TL'lik amme borcu ödenmemiştir. Söz konusu borcun % 60'lık kısmına isabet eden 120.000 TL'sinden (A), borcun % 40'lık kısmına isabet eden 80.000 TL'sinden ise (B) sorumlu tutulacaktır. Yine %20'lik paya sahip olan bir ortak, şirketin 100.000 TL tutarındaki amme borcunun sadece 20.000 TL tutarından sorumlu olacaktır. Görüldüğü üzere amme borcunun tutarına ve ortakların payına göre göre, ortakların sorumlu olduğu tutarlar da değişmektedir.
- Raziye Özkan Aksu, 'Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirkette Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi', Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C.10, S.1, s.226-267
- <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/issue/52790/712765>, (Erişim Tarihi: 08.07.2024).
- ²⁵ Mustafa Yavuz, 'Limited Şirketlerin Ödenmeyen Vergi Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu', Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 345, 2017, s.136.
- <http://www.vergisorunlari.com.tr/Content/userfiles/images/354mart2018.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).
- ²⁶ İbrahim Organ, Cansu Sevinç Ceyhan, 'Anonim ve Limited Şirketler Özelinde Ortaklar ve Kanuni Temsilcilerin Vergi Borçlarından Doğan Sorumlulukları', Maliye Dergisi, Sayı 177, Temmuz-Aralık 2019, S.177, s. 413.

Daha önceki düzenlemelerde şirket ortaklarının koydukları sermaye tutarında sorumlu olduğu düzenlemesi varken değişiklik yapılarak sorumlulukları genişletilmiş koydukları ya da koymayı taahhüt ettikleri sermaye payları dikkate alınmıştır.²⁷ Şirketin birden fazla

<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2020/03/019-Ticaret-%C5%9Eirketlerinde-Ortaklar%C4%B1n-Vergi-d%C3%BCzeltme.pdf>, (Erişim Tarihi:11.09.2024).

²⁷ ‘Madde 21-6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 35 inci maddesinde, amme alacağını koruma hükmü olarak limited şirketin ödenmeyen amme borçlarından ortakların koydukları veya koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarında sorumlu tutulacakları düzenlenmiştir. Limited şirketler Türk Ticaret Kanununa göre en az 2 en fazla 50 ortakla ve 500 milyon lira gibi küçük sayılabilecek bir sermaye ile kurulabilmektedir. Limited şirketin mal varlığından tahsil edilemeyen amme alacağı için şirketin ortaklarından tahsile gidildiğinde, ortaklar koydukları sermaye miktarı kadarından sorumlu tutulabildiğinden, şirket sermayesinin üzerinde olan amme alacağının tahsili yapılamamakta dolayısıyla mevcut hüküm koruma işlevini görmemektedir. Limited şirketin kanuni temsilcileri de mal varlığı olmayan kişilerden seçilebilmekte ve bu durum da kanuni temsilcilerin sorumluluğundan hareketle yapılan takiplerin sonuçsuz kalmasına neden olmaktadır. Mevcut düzenlemeyi bir örnekle açıklarsak; 500 milyon lira sermaye ve 10 ortakla kurulmuş olan bir limited şirketin 20 milyar lira borcunun tahsili için takibata geçildiğinde, öncelikle alacaklı amme idaresi tarafından şirket varlıklarının satışı yapılacak, daha sonra da ortaklar şirkete koydukları sermaye miktarı kadar sorumlu tutulacaklardır. Bu limited şirketin varlıklarının satışından 1 milyar lira, ortaklarından da koydukları sermaye ile sınırlı olarak 500 milyon lira tahsilat yapıldığında, 20 milyar lira olan amme alacağının 1,5 milyar lirası tahsil edilecek, alacağın 18,5 milyar lirası tahsil edilemeyecektir. Yapılan bu düzenleme ile şirketten tahsil edilemeyen amme alacağı için ortaklar sermayeleri oranında sorumluluk getirilmekte ve amme alacağının tamamı güvence altına alınmış olmaktadır. Örneğe dönersek; mevcut düzenlemeye göre tahsil edilemeyen 18,5 milyar oranında ortaklardan sermayeleri oranında tahsili imkanı doğacaktır. Diğer taraftan bu tür şirketler, kuruluşundaki kolaylık nedeniyle vergi sisteminde yer alan bazı müesseselerden haksız kazanç temin etmek için sahte veya özü itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek gibi amaçlarla da kurulabilmektedir. Yapılan düzenleme bu tip malî sistemin tahribatına yönelik olumsuzlukların giderilmesine de yardımcı olacaktır. Böylece, vergi sisteminden haksız yararlanma amacına karı caydırıcı bir hüküm de getirilmiş olmaktadır.’ https://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/gerekliler/6183/tvk_4369_sayili_kanun_1.pdf, (Erişim Tarihi: 11.09.2024).

ortağının bulunması halinde ortakların takibinde sermaye borcunu ödeyen ve ödemeyen ortaklar arasında kanunen ayırım yapılmamaktadır.²⁸

V. SORUMLULUĞUN ÖZELLİKLERİ

A. Fer'i Sorumluluk

Vergi borçlarını asıl borçlu konumundaki mükelleflerin ödemesi gerekirken bazı durumlarda vergi borçları mükelleflerden değil de sorumlulardan tahsil edilmektedir. Sorumluluğun fer'iliği olarak ifade edilen bu durum hem temsilcilerin hem ortakların sorumluluğunda geçerlidir.²⁹ Şirket borçları açısından mükellefiyet şahsında doğduğu için asıl borçlu şirketin kendisi olup vergi borcunun şirket tüzel kişiliği tarafından ödenmesi gerekse de borcun şirketin tüzel kişiliğinden tahsil edilemediği hallerde ortaklar takip edilmektedir.³⁰ Ancak şirketin malvarlığına başvurulmadan doğrudan ortakların malvarlığına gidilemediğinden vergi alacaklıları tarafından öncelikle limited şirkete takip yapılması akabinde ortağın takibi gerekmektedir.

B. Sorumluluğun Niteliği

Mevzuatta ortaklar bakımından açık bir şekilde klasik teselsül öngörülmemektedir. Nitekim şirket ortakları amme borcunun tamamından yalnızca sermaye payları oranında sorumlu olduğundan müteselsil sorumlulukta olduğu gibi amme alacaklısı olan idarelere

²⁸ Ersin Çamoğlu, 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığın Kamu Borçlarından Dolayı Sorumluluğu', Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2011, 23(1-2), 139-146. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhmhob/issue/9367/11724>, (Erişim Tarihi: 15.09.2024).

²⁹ Eslem Ayaz, Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları Danıştay Kararları Işığında, Seçkin Yayınevi, 2015/07, 3. Baskı s. 71; Danıştay 9. D., 29.12.2020 E. 2017/1425 K. 2020/6305: '... tutarların takip ve tahsil edilebilmesi için öncelikle şirket adına ödeme emri düzenlenmesine rağmen amme alacağının tahsil imkanının kalmadığının saptanması ... gerekmektedir.'

³⁰ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Cenker Göker, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 28. Bası, Ankara, 2019.

alacağıın tamamını seçtiği herhangi bir şirket ortağından alma yetkisi tanınmamakta ve ortaklar borçtan yalnızca paylarına isabet oranında sorumlu olmaktadır.³¹ Bu nedenle kendisinden amme borcu talep edilen şirket ortağı, payına isabet edenden fazlasını ödeme konusunda zorlanamamaktadır. Bununla beraber payından daha fazlasını ödeyen şirket ortağının diğer ortaklara rücu etme hakkı bulunmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki şirket ortağının aynı zamanda şirket müdürü olduğu durumlarda, ödenmeyen amme borçlarından payı oranında değil de amme borcunun tamamından sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

C. Amme Borçlusu Sayılma

AATUHK'un 3. maddesine göre borcu ödemek zorunda olan gerçek ve tüzel kişiler amme borçlusudur. Söz konusu düzenleme, şirketlerin amme borcunu şahsi malvarlıklarından ödemek zorunda kalan ortakları da kapsadığından şirketin vergi borçlarını ödemekle sorumlu olan gerçek kişi ortaklar ya da tüzel kişi ortaklar 3. maddeye göre amme borçlusu olup AATUHK'un 54 ve devamındaki maddelere göre şahsen takip edilmektedir. Ortakların amme borçlusu sayılması, gerekli şartların bulunması halinde ortaklara ait şahsi malvarlıkları üstünde teminat, ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk gibi amme borçlarını güvence altına alan işlemlerin uygulanmasını mümkün hale getirmektedir. Fakat ortaklar hakkında ihtiyati haciz gibi kararlar alınmadan şirket adına daha önce alınmış kararlara dayanılarak ortakların şahsi malvarlıklarına doğrudan ihtiyati haciz gibi işlemlerin uygulanması mümkün olmadığından şirketin takibinden sonra ortak takip edilirken ortak adına ayrıca koruma tedbirine ilişkin işlemlerin tesis edilmesi gerekmektedir.

D. Tahsile İlişkin Sorumluluk

35. maddede ortaklar hakkında düzenlenen sorumluluğun yalnızca alacaklı idarelere ödeme yapmaktan ibaret bir sorumluluk çeşidi olduğu anlaşılmaktadır. Şirket ortakları sadece para borcunun ödenmesiyle yükümlü oldukları için ortakların hem kendi adlarına hem de şirket adına şekli edimlerde bulunma yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu sorumluluk çeşidinin “vergi sorumluluğu” niteliğinde olmayıp “tahsil sorumluluğu” niteliğinde

³¹ AATUHK 35. Md.

olduğu ifade edilmektedir. Bir başka deyimle limited şirket ortaklarının söz konusu 35. maddeden kaynaklanan sorumlulukları sadece tahsilat ile ilgilidir.³² Nitekim sorumluluğun tahsilat aşamasında ve borçların şirketten tahsil edilememesinden sonra doğması onun tahsil muhataplığı olduğunu ispatlamaktadır.

E. Kusursuz Sorumluluk

Kanun metninde ortakların sorumluluğu için amme alacağının limited şirketten alınamaması koşulu³³ ile şirkette pay sahibi olma koşulu dışında başka koşul aranmadığından ortaklar açısından kusursuz sorumluluk geçerlidir.³⁴ Limited şirket ortağı olma şirket yönetim ve idaresinde irade kullanılmasına ilişkin hak ve yükümlülük getirmediğinden şirket ortaklarının kusurunun bulunup bulunmadığının değerlendirmeye tabi tutulması mümkün değildir.³⁵ Bu sebeple ortakların takip edilebilmesi için kast ya da ihmallerinin olup olmadığına bakılmamakta hatta ortakların sermaye paylarını ödeyip ödemediğine de bakılmamaktadır.³⁶ Taahhüt ettiği sermaye payını ödese de ödemesi de ortak şahsi malvarlığıyla şirketin amme borcu açısından takip edilebilmektedir.³⁷ Limited şirket ortakları hakkında geçerli olan bu sorumluluk çeşidi yapısı itibariyle sermaye şirketlerinin kurulma mantığıyla çelişmekte, limited şirketlerin ortağı olmayı amme borcu

³² Danıştay İBK, 11.12.2018, E.2013/1, K.2018/1 Sayılı Karar. Erişim adresi: www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 20.09.2024).

³³ Binnur Çelik, 'Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu', Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Sayı 4, 2000, 121-126 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/287976>, (Erişim Tarihi: 20.09.2024).

³⁴ Selim Kaneti, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş, Mahmut Kaşıkçı, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.

³⁵ Ankara BİM, 3. Vergi Dava Dairesi, 30.12.2020, E.2020/521, K.2020/1099.

³⁶ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 2825 vd.

³⁷ Raziye Özkan Aksu, 'Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 26.06.2019 tarihli ve E: 2013/1, K: 2018/1 Sayılı Kararı Işığında Limited Şirketlerde Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluğun İncelenmesi', Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2020, C.6, S.1, s.14.

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/tfm/issue/56048/771323>, (Erişim Tarihi: 21.09.2024).

bakımından sermaye şirketlerinin ortağı olma özelliğinden çıkarmakta, limited şirketlerde tüzel kişilik perdesinin ortakların payıyla sınırlı biçimde kalkmasına yol açmaktadır.³⁸ Bu durumun kanun sistemindeki dengeyi bozduğu, limited şirketlerin ticaret şirketi olarak ticaret hayatındaki konumunu koruyabilmesi ve sermaye şirketi niteliğini kaybetmemesi için bu düzenlemenin en kısa sürede değiştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁹

F. Şahsi Sorumluluk

AATUHK'un 35. maddesinin tamamı açısından geçerli olacak şekilde kanun koyucu tarafından "doğrudan doğruya sorumlu olurlar" ifadesi kullanılmış bu suretle ortakların şahsi malvarlıklarıyla sorumlu tutulmaları amaçlanmıştır. Ortağın gerçek kişi olması halinde sorumluluğu payı oranında olmak üzere bütün malvarlığını kapsamaktadır. Ortağın bir tüzel kişi olması durumunda ise sorumluluğu ortak sıfatına sahip olan tüzel kişinin malvarlığıyla sınırlı olmaktadır.⁴⁰ Görüldüğü üzere limited şirket ortakları içerisinde başka limited şirketlerinin olduğu durumlarda asıl borçlu şirketin borçları sebebiyle ortak olan diğer limited şirketin kendi ortaklarının borcu ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira, şirket ortaklarının fer'i vergi borçlusu olabilmesi yalnızca ortağı oldukları şirketin asıl amme borçlusu olmasına bağlıdır.

VI. PAYIN DEVREDİLMESİ HALİNDE SORUMLULUK

AATUHK'un 35/2. maddesine göre limited şirket ortaklarının paylarını devrettiği durumlarda devreden ve devralan ortaklar devirden önceki dönemlere ait amme borçlarının ödenmesinden müteselsilen sorumludurlar. Ancak devreden ve devralan ortaklar arasındaki pay devrine ilişkin işlemlerin geçerli olması gerekmektedir. Bunun için, pay devrine ilişkin işlemin yazılı biçimde hazırlanarak imzalanması ve şirket

³⁸ Emrullah Kervankıran, 'Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması', *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, vol. XI, no. 3-4, 2007, s. 458.

³⁹ Çamoğlu, s.225.

⁴⁰ Adnan Gerçek, *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, 7. Baskı, Ekim 2023, Bursa, Ekin Basım Yayın, s. 56.

sözleşmesiyle aksi öngörülmediyse pay devrini genel kurulun onaylaması gerekmektedir.⁴¹ Pay devrine ilişkin işlemin tescil ve ilan edilmesinin ortakların sorumluluklarına etkisi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre pay devirlerinin 3. kişi konumunda olan alacaklılar açısından geçerli olması için tescil ve ilan gerekmektedir.⁴² Doktrinde tescil ve ilan işlemlerinin pay devirlerinin geçerliliğinde bildirici olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır.⁴³ Amme borcu ortak olma vasfına bağlandığından ortaklığın tespitinde TTK geçerli olup TTK'nın 595. maddesinde pay devrinin genel kurul onayı ile gerçekleşeceği düzenlenmiştir.⁴⁴ Söz konusu tartışmalara ve görüş ayrılıklarına son

⁴¹ TTK m. 595

⁴² Mustafa Erdem CAN, 'Limited Şirketin Kamu Borçlarından Dolayı Ortakların ve Yöneticilerin Sorumluluğu', Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2017, C. 7, S.1, s.61-80, s. 72. <https://www.jurix.com.tr/article/8067>

⁴³ Oruç Hami Şener, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2017, s. 698

⁴⁴ Danıştay 4. Daire, 14/06/2022, E:2020/1202, K:2022/4017: '6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'un "Limited şirket ortakları, şirketten tahsil imkanı bulunmayan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar" şeklindeki 35. maddesinde yer alan "şirketten tahsil imkanı bulunmayan" ibaresi, 06/06/2008 tarihli ve 26898 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3. maddesi ile "şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki iki fıkra eklenmiştir. "Ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur. Amme alacağının olduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur." 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 8. maddesinin üçüncü fıkrasında vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukavelelerin vergi dairelerini bağlamayacağı hükme bağlanmıştır. 5766 sayılı Kanun ile 6183 sayılı Kanun'da yapılan ve vergi borcundan sorumlu tutulan şahıslar hakkında önceden var olmayan birtakım yeni sorumluluk yolları ve yeni sorumluluk kriterleri getiren değişikliklerin, henüz tahsil edilmeyen amme alacakları için de geriye yürütülerek söz konusu alacakların tahsiline ilişkin

yapılacak işlemlere uygulanması mümkün olmadığından uyumsuzluğun, davacının sorumlu tutulduğu vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 yıllarında yürürlükte bulunan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'un 35. maddesi uyarınca çözümlenmesi gerekmektedir. 6183 sayılı Kanun'un söz konusu 35. maddesinde, limited şirket ortaklarının, şirketten tahsil imkanı bulunmayan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu oldukları ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulacakları ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin değerlendirilmesinden, şirket ortaklığından ayrılmış olsa da ödeme emri ile takip edilen kamu alacaklarının doğduğu dönemde şirket ortağı olan kişilerin bu borcun ödenmemesinden sadece ortak olduğu dönemlerle ve hissesi oranıyla sınırlı olarak sorumlu olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Ortaklık payının kısmen veya tamamen üçüncü kişiye devrine ilişkin sözleşmeler, ortak olunan dönemler bakımından şirket ortağının kamu alacaklarından sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu nedenle hisse devriyle birlikte kamu alacağından kaynaklanan sorumluluğun kalkacağı gerekçesiyle dava konusu ödeme emirlerinin iptaline karar veren Vergi Dava Dairesi kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Öte yandan, hisse devri ile limited şirket ortaklığından ayrılmanın hukuki sonuçlarından birisi ortağın sorumluluğunun sona ermesidir. Bir ortağın şirketten ayrılmasının hukuken kesinleşmesi halinde ayrılan ortağın, şirketin bu tarihten sonra doğan kamu borçlarından sorumluluğu sona erer. Bu nedenle ayrılma tarihi önem taşımaktadır. Hisse devriyle ortaklıktan ayrılmanın tescil ve ilan kurucu bir etkiye sahip olmayıp açıklayıcı niteliktedir. Kamu idarelerince yapılan takipler açısından, idarenin tescil ve ilan edilmediği için ortaklıktan ayrılmanın kendisine karşı ileri sürülemeyeceğini iddia etmesi mümkün değildir. Doktrinde de tescil ve ilan zorunlu iken tescil ve ilan yapılmayan hususların aksi ispat edilmedikçe üçüncü kişiler tarafından bilinmediğinin varsayılması prensibinin, iradî işlemler bakımından önem arz ettiği; haksız fiil ve yasadan doğan borçlar bakımından önem taşımadığı ifade edilmektedir. (Poroy, Tekinalp, Çamoğlu 2019, Ortaklıklar Hukuku Cilt I, S. 458) Öte yandan, A Seri, 1 Sıra No.lu Tahsilat Genel Tebliği'nin "Limited Şirketlerin Amme Borçları" başlıklı bölümünde, 6762 sayılı Kanun'un 520. maddesi hükmüne göre ortaklık payının devrinin; tescil ve ilan edilmese de noter tasdikli devir sözleşmesi, ortakların devir işlemine muvafakatı ve devrin pay defterine işlenmesi ile hükmün ifade edeceği belirtildikten sonra ortaklık payının devredildiği tarih olarak, şirket sözleşmesinde ortaklık payının devri için ortaklar genel kurulu onayının aranmadığı durumlarda noter tasdikli devir sözleşmesi tarihinin esas alınması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, davacının

verilmesi için vergi mevzuatında yapılan değişikliklere göre payın devredildiği tarih belirlenirken devrin ortaklar genel kurulu tarafından onaylanması halinde onay tarihinin, şirket sözleşmesinde pay devri için onayın aranmadığı durumlarda noter tasdikli devir sözleşmesi tarihinin esas alınması gerekmektedir.⁴⁵ Ayrıca pay devrinden sonraki dönemlerde meydana gelen borçlardan sadece payı devralan yeni ortağın sorumlu olacağı eski ortakların sorumlu olmadığı da açıktır.⁴⁶ Benzer şekilde amme borçlarının yapılandırılmasının talep edildiği dönemde şirket ortağı olmayan eski ortakların takibi mümkün değildir.⁴⁷

24/04/2012 tarihli hisse devir sözleşmesi ile şirketten ayrılarak şirket borçlarından sorumluluğunun sona erdiği, sorumlu olduğu döneme göre sermaye miktarı veya sermaye hissesi gözönünde bulundurularak takip edilip edilmediği, amme alacağının asıl borçlu şirketin malvarlığından tahsili yoluna gidilip gidilmediği ve zamanaşımına uğrayıp uğramadığı hususları da değerlendirilerek yeniden karar verilmesi gerekmektedir.’

⁴⁵ Maliye Bakanlığı’ndan Tahsilat Genel Tebliği Seri: A Sıra No: 1’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri: A Sıra No: 11) (RG, S: 30451, T: 14.06.2018).

⁴⁶ Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, 11.03.2021, E:2017/2195, K:2021/256: ‘...44. Bu durumda yukarıda yapılan açıklamalar ile somut olaya ilişkin maddi ve hukuki olgular bir arada değerlendirildiğinde; dava dışı limitet şirketin hissesini devralan ve hâlen ortaklığı devam eden davacının devralan ortak olarak dava konusu borçtan sorumlu tutulması gerekmekte olup bu yöne değinen bozma kararı yerindedir.⁴⁵ Ancak davacının 03.03.2005 tarihinden (devirden) önceki dava konusu borçtan devralan ortak sıfatıyla sermaye payı oranında; 03.03.2005 tarihinden sonraki dönem borcunun ise tamamından bu dönemde aynı zamanda şirketin temsil ve ilzama yetkili yöneticisi (müdürü) olduğundan kanuni temsilci sıfatıyla müteselsilen sorumlu tutulması gerekir.’

⁴⁷ Danıştay, 9. Daire, 23/05/2022, E:2020/1533, K:2022/1982: ‘Dosyanın incelenmesinden; ortağı olduğu ... Sahne Organizasyon Turzım Emlak Ltd. Şti’ nin ödenmeyen vergi borçlarının tahsili amacıyla davacı adına ödeme emri düzenlendiği, anılan şirket tarafından, davacının ortaklıktan ayrıldığı 04/05/2011 tarihinden sonra, ... tarih ve ...sayılı dilekçe ile 6552 sayılı yasadan yararlandığı ve taksitlendirme talebinde bulunduğu ve borcun yapılandırıldığı görülmüştür. Bu durumda, asıl borçlu şirket tarafından borcun yapılandırılması ile yeni bir hukuki durum ortaya çıkmış olup yapılandırma sırasında borçlu şirketle ilişkisi bulunmayan davacının yapılandırılan borçlar nedeniyle sorumlu tutulmayacağı açık olup, Mahkemece verilen davanın reddine ilişkin davacı

VII. AMME ALACAĞININ DOĞDUĞU VE ÖDENMESİ GEREKTİĞİ TARİHTE ORTAKLARIN FARKLI KİŞİLER OLMASI HALİNDE SORUMLULUK

AATUHK'un 35/3. maddesine göre amme borcunun doğduğu ve ödeneceği tarihte farklı şahısların şirket ortağı olması durumunda söz konusu ortaklar müteselsil sorumlu olarak takip edilmektedir.⁴⁸ Bu kural şirketin kanuni temsilcileri için de mükerrer 35. madde kapsamında

tarafından yapılan istinaf başvurusunu kabul eden Bölge İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla usule ve yasaya aykırılık görülmemiştir.'

⁴⁸ Danıştay 3.Daire,15/06/2002, E: 2022/1438, K:2022/3006: '...26/01/2001 tarihinden itibaren ortağı olduğu asıl borçlu ... Limited Şirketindeki hisselerini 30/12/2004 tarihli noter onaylı hisse devir sözleşmesi ile devrederek ortaklıktan ayrılan davacı adına söz konusu şirketten alınamayan 2002 ve 2003 yıllarına ait muhtelif kamu alacağının tahsili amacıyla ortak sıfatıyla dava konusu ödeme emrinin düzenlendiği anlaşılmıştır. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 35. maddesinin uyuşmazlık döneminde yürürlükte bulunan şeklinde limited şirket ortaklarının, şirketten tahsil imkanı bulunmayan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olacağı ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulacakları kurala bağlanmıştır. Ortakların şirket borcundan dolayı takip edilebilmesi için öncelikle usulüne uygun olarak asıl borçlu şirket hakkında kesinleşmiş bir vergi borcunun bulunması ve usulüne uygun tüm takip yollarının tüketilmesine karşın, borcun tüzel kişiliğin (şirketin) varlığından tamamen veya kısmen alınmadığının açıkça ortaya konulması icap eder. Limited şirket ortaklarını, şirketten tahsiline olanak bulunmayan kamu alacaklarının ödenmesinden doğrudan doğruya ve payları oranında sorumlu tutan söz konusu yasal düzenleme karşısında, tahsili gereken kamu alacağını yaratan vergilendirmenin ait olduğu dönemde şirketin paylarına sahip ortakların, bu dönemden sonra paylarını devretmiş olsalar da ortaklık sıfatının sürdüğü dönemlere ilişkin şirketin kamu borçlarından kaynaklanan sorumluluklarının kalkacağından söz edilemeyeceğinden dolayısıyla davacının 30/12/2004 tarihli hisse devri öncesi dönemlere ait borçlardan sorumlu tutulması mümkün olduğundan davacının ödeme emri içeriği kamu alacaklarından ortak sıfatıyla sorumluluğu değerlendirilmek suretiyle ulaşılabilecek sonuca göre yeniden karar verilmek üzere Vergi Dava Dairesi kararının bozulması gerekmiştir.'

geçerliyen düzenleme AYM tarafından iptal edilmiştir.⁴⁹ Ancak ortaklar hakkındaki benzer düzenleme varlığını korumaktadır.⁵⁰ Bu sebeple doktrinde mükerrer 35. maddedeki düzenlemenin iptaline dair kararın gerekçesi işaret edilerek ortaklar hakkındaki 35. maddedeki düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.⁵¹

⁴⁹ Muzaffer Deniz, Kanuni Temsilcilerin Kamu Alacaklarından Doğan Sorumlulukları, Yetkin Yayınları, Ankara, Eylül 2019/09, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, s.104

⁵⁰ 2008’de AATUHK’un mükerrer 35. maddesine eklenen 5. fıkrada; amme borcunun doğduğu ve tahsil edileceği tarihlerde şirket temsilcilerinin farklı olması halinde bu temsilcilerin müteselsil sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Ancak temsilcinin görevde olmadığı dönemlerde gerçekleşen her türlü işlemde sorumlu tutulmasının adalet aykırı olduğu ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Danıştay 4. Dairesi tarafından söz konusu düzenlemenin AYM önüne taşınması üzerine düzenleme 2015 yılında iptal edilmiştir. Kararda AYM tarafından; amme alacağının güvence altına alınması için sorumluluğun yaygınlaştırılabileceği ya da müteselsil sorumluluğun öngörülebileceği fakat amme alacaklarının doğduğu ve ödenmesi gerektiği tarihlerde şirket temsilcilerinin farklı kişiler olması halinde vergi ödevlerini eksiksiz ve zamanında yerine getiren temsilcilerin daha sonra temsilci olmadıkları için müdahale etme şanslarının olmadığı dönemlerde gerçekleşen ödevlere aykırı eylemlerden müteselsil sorumlu tutulmalarına sebep olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bir temsilcinin güvencesiz ve belirsiz bir şekilde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir sebeple başka temsilcilerin fiillerinden ya da ihmallerinden doğacak olan sorumluluğa ortak edilmesinin adalet ilkesi ile bağdaşmadığı, itiraza konu olan fıkranın hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere AYM özetle iptal gerekçesinde temsilcilerin görevde olmadıkları dönemlerin amme borçlarından yalnızca temsilci oldukları için sorumlu tutulmalarının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. AYM’nin 5. fıkranın iptaline ilişkin kararı vergi uygulamalarında önemli sonuçlar yaratmıştır. Öncelikle; amme alacaklarının doğduğu tarihte ve ödenmesi gerektiği tarihte şirket temsilcilerinin farklı kişiler olması durumunda bu temsilciler amme alacağının ödenmesinden müteselsil sorumlu olmamakta şirket temsilcilerinin sorumluluğu konusunda temsilcilik dönemleriyle sınırlı şekilde takip kısıtı geçerli olmaktadır. Ortaklar hakkında ise böyle bir kısıtlama bulunmayıp müteselsil sorumluluk devam etmektedir. (AYM, 19.3.2015, E:2014/144 K:2015/29 - R.G., T:3.4.2015,S:29315) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2015-29-nrm.pdf>

⁵¹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 1, Vedat Kitapçılık, 2021/05, 15. Baskı, s. 466 vd.

VIII. ORTAK İLE TEMSİLCİNİN AYNI KİŞİ OLMASI HALİNDE SORUMLULUK

AATUHK'un "limited şirketlerin amme borçları" başlığını taşıyan 35. maddesi, "kanuni temsilcilerin sorumluluğu" başlığını taşıyan mükerrer 35. maddesi ile VUK'un "kanuni temsilcilerin ödevi" başlığını taşıyan 10. maddesi ortakların ve müdürlerin fer'i yani ikincil sorumluluğu konusunda kurallar içermektedir. Limited şirketin ortağı olan kişi aynı zamanda şirketin kanuni temsilcisi sıfatına sahip olabilmektedir. Hem ortak hem de temsilci olmak limited şirketlerin amme borçlarından kaynaklanan fer'i sorumluluk konusunda 3 farklı normun aynı anda uygulanması sorununu gündeme getirmektedir. Bu sorunun çözümünü AATUHK ve VUK kapsamında ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

AATUHK kapsamındaki amme borçları açısından müdür olan ortağın hangi kanun hükmüne göre takip edileceği belirsizdir. AATUHK'e göre yapılacak olan şahsi takibin ortağın sermaye payına göre amme borcundan sorumluluğunu düzenleyen 35. maddeye göre değil de temsilcinin amme borcunun tamamından sorumluluğunu düzenleyen mükerrer 35. maddeye göre yürütülmesi gerekmektedir.⁵² 35. madde 1954'ten beri kanun içeriğinde yer almasına karşın mükerrer 35. madde kanuna 1995'te eklendiğinden bu çözüm şekli *lex posterior* ilkesine yani sonraki kanuna öncelik tanınmasına ilişkin ilkeye uygun düşmektedir.⁵³ Bu çözüm yönteminde daha sonra getirilen mükerrer 35. maddedeki kuralın 35. maddedeki kuralı zımnen ilga ettiği kabul edilmektedir. Bundan dolayı hem ortak hem de temsilci sıfatına sahip olunan dönemlere ait şirket borçları açısından 35. madde değil, mükerrer 35. madde kapsamında şahsi takibat yapılması ve borcun tamamından sorumlu tutulması gerekmektedir.

VUK kapsamındaki amme borçlarında müdür sıfatına sahip olan ortağın hangi kanun hükmüne göre takip edileceği de belirsizdir. AYM tarafından bu belirsizlik *lex specialis* kuralının benimsenmesiyle çözüme kavuşturularak VUK kapsamındaki amme borçları hakkında yalnızca

⁵² Seri: A Sıra No: 1 Tahsilat Genel Tebliği.

⁵³ Kemal Gözler, 'Yorum İlkeleri', Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s.15-119, <https://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/468.pdf>, (Erişim Tarihi: 22.09.2024).

VUK'un 10. maddesinin uygulanması gerektiği içtihadında bulunulmuştur.⁵⁴ Buna göre genel düzenleme olan AATUHK'un mükerrer 35. maddesinin, özel düzenleme olan VUK'un 10. maddesinden sonra yürürlüğe girmiş olması VUK'un 10. maddesinin vergi borçlarına uygulanmasına engel olmamaktadır. Görüldüğü üzere önce-sonra ilişkisi (lex posterior) değil de genel-özel ilişkisine (lex specialis) göre çözüm üretilmektedir. Zira VUK'un 10. maddesi özel norm niteliğindedir, AATUHK'un mükerrer 35. maddesi ise genel norm niteliğindedir. Bu nedenle takip konusunu oluşturan amme alacağının VUK kapsamında bir amme alacağı olması halinde VUK'un 10. maddesi uygulanmaktadır. AYM'nin bahsi geçen içtihadından sonra vergi idareleri tarafından da benzer şekilde VUK kapsamındaki amme alacakları için yalnızca VUK'un 10. maddesi uyarınca şahsi takip yapılacağı ifade edilmiştir.⁵⁵ Bu itibarla şirketin malvarlığından karşılanmayan amme borcu eğer VUK kapsamında yer alan vergi borcu niteliğindeyse müdür olan ortak hakkında AATUHK'nın 35. maddesi ile mükerrer 35. maddesi uygulanmayıp, yalnızca VUK'un 10. maddesine göre borcun tamamı için şahsi takip yapılmaktadır. Bununla beraber, ortak olan kişinin müdürlük sıfatının sona ermesi halinde payı oranında sorumluluğunun devam edeceği açıktır.⁵⁶ Aynı şekilde şirkette hiçbir zaman müdür olarak görev yapmayan ortağın temsilci sıfatıyla şirket borcunun tamamından sorumlu tutulması da mümkün değildir.⁵⁷

⁵⁴ AYM'nin 2015 tarihli kararı.

⁵⁵ Tahsilat İç Genelgesi, Seri No: 2015/3

⁵⁶ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 20.10.2021, E:2020/11589, K:2021/12650: '...davacının ilgili dönemde temsilcilik sıfatının bulunmadığının anlaşılması durumunda ise aynı dönemde ortaklık sıfatının bulunduğu da gözetilerek, 6183 sayılı Yasa'nın 35. Maddesi kapsamında araştırma ve devamında hissesi oranında sorumluluğu yönünden değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekmektedir.'

⁵⁷ Danıştay, 2. Daire, 25/05/2022, E: 2021/16339, K: 2022/2977: 'Davacının ortağı olduğu limited şirkete, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri Bitki Sağlığı Gıda ve Yem Kanunu hükümleri uyarınca verilen 182.538,00 TL para cezasının, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun mükerrer 35. maddesi uyarınca kanuni temsilci sıfatıyla davacıdan tahsili amacıyla adına düzenlenen ... günlü ve ... ana takip numaralı ödeme emrinin iptali istenilmektedir. ... İdare Mahkemesinin ... günlü ve E..., K:... sayılı kararıyla; asıl borçlu şirketin kuruluşundan itibaren hiç bir dönemde kanuni temsilci olmayan davacının adı geçen şirketin borcundan kanuni temsilci sıfatıyla borcun tamamına ilişkin

IX. ORTAK İLE TEMSİLCİNİN FARKLI KİŞİ OLMASI HALİNDE SORUMLULUK

Ortakların ve temsilcilerin takibinden önce borçlu şirketin takip edilmesinin zorunlu olmasının iki sorumluluk çeşidini de fer'i sorumluluk çeşidine dönüştürdüğüne daha önce değinmiştik. Limited şirketlerin vergi borçları şirketten tahsil edilemediğinde hem temsilcilerin hem de ortakların fer'i sorumluluğu gündeme gelmekte ve alacaklı idareler temsilcilere ya da ortaklara şirketin borcunun tahsili için başvurabilmektedir. Temsilciler ile ortaklar arasında öncelik sırası bulunup bulunmadığı konusunda mevzuatta açık hüküm bulunmadığı için yargıda da içtihat birliği bulunmamaktaydı.⁵⁸ Bazı yargı kararlarında temsilciler ile ortaklar arasında öncelik-sonralık ilişkisinin bulunduğu ve öncelikle temsilcilerin takip edilmesi daha sonra ortakların takip edilmesi gerektiği belirtilmekteydi.⁵⁹ Bazı kararlarda ise temsilciler ile ortaklar

olarak sorumlu tutulamayacağı, şirket ortaklığı ve kanuni temsilcilik kurumlarının ödev ve sorumluluk hallerinin birbirinden farklı olduğu açık olduğundan; söz konusu borcun tahsili için davacı adına kanuni temsilci sıfatıyla düzenlenen dava konusu ... günlü ve ... ana takip numaralı ödeme emrinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir. Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesince verilen ... günlü, E:..., K:... sayılı temyize konu kararıyla; istinaf başvurusuna konu mahkeme kararının dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının usul ve hukuka uygun olduğu ve kaldırılmasını gerektiren bir neden bulunmadığı belirtilerek istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir. Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.'

⁵⁸ Burak Pınar, 'Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı Sonrası Limited Şirketlerdeki Kanuni Temsilci ve Ortaklar Arasındaki Sorumluluk İlişkisinde Ortaya Çıkan Sıra ve Rücu Sorunu', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 23, s.307.

⁵⁹ Danıştay, 9. Daire, 23.05.2012, E: 2009/1023, K: 2012/2892: 'VUK'un 10. maddesinde, tüzel kişilerle, küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği, yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların, kanuni ödevlerini yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı belirtilmiş, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun limited

arasında takip aşamasında herhangi bir önceliğin bulunmadığı belirtilmekteydi.⁶⁰ Söz konusu karar aykırılıklarının giderilmesinin talep

şirketlerde idare ve temsil yetkisini düzenleyen 540. maddesinde ise, limited şirketlerle ilgili olarak aksi kararlaştırılmış olmadıkça ortakların hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlemlerini idareye ve şirketi temsile yetkili oldukları hükmüne yer verilmiştir. Öte yandan AATUHK'un 35. maddesinde ise, limited şirket ortaklarının şirketten tahsil imkanı bulunmayan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan sorumlu oldukları ve bu Kanun hükümleri gereğince takibata muhatap tutulacakları hükme bağlanmıştır. Tüm bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, limited şirketten tahsil olanağı bulunmayan amme alacağının, öncelikle kanuni temsilciden (müdürden) aranılması gerektiği, kanuni temsilcilerden tahsil edilememesi halinde de konulan sermaye hissesi ile sınırlı olmak üzere ortakların mal varlığından tahsili cihetine gidilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

⁶⁰ Danıştay, VDDK, 30.04.2014, E: 2014/144, K: 2014/307: 'Limited şirket borcunun tahsili amacıyla davacı adına ortak sıfatıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararı Danıştay 9. Dairesinin 11.04.2013 tarih ve E:2010/9949, K:2013/3284 sayılı kararıyla; VUK'un 10. ve AATUHK'un 35. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, limited şirketin vergi borcunun öncelikle şirketin mal varlığından tahsiline çalışılması, vergi borcunun şirketten tahsilinin olanaksız olduğunun tespit edilmesi halinde ise, vergilendirme ile ilgili ödevleri yerine getirmekle sorumlu bulunmasına karşın bu ödevleri yerine getirmeyen kanuni temsilcilerin takip edilmesi gerektiği, şayet kanuni temsilcinin varlığından da vergi borcu tahsil edilemezse, ancak bu aşamada ortağın ilgili olduğu döneme göre sermaye miktarı veya sermaye hissesi göz önünde bulundurularak takip edilmesinin mümkün olduğu, vergi borcunun şirketten tahsilinin olanaksız hale geldiğinin anlaşılması üzerine kanuni temsilci adına ödeme emri düzenlendiği, daha sonra ortak olan davacının takip edildiği belirtildiğinden, şirketten tahsil edilemeyen kamu alacağının şirket ortağından istenilmeden önce şirketin kanuni temsilcisine karşı yapılan takibat neticesinde tahsilinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususunun araştırılması ve bunun sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle karar bozulmuştur. Bozma kararına uymayan Vergi Mahkemesi, VUK'un 10. maddesi uyarınca, kanuni temsilciler, yerine getirmeleri gereken şirkete ait vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle sorumlu tutuldukları halde limited şirket ortakları doğrudan doğruya sorumlu tutulduğundan ve kanuni temsilciler borcun tamamından müteselsilen sorumlu oldukları halde ortakların sorumluluğu sermaye payına isabet eden borçlarla sınırlanmış olup, kanuni temsilcilere rücu olanağı sağlanmış iken ortaklara böyle imkan tanınmadığından, iki

edilmesi üzerine konu Danıştay İBK tarafından görüşülmüştür. İBK şirketin vergi borçlarının tahsil edilmesi konusunda mevzuatta temsilciler ile ortaklar arasında öncelik-sonralık sıralaması olmadığı ve ortağın takibi için temsilcinin takibinin gerekmediği yönünde oyçokluğuyla içtihatları birleştirmiştir.⁶¹ Kararda, şirketlerin vergi borçlarından kaynaklanan sorumluluğun hem temsilciler hem de ortaklar bakımından fer'i nitelik taşıdığı; ortakların sorumluluğunun sınırlı, kusursuz, şahsi ve tahsile ilişkin sorumluluk olduğu; temsilcilerin sorumluluğunun da kusur sorumluluğu olduğu; VUK ile AATUHK'te temsilciler ile ortaklar arasında öncelik sırasının açıkça düzenlenmediği belirtilmiştir. Şirketin vergi borçları tahsil edilirken ortakdan önce temsilciye gidilmesi gerektiğinin kabul edilmesinin hukuken mümkün olmadığına ilişkin VDDK'nın görüşü söz konusu İBK kararına kaynaklık etmiştir. Özellikle ortaklar bakımından rücu imkanının mevzuatta açıkça düzenlenmemesi temsilci ile ortak arasında sıralama yapılmamasına ilişkin kararda etkili olmuştur.

Kararda bulunan karşı oy yazılarının birinde, temsilcilerin sorumluluğuna gitmeden doğrudan ortaklara başvurulması halinde temsilcilerin sorumluluğuna hiç gidilmemesi ihtimalinin doğacağı; vergi ödevlerini yerine getirmeyen temsilciler takip edilmeden ödevi olmayan ve borçların doğmasında kusuru bulunmayan ortakların takip edilmesinin adalet ilkesiyle bağdaşmayacağı; hem temsilcinin hem de ortağın aynı anda takibinin ise aynı maddi olaya farklı iki kanunun uygulanmasına yol açacağı ve bu suretle hukuki belirlilik ilkesine zarar vereceği; her iki takibin aynı anda yapılması halinde vergi borcunun ne kadarlık kısmının temsilciden alınacağı belirsiz olduğundan şirket ortaklarının ödeme konusunda çekimsiz davranabileceği gibi gerekçeler ileri sürülmüş ve vergi borçlarının öncelikli olarak temsilciden tahsil edilmesinin daha

ayrı sorumluluk durumunun aralarında sıralama yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı gibi Kanun'da da böyle bir öncelik sıralaması yapılmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki kararında ısrar etmiştir. Vergi Mahkemesinin ısrar kararı, aynı hukuksal nedenler ve gerekçe ile Kurulca da uygun bulunmuştur.

Benzer kararlar için bkz. Danıştay 3. Daire, 10.04.2012, E: 2010/7241, K: 2012/1183; Danıştay, 4. Daire, 24.05.2012, E: 2009/8328, K: 2012/2051; Danıştay, 7. Daire, 19.02.2015, E: 2011/7163, K: 2015/844. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2013-1-k-2018-1-t-11-12-2018>

⁶¹ Danıştay İBK, 11.12.2018, E:2013/1, K:2018/1, (RG. 20.06.2019-30807)

doğru olacağı görüşü savunulmuştur. Diğer karşı oy yazısında da vergi borcunun tahsil edilebilmesi için ilk önce ortağa başvurulmasının daha sonra temsilcinin takip edilmesinin hukuki belirsizlikleri önleyeceği belirtilmiştir.⁶²

Doktrinde söz konusu karar farklı açılardan değerlendirilerek eleştirilmiş ve kararın başka sorunları da beraberinde getirdiği belirtilmiştir. Nitekim karara gelen eleştirilerden birinde ödevlerini yerine getirmeyen temsilciler takip edilmeden ödevleri olmadığı için borçların oluşmasında kusuru bulunmayan ortakların takibinin adalete aykırı olduğu ileri sürülmüştür.⁶³ Yine karara gelen eleştirilerin birinde; kararın hukuki temellerden yoksun olduğu, yalnızca yargıda görüş birliğinin sağlanması amacını taşıdığı, karşı oyların incelenmesi neticesinde kanunilik ilkesi, yorum yöntemleri, sorumluluğun niteliği gibi konular ihmal edilerek bir karara varıldığına anlaşıldığı ve bu durumun birçok soruna yol açacağı ileri sürülmüştür.⁶⁴

X. TÜZEL KİŞİLİĞİ SONA EREN ŞİRKETLER BAKIMINDAN SORUMLULUK

Sorumluğun fer'iliğinden dolayı ortakların takibinden önce şirketin takip edilmesi gerekmektedir. Ancak limited şirketin tüzel kişiliğinin sona erdiğinin cebri takip esnasında tespit edilmesi de mümkündür. Bu durumda ortakların takibinden önce tüzel kişiliği sona eren şirkete başvuru şartının aranıp aranmayacağı konusu gündeme gelmektedir. Hak ve fiil ehliyeti tüzel kişiliğe bağlı olduğundan tüzel kişiliği sona eren şirketlerin hak ve borca sahip olma ehliyeti bulunmamakta bu nedenle kural olarak haklarında cebri takip işlemleri yapılamamaktadır. Ayrıca ödemesi gereken amme borçlarının sonradan tespit edilmesi halinde ehliyeti bulunmadığı için şirket adına takip yapılamamasına, tüzel kişiliği olmayan şirketin takibi için hazırlanan tarhiyat ve tahsilat işlemlerinin herhangi bir anlamının kalmamasına ve

⁶² <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2013-1-k-2018-1-t-11-12-2018>

⁶³ Organ, Ceyhan, 2019, s.412.

⁶⁴ Burak Pınar, 'Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı Sonrası Limited Şirketlerdeki Kanunî Temsilci ve Ortaklar Arasındaki Sorumluluk İlişkisinde Ortaya Çıkan Sıra ve Rücu Sorunu', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 23, s.309

borcun şirket adına kesinleştirilememesine yol açmaktadır.⁶⁵ Tüm bu hallerde ortakların sorumluluğunun doğması için borcun şirket adına

⁶⁵ Danıştay, 13.Daire, 23/06/2022, E:2016/1402, K:2022/2820: '2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dilekçeler üzerine ilk inceleme" başlıklı 14. maddesinin 3/c bendinde, dava dilekçelerinin ehliyet yönünden ilk incelemeye tabi tutulacağı; 15. maddesinin 1/b bendinde ise 14. Maddenin 3/c bendinde yazılı hususta kanuna aykırılık görülürse davanın reddedileceği kurala bağlanmıştır. Anılan maddede sözü edilen "ehliyet" kavramının, iptal davası açılabilmesinin idari yargılama usulü bakımından özel bir koşulu olan "subjektif ehliyeti" kapsadığı gibi, genel dava açma ehliyetini, diğer bir anlatımla "fiil ehliyeti"ni ya da "objektif ehliyeti" de kapsadığında duraksama bulunmamaktadır. 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin 1. fıkrasında, ehliyetle ilgili olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunulmuş, sözü edilen Kanun'un 50. maddesinde, medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanın, davada taraf ehliyetine de sahip olacağı; 51. maddesinde de, dava ehliyetinin, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceği kurala bağlanmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 124. maddesinde, ticaret şirketlerinin; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olduğu; 125. maddesinde, ticaret şirketlerinin tüzel kişiliği haiz olduğu, Türk Medeni Kanunu'nun 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabileceği ve borçları üstlenebileceği; 126. maddesinde, her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak kaydıyla Türk Medeni Kanunu'nun tüzel kişilere ilişkin genel hükümlerinin ticaret şirketleri hakkında da uygulanacağı; 588. maddesinde, limited şirketin, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı; 643. maddesinde, tasfiye usulü ile tasfiyede şirket organlarının yetkileri hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı, anonim şirketlere ilişkin düzenleme getiren 545. maddesinde, tasfiyenin sona ermesi üzerine şirkete ait ticaret unvanının sicilden silinmesinin tasfiye memurları tarafından sicil müdürlüğünden isteneceği, istem üzerine silinmenin tescil ve ilan edileceği kuralına yer verilmiştir. Dosyanın incelenmesinden 15/07/2011 tarih ve 7859 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi nüshasında davacı şirketin 08/02/2010 tarihinde ticaret siciline tescil edilen 03/02/2010 tarihli ortaklar kurulu kararı ile tasfiyesi sonuçlandırılarak ticaret sicilinden terkin edildiği hususunun ilan edildiği, dava konusu ödeme emrinin 30/10/2014 tarihinde tesis edildiği, ... anlaşılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre limited şirketler, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmakta, ana sözleşmesinde yazılı işletme konularında haklara ve borçlara sahip olmakta ve organları tarafından temsil edilmektedir. Diğer taraftan, şirketin herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde ticaret sicil kaydının terkin edilmesi ile birlikte tüzel kişiliği son bulmaktadır. Tüzel kişiliğinin sona ermesi nedeniyle hak ve fiil

kesinleştirilmiş olması şartı sağlanamadığından ortakların takip edilip edilmeyeceğinin belirlenebilmesi için VUK ve AATUHK'taki düzenlemelerin ve yargı kararlarının incelenmesi gerekmektedir.

AATUHK'ta limited şirketlerin tasfiye haline girmiş ya da tasfiye edilmiş olması durumunda ortakların nasıl takip edileceği konusunda düzenleme olmadığından tasfiyeden önceki amme borçlarından ortakların sorumlu olup olmayacakları konusunda boşluk ve belirsizlik bulunmaktadır. Yargılama makamları bazı uyuşmazlıklarda asıl borçlu limited şirketlerin tasfiyesinin tamamlanarak tüzel kişiliğinin sona erdiği hallerde bile ortakların 35. maddeden kaynaklanan sorumluluklarının devam edeceği yönünde kararlar vermiştir.⁶⁶ Tasfiyesi tamamlanan ve ticaret sicilinden silinmek suretiyle ortadan kalkan limited şirketlerin borçları açısından borcun şirket adına kesinleştirilmiş olması şartının eksikliği halinde doğrudan temsilcinin ya da ortağın sorumluluğuna gidilemeyeceğini belirten kararlar da verilmiştir.⁶⁷ Ödeme emrinin

ehliyetini yitiren şirketlerin, sona erme tarihinden sonra yargı mercileri önünde temsil edilebilmelerine de olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, tasfiyesi tamamlanarak ticaret sicilinden terkin edilen ve bu nedenle tüzel kişiliği sona eren davacı şirket tarafından açılan işbu davanın ehliyet yönünden reddedilmesi gerekirken, davanın esasını incelemek suretiyle verilen dava konusu işlemin iptaline ilişkin temyize konu İdare Mahkemesi kararında usul hükümlerine uygunluk görülmemiştir.'

⁶⁶ Danıştay, 3. Daire, 14.06.2021, E.2018/209, K.2021/3074; Danıştay, 4. Daire, 08.12.2020, E.2016/10920, K.2020/5338.

⁶⁷ Danıştay 7. Daire, 26.11.2021, E:2016/9242, K:2020/4914: '...tüzel kişiliği sona eren ... Gümrükleme ve Ticaret Limited Şirketinin kanuni temsilcisi ve ortağı sıfatıyla dava konusu ödeme emri düzenlenmiş ise de; anılan şirket adına kesinleşmiş bir borç bulunmaksızın davacı adına düzenlenen ödeme emrinin iptali yolunda verilen mahkeme kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.'

Danıştay 3.Daire, 12/09/2022, E:2019/4028, K:2022/3085: '...ödeme emirleri içeriği kamu alacağının ise şirketin, ticaret sicilinden kaydının silinmesinden sonra düzenlenen ihbarnamelerle duyurulan vergi ve cezalara ilişkin olduğu, 19/10/2015 tarihi itibarıyla hukuk aleminden kalkmış olan şirket hakkında idari işlem tesisine ve bu işlemlerin hukuk düzeninde sonuçlar doğurmasına olanak bulunmadığından, davacının ortak olarak takibini gerektiren, usulüne uygun olarak tarh ve tahakkuk etmiş ve kesinleşmiş bir kamu alacağının varlığından bahsedilemeyeceği dikkate alındığında, davacı adına düzenlenen ödeme emirlerinin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından...'

dayanağını oluşturan ihbarnamelerin asıl borçlu olan şirketin tüzel kişiliğinin bitmesinden önce şirket adına düzenlenerek tebliğ edilmesi şartıyla şirketin kendisine başvuru koşulunun aranmayacağını belirten başka kararlar verilmiştir.⁶⁸ Şirketin tüzel kişiliği bitmeden şirket adına ihbarname düzenlenmesi koşulunun gerçekleşmediği ve asıl borçlu şirket adına daha önce takip işlemlerinin yapılmadığı hallerde şirkete başvuru koşulunun sağlanması için ek tasfiye yolu veya ihya davası yoluna gidilmesi gerektiği, bu suretle şirket adına takip kesinleştirildikten sonra diğer sorumlulara başvurunun mümkün olduğu da bazı kararlarda ifade edilmiştir.⁶⁹

⁶⁸ Danıştay, 3. Daire, 24.03.2022, E. 2019/6703, K. 2022/1287: ‘...İhbarname üzerinden tahakkuk eden vergi ve/veya cezaların tahsiline ilişkin uyuşmazlıklarda asıl borçlu şirkete ait kamu alacağının kanuni temsilciden aranabilmesi için şirket nezdinde usulüne uygun şekilde ödeme emriyle takip edilerek tahsil edilemeyeceğinin ortaya konulması gerektiği açıktır. Bu durumda kanuni temsilciye düzenlenen ödeme emrinin dayanağı asıl borçlu şirket adına düzenlenen ödeme emri olacaktır. Ancak ticaret sicilinden silinmekle tüzel kişiliği sona eren şirketlere ait kamu alacağının tahsili için düzenlenen ödeme emrinin hukukten herhangi bir hüküm ifade etmemesi nedeniyle doğrudan kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu durumda ise kanuni temsilci adına düzenlenen ödeme emrinin dayanağı, tüzel kişiliğinin sona ermesinden önce düzenlenmiş olması koşuluyla şirket adına düzenlenen vergi ve ceza ihbarnameleri olacaktır. Bu uyuşmazlıkların çözümü için de ödeme emri içeriği vergi ve cezaların usulüne uygun bir şekilde tahakkuk ettirilip ettirilmediğinin ortaya konulması gerekmektedir...’

⁶⁹ TTK m. 643, TTK m. 547. Danıştay, 9. Daire, 20.04.2022, E. 2020/3413, K. 2022/1560: ‘İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ...şirket nezdinde ödeme emri içeriği borcun usulüne uygun kesinleştirilmediği; dava konusu ödeme emirlerinin dayanağı asıl borçlu şirket adına düzenlenen ... ödeme emirlerinin de şirket tüzel kişiliğinin ticaret sicilinden silindiği 30/07/2015 tarihinden sonra şirket yetkilisine tebliğ edildiği, işlemlerin hukuki sonuç doğurabilmesi için öncelikle adli yargı yerinde açılacak davayla şirketin ihyasının ve yeniden tescilinin sağlanması, alacağın şirket adına kesinleştirilmesi ve kesinleştirmeden sonra şirketten tahsili yoluna gidilmesi, tahsil edilememesi durumunda sorumluluğu çerçevesinde davacıya başvurulması gerekirken, bu usule başvurulmaksızın davacı adına düzenlenen ödeme emirlerinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, ödeme emirlerinin iptaline karar verilmiştir.’ www.corpus.com, (Erişim Tarihi: 24.09.2024).

Görüldüğü üzere AATUHK’te açık düzenleme bulunmaması hem uygulama birliğinin olmamasına hem de yargılama makamları tarafından farklı kararlar verilmesine sebep olmuştur. Bu nedenle 2018’de VUK’un 10. maddesine 5. fıkra eklenerek tasfiye edilmek suretiyle sicilden silinen şirketlerin silinme tarihinden sonra ortaya çıkan amme borçlarının ortak ve temsilcilerden tahsil edilebilmesi düzenlenmiş ve limited şirket ortaklarının, tasfiye öncesi dönemlere ait amme alacaklarından payları oranında sorumlu oldukları açıkça belirtilmiştir.⁷⁰

VUK’un 10. maddesinin 5. fıkrası VUK’a aktarılırken sorun oluşmaması için 6. fıkradaki düzenleme getirilmiş böylece 5. fıkra kapsamına giremeyen mükellefleri kapsayacak hüküm ihdas edilmiştir. 5. fıkra tasfiye edilmek suretiyle ticaret sicilinden silinen mükelleflere ilişkin, 6. fıkra 5. fıkranın dışındaki tüzel kişiler ile (örneğin tasfiye süreci olmaksızın re’sen terkin edilen tüzel kişiler) tüzel kişiliğe sahip olmayan teşekküllere ilişkindir. Bu itibarla tasfiye süreci yürütülmeden tüzel kişiliği sona eren şirketlerin borçları 5. fıkra değil de 6. fıkra hükmüne tabi tutulmuştur. Söz konusu fıkralar sorumluların çerçevesi

Danıştay, 3. Daire, 27.12.2021, E. 2018/3451, K. 2021/6489: ‘...Şirketi'nin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun geçici 7.maddesi uyarınca yapılan ihtar ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlanan ilana rağmen süresi içerisinde bildirimde bulunulmadığından, 19/10/2015 tarihinde ticaret sicilinden re'sen silindiği, yani 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 17. maddesinin 9. fıkrasında yer verilen tasfiye süreci takip edilerek tasfiyesinin sonlandırılmadığı görülmektedir. Bu durumda, davacı adına, 2011 yılının Temmuz ila Ekim ve Aralık dönemleri için kanuni temsilci sıfatıyla yapılan tarhiyat; tasfiyeye girmeksizin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun geçici 7.maddesi uyarınca re'sen kaydı silinen şirket hakkında 5520 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 9. fıkrasında öngörülen tasfiye koşulunun gerçekleşmemesi, ... nedeniyle hukuka uygun düşmediğinden, yazılı gerekçeyle verilen Vergi Mahkemesi kararına yöneltilen istinaf başvurusunun reddine dair Vergi Dava Dairesi kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmamıştır.’ www.danistay.gov.tr (Erişim Tarihi: 25.09.2024).

⁷⁰ Tasfiye edilmeden sicilden silinen tüzel kişilikler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşların sona ermesi durumunda, sona ermeden önceki döneme ait vergi tarhiyatları ve cezalarında izlenmesi gereken usulü belirleyen fıkralar VUK’un 10. maddesine 2018’de eklendiği için ve bu fıkraların yürürlük tarihi 21/03/2018 olduğu için bu tarihten sonraki dönemler hakkında uygulanacağı açıktır.

bakımından da farklılık taşımakta 5. fıkrada hem temsilciler hem de ortaklar, 6. fıkrada ise sadece şirket temsilcileri sorumlu tutulmaktadır.

VUK'un 10. maddesinin 5. fıkrasında hangi dönemlerde pay sahibi olan ortağın sorumlu tutulacağına ilişkin özel belirleme bulunmamaktadır. Ancak hem 10. maddenin ruhu hem de 5. fıkranın lafzı incelendiğinde vergilerin ve cezaların doğduğu dönemlerde yani söz konusu borçların ait oldukları dönemlerde pay sahibi olan ortakların sorumlu olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca fıkrada payların devrine yönelik bir düzenleme de bulunmadığından, vergilerin ve cezaların doğduğu dönemden sonra yapılan pay devirlerinde payı devralan yeni ortakların eski borçlar hakkında müteselsil sorumluluğunun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

VUK'un 10/5. maddesi, AATUHK'un 35. maddesine kıyasla özel bir norm olduğundan öncelikle uygulanma hakkına sahiptir. Bu nedenle tasfiyeden sonra VUK kapsamında yapılan vergi tarhiyatlarından ve kesilen vergi cezalarından ortakların sorumluluğu konusunda AATUHK'un 35. maddesi uygulanamamakta VUK'un 10/5. maddesi uygulanmaktadır. Ancak 10/5. maddesi ortaklara yalnızca tasfiye öncesindeki dönemlere ait amme borçlarıyla sınırlı sorumluluk yüklediğinden VUK kapsamındaki vergi ve cezaların tasfiye dönemine ve tasfiyeden sonraki döneme ait olması halinde şirket ortaklarının sorumluluğuna 10/5. madde kapsamında hukuken gidilememektedir. Görüldüğü üzere 10/5. maddeye göre ortakların sorumluluğunun doğması için takibe konu vergiler ile vergi cezalarının tasfiye öncesine ait olması gerekmektedir. Ancak tasfiye öncesi döneme ilişkin olup şirketin ticaret sicilinden silinmesinden önce yapılan tarhiyatlar ve kesilen cezalar bu madde kapsamında yer almamakta yine sicilden terkinden sonra ancak tasfiye süreciyle ilgili olan tarhiyatlar ve cezalar da bu madde kapsamında yer almayıp tasfiye memurları dağıtılan miktar ile sınırlı olarak sorumlu tutulmaktadır.⁷¹

⁷¹ Zübeyir Bakmaz, 'Limited Şirket Vergi Borçlarının Ödenmesinde Ortakların Sorumluluğu', Uluslararası Sosyal, Siyasal ve Mali Araştırmalar Dergisi(USSMAD), 2022, C.2, S.1, s. 18 vd. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2804867>, (Erişim Tarihi: 21.09.2024).

XI. ORTAKLARIN RÜCU HAKKI

Şirket müdürünün şirketin borcunu ödemek zorunda kaldığı durumlarda ödemiş olduğu miktarlar açısından rücu imkânı AATUHK'un mükerrer 35/4. maddesinde ve VUK'un 10/3. maddesinde düzenlenmektedir. Amme borçlarını ödeyen ortakların rücu hakkı konusunda temsilcilerin aksine kanuni bir düzenleme bulunmamakta; ortakların şirkete, diğer ortaklara ve temsilcilere rücu edebilmesi vergi mevzuatında açıkça yer almamaktadır.⁷² Buna rağmen ortakların ödedikleri borcun tamamı için asıl borçlu şirkete başvurabilmesi kanaatimizce mümkündür. Aynı şekilde ortaklar sadece payları oranında sorumlu olduğu için paylarını aşan kısımlar için diğer ortaklara da rücu edebilmektedir.⁷³ Payını devreden ortakların ödedikleri fazla tutarlar için

⁷² Barış Bahçeci, Kamu Alacağını Takip Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

⁷³ Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 06.10.2016, E:2015/9128, K:2016/7852: '... Bu aşamada kanuni temsilcinin, limited şirketlerde kamu borcunu ödeyen ortağın, ödediği kamu alacağını, asıl mükellef olan temsil edilenden değil de diğer sorumlulardan, limited şirketlerde diğer ortaklardan talep etmelerinin mümkün olup olmadığı, mümkün ise rücu oranının ne olacağı konusu incelenmelidir. Kanuni temsilcilerin asıl mükellef dışındaki diğer sorumlulardan talepte bulunabilmesi için öncelikle bu kamu alacağının asıl yükümlüden tahsilinin mümkün olmaması gereklidir. Zira asıl yükümlüsünden tahsili mümkün olduğu halde bu alacağı kamu idaresine ödeyen kanuni temsilcilerin, asıl yükümlü dışındaki diğer sorumlulardan rücu talepte bulunmaları mümkün değildir. Ödenen kamu alacağının asıl yükümlüden tahsil imkanı bulunmadığı anlaşıldıktan sonra, diğer yükümlülerden rücu oranının ne olacağı konusunda ise bir ayrıma gidilmelidir. Buna göre limited ve kolektif şirketlerde temsilcilerin kamu alacaklarından sorumluluğu ortaklık sıfatına bağlı olduğundan, bu kişilerden ancak ortaklık payları oranında rücu talepte bulunulabileceği kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle limited ve kolektif şirketlerde kamu alacağından her ortak kendi payı oranında sorumlu olup bu payı haricindeki ödediği kısım için diğer ortaklara rücu edebilir.'

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 26.05.2022, E:2020/6946, K:2022/4124: '...Kanuni temsilcilerin asıl mükellef dışındaki diğer sorumlulardan talepte bulunabilmesi için öncelikle bu kamu alacağının asıl yükümlüden tahsilinin mümkün olmaması gereklidir. Zira asıl yükümlüsünden tahsili mümkün olduğu halde bu alacağı kamu idaresine ödeyen kanuni temsilcilerin, asıl

payı devralan diğer ortaklara devir sözleşmelerine bağlı olarak rücu etmesi de mümkündür. Borcu ödeyen ortakların temsilcilere rücu edebileceğine ilişkin açık bir düzenleme vergi mevzuatında olmasa da TTK'ya göre müdürlerin yükümlülüklerini kendi kusurları ile ihlal etmeleri halinde sebep oldukları zararlardan ortaklara karşı sorumluluklarının bulunduğu, bu itibarla ortakların borçların ödenmesinden doğan zararlarını TTK'ye dayanarak temsilciden alabilmelerinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.⁷⁴ Ortakların rücu hakkı özel hukuka dayandığından bu hakkın kullanılmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda görülmektedir.

XII. ORTAKLARIN TEMSİLCİLERİN FARKLARI

SORUMLULUĞUNUN SORUMLULUĞUNDAN

Limited şirket ortakları ile kanuni temsilcilerinin şirkete ait borçlardan kaynaklanan sorumluluklarının kapsamı, sınırları, koşulları, nitelikleri ve düzenlendikleri kanunlar farklı özelliktedir. Sorumluluğun sınırı bakımından temsilciler ve ortaklar ayrı olup ortakların sorumluluğu temsilcilerin sorumluluğuna nazaran daha sınırlıdır. Nitekim temsilciler şirketin vergi ve vergiye bağlı olan borçlarının tamamından sorumluyken, ortaklar şirkete ait amme borçlarından sadece payları oranında

yükümlü dışındaki diğer sorumlulardan rücu talepte bulunmaları mümkün değildir. Ödenen kamu alacağının asıl yükümlüden tahsil imkanı bulunmadığı anlaşıldıktan sonra, diğer yükümlülerden rücu oranının ne olacağı konusunda ise bir ayrıma gidilmelidir. Buna göre limited ve kolektif şirketlerde temsilcilerin kamu alacaklarından sorumluluğu ortaklık sıfatına bağlı olduğundan, bu kişilerden ancak ortaklık payları oranında rücu talepte bulunulabileceği kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle limited ve kolektif şirketlerde kamu alacağından her ortak kendi payı oranında sorumlu olup payı haricinde ödediği kısım için diğer ortaklara rücu edebilir. O halde mahkemece, öncelikle davacının ödediğini iddia ettiği kamu borcunun ödendiği tarihte şirketin ödeme gücünün bulunup bulunmadığı ilgili kurumlardan sorulup araştırılarak ve gerektiğinde şirketin defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, şirketin anılan tarihlerde ödeme gücünün olup olmadığının tespiti gerekmekte olup, bu husus yeterince araştırılmadan hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.⁷⁴

⁷⁴ TTK m. 553; TTK m. 644/1- a.

sorumludurlar. Alacaklı idarelere, şirketten alınamayan alacakların tamamını ortakların sadece birinden talep edilebilme konusunda yetki verilmemekte ve alacaklı idareler ortakların paylarını belirleyerek her ortağa sadece payı oranında başvurabilmektedirler. Bunun tam tersine alacaklı idareler, koşulların oluşması şartıyla şirketten alınamayan alacağın tamamını temsilciden isteyebilmektedir.⁷⁵

Temsilcilerin sorumluluğu kusur sorumluluğu ortakların sorumluluğu ise kusursuz sorumluluk niteliğindedir. Temsilcilerin şirkete ait vergi ödevlerini yerine getirmeme konusunda kusurlu olduğu varsayılsa da ödevleri yerine getirmeme konusunda kusurlarının olmadığını ispatlayan temsilciler sorumluluktan kurtulabilmektedir.⁷⁶ Şirket ortakları bakımından sorumluluktan kurtulma imkanı bulunmamaktadır. Nitekim ortaklara vergisel ödevler yüklenmediği için şirketin amme borçlarından her durumda sorumlu tutulabilmekte, borçların oluşmasında ya da tahsil edilememesinde kusurlarının bulunup bulunmadığı önem taşımamaktadır. Görüldüğü üzere ortaklara ilişkin sorumluluk bakımından amme borcunun şirketten tahsil edilememesi ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması şartı dışında başka bir şart aranmamakta, oysa temsilcilerin sorumluluğunda borcun şirketten alınamamasının yanı sıra temsilcilerin vergisel ödevlerini yerine getirmemiş olması koşulu da aranmaktadır. Söz konusu farklılıktan dolayı alacaklı idarelerin ortakların sorumluluğuna gitmesinin daha kolay olduğu açıktır. Zira limited şirketten alacağın alınamayacağının ispatlanması halinde şirket ortaklarının takip edilebilmesi için gereken şartlar sağlanmaktadır. Temsilcilerin sorumluluğunda ise bu durum tek başına yeterli değildir.

Her iki sorumluluk çeşidinde de önce borçlu şirketin takip edilmesi zorunluluğu iki sorumluluk çeşidini de fer'i sorumluluk çeşidine dönüştürmektedir. Limited şirketlerin vergi borçları şirketten tahsil edilemediğinde hem temsilcilerin hem de ortakların vergisel sorumluluğu

⁷⁵ İlknur Kaya, 'Limited Şirket Ortağının Kamu Borçlarından Sorumluluğu ve Danıştay'ın 2013/1 E. ve 2018/1 K. Sayılı İBK Üzerine Kısa Bir Değerlendirme', Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020 C.5, S.1, 6-1, s.141. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1286616>, (Erişim Tarihi: 25.09.2024).

⁷⁶ Ömer Alper Koroğlu, Yargı Kararları Işığında Anonim ve Limited Şirketlerde Kanunî Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

gündeme gelmekte alacaklı idareler, temsilcilere ya da ortaklara şirketin borcunun tahsili için başvurabilmektedir.⁷⁷

XIII. SONUÇ

Hem özel hem kamu borçları açısından anonim ve limited şirket ortaklarının sorumlulukları benzer biçimde düzenlenmekteyken AATUHK'un 35. maddesinde 1998 yılında önemli bir değişiklik yapılmıştır. Tam olarak haklı gerekçeleri ortaya konulamayan değişiklikle limited şirket ortaklarının aleyhine bir durum yaratılarak ortakların şirketin kamu borçlarından 2. derecede ve payı oranında sorumluluğu öngörülmüştür. Böylelikle ortakların limited şirketin özel borçlarından kaynaklanan sorumluluğu diğer sermaye şirketleri gibi düzenlenmişken şirketin kamu borçlarından kaynaklanan sorumluluğu kısmen şahıs şirketi gibi düzenlenmiştir. 2008 yılına gelindiğinde söz konusu maddeye yeni fıkralar eklenmiş, eklenen 2. fıkrada sermaye payının devri halinde devreden ve devralan ortakların devir öncesine ait amme alacaklarından müteselsil sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Eklenen 3. fıkrada ise borcun doğduğu ve ödendiği tarihte ortakların farklı şahıslar olması durumunda bu ortakların müteselsil sorumlu olduğu belirtilmiştir.⁷⁸ Şirket ortaklarının ve mirasçılarının her zaman kötü niyetli olduğu, pay devrinin her zaman kötü niyetle yapıldığı varsayımına dayanılarak ek fıkralar ihdas edildiği için kanaatimizce iyiniyetli şekilde payını devreden ortakları koruma işlevinden uzaktır.

⁷⁷ Ancak yakın bir tarihe kadar, alacaklı idarelerin başvuru sıralaması bakımından limited şirketin temsilcileri ile ortakları arasında öncelik sırası bulunup bulunmadığı konusunda yargıda içtihat birliğinin bulunmadığına, bazı kararlarda öncelikle kanuni temsilcilerin takip edilmesi daha sonra ortakların takip edilmesinin belirtildiğine, bazı kararlarda ise ortak ve temsilci arasında takip önceliğinin bulunmadığının belirtildiğine, bu karar aykırılıklarının giderilmesi için 'şirketten alınamayan vergi borçlarının tahsil edilmesi konusunda VUK ile AATUHK'te temsilciler ile ortaklar arasında öncelik-sonralık sıralaması olmadığı, ortağın takibi için temsilcinin takibinin gerekmediği' yönünde içtihatların birleştirildiğine yukarıda değinmiştik.

⁷⁸ Bu kuralın benzeri kanuni temsilciler için mükerrer 35. madde kapsamında geçerliyken AYM tarafından iptal edilmiştir. Ancak ortaklar hakkında 35. maddede yer alan benzer düzenleme varlığını korumaktadır.

Yorum gerektiren bir lafza sahip olan 35. madde düzenlemesi hem limited şirket ortağı olma halinde, hem payın birden fazla defa el değiştirmesi halinde, hem ortaklık payının sadece bir kısmının el değiştirmesi halinde, hem de sorumluluğun zamansal sınırı konusunda belirsizlikler yaratmakta bu suretle limited şirketlerde ortak olmayı diğer sermaye şirketi ortaklıklarına nazaran dezavantajlı hale getirmektedir. Ayrıca limited şirket ortaklarının sorumluluğuna ilişkin bu düzenleme diğer sermaye şirketlerin ortakları hakkında geçerli olmadığından bu düzenleme sermaye şirketlerindeki sınırlı sorumluluk sistemine aykırılık taşımakta, sermaye şirketleri hakkındaki düzenlemelerde bulunan dengeyi bozmakta, limited şirketlerin ticaret hayatındaki yerine zarar vermekte ve limited şirketlerin ekonomideki işlevine engel olmaktadır.

Payını ödeyen ve ödemeyen ortakların takibi konusunda da mevzuatta ayırım yapılmaması hatta takip sırasının öngörülmemesi cebri takip esnasında sorunlar yaratabilmektedir. Payını ödemeyen ortağın bulunması limited şirketin söz konusu ortaktan bir alacağının olduğunu ve asıl borçlu şirketin hacze kabil malvarlığının olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle payını ödemeyen ortak olan şirket alacağının vergi idarelerince şirketin amme borcunun karşılığı olarak ortak istenilmesi kanaatimizce mümkündür.⁷⁹

Yukarıda bahsettiğimiz 35. madde düzenlemesi dışında vergi hukukumuzda limited şirket ortaklarının sorumluluğu konusunda dolaylı düzenleme içeren iki norm daha bulunmaktadır. Bunlar AATUHK'un mükerrer 35. maddesi ile VUK'un 10. maddesidir. Aslında iki düzenleme de temsilcilerin sorumluluğuna ilişkindir. Fakat bir kişi hem müdür hem de ortak olduğu zaman AATUHK'un 35. maddesine göre ortak sıfatıyla, AATUHK'un mükerrer 35. maddesi ile VUK'un 10. maddesine göre müdür sıfatıyla sorumlu olmaktadır. Bu durum, aynı somut maddi olaya aynı anda üç tane farklı normun uygulanmasına ve bu normların çatışmasına yol açmaktadır. Normlar çatışmasının önlenmesi ve hukuk devleti ilkesinin korunabilmesi için hem vergi idarelerinin hem de yargı makamlarının önemli yorum ve içtihatları gündeme gelse de sorunların çözülmesine yetmemiştir.

Limited şirketlerin amme borçlarının cebri takibinde alacaklı idarelerin karşısına muhatap olarak hem şirketin kendisi hem müdürü hem de ortağı çıkmaktadır. Fer'i sorumluluktan dolayı ilk önce şirketin

⁷⁹ AATUHK, 79. Md.

takip edileceği tartışmasıdır ancak tahsil sorumluluğundan dolayı ortak veya müdürden hangisinin hangi sırada takip edileceği ihtilaflıdır. Ortak ve müdüre başvuru sırasının ihtilaflı olması ve bu konuda açık bir kanuni düzenlemenin bulunmaması uygulamada önemli sorunlara yol açmakta, hatta yargıda içtihat farklılıklarına neden olmaktadır. Bu sorunların çözülmesi için Danıştay tarafından 2018 yılında müdür ile ortak arasında sıralama bulunmadığı, ortakdan önce müdürün takibinin zorunlu olmadığı, şirketin amme borçlarından dolayı müdür ve ortağın aynı anda takip edilmesinin mümkün olduğu şeklindeki İçtihatı Birleştirme Kararı verilmiştir.⁸⁰ Ancak karar ile istenen çözüme ulaşılamamış ve uygulamada adaletsiz sonuçlar doğmuştur. Çünkü karar yalnızca yargı ve uygulamadaki görüş birliğini sağlamayı hedeflemekte; kararın hukuki temelleri bulunmamakta; karar yorum yöntemlerini, özel-genel kanun ilişkisini, ortakların ve temsilcilerin sorumluluklarının niteliğini göz ardı ederek kanunilik ilkesini ihmal etmektedir. Ayrıca karar ortakların, amme alacağının müdürlerden tahsil edilmesini beklemesine veya ödeme konusunda çekimser davranmasına neden olmaktadır. Yine karar limited şirket ortaklarının sadece şirkete karşı taahhüt ettikleri paylarıyla sorumlu olduklarına ilişkin TTK sistemine aykırılık taşımaktadır. Limited şirket gibi sermaye şirketi olan anonim şirket ortaklarının sorumluluğundan daha farklı bir uygulamaya sebep olması eşitlik ilkesine de uymamaktadır. Karar bu haliyle müdür ve ortağın takip sırasındaki hukuki belirsizliği daha da derinleştirmektedir. Karardan sonra meydana çıkan sorunların çözümünde rücu konusu gündeme gelse de; vergi mevzuatımızda rücu alacaklarının takip ve tahsilinde açık, ayrıntılı ve özel düzenlemelerin bulunmaması, genel düzenlemelerin müteselsil sorumluluktaki rücu ilişkisinin kapsamını belirlemede yetersiz kalması, rücu konusundaki sorunları çözmeye yönelik yerleşik yargı kararlarının da olmaması İBK Kararının sorunu çözmekten uzak olduğunu hatta bizatihi kendisinin sorun doğuran nitelikte olduğunu göstermektedir. Tüm bu gerekçelerden dolayı söz konusu karara katılmamaktayız. Uygulamada sorun yaşanmaması için karara gelen eleştiriler dikkate alınarak hem yeni yasal düzenlemelerin yapılması hem de yeni içtihatlarda bulunulması gerekmektedir.

Sermaye şirketi olan anonim şirketlerin ortakları şirkete ait amme borçlarından sorumlu olmadığından benzer şekilde sermaye şirketi olan limited şirketlerin ortakları da şirketin amme borçlarından sorumlu

⁸⁰ Danıştay İBK, 11.12.2018, E:2013/1, K:2018/1.

Ayşe BENZER

olmamalıdır. Amme borçlarından sorumluluğu haddinden daha fazla genişletmek suretiyle kamu yararıyla bireysel haklar arasındaki dengeyi bozan söz konusu düzenlemelerin kanaatimizce kaldırılması gerekmektedir. Şayet ortakların sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler devam edecekse farklı kanunlarda ve farklı maddelerde yer alan bütün düzenlemelerin tek bir hükümde toplanması; hukuki güvenlik, eşitlik ilkesi, adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliğini sağlayan yeni bir düzenlemenin yapılması ve bu düzenlemede öğretilen tartışılan hususların giderilmesi gerekmektedir. Yine ortaklardan önce temsilcilerin takibinin zorunlu hale getirilmesi, şirketin amme borçlarını ödeyen ortakların ve temsilcilerin kimlere nasıl rücu edebileceğinin belirlenmesi de gerekmektedir. Böyle bir çözüm yöntemi bahsi geçen sorunları büyük oranda karşılamaya yetecektir.

KAYNAKÇA

- AYAZ, Eslem: Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları Danıştay Kararları Işığında, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.
- BAHÇECİ, Barış: Kamu Alacağını Takip Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- BAKMAZ, Zübeyir: Limited Şirket Vergi Borçlarının Ödenmesinde Ortakların Sorumluluğu, Uluslararası Sosyal, Siyasal ve Mali Araştırmalar Dergisi (USSMAD), 2022, C.2, S.1, s.12-33.
- CAN, Mustafa Erdem: Limited Şirketin Kamu Borçlarından Dolayı Ortakların ve Yöneticilerin Sorumluluğu, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2017, C. 7, S.1, s.61-80, s. 72.
- CANDAN, Turgut: Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- ÇAMOĞLU, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığın Kamu Borçlarından Dolayı Sorumluluğu. Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,2011, 23(1-2), 139-146.
- ÇELİK, Binnur: Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Sayı 4, Yıl: 2000, s. 121-126.
- DENİZ, Muzaffer: Kanuni Temsilcilerin Kamu Alacaklarından Doğan Sorumlulukları, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- GERÇEK Adnan: Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, 7. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa 2023.
- GÖZLER, Kemal: Yorum İlkeleri, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, Yıl: 2013, s.15-119.
- KANETİ, Selim, EKMEKÇİ, Esra, GÜNEŞ, Gülsen, KAŞIKCI, Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- KAYA, İlknur: Limited Şirket Ortağının Kamu Borçlarından Sorumluluğu ve Danıştay'ın 2013/1 E. ve 2018/1 K. Sayılı İBK Üzerine Kısa Bir Değerlendirme. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020 C.5, S.1, 6 (1), s.133-152.

Ayşe BENZER

- KERVANKIRAN, Emrullah: Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, vol. XI, no. 3-4, Yıl: 2007, s. 453-472.
- KÖROĞLU, Ömer Alper: Yargı Kararları Işığında Anonim ve Limited Şirketlerde Kanunî Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- KÜÇÜK, Alper Tunga: 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a Göre Hacze İştirak, Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Dergisi, 71 (1), Yıl: 2022, s. 65-104.
- ORGAN, İbrahim, CEYHAN Cansu Sevinç: Anonim ve Limited Şirketler Özelinde Ortaklar ve Kanuni Temsilcilerin Vergi Borçlarından Doğan Sorumlulukları, Maliye Dergisi, Sayı 177, Temmuz-Aralık 2019, S.177, s. 402-421.
- ÖNCEL, Mualla, KUMRULU, Ahmet, ÇAĞAN, Nami, GÖKER, Cenker: Vergi Hukuku, 28. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- ÖZKAN, Raziye Aksu: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 26.06.2019 tarihli ve E: 2013/1, K: 2018/1 Sayılı Kararı Işığında Limited Şirketlerde Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluğun İncelenmesi, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2020, C.6, S.1, s.1-28.
- ÖZKAN, Raziye Aksu: Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirkette Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C.10, S.1, s.226-267.
- ÖZKAN, Mücahit Çağrı: LİMİTED ŞİRKETLERDE ORTAKLARIN AMME/VERGİ BORCU YÖNÜNDEN ARTAN RİSKİ, Mali Çözüm Dergisi, İstanbul, 2019, 29(154), s. 181-188.
- PINAR, Burak: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı Sonrası Limited Şirketlerdeki Kanunî Temsilci ve Ortaklar Arasındaki Sorumluluk İlişkisinde Ortaya Çıkan Sıra ve Rücu Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2021, 23, s. 295-313.
- POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal, ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku 1: 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

- SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- ŞENER, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- YAVUZ, Mustafa: Limited Şirketlerin Ödenmeyen Vergi Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 345, 2017.
- AYM, 19.03.2015, E:2014/144, K:2015/29 – (R.G., T:3.4.2015,S:29315)
- Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 24.10.2016, E:2015/11584, K:2016/8347
- Yargıtay, 6. Hukuk Dairesi, 04.04.2022, E:2021/2314, K:2022/1839
- Yargıtay, 4. Hukuk Dairesi, 30.09.2020, E:2020/365, K:2020/3096
- Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 06.10.2016, E:2015/9128, K:2016/7852
- Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 26.05.2022, E:2020/6946, K:2022/4124
- Yargıtay, 10. Hukuk Dairesi, 20.10.2021, E:2020/11589, K:2021/12650
- Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, 25.05.2021, E:2017/53, K:2021/611
- Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, 11.03.2021, E:2017/2195, K:2021/256
- Danıştay, 2. Daire, 25/05/2022, E: 2021/16339, K: 2022/2977
- Danıştay, 3. Daire, 13/06/2022, E:2019/4400, K:2022/2875
- Danıştay, 3.Daire, 15/09/2022, E:2019/6462, K:2022/3190
- Danıştay, 3.Daire, 12/09/2022, E:2019/4028, K:2022/3085
- Danıştay, 3.Daire,15/06/2022, E: 2022/1438, K:2022/3006
- Danıştay, 3. Daire, 27.12.2021, E. 2018/3451, K. 2021/6489
- Danıştay, 3. Daire, 14.06.2021, E.2018/209, K.2021/3074
- Danıştay, 3. Daire, 24.03.2022, E. 2019/6703, K. 2022/1287
- Danıştay, 3. Daire, 10.04.2012, E: 2010/7241, K: 2012/1183
- Danıştay, 3.Daire, 12/09/2022, E:2019/4028, K:2022/3085
- Danıştay, 4. Daire, 08.12.2020, E.2016/10920, K.2020/5338
- Danıştay, 4. Daire, 25.05.2022, E:2018/2814, K:2022/3268
- Danıştay, 4. Daire, 14/06/2022, E:2020/1202, K:2022/4017
- Danıştay, 4. Daire, 11.04.2022, E:2018/9427, K:2022/2425

Ayşe BENZER

- Danıştay, 4. Daire, 22/09/2022, E: 2019/3299, K: 2022/5068
- Danıştay, 4. Daire, 01/06/2022, E:2020/5248, K: 2022/3521
- Danıştay, 4. Daire, 25/12/2018, E:2016/2202, K:2018/1501
- Danıştay, 4. Daire, 14/06/2022, E:2020/1202, K:2022/4017
- Danıştay, 4. Daire, 24.05.2012, E: 2009/8328, K: 2012/2051
- Danıştay, 7. Daire, 22.09.2020, E.2016/359 K. 2020/3371
- Danıştay, 7. Daire, 25.12.2020, E. 2016/6737 K. 2020/5292
- Danıştay, 7. Daire, 26.11.2021, E:2016/9242, K:2020/4914
- Danıştay, 7. Daire, 19.02.2015, E: 2011/7163, K: 2015/844
- Danıştay, 9. Daire, 29.12.2020 E. 2017/1425 K. 2020/6305
- Danıştay, 9. Daire, 20.04.2022, E. 2020/3413, K. 2022/1560
- Danıştay, 9. Daire, 23/05/2022, E:2020/1533, K:2022/1982
- Danıştay, 9. Daire, 23.05.2012, E: 2009/1023, K: 2012/2892
- Danıştay, 13.Daire, 23/06/2022, E:2016/1402, K:2022/2820
- Danıştay, VDDK, 30.04.2014, E: 2014/144, K: 2014/307
- Danıştay, İBK, 11.12.2018, E:2013/1, K:2018/1, (RG. 20.06.2019-30807)
- Ankara BİM, 3. Vergi Dava Dairesi, 30.12.2020, E.2020/521, K.2020/1099
- <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/69293/1062207>
- <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/issue/52790/712765>
- <http://www.vergisorumlari.com.tr/Content/userfiles/images/354mart2018.pdf>
- <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2020/03/019-Ticaret-%C5%9Eirketlerinde-Ortaklar%C4%B1n-Vergid%C3%BCzeltme.pdf>
- https://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler/6183/tvk_4369_sayili_kanun_1.pdf
- <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhmhob/issue/9367/11724>
- www.lexpera.com.tr
- <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/287976>

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/tfm/issue/56048/771323>

<https://www.jurix.com.tr/article/8067>

[https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararP
DF/2015-29-nrm.pdf](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararP
DF/2015-29-nrm.pdf)

[https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2013-1-k-2018-1-t-11-12-
2018](https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2013-1-k-2018-1-t-11-12-
2018)

www.corpus.com

www.danistay.gov.tr

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2804867>

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1286616>

ULUSLARARASI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN YEMEN İÇ SAVAŞI

Ömer DUMAN*

ÖZ

Ortadoğu'nun en yoksul ülkesi olan Yemen'de yaklaşık 20 yıldır iç savaş yaşanmaktadır. Yoksulluk, istikrarsızlık ve çatışma hâli neticesinde ülke fakirleşmiş ve halk yardıma muhtaç hâle gelmiştir. Böylece Yemen halkı kıtlık tehlikesi ile karşı karşıya kalmıştır. Yemen'deki kabile, aşiret, farklı mezhepler, siyasi ideolojiler ve kutuplaşmalar ülkenin birliğini ve bütünlüğünü sekteye uğratmaktadır. Arap Baharı ile başlayan Arap isyanları Tunus'tan Mısır'a ve Mısır'dan da Yemen'e sıçramıştır. Bu süreçte Yemen'de muhalefetin (Husiler) siyasi protestoları ve askeri operasyonları ile uzun yıllardır ülkeyi tek başına yöneten Cumhurbaşkanı Abdullah Salih istifa etmek zorunda kalmıştır. Fakat Cumhurbaşkanı Salih'in gitmesi İran destekli Husileri tatmin etmemiş ve Husiler yeniden isyan çıkartıp yaklaşık ülkenin üçte ikisini işgal etmişlerdir. Böylece ülkedeki iç savaş durumu süreklilik göstererek her geçen gün Yemen'deki insani krizi derinleştirmiştir. Öyle ki bu kriz önlenemeyecek boyutlara gelmiştir. Uluslararası toplumun uluslararası hukuku ihlal etmeme, diyalog ve barış çağrılarını iç savaşa müdahil olan aktörler tarafından sürekli reddedilmiştir.

* Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Orta Doğu Çalışmaları Bilim Dalı Doktora Öğrencisi, E-Mail: omerduman6054@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9570-4171.
Makalenin Gönderim Tarihi : 09.01.2024.
Makalenin Kabul Tarihi : 28.12.2024.

Yemen’de yaşanan kompleksli iç çatışma durumu ve tarafların agresif tavırları ile Yemen halkına çözümsüzlük, istikrarsızlık, yıkım, ölüm ve acı reva görülmüştür. Çalışmada, çatışma-çözümü ve uluslararası hukuk bağlamında Yemen iç savaşının tahlil edilmesi amaçlanmıştır. Öte taraftan çalışmada, uluslararası toplumun tüm uyarılarına ve kararlarına rağmen Suudi Arabistan ve İran’ın vekâlet savaşına dönüştüğü Yemen iç savaşının kısa sürede bitmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası hukuk, insani güvenlik, Yemen iç savaşı, Husiler, Arap baharı.

YEMEN CIVIL WAR FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

There has been a civil war in Yemen, the poorest country in the Middle East, for nearly 20 years. As a result of poverty, instability and conflict, the country has become impoverished and the people has become in need of help. Thus, the people of Yemen has faced the danger of famine. Tribes, different sects, political ideologies and polarizations in Yemen have disrupted the unity and integrity of the country. Arab rebellions that started with the Arab Spring spread from Tunisia to Egypt and from Egypt to Yemen. In this process, President Abdullah Saleh, who had been ruling the country alone for many years, had to resign due to the political protests and military operations of the opposition (Houthis) in Yemen. However, President Saleh's departure did not satisfy the Iranian-backed Houthis, and the Houthis rebelled again and occupied approximately two-thirds of the country. Thus, the civil war in the country has continued and deepened the humanitarian crisis in Yemen day by day. So much so that this crisis has reached unavoidable proportions. The international community's calls for not violate international law, dialogue and peace have been constantly rejected by the actors involved in the civil war. With the complex civil conflict situation in Yemen and the aggressive attitudes of the parties, solutionlessness, instability, destruction, death and suffering have been deemed necessary for the Yemeni people. The study aims to analyze the Yemeni civil war in the context of conflict-resolution and international law. On the other hand, the study concluded that it is not possible for the Yemeni civil war, which has turned into a proxy war between Saudi Arabia and Iran, to end in a short time, despite all the warnings and decisions of the international community.

Keywords: International law, human security, Yemen civil war, Houthis, Arab spring.

I. GİRİŞ

Yemen, tarihsel süreç içerisinde stratejik ve jeopolitik konumu ile önemli bir ‘transit’ ülke konumundadır. Afrika ve Asya kıtalarının kesiştiği bir noktadadır. Yemen’de geçmişten günümüze devam eden kabile ve aşiretlerin güç mücadelesi, istikrarsızlık ve fakirleşme durumu söz konusudur. Yemen’in Kuzey ve Güney ayrılığı da kimi zaman mezhepsel kimi zaman da siyasi ideolojilerden kaynaklanmıştır.

Yemen’de 2004 yılından sonra başlayan iç çatışmalar Arap Baharı süreci ile 2014 yılında bir iç savaşa dönüşmüştür. Yemen’de yaşanan iç savaşta yüzlerce kişi hayatını kaybetmiş, binlerce kişi yararlanmış, on binlerce kişi ise göç etmek zorunda kalmıştır. İç savaş ile ülkede kuraklık ve açlık durumu büyük bir sarsıntı hâline gelmiştir. Yemen’deki iç savaşın sonlandırılması için ulusal ve uluslararası barışçıl çözüm arayışları iç savaşa dâhil olan aktörler tarafından reddedilmiştir. Bu minvalde Yemen’deki kanlı iç savaş devam etmiş ve durum giderek çözümsüz hâle gelmiştir.

Küresel anlamda sivil toplumun güçlü olduğu toplumlarda yöneticiler halka saygı gösterir. Sivil toplumun güçlü olması ile istikrarlı bir toplum oluşur ve bu minvalde sosyal örgütlenme de mümkündür. Fakat sivil toplumun güçlü olmadığı ve sosyal örgütlemenin zayıf olduğu toplumlarda uluslararası insan hakları hukuk normları ile ‘insan hakları’ garanti altına alınması mümkün değildir. Böylece toplumda huzursuzluk ve istikrarsızlık sürekli devam eder.¹ Yemen siyasi hayatında sivil toplum güçsüz ve sosyal örgütlenme de zayıf olduğu için Yemen’de uzun yıllardır istikrarsızlık süreklilik göstermektedir. Bu noktada, Yemen’de uluslararası insan hakları hukuku da her geçen gün ihlal edilmektedir.

Bu çalışmada, araştırma yöntemi ekseninde analiz yöntemi kullanılmıştır. Çalışmada Kuzey Yemen ve Güney Yemen’in birleşmesi sonucunda Yemen Cumhuriyeti’nde yaşanan iç savaş analiz edilmiştir. Çalışma altı başlık altında incelenmiştir. Sırasıyla Yemen’in tarihsel süreci, Birleşik Yemen Cumhuriyeti, Yemen’in sorunları, Yemen’de Husilerin varlığı, Arap Baharı öncesi ve Arap Baharı sürecinde Yemen iç savaşı ve son olarak da Yemen iç savaşının uluslararası hukuk boyutu ve analizi şeklinde tahlil edilmiştir. Burada Arap Baharı öncesi ve Arap

¹ İlyas Doğan, “İnsan Hakları Hukukunun Temel Özellikleri”, *İnsan Hakları Hukuku*, ed: İlyas Doğan, 3.baskı, *Astana Yayınları*, Ankara, 2019, s.79.

Baharı sürecinde Yemen iç savaşı başlığı, çalışmanın önemi açısından diğer başlıkların sonuçlarını kapsamaktadır. Çalışmanın son aşamasında sonuç ve çözüm önerileri sunulmuştur. Öte taraftan çalışmada geniş literatür taraması yapılmış ve Türkçe ve İngilizce kaynaklarından yararlanılmıştır. Ayrıca çalışmada birincil (rapor, haber, röportaj, bildiri vs.) ve ikincil (makale, kitap vs.) kaynaklar kullanılmış ve bu yönde çalışmanın tüm boyutlarını kapsayacak şekilde analizler yapılmıştır.

Bu çalışmada farklı perspektifler temel alındı ve çalışmanın önemi açısından şu sorular önem arz etmektedir; i) bu çalışmaya iten neden nedir? ve ii) neden Yemen örneği? Kısacası, bu çalışmanın ele alınmasının en önemli nedenlerden bir tanesi; çatışma-çözümü ve uluslararası hukuk bağlamında Yemen'deki iç savaş durumunu analiz etmektir. Yemen örneğinin seçilmesinde; birleşik bir Yemen devletinin kurulamaması, Yemen siyasetinde mezhep ajandasının etkili olması, kabileler arasındaki güç mücadelesi, Yemen'de Suudi Arabistan ve İran'ın vekâlet savaşı, çatışan taraflar arasında uluslararası hukukun devamlı ihlal edilmesi ve son süreçte Arap Baharı rüzgârı ile Yemen'de istikrarsızlık durumunun hâkim olması ve sivil can kayıplarının sürekli artması gibi hadiseler etkili olmuştur.

II. YEMEN'İN TARİHSEL SÜRECİ

Yemen, Arap Yarımadası'nın güney ucunda yer almış ve Belkıs'ın ülkesi olarak nitelendirilmiştir.² Jeostratejik bir konumu olan Yemen, Suudi Arabistan'ın güneyinde ve Umman'ın da doğusunda yer almaktadır. Yemen toprakları 19. yüzyılın ortalarında İngiliz ve Osmanlı İmparatorlukları arasında bölünmüştür.³ Günümüzdeki Yemen'de uzun yıllar Güney ve Kuzey Yemen ayrımı söz konusu olmuştur. Sana merkezli Kuzey Yemen 1517 yılından 1918 yılına kadar Osmanlı İmparatorluğu egemenliğinde, Aden merkezli Güney Yemen ise 1839 yılından 1967 yılına kadar İngilizlerin hâkimiyetinde kalmıştır.⁴

² Tayyar Arı, *Geçmişten Günümüze Orta Doğu İran, İran, Petrol, Filistin Sorunu ve Arap Baharı*, Cilt.II, Dora, Bursa, 2017, s.515.

³ Omar Ahmed, “Remembering the 1994 Yemeni Civil War”, <https://www.middleeastmonitor.com/20220504-remembering-the-1994-yemeni-civil-war/>, *Middle East Monitor*, 2022, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

⁴ Arı, a.g.e., s.515.

İngilizlerin Güney Yemen'i işgal etmesinin temel hedefi Hindistan sömürmesine giden yol ve güzergâhları kontrol edilmesi olmuştur.

Osmanlı'nın mirasını devralan Türkiye, 1923 tarihli Lozan Anlaşması ile Kuzey Yemen'in bağımsızlığını resmen tanımıştır. Kuzey Yemen'in bağımsızlığı ile ülkenin yönetimi Zeydi İmamlara geçmiştir. 1924 yılından itibaren Kuzey Yemen'in kralı İmam Yahya olmuş ve Sana başkent ilan edilmiştir. İmam Yahya 24 yıl boyunca Sana merkezli Kuzey Yemen'i yönetmiş ve 1948 yılında öldürülmüştür. İmam Yahya'dan sonra yönetime oğlu Ahmed bin Yahya geçmiştir. Ahmed bin Yahya 1962 yılına kadar ülkeyi tek başına idare etmiştir. 1962 yılında Ahmed bin Yahya'nın ölmesi ile yerine oğlu Muhammed Bedr geçmiştir. Muhammed Bedr, dokuz gün tahta kalmış ve darbe ile tahtan indirilmiştir. Bu darbe ile cumhuriyet ilan edilmiştir.⁵ Gelinek noktada Kuzey Yemen, 1962 yılında ordu öncülüğünde gerçekleştirilen darbeyle cumhuriyet ilan edilene kadar Zeydi imamlar tarafından yönetilmiştir.⁶

Devlet başkanı Bedr'e yapılan darbe sonrasında oluşturulan beş kişilik Devrim Konseyi tarafından bir deklarasyon yayınlamıştır. Dış politika ile ilgili yayınlanan bildiri "*Arap ülkeleri ile dayanışma, Arap dünyası ile ekonomik bağların geliştirilmesi ve Arap milliyetçiliği, emperyalizme ve dış müdahaleye karşı koyma, Yemen'in bağımsızlığı tanıyan herkesle iyi münasebetler*" ilkelerine vurgu yapılmıştır.⁷ Cumhuriyet rejimin üçüncü Cumhurbaşkanı, 1978 yılından itibaren Ali Abdullah Salih olmuştur.⁸ Öyle ki Cumhurbaşkanı Salih, 1978 yılında bir darbe ile ülke yönetimini ele geçirmiştir.⁹

Güney Yemen, 1967 yılında İngilizlerin geri çekilmesinden sonra önce Güney Yemen Halk Cumhuriyeti isimli bağımsız bir ülke olmuş, ancak radikal Marksist bir darbenin ardından Yemen Demokratik Halk Cumhuriyeti ismini almıştır. Yemen Demokratik Halk Cumhuriyeti, 1990 yılında Kuzey Yemen ile birleşene kadar Sovyet Rusya destekli komünist

⁵ Altan Tan, *Hz. İbrahim'in Ayak İzlerinde ORTADOĞU*, 1.baskı, Çıra, İstanbul, 2016, s.388-389.

⁶ Ahmed, a.g.m., 2022.

⁷ Fahir Armaoğlu, *Filistin Meselesi ve Arap-İsrail Savaşları (1948-1988)*, 5.b, Kronik, İstanbul, 2019, s.178-179.

⁸ Tan, a.g.e., s.388-389.

⁹ Arı, a.g.e., s.515.

ve tek partili bir devlet olmuştur.¹⁰ Ancak belirtilmelidir ki, Arap dünyasında tek komünist devlet Aden merkezli Güney Yemen olmuş ve bu ülke yaklaşık on üç yıl boyunca varlığını devam ettirmiştir.

Kuzey Yemen, birleşik bir Yemen için her zaman gözlerini Aden merkezli Güney Yemen'e çevirmiştir. Aden merkezli Güney Yemen'i ele geçirmek için hem Osmanlı hem de İmam Yahya güçleri askeri harekâtlar düzenlemiştir. Fakat İngilizlerin dominant gücü karşısında başarısız olmuşlardır. 1967 yılında bağımsız olan Güney Yemen'in Kuzey Yemen tarafından yeniden işgal edilmesi söz konusu olmuştur. Burada Güney ve Kuzey arasında çatışmalar yaklaşık 12 yıl sürmüş, ardından Güney ve Kuzey arasında Libya Devlet Başkanı Kaddafi (1 Eylül 1969 - 23 Ağustos 2011) liderliğinde bir barış anlaşması imzalanmıştır. Bu anlaşmaya göre tek devlet hâlinde birleşmeye gidilmesi, yeni devletin resmi dininin İslam, başkentinin Sana olması kararlaştırılmıştır. Fakat bu anlaşmanın uygulanması mümkün olmamıştır.¹¹ Güney ve Kuzey Yemen'in birleşmesi ancak 1990 yılında gerçekleşmiştir. Bu devlet, günümüze kadar uluslararası hukukun egemen devlet ilkesi bağlamında Yemen Cumhuriyeti olarak tanınmaktadır.

III. BİRLEŞİK YEMEN CUMHURİYETİ

Kuzey Yemen ve Güney Yemen ayrı iki devlet olması hasebiyle ekonomileri arasında büyük farklar vardı. Kuzey Yemen daha güçlü bir ekonomiye sahip olmuştur. Kuzey daha güçlü bir ekonomiye sahipken, Güney büyük potansiyel petrol rezervlerine sahipti, ancak başlıca ekonomik ve siyasi destekçisi Sovyet Rusya'nın azalan gücü ve nihayetinde dağılması nedeniyle çöküşün eşiğinde olmuştur.¹² Güney Yemen'de kötüleşen ekonominin temel dayanağı başka ülkelere

¹⁰ Al Jazeera, "Timeline: History of Separatism in Southern Yemen", <https://www.aljazeera.com/news/2020/4/26/timeline-history-of-separatism-in-southern-yemen>, 2020, Erişim Tarihi: 02.11.2024; Ahmed, a.g.m., 2022.

¹¹ Armaoğlu, a.g.e., s.194-196.

¹² Sarah Cole, "The Economic Disaster Behind the Yemen Civil War", *The Foreign Analyst*, 2019, <http://theforeignanalyst.com/the-economic-disaster-behind-the-yemen-civil-war>, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

çalışmaya giden işçilerin getirdikleri dövizler ve Sovyet Rusya'dan alınan krediler olmuştur.¹³

Asırlar boyunca iki ayrı Yemen devleti olmuş, Soğuk Savaş'ın bitmesi ile birleşme söz konusu olmuştur. Arap Yarımadası'nın güney ucunda bulunan Yemen Arap Cumhuriyeti ve Yemen Demokratik Halk Cumhuriyeti, 22 Mayıs 1990 tarihinde birleşerek Yemen Cumhuriyeti'ni kurmuşlardır.¹⁴ Birleşik Yemen Cumhuriyeti'ne yönelik David Warburton "*The Conventional War in Yemen*" isimli makalesinde şunları dillendirmiştir: "*Tarihsel olarak Yemen'i birleştirmek için askeri yöntemler kullanılmış olsa da ülkenin barışçıl yollarla birleşmesi, Güney'in 1967'de İngiltere'den bağımsızlığını kazanmasından önce de Kuzey ve Güney liderleri tarafından desteklenen popüler bir hedefti.*"¹⁵ Ancak Yemen ana karasında varlık gösteren iki aktör, bu hedefe yıllar sonra ulaşmıştır.

Yemen Cumhuriyeti'nin Cumhurbaşkanı, eski Kuzey Yemen'in Cumhurbaşkanı olan Ali Abdullah Salih olmuş ve otoriter yönetimine devam etmiştir.¹⁶ Kuzey ve Güney'in birleşiminden sonra yaklaşık dört yıl boyunca Yemen Cumhuriyeti'nde iç çatışmalar yaşanmıştır. Güney bölgesinde yaşayan halkın Yemen'den ayrılma talepleri şiddete evrilmiş ve askeri kuvvetler bu şiddet olaylarını sert bir şekilde bastırmıştır.¹⁷ Şöyle ki, 22 Mayıs 1990 tarihinde kurulan Yemen Cumhuriyeti'nde 4 Mayıs-7 Temmuz 1994 tarihleri arasında kuzey ve güney arasında artan gerginliğin ortasında, ayrılıkçı güneyin bağımsızlığını ilan etmesiyle iç savaş patlak vermiştir.¹⁸ Bu noktada 1994 yılının ortasında Yemen'de meydana gelen iç savaş Soğuk Savaş'ının sona ermesinden bu yana iki

¹³ Nazlı Koca, "Yemen'de Çatışmalı Süreç ve Dinamikleri", *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 39(2), 2021, s.226.

¹⁴ İbrahim Arslan, "Yemen: İstikrarsızlaştırılan Bir Ülkede Bölgesel/Küresel Güç Mücadelesi", *Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl.1, Sayı.1, 2015, s.19; Kali Robinson, "Yemen's Tragedy: War, Stalemate, and Suffering", <https://www.cfr.org/backgrounder/yemen-crisis>, Council on Foreign Relations, 2023, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

¹⁵ David Warburton, "The Conventional War in Yemen", *The Arab Studies Journal*, Vol. 3, No. 1, Spring 1995, s.21.

¹⁶ Arı, a.g.e., s.515; Robinson, 2023.

¹⁷ Arslan, a.g.e., s.19

¹⁸ Omar Ahmed, "Remembering the 1994 Yemeni Civil War", <https://www.middleeastmonitor.com/20220504-remembering-the-1994-yemeni-civil-war/>, *Middle East Monitor*, 2022, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

profesyonel Arap ordusu arasında yaşanan ilk savaş olmuştur. Bu iç savaş durumu Yemen'i birleştiren 22 Mayıs 1990 tarihli birlik anlaşmasını yok edilmeye çalışılmıştır.¹⁹ Gelinek noktada Cumhurbaşkanı Salih'e ait silahlı kuvvetler ülkenin güneyinde başlayan isyanı iki ayda bastırmıştır.²⁰ Bu kapsamda 1994 isyanları, Yemen Cumhuriyeti'nin modern tarihinde birinci iç savaşı olmuştur. Dahası Yemen'de 1994 tarihli iç savaşı; 2004 ve 2014 tarihli iç savaşlarını da tetiklemiştir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, Yemen'de 22 Mayıs 1990 tarihinde birleşme gerçekleşmesinden kısa bir süre sonra Güney bölgesinin yeniden ayrılma çabası ve Kuzey bölgesinde bulunan otoritenin güç kullanımı neticesinde tüm Yemen topraklarında kuzeyli yöneticiler egemen güç olmuştur. Kuzeyli yöneticiler Temmuz 1994'te Aden'i ele geçirerek bütün Yemen'i kendi kontrolleri altına almaları²¹ sonrasında otoriter rejim süreklilik göstermiştir. Bu durumdan rahatsızlık duyan güneyliler ve kuzeyliler arasındaki yönetim ve iktidar krizlerinden dolayı Yemen'de sorunlar daha da derinleşmiştir. Buradan hareketle, Kurşun'a göre Yemen, 1990'lardan sonra gelen küresel değişim rüzgârlarından etkilenmiş, Kuzey ve Güney'in birleşimi ile yeni bir fırsat yakalamıştır. Fakat modern bir devletin sahip olabileceği imkânlarla sahip olunmamış ve sürekli olarak benzer sorunlar tekrarlanmıştır.²²

IV. YEMEN'İN SORUNLARI

Yemen, Körfez Savaşı'nda (17 Ocak 1991-28 Şubat 1991) Irak'ın yanında yer almıştır. Yemen, bu politikası sonrasında ABD'yi destekleyen diğer Arap ülkeleri tarafından yalnızlaştırılmıştır. Bu ülkeler, Yemen'e ekonomik yaptırımlar uygulamıştır. Yemen'i yalnızlaştırma ve ekonomik yaptırım hamlesini en sert şekilde yapan devletlerden birisi ise Yemen'e komşu olan Suudi Arabistan olmuştur. Suudi Arabistan, ülkesinde çalışan Yemenli işçilere hiçbir tazminat ödemesi yapmadan işlerine son vermiş ve bu işçiler Suudi Arabistan tarafından sınır dışı

¹⁹ Warburton, a.g.m., s.20.

²⁰ Atay Akdevelioğlu, Nuri Yeşilyurt ve Gökhan Erdem, "Tarihsel Süreklilik ve Kopuşlar Üzerinden Yemen İç Savaşı", Türkiye Ortadoğu Çalışmaları Dergisi, Cilt:10, Sayı: 1,2023, s.230

²¹ Tan, a.g.e., s.389-390.

²² Zekeriya Kurşun, "Arap Baharı Sonrası Yemen'in Çıkılmazları", 2014, <http://www.aljazeera.com.tr/gorus/arap-bahari-sonrasi-yemenin-cikmazlari>, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

edilmiştir.²³ Yemen'e uygulanan yalnızlaştırma politikası ise Yemenlileri daha da yoksullaştırarak ülkeyi ekonomik olarak büyük sıkıntılara sokmuştur.

Yemen'de birden çok sorunlar bulunmaktadır. Bu sorunların bitmesi veya en azından minimize edilmesi için yerel, ulusal ve uluslararası çözüm arayışları olmuştur. Fakat Yemen'deki sorunlar karmaşık ve şiddete dayalı olması hasebiyle kalıcı çözümler mümkün olmamıştır. 1990 yılından itibaren Yemen'deki sorunlar kısaca şunlardır: “*Yemen'in güneyinde el Kaide'nin varlığı ve ABD'nin sürekli İHA saldırıları, kuzeyde Husilerin talepleri ve kaynaklı sorunlar, kıtlık, ülkenin gelişmemesi, işsiz genç sayısı fazla olması ve kuraklıktır. Diğer taraftan Yemen'de Husilerin nüfuzunun giderek artması, yaşanan iç çatışmalarda merkezi hükümetin olaylara seyirci kalması ve orduyu çatışmalara koymama hassasiyeti, bazı suni Müslümanlar tarafından El Kaide'ye verilen desteğin artması, Husilerin el Kaide operasyonları ve Zeydilerin desteğini alması gibi sorunlar kalıcı bir hal almıştır.*” Cumhurbaşkanı Salih, bu sorunları kullanarak kendi iktidarını sürdürmüştür. Ancak Cumhurbaşkanı Salih sonrasında bu sorunlarından her biri başlı başına birer kalıcı sorun hâline dönüşmüştür.²⁴ Yemen'deki bu kapsamlı sorunlar ile hükümet veya devlet otoritesi hiçbir zaman kalabalık ve yoksul bir nüfusu olan Yemen'in toprakları üzerinde güçlü bir hâkimiyet kuramamıştır.²⁵ Öyle ki ülkede sürekli “*siyasi boşluk*” ya da “*hükümet krizi*” yaşanmıştır.

Yemen, dünyanın petrol sevkiyatlarının çoğunun geçtiği Aden Körfezi ile Kızıldeniz'i birbirine bağlayan bir boğaz üzerinde yer aldığı için stratejik olarak önemlidir.²⁶ Yemen'de güçlü bir hükümetin olmamasın temel sebebi ise Suudi Arabistan, İran ve Batılı devletler tarafından ülkenin iç işlerine müdahalesi söz konusudur. Ülkedeki iç savaşta en güçlü aktörlerden biri İran'a yakınlığı ile bilen Husiler olmaktadır. Husiler önceden bir aile veya bir aşiretten toplumsal bir güce

²³ Tan, a.g.e., s.391.

²⁴ Arı, a.g.e., s.520.

²⁵ David, N. Balaam ve Bradford Dillman, *Uluslararası Ekonomi Politika Giriş*, Çev: Nasuh Uslu, 1.baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2015, s.492.

²⁶ BBC News, “Yemen crisis: Why is there a war?”, 2021, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-29319423>, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

evrilmiştir. Böylece ülkedeki sorunların bir nedeni de Husilerin varlığı ve Husileri destekleyen İran'ın Yemen'deki vekâlet savaşı olmuştur.

V. YEMEN'DE HUSİLERİN VARLIĞI

Husiler, Şii Zeydilerin bir koludur. Zeydiler, doktrin ve inançları bakımından İran, Irak ve başka yerlerdeki Şiilerden (genellikle on iki İmam'a olan inançlarından dolayı On iki İmamcı olarak anılır) önemli ölçüde farklı olan Şiilerin bir azınlığıdır.²⁷ Husiler, Zeydiler içinde yaşayan bir aile veya aşiret olarak bilinir. Husilerin varlığı, 1990 yılında varlık gösteren Mümin Gençler Teşkilatı'na dayanmıştır.²⁸ Arı'ya göre Yemen nüfusunun yaklaşık yüzde 45-50'sini oluşturan Zeydilerin bir alt kolu olan Husiler, yerel ve iktisadi istekleri bulunan bir aşiret hareketi olarak örgütlenmiştir.²⁹

Husilerin lideri Hüseyin Bedrettin el Husi'dir. Hüseyin Bedrettin el Husi 1990 yılında el Hak Parti'sini kurmuştur. Böylece Husiler, bu parti etrafında örgütlenmişler.³⁰ Riedel'e göre Husiler, 1990'larda Cumhurbaşkanı Salih'e ve yolsuzluklarına karşı Zeydi direnişi olarak ortaya çıkmış ve adlarını da Hüseyin Bedrettin el Husi adlı karizmatik bir liderden almıştır. Tunus, Mısır ve Suriye'deki diğer Arap yöneticiler gibi Cumhurbaşkanı Salih de Arap dünyasının en fakir ülkesinin servetini kendi ailesi için çaldığı iddiası ve büyük yolsuzlukla suçlanmıştır.³¹

İran Şiiliğinden etkilenen Husiler, Yemen hükümetine karşı bir takım siyasal ve ekonomik talepleri gündeme getirmişlerdir. Öyle ki Yemen'de İmamlık rejimini tekrar kurma hedefi içerisinde olmuşlardır. Bununla birlikte hükümetin Suudi Arabistan ve ABD politikalarına muhalefet ederken İran'ın siyasi gündemini de takip eden Husiler, Lübnan'daki (2006 Hizbullah) deneyimden yararlanmaya çalışmıştır. Kabiliden büyük bir toplumsal güce evrilmiş, (Zeydi Şiiliği), El Husi

²⁷ Bruce Riedel, "Who are the Houthis, and why are we at war with them?", 2017, <https://www.brookings.edu/blog/markaz/2017/12/18/who-are-the-houthis-and-why-are-we-at-war-with-them/>, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

²⁸ Tan, a.g.e., s.391.

²⁹ Arı, a.g.e., s.521.

³⁰ Arı, a.g.e., s.522.

³¹ Bruce Riedel, "Who are the Houthis, and why are we at war with them?", <https://www.brookings.edu/blog/markaz/2017/12/18/who-are-the-houthis-and-why-are-we-at-war-with-them/>, 2017, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

liderliğinde tamamen İran Şiiliğine kaymışlar, günlük ve dini hayatlarında 12 İmam Şiiliği denen Caferiliği benimsemişlerdir.³² Buna ek olarak, Husiler, Cumhurbaşkanı Salih hükümetine karşı sürekli ayaklanmışlardır. Örneklendirmek gerekirse Husiler, 2004-2010 yılları arasında Salih hükümetine karşı altı kez ayaklanmışlardır.³³

1990 yılından itibaren Yemen Cumhuriyeti; farklı siyasi eğilimlerin olduğu, çok fazla aktörün ülkeye katkı ve destek sağladığı modern bir devlet olmuştur. Fakat iç ve dış aktörler bu modern devletin refahına ve istikrarına gölge düşürmek için tüm çabaları ile Yemen sahasında boy göstermişlerdir. Zira Yemen'in stratejik konumu ile Asya kıtasının güzergâhında olması dünya ticareti için önem arz etmiştir. Yemen içerisindeki aktörler Şii ve Suni mezheplere bölünmüş durumdadır. Bu noktada, Suudi Arabistan ve İran'ın da Suni ve Şii siyasal ve askeri aktörlere her türlü desteği vermesi söz konusudur. Yemen'de hükümeti ele geçirme ve güç mücadelesine dayalı iç savaş başlamış ve Arap Baharı isyanları ile bu durum daha da kötü bir hâle gelmiştir.

VI. ARAP BAHARI ÖNCESİ VE ARAP BAHARI SÜRECİNDE YEMEN İÇ SAVAŞI

Arap Baharı, Aralık 2011 yılında Tunus'ta genç bir seyyar satıcının kendi bedenini ateşe vermesi ile başlamış ve Arap isyanları olarak da bilinen olaylar; domino etkisiyle diğer otoriter Arap devletlere de sıçramıştır.³⁴ Arap isyanları ilk zamanlarda hükümet karşıtı protestolar olarak cereyan etmiştir, ancak devletlerin sert müdahaleleri ile bu protestolar şiddet olaylarına ve hatta savaşa evirilmiştir.³⁵

Arap isyanları; hükümetlerin yaptıkları yolsuzluklar, adam kayırma, devlet ekonomisini birkaç kişiye peşkeş çekme, işsizlik,

³² Arı, a.g.e., s.523.

³³ Robinson, 2023.

³⁴ Zelal Başak Kızıllan, "Suriye Krizi Bağlamında Avrupa Birliği ve Bölgesel Aktörler: Farklılaşan Dış Politika Tercihleri, Kesişen Hedefler", *Avrupa Birliği, Aktörler ve Suriye Krizi*, Ed: Zelal Başak Kızıllan, 1.baskı, Mardin Artuklu Üniversitesi Yayınları, Mardin, 2019, s.1.

³⁵ Ömer Duman, "Uluslararası Hukuk Açısından Libya'daki İstikrar Arayışları ve Demokrasi Deneyimi", *Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi*, 12 (2), 2022, s.38.

ekonomik sıkıntılar, şehirlerin alt yapı sorunları, nepotizm uygulamaları ve otoriter rejimlere karşı halkın protestoları sonucunda gerçekleşmiştir. İlk zamanlar barışçıl protestolar olarak başlamış, ancak askeri kuvvetlerin şiddetli müdahaleleri ile geniş çaplı iç savaflara dönüşmüştür. Arap isyanları, Tunus'tan sonra Mısır'a ve Mısır'dan sonra da Yemen'e yayılmıştır. Böylece Yemen de Arap isyanlarından en çok etkilenen devletlerden biri olmuştur. 2004 yılından beri Yemen hükümeti ile Husiler arasındaki çatışmalar 2014 yılından sonra daha da şiddetlenmiştir.

Arap Baharı ile başlayan süreçte halkın değişim ve dönüşüm talepleri Arap ülkelerinde büyük yıkımları beraberinde getirmiştir.³⁶ Bu ülkelerden biri Yemen olmuştur. Yemen'in kırılğan siyasal, ekonomik ve mezhepsel yapısı bu süreçte büyük bir zarar görmüştür. Özellikle Husilerin ekonomik ve siyasal talepleri ile başlayan hükümet karşıtı protestolar silahlı çatışmalara evrilmiştir. Yemen'de Arap Baharı sürecinin başlamasını tetikleyen temel nedenlerden birisi Husilerin 2004 yılında başlattığı hükümet karşıtı protesto ve çatışmalı süreç olmuştur.

Hüseyin Bedrettin el Husi liderliğinde Husiler, 2004 yılında kendisi de Zeydi olan Cumhurbaşkanı Salih'e karşı silahlı isyan başlatmıştır. Husiler ile Yemen Ordusu arasındaki çatışmalarda Bedrettin el Husi öldürülmüştür. Bedrettin el Husi'nin yerine kardeşi Abdülmelik el Husi geçmiştir.³⁷ Husilerin yeni lideri Abdülmelik el Husi, Yemen'de protesto ve isyanların gerçekleştirilmesinde kilit bir rolü olmuştur. Böylece Husilerin yeni lideri Yemen'deki protesto ve küçük çaplı çatışmaların iç savaşa dönüşmesinin öncüsü olacaktır. Bu kapsamda 2004 isyanları, Yemen Cumhuriyeti'nin modern tarihinde ikinci iç savaşı olmuştur.

Yemen'deki olayların sürekli artması hasebiyle kargaşanın ve istikrarsızlığın devam etmesini sağlamıştır. Yemen'in iç çatışmalarını Arı şu şekilde değerlendirmiştir: Yemen'de hükümete karşı isyanlar Husiler tarafından 2004 yılında başlatılmış, Arap Baharı ile bu isyanlar şiddetlenmiştir. Aralık 2010 tarihinde Tunus'ta başlayan ve Mısır'da devam etmiş olan Arap Baharının üçüncü durağı Yemen olmuştur. Cumhurbaşkanı Salih'in ABD ve İsrail yakınlığı iddiası ile Salih'e karşı

³⁶ Merve Şimdi ve Ömer Duman, (2020), "Arap Baharı Sonrası Akdeniz'de Güvenlik ve İnsan Hakları Etkileşimi", *Doğu Akdeniz Jeopolitik ve Ekonomi-Politik Dinamikler*, Edit: Sadullah Özel, Halil İbrahim Aydın, Murat Cihangir, Paradigma Akademi, İstanbul, 2020, s.241.

³⁷ Tan, a.g.e., s.391.

gösteriler Ocak 2011 tarihinde Sana'da başlamıştır. Gösterilerin başında Yemen askeri güçlerinin ateş açması ile 45 kişi öldürülmüştür. Bununla birlikte hükümete karşı protestolar yoğunlaşmış, Kuzey'deki Zeydiler muhalefetin (Husiler) tarafına geçmiştir. Ülkedeki muhalefetin güçlenmesinin ardından birkaç milletvekili muhalefet safına geçmiş, Salih'e verilen destek giderek azalmıştır. Ordunun birkaç üyesinin muhalefet safına geçmesi ve Saada Valisi ile güneyde Aden Valisi'nin muhalefete katılması sonrası Salih'in ordu ve bürokrasi desteği çok fazla kırılğan olmuştur. Burada Yemen halkı, aşiretler, ordu ve bürokrasinin Cumhurbaşkanı Salih ve hükümetten desteğinin çekmesinin nedenleri; i) 2013'te yeniden aday olacağı, ii) kendisinden sonra Cumhurbaşkanı koltuğuna oğlunun oturacağı iddiası, iii) hükümetin ABD ve İsrail yanlısı, iv) Kuzey'deki Husilerin İran ile bağlantıları olması ve güçlenmesi (muhalefetin artması) ve v) ülkenin fakirleşmesi ve eşitsiz bir toplumun varlığı söz konusu olmuştur.³⁸

Yemen'deki şiddet olayları artmış ve cumhurbaşkanı Salih'in hükümet koltuğunu bırakılması için Körfez İşbirliği Konseyi (KİK) devreye girmiş ve 23 Kasım 2011 tarihinde Ali Abdullah Salih yaklaşık 33 yıllık iktidarından istifa etmiştir. Cumhurbaşkanı Salih'in yerine yardımcısı Mensur Hadi geçmiştir.³⁹ 1994 yılındaki Yemen iç savaşı sırasında Hadi, dönemin Cumhurbaşkanı Salih'in hükümetinde yer almış ve sonrasında Savunma Bakanı olarak atanmış ve bu rolü ile Yemen Demokratik Cumhuriyeti'ne karşı yürütülen kampanyayı yönetmiştir. Savaşın sonunda ise başkan yardımcılığına terfi etmiştir.⁴⁰ Hadi'nin tecrübeli biri olmasından dolayı 2011 yılında Cumhurbaşkanlık görevi muhalefet tarafından da kabul görülmüştür ve 2012 yılında demokratik seçimlerin yapılması kararlaştırılmıştır.

21 Şubat 2012 tarihinde Yemen'de seçimler yapılmış, 12 milyon seçmen katılmış (katılım yüzde 65), muhalefetin de üzerinde anlaştığı Mensur el Hadi oyların yüzde 99'ünü alarak iki yıllığına Cumhurbaşkanı seçilmiştir. Cumhurbaşkanı Hadi, yeni bir anayasa yapılmasını ve 2014 yılında parlamento seçimlerin yapılmasını planlamıştır. Fakat Kuzey'de

³⁸ Arı, a.g.e., s.515-530.

³⁹ Tan, a.g.e., s.391.

⁴⁰ Al Arabiya, "Abdrabbo Mansour Hadi: Yemen's 'legitimate leader'", <https://english.alarabiya.net/perspective/profiles/2015/03/25/Yemen-s-Hadi-symbol-of-legitimacy-Houthis-see-to-eliminate>, 2015, Erişim Tarihi: 28.01.2022.

Husiler ve Güney’de el Kaide bağlantılı grupların boykotları söz konusu olmuştur. Böylece ülkede istikrarsızlık ve çatışmalar devam etmiştir. 2014 yılında Cumhurbaşkanı Hadi’nin görev süresi bitmiş ve bir yıl daha görev süresi uzatılmıştır.⁴¹ Bu durum Husileri tekrardan harekete geçirmiştir.

Deniz yolları üzerinde jeopolitik konuma sahip olan Yemen Cumhuriyeti içinde Husilerin Şii kimliğe sahip olmaları; Yemen’de İranlıların Husileri desteklemesine sebep olmuştur.⁴² İran desteği ile Husiler, Yemen silahlı kuvvetlerine karşı önemli bir üstünlük sağlamıştır. Husiler, 18 Ağustos 2014 tarihinde Abdülmelik el Husi’nin çağrısı ile protestolara başlamıştır. Gösteriler Yemen’in başkenti Sana’da etkili olmuştur. Husi militanları hükümet binalarını kuşatmış (gerekçe ise Cumhurbaşkanı Hadi’nin reformlar yapmadığı) ve gösteriler Husi ve Husi karşıtları arasında çatışmalara dönüşmüştür. Bu çatışmalı süreçten sonra Cumhurbaşkanı Hadi tarafından hükümetin feshedilmesi kararı alınmıştır.⁴³ Bundan sonra Husiler’in Yemen siyasetindeki konumları daha güçlü olmaya başlamıştır. Bu kapsamda 2014 isyanları, Yemen Cumhuriyeti’nin modern tarihinde üçüncü iç savaşı olmuştur.

Sonraki süreçte Yemen’de yeni kurulacak hükümette Husiler’in de yer alması ve petrol sübvansiyonların yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Fakat Husiler bu açıklamaları kabul etmemiş ve protestolarını sivil itaatsizlik olarak deklare etmişlerdir. Böylece hükümet kuvvetleri ile Husi militanları arasında şiddetli çatışmalar başlamıştır. Husiler, bu çatışmalarda galip gelmiş, El-Cef’i kuşatmış ve Amran’da üstünlük sağlamış ve devlet binaların çoğunu ele geçirmiştir.⁴⁴ Hükümete karşı savaştan Husiler, 2014 yılının başlarında kuzeydeki Saada eyaletinin kontrolünü ele geçirmiş ve ardından güneye doğru ilerlemeye başlamıştır.⁴⁵ Geline nokta 21 Eylül 2014 tarihinde şiddetli

⁴¹ Arı, a.g.e., 2017, s.519; Tayyar Arı, *Geçmişten Günümüze Orta Doğu Siyaset, Savaş ve Diplomasi*, Cilt I, MKM Yayınları, Bursa, 2012, s.232.

⁴² Koca, a.g.m., 2021, s.231.

⁴³ Arı, a.g.e., s.521.

⁴⁴ Arı, a.g.e., s.521; Mahmut Geldi, “Devrimden iç savaşa Yemen’de yaşananlar”, <https://www.aa.com.tr/dunya/devrimden-ic-savasa-yemende-yasananlar/1075207>, *Anadolu Ajansı*, 2018, Erişim Tarihi: 01.11.2024.

⁴⁵ BBC News, “Yemen crisis: Why is there a war?”, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-29319423>, 2021, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

çatışmalardan sonra başkent Sana, Husilerin denetimine geçmiştir.⁴⁶ 21 Eylül 2014 tarihinde Husiler Sana'daki önemli binaları işgal etmiş, Başkan istifa etmek zorunda kalmış ve yeni birlik hükümeti için anlaşma imzalanmıştır.⁴⁷

Husiler, başkent Sana'yı ele geçirmeleri neticesinde 6 Şubat 2015 tarihinde yayınladıkları deklarasyon ile ülke yönetimi ve kontrollerin tek temsilcileri olduklarını açıklamıştır. Buna ek olarak Husiler, meclisi feshettiklerini ve yeni bir parlamento açacaklarını deklere etmiştir. Yeni parlamentoda 551 kişilik “Devrim Komitesi” ve 5 kişilik “Başkanlık Konseyi”nin de kurulması kararlaştırılmıştı.⁴⁸ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) 15 Şubat 2015 tarihli 2201 sayılı kararında Husi darbesini tanımadığını açıklamıştır. Yayımlanan 2201 sayılı karar ise şu şekilde: “Husiler tarafından parlamentoyu feshetmek ve durumu ciddi şekilde turandıran Yemen hükümet kurumlarını ele geçirmek için aldığı tek taraflı eylemleri esefle karşılayarak, Husiler ve destekçileri tarafından işlenen ve Yemen'deki siyasi geçiş sürecini baltalayan şiddet eylemlerinden endişe duyarak, Yemen'in güvenliğini, istikrarını, egemenliğini ve birliğini tehlikeye atmıştır.”⁴⁹

Husiler, Sana'yı ele geçirirken devlet başkanlığı konutunu da kuşatmıştır. Cumhurbaşkanı Hadi, Suudi Arabistan'a kaçmış ve daha sonra 21 Şubat 2015 tarihinde eski Güney Yemen'in başkenti Aden'e gitmiştir. Husilerin Sana'yı ele geçirmelerinden sonra Hadi, istifaya zorlanarak görevi bırakmıştır. Fakat Aden'e dönen Hadi istifasını geri çekmiştir. Hadi, Yemen'i Aden merkezli yönetmeyi amaçlamış,⁵⁰ bu

⁴⁶ Tan, a.g.e., s.391-392.

⁴⁷ BBC News, “Yemen: Deal to end political crisis signed”, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-29302898>, 2014, Erişim Tarihi: 06.11.2024.

⁴⁸ BBC News Türkçe, “Yemen'de Husiler iktidarı ele geçirdi”, https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/02/150206_yemen_husi_meclis, 2015, Erişim Tarihi: 28.01.2022).

⁴⁹ UNSC, “Security Council Resolution 2201 (2015) [on the situation in Yemen]”, <https://www.refworld.org/docid/54eb58a84.html>, 2015, Erişim Tarihi: 28.01.2022.

⁵⁰ Stratejik Ortak, “Yemen'de Son Durum Haritası (2021)”, <https://www.stratejikortak.com/2021/11/yemende-son-durum.html>, 2021, Erişim Tarihi: 29.01.2022; Mahmut Geldi, “Devrimden iç savaşa Yemen'de yaşananlar”, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/devrimden-ic->

kapsamda çoğu ülke elçiliklerini Aden'e taşımıştır. Böylece geçici olarak Yemen'in Başkenti Aden olarak kabul görmüştür.⁵¹ Uluslararası hukuk açısından Yemen'in meşru hükümeti başkent Aden'de yönetilen Hadi olmuştur. Böylece Husilerin uluslararası hukukta meşruluğu tüm platformlarda sorgulanmıştır.

Yemen'in büyük bir bölümünü ele geçiren Husilerin ilerleyişini durdurmak için Suudi Arabistan önderliğinde Sünni çoğunluklu Arap devletlerinden oluşan KİK ülkeleri (Umman hariç), Ürdün, Mısır, Sudan, Pakistan ve Fas gibi devletler 26 Mart 2015 tarihinde bir askeri koalisyon oluşturmuştur. Suudi Arabistan liderliğinin askeri koalisyon ABD'nin de desteğini alarak Husilere karşı operasyonları havadan gerçekleştirmiştir.⁵² Yemen'i bombalayan Suudi Arabistan liderliğindeki koalisyon operasyonuna “*Kararlılık Fırtınası*” adı verilmiştir.⁵³ ABD, 2015 yılından itibaren Yemen'de Suudi Arabistan öncülüğündeki askeri müdahaleye istihbarat, askeri danışmanlık ve lojistik destek sağlamıştır.⁵⁴ Ayrıca ABD, Suudi Arabistan liderliğindeki koalisyon uçaklarına yakıt ikmalini yapıyordu, ancak Kasım 2018 tarihinden itibaren yakıt ikmalini durdurduğunu açıklamıştır.⁵⁵ Husilere karşı başlatılan hava operasyonlarında yaklaşık bir yıl içerisinde 1000 kişi hayatını kaybetmiş

savasa-yemende-yasananlar/1075207, *Anadolu Ajansı*, 2018, Erişim Tarihi: 01.11.2024.

⁵¹ Sabah, “Aden, Yemen'in fiili başkenti oluyor”, <https://www.sabah.com.tr/dunya/aden-yemenin-fiili-baskenti-oluyor-2949608>, 2015, Erişim Tarihi: 29.01.2022.

⁵² Dan Roberts ve Kareem Shaheen, “Saudi Arabia launches Yemen air strikes as alliance builds against Houthi rebels”, *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/world/2015/mar/26/saudi-arabia-begins-airstrikes-against-houthi-in-yemen>, 2015, Erişim Tarihi: 29.01.2022; Robinson, 2023.

⁵³ Al Jazeera, “Saudi-led coalition declares end to Yemen air strikes”, <https://www.aljazeera.com/news/2015/4/22/saudi-led-coalition-declares-end-to-yemen-air-strikes>, 2015, Erişim Tarihi: 29.01.2022.

⁵⁴ Timothy Robbins, Hijab Shah, and Melissa Dalton, “U.S. Support for Saudi Military Operations in Yemen”, <https://www.csis.org/analysis/us-support-saudi-military-operations-yemen>, *Center for Strategic & International Studies*, 2018, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

⁵⁵ Phil Stewart, “U.S. halting refueling of Saudi-led coalition aircraft in Yemen's war”, <https://www.reuters.com/article/us-usa-yemen-refueling/u-s-halting-refueling-of-saudi-led-coalition-aircraft-in-yemens-war-idUSKCNINE2LJ/>, Reuters, 2018, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

ve 3500 kişi de yararlanmıştı. Bu operasyonun nihai amacı Husilerin Aden'i ele geçirmesinin önüne geçmek ve İran'ın yayılmacı politikalarını önleme olmuştur. Böylece askeri koalisyon ile Şii İran'a karşı Suni bir bloğun oluşması da sağlanmıştı.⁵⁶ Fakat geniş çaplı bu askeri hava operasyonları Husilerin ilerleyişini durduramamıştır. Öyle ki Suudi Arabistan liderliğinde koalisyon güçleri, 9 yılı aşkın süredir Husiler tarafından kontrol edilen Hudeyde kentini geri alma girişimleri sonuçsuz kalmıştır. Hudeyde kenti, Yemen iç savaşının en çetin olduğu bölge olmuş ve stratejik liman kenti olarak da bilinmektedir. Meşru hükümet güçleri, stratejik liman kenti olan Hudeyde'nin bazı belde ve bölgelerinde hâkimiyetini sağlamış olsa da şehir merkezi ve stratejik limanlar hâla Husi güçlerin kontrolü altındadır.⁵⁷

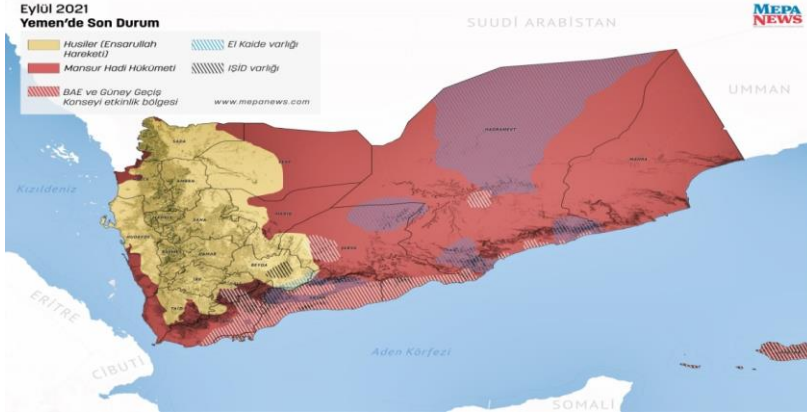
Suudi Arabistan ile Aden merkezli Hadi hükümetinin ilişkilerine dair birçok değerlendirme yapılmaktadır. Yapılan değerlendirmelerde iki aktör arasındaki ortak işbirliğinde hangi parametrelerin geçerli olduğuna yönelik ORSAM tarafından yayınlanan raporda şu analize yer verilmiştir: “*Hadi hükümetinin büyük destekçilerinden birinin Yemen’de Müslüman Kardeşlerin bir kolu olduğu düşünülen İslah partisi olması bu ilişkinin ortaklıktan ziyade bir patronaj ilişkisi olduğunu göstermektedir.*”⁵⁸ Bu çerçevede Suudi Arabistan'ın Yemen dış politikası değerler bağlamında değil de ulusal çıkarlar minvalinde şekillenmiştir. Bu gelişmeler ışığında Yemen iç savaşı boyunca İran destekli Husilerin ele geçirdiği topraklar, meşru hükümetin ve diğer aktörlerin kontrol ettiği bölgeler Şekil 1’de belirtilmiştir.

⁵⁶ Arı, a.g.e., s.534-535.

⁵⁷ TRT Haber, “Yemen iç savaşında 9 yıl: Neler oldu?”, <https://www.trthaber.com/haber/dunya/yemen-ic-savasinda-9-yil-neler-oldu-848934.html>, 2024, Erişim Tarihi: 01.11.2024.

⁵⁸ İsmail Numan Telci, Mustafa Yetim ve Gökhan Erel, “Yemen İç Savaşı: Bölgesel ve Küresel Aktörler, Yerel Unsurlar ve Çatışmanın Geleceği”, ORSAM, Rapor, No: 9, 2020, s.16.

Şekil 1: Yemen’de Son Durum⁵⁹



1990 yılından itibaren Güney Yemen ve Kuzey Yemen’in birleşmesi ile ülkede güç mücadelesi ve ülkeye hâkim olma anlayışı, Yemen’de istikrarsızlık ve fakirleşmeden başka bir şeye sebep olmamıştır. Husiler İran desteğiyle kabileden toplumsal bir aktöre dönüşürken ülke nüfusunun üçte ikisini barındıran toprakları (diğer yerler çöl ve seyrek nüfuslu) kontrol etmeye başlamıştır. Şekil 1’deki haritadan anlaşılacağı üzere sarı renkte olan Sana merkezli yerler İran destekli Husilerin kontrolünde, kırmızı olan Aden merkezli yerler ise Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Birliği (AB) ve diğer ülkelerin tanıdığı meşru hükümetin kontrolündedir. Diğer yerler ise el Kaide, İŞİD ve Birleşik Arap Emirlikleri’nin desteklediği kabilelerin kontrolündedir. Öyle ki Husiler, Yemen siyasi hayatında bir realite olmuş ve ülkenin geleceğinde söz hakkı olan önemli bir aktör durumuna gelmiştir. Bu kapsamda Gül Seda Acet’in “Yemen’de İç Savaş ve İnsani Krizlerin Boyutları” isimli makalesinde İran’ın Yemen’de Şii mezhep ajandası uygulamaya çalıştığını ileri sürmüştür. “İran Yemen’de Şii Husileri desteklerken aslında uzun vadeli planı olan “Şii Hilali” amacını gerçekleştirmek üzere bu amaçta önemli bir jeopolitiğe sahip olan Yemen’i kontrolü altında tutmaya çalışmaktadır.”⁶⁰

⁵⁹ Mepa News, “Yemen’de Son Durum (Eylül 2021)”, <https://www.mepanews.com/yemende-son-durum-eylul-2021-47351h.htm>, 2021, Erişim Tarihi: 01.11.2024.

⁶⁰ Gül Seda Acet, “Yemen’de İç Savaş ve İnsani Krizlerin Boyutları”, Social Sciences Studies Journal (SSSJJournal), Vol:4 Issue:13, 2018, s.117.

VII. YEMEN İÇ SAVAŞININ ULUSLARARASI HUKUK BOYUTU VE ANALİZİ

Uluslararası insan hakları hukukun en önemli parametrelerinden biri de insani güvenlidir. İnsani güvenlik, genel anlamda insan yaşamına saygı, temel özgürlüklerin korunması, hukukun üstünlüğünü ihlal etmeme ve güvende olma vb. durumları kapsamaktadır. Yemen’de yaşanan iç savaşta kuralları olmayan bir savaş, kadın ve çocukların sürekli yaşamları tehlikede olduğu ve yaşamı idame edecek kaynakların ortadan kaldırılması ile insani güvenlik problemlerin yaşandığı kritik bir yer hâline gelmiştir. Bu minvalde 4 Mayıs-7 Temmuz 1994 tarihleri arasında Yemen’de yaşanan iç savaşta yaşanan insan hakları ihlalleri ve insani güvenlik meseleleri İnsan Hakları İzleme Örgütü raporuna da yansımıştır. Bu raporda şu açıklamalara yer verilmiştir: “*Bu, nispeten kısa süren, yavaş ilerleyen ve çoğunlukla düzenli ordular arasında saatler süren orta ve uzun menzilli topçu atışlarıyla yapılan konvansiyonel bir savaştı. Yavaş tempo sivillerin kaçmasına ve askerlerin siper aramasına olanak sağladı. Bu faktörler, yetmiş gün süren çatışma boyunca, bilgiye dayalı tahminlere göre yaklaşık 6,000 sivil ve asker yaralı ve 1,500 ölü sayısına ulaşan nispeten düşük askeri ve sivil kayıpları açıklamaktadır.*”⁶¹

İnsan hakları, doğumdan ölüme kadar dünyadaki her insana ait olan temel hak ve özgürlüklerdir. Bunlar; kendi görüşlerinize sahip olma ve bunları ifade etme hakkı, eğitim hakkı, özel ve aile hayatı hakkı, devlet tarafından kötü muamele görmeme veya haksız yere cezalandırılmama hakkıdır.⁶² Yemen iç savaşı ile birlikte bu hakların görmezlikten gelindiği, ölümlerin arttığı, halkın yönetime katılımı engellendiği, silahlı gruplar arasındaki çatışmalardan dolayı halkın can ve mal güvenliğinin tehlike altında olduğu ve küçük yaşta çocukların askeri faaliyetler için eğitime alınmaları gibi durumlar uluslararası insan hakları hukukunun net ihlalleridir.

BM uzmanları yayınladıkları raporda, Yemen’deki Husi isyancılar tarafından askere alınmış yaklaşık 2.000 çocuğun (10 ve 17 yaş

⁶¹ Human Rights Watch, “Human Rights In Yemen During And After The 1994 War”, <https://www.hrw.org/reports/YEMEN94O.PDF>, Vol. 6, No. 1, October 1994, s.7.

⁶² Equality and Human Rights Commission, “What are human rights?”, <https://www.equalityhumanrights.com/human-rights/what-are-human-rights>, 2019, Erişim Tarihi: 15.11.2023.

arası) Ocak 2020 ile Mayıs 2021 tarihleri arasında savaş alanında öldüğünü ve İran destekli isyancıların gençleri savaşmaya teşvik eden kamplar ve kurslar düzenlemeye devam ettiğini ifade etmiştir. Ayrıca BM Güvenlik Konseyi'ne sunulan raporda uzmanlar, Husilerin ideolojilerini yaydıkları ve Yemen'in uluslararası toplumda kabul görmüş hükümetiyle yedi yıllık savaşta savaşan çocukları askere almaya çalıştıkları okullarda ve bir camide bulunan bazı yaz kamplarında eğittikleri söylemiştir. Öte taraftan BM uzmanlarına göre, “Çocuklara Husilerin 'Amerika'ya ölüm, İsrail'e ölüm, Yahudilere lanet, İslam'a zafer sloganını atmaları talimatı verilmiştir. Bir kampta, 7 yaşındaki çocuklara silahları temizlemeleri ve roketlerden kaçınmaları öğretilmiştir.”⁶³ Ancak belirtilmelidir ki, bu ve benzeri gelişmeler doğrultusunda Yemen iç savaşına yönelik BM'nin temel motivasyonu barışçıl diplomatik çabalar olmuştur.⁶⁴

Yemen iç savaşının sonlandırılması ve tekrardan düzenin tesisi için BM kararları yerine getirilmelidir. BM kararlarının uygulanmadığı için de uluslararası hukuk ihlal edilmiştir. Öte taraftan Yemen iç savaşında uluslararası hukuk normları gözetilmemiş ve İran ve Suudi Arabistan gibi ülkelerin de Yemen'in iç işlerine müdahil olmasıyla uluslararası hukuk ihlali söz konusudur. Uluslararası toplumun meşru hükümet olarak tanıdığı Aden merkezli hükümetin yönetimine karşı Sana merkezli başka bir yönetimin varlığı da uluslararası hukukun ihlalidir. Buradan hareketle, Yemen iç savaşı ile hem yönetsel hem de insani

⁶³ Edith M. Lederer, , “UN: 2,000 Children Recruited By Yemen's Rebels Died Fighting”, <https://apnews.com/article/middle-east-united-nations-yemen-houthis-17c3e19c239be8a2f41ee3e27469fc6e>, Associated Press, 2022, Erişim Tarihi: 02.02.2022; Arab News, “Houthis 'Recruiting Thousands of Yemeni Children'”, 2022, <https://www.arabnews.com/node/2014636/middle-east>, Erişim Tarihi: 02.02.2022; World Nation News, “2,000 Child Soldiers Recruited by Yemen's Houthi Rebels Died Fighting: UN Report”, 2022, <https://worldnationnews.com/2000-child-soldiers-recruited-by-yemens-houthi-rebels-died-fighting-un-report/>, Erişim Tarihi: 02.02.2022; Al Jazeera, “2,000 children recruited by Yemen's Houthis died fighting: UN”, 2022, <https://www.aljazeera.com/news/2022/1/30/2000-children-recruited-by-yemens-houthis-died-fighting-un>, Erişim Tarihi: 02.02.2022; Anadolu Ajansı, “Hundreds of children recruited by Yemen rebels killed in 2021: UN”, 2022, <https://www.aa.com.tr/en/world/hundreds-of-children-recruited-by-yemen-rebels-killed-in-2021-un/2489294>, Erişim Tarihi: 02.02.2022.

⁶⁴ Telci, Yetim ve Ereli, a.g.r., s.6.

güvenlik ile ilişkili uluslararası hukuk ihlaller söz konusudur. Yemen'deki halkın zorla yerinden edilmesi, sivil yerleşimlerin saldırıya uğraması, Yemen'in diğer devletler tarafından bombalanması, alt yapı sistemlerin tahrip edilmesi, temiz suya ve gıdaya erişimin ortadan kaldırılması, insani güvenliğin tesis edilmemesi ve seçimlerin yapılmaması gibi yapısal sorunlar da uluslararası hukuk ihlalleridir.

Yemen iç savaşına müdahil olan İran ve Suudi Arabistan'ın izlediği dış politika tamamen Yemen'in iç işleri müdahale olarak bilinmektedir. Bu ülkelerin Yemen iç savaşına dâhil olması ile sivil kayıplar artmış ve kaynakların gittikçe azalması söz konusu olmuştur. Bu ve benzeri hususlar ile ilgili atılması gereken adımlar BM Antlaşması'nın VII. Bölüm: “*Barişın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Alınacak Önlemler*” başlığı altında Madde 51'de açıkça belirtilmiştir. Madde 51'e göre “*Bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler, üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası bariş ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hanel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası bariş ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez.*”⁶⁵ Ancak belirtilmelidir ki, Yemen iç savaşının sonlandırılması için BM Güvenlik Konseyi'nin önemli bir adımı söz konusu olmamıştır. Ancak Mart 2011 tarihinde BM Güvenlik Konseyi, 1973 sayılı karar ile Libya'daki NATO operasyonuna oybirliğiyle karar vermiştir. Libya'daki NATO operasyonu yaklaşık 7 yıl sürmüş⁶⁶ ve kimi bölgelerde sivillerin korunması ve çatışmaların azaltılmasına katkı sağlamıştır. Aynı şekilde Yemen iç savaşının daha da derinleşmesini sağlayan İran ve Suudi Arabistan'ın BM Antlaşması'na aykırı bir tutum içerisinde olduğu söz konusu olmuştur. Bu anlamda BM Antlaşması'nın 2. maddesinin 4. Paragrafında “*Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in Amaçları ile*

⁶⁵ Birleşmiş Milletler Antlaşması, “Birleşmiş Milletler Antlaşması”, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf, 1945, Erişim Tarihi: 03.01.2025, s.16.

⁶⁶ Anadolu Ajansı, “NATO'nun Libya operasyonu bitti”, <https://www.aa.com.tr/tr/arsiv/natonun-libya-operasyonu-bitti/405044>, 27.10.2011, Date of Access: 03.01.2025.

bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar.”⁶⁷ Geline nokta da Yemen’de yaşanan iç savaşta İran ve Suudi Arabistan, sergilediği dış politika tercihi ile BM Antlaşması’nın normlarına rivayet etmemiştir.

Uluslararası hukuk normlarında tam olarak uluslararası silahlı çatışmaların durdurulmasına yönelik tanımlamalar bulunmamaktadır. Ancak uluslararası silahlı çatışmaların sonlandırılması noktasında uluslararası hukukun çizdiği çerçevede ateş-kes, silah bırakışımı (mütareke) ve teslim tanımlamalar/yöntemleri geçerli olabilmektedir. Öte taraftan uluslararası silahlı çatışmaların sona ermesi için barış antlaşmasının yapılması, çatışan tarafların iradesi ile (tek taraflı ya da çok taraflı) savaşın sona ermesi, çok taraflı antlaşmaların yapılması vb. yöntemler uygulanabilir.⁶⁸ Buradan hareketle, başta İran ve Suudi Arabistan gibi bölge ülkelerin doğrudan ve küresel güçlerin de dolaylı olarak müdahil olduğu Yemen iç savaşı, çok katmanlı ve çok aktörlü bir uluslararası silahlı çatışma hâline gelmiştir. Uluslararası silahlı çatışma hâline gelen Yemen iç savaşının sona ermesi için yukarıda belirtilen normlar doğrultusunda hareket edilmelidir.

Husi güçlerinin 21 Eylül 2014 tarihinde başkent Sana’yı ele geçirmesinden sonra BMGK, 16 Şubat 2015 tarihinde Sana’da hükümet ve güvenlik kurumlarında silahlı kuvvetlerin geri çekilmesi çağrısı yapmıştır. Aynı şekilde BMGK, 14 Nisan 2015 tarihinde Husilerin tüm şehirlerden geri çekilmesi için 2216 sayılı kararı kabul etmiştir.⁶⁹ Ancak Husiler BMGK’nin çağrısını ve kararını dinlememiş, aksine daha fazla bölgenin ele geçirmesi için askeri operasyonlarını devam ettirmiştir.

16 Haziran 2015 tarihinde Yemen iç savaşının sona ermesine yönelik BM gözetiminde Cenevre-1 görüşmeleri başlatılmış ve 3 gün süren müzakereler sonrasında görüşmeler sonuçsuz kalmıştır. Yemen iç savaşına yönelik barışçıl çözüm girişimlerinin bir durağı da Kuveyt olmuştur. 21 Nisan-6 Ağustos 2016 tarihleri arasında 90 gün süren

⁶⁷ Birleşmiş Milletler Antlaşması, “Birleşmiş Milletler Antlaşması”, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf, 1945, Erişim Tarihi: 03.01.2025, s.5.

⁶⁸ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 20.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s.677-680.

⁶⁹ Mahmut Geldi, “Devrimden iç savaşa Yemen’de yaşananlar”, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/devrimden-ic-savasa-yemende-yasananlar/1075207>, Anadolu Ajansı, 2018, Erişim Tarihi: 01.11.2024.

Yemen müzakereleri başarısız olmuştur. Bu ve benzeri gelişmeler akabinde 4 Aralık 2017 tarihinde Yemen eski cumhurbaşkanı Abdullah Salih Husiler tarafından katledilmiştir.⁷⁰ Husi askeri yetkililer Salih'in diğer üst düzey parti liderleriyle birlikte Sana'dan memleketi Sanhan'a giderken öldürüldüğünü açıklamıştır.⁷¹ Şöyle ki 2014 yılında Sana'nın işgalinden sonra Yemen'in güneyinde güçlenen Hadi'ye karşı Husiler ile eski Cumhurbaşkanı Salih ve bağlı güçler müttefik olmuştur. Ancak Yemen'in eski Cumhurbaşkanı Ali Abdullah Salih'in kendi müttefikleri olan ve Husiler olarak bilinen Şii isyancılar tarafından öldürmesi uluslararası toplumda da büyük bir yankı uyandırmıştır.⁷² Bu noktada Yemen'de barış müzakerelerinin başarısız olması ve sonrasında eski devlet başkanın öldürülmesi uluslararası hukuk ve insan hakları ihlali olmuştur. Bu anlamda yukarıda belirtilen gelişmeler ile İran destekli Husiler'in uluslararası toplum tarafından meşru bir aktör olarak görülmesini zorlaştırılmıştır. Öyle ki Husiler, uluslararası hukuk normlarına, savaş hukukuna ve temel hak ve hürriyetlerinin hiçbirine rivayet etmemiştir. Aynı şekilde Suudi Arabistan liderliğindeki koalisyon güçlerinin hava saldırıları ile sivil ölümler olmuş ve kaynaklar, okul, hastane, müze ve evler de büyük bir zarar görmüştür.

2019 yılında Yemen'de yaşanan insani krizlere ve Avrupa merkezli silah şirketlerinin Suudi Arabistan liderliğinde koalisyon güçlerine silahların temin edilmesinde yaşanan insan hakları ihlallerine yönelik Avrupa Anayasal Haklar ve İnsan Hakları Merkezi (ECCHR) ile bir araya gelen Uluslararası Af Örgütü (UAÖ), Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden (UCM) soruşturma başlatmasını talep etmiştir. Bu kapsamda UCM, Yemen'deki olası savaş suçlarıyla bağlantılı silah şirketlerinin yöneticilerinin soruşturulmasını talep etmiştir. Öyle ki

⁷⁰ Mahmut Geldi, “Devrimden iç savaşa Yemen'de yaşananlar”, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/devrimden-ic-savasa-yemende-yasananlar/1075207>, Anadolu Ajansı, 2018, Erişim Tarihi: 01.11.2024.

⁷¹ Patrick Wintour, “Yemen Houthi rebels kill former president Ali Abdullah Saleh”, <https://www.theguardian.com/world/2017/dec/04/former-yemen-president-saleh-killed-in-fresh-fighting>, *The Guardian*, 2017, Erişim Tarihi: 06.11.2024.

⁷² Maggie Michael and Ahmed Al-Haj, “Saleh’s death puts Yemen’s war at a crossroads”, <https://www.deepl.com/tr/translator#en/tr/Saleh%E2%80%99s%20death%20Opats%20Yemen%E2%80%99s%20war%20at%20a%20crossroads.>, *The New York Times*, 2017, Erişim Tarihi: 03.11.2024.

Yemen’de dış müdahalelerin (Suudi Arabistan, Koalisyon güçleri) UCM’nin Roma Statüsü’nün bir gereği olarak savaş suçları boyutuna girebileceği iddia edilmektedir.⁷³ Aynı şekilde İran’ın da Husiler’e askeri ve istihbarat destekleri ile aynı durumların yaşanması söz konusudur. Bu anlamda Yemen’e yönelik bölgesel ve küresel aktörlerin izledikleri dış politika insan hakları ve uluslararası hukuku ihlal etme niteliği taşımıştır. Birçok devlette yaşanan iç savaşlarda soykırım ve insanlığa karşı suçların soruşturulmasında Uluslararası Ceza Mahkemesi soruşturma başlatmış ve önemli kararlar almıştır. Aynı şekilde UCM, Yemen iç savaşına taraf olan aktörler için cezai işlemlerin başlatması gerekmektedir.

Uluslararası hukuk perspektifinde Yemen’deki iç savaşın sonlandırılması ve insani güvenliğin tesis edilmesi için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin normları referans alınması elzemdir. Bunlar; yaşam hakkı, eğitim hakkı, seçimlere katılma hakkı, din ve ifade özgürlüğü, mülkiyetin korunması ve ayrımcılığa uğramaması vb. Günün sonunda, istikrarlı ve güvenli bir Yemen için bu normlar çerçevesinde hareket edilmesi gerekir. Uluslararası hukukun da altını çizdiği gibi savaş yerine barış, uyuşmazlık yerine dostça girişimler, istikrarsızlık yerine müzakere, anlaşmazlık yerine diplomasi gibi uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri kullanılmalıdır. Bu yöntemleri, devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yolları olarak BM kurucu Anlaşması’nın 33.maddesinde görmek mümkündür.

Aralık 2018 tarihinde BM arabuluculuğunda Yemen hükümeti ve Husiler arasında esir takası, güçlerin Hudeyde Limanı’ndan karşılıklı olarak yeniden konuşlandırılması ve tartışmalı Taiz kentini görüşmek üzere bir komite kurulmasını içeren Stockholm Anlaşması imzalanmıştır.⁷⁴ Ancak Stockholm Anlaşması hedeflerine ulaşılmamış ve iki taraf da Hudeyde’den çekilmeyi kabul etmemiştir. Ayrıca Kasım 2021 tarihinde Suudi Arabistan liderliğinde koalisyonla bağlı güçler liman kenti

⁷³ Uluslararası Af Örgütü, ‘‘Uluslararası Ceza Mahkemesi, Yemen’deki olası savaş suçlarıyla bağlantılı silah şirketlerinin yöneticilerini soruşturmalı’’, <https://www.amnesty.org.tr/icerik/yemendeki-olasi-savas-suclari-icc>, 2019, Erişim Tarihi: 03.01.2025.

⁷⁴ Marcus Montgomery, ‘‘A Timeline of the Yemen Crisis, from the 1990s to the Present’’, <https://arabcenterdc.org/resource/a-timeline-of-the-yemen-crisis-from-the-1990s-to-the-present/>, Arab Center Washington DC, 2021, Erişim Tarihi: 03.11.2024; OSESGY, ‘‘Stockholm Agreement’’, <https://osesgy.unmissions.org/stockholm-agreement>, 2018, Erişim Tarihi: 06.11.2024.

Hudeyde'deki mevzilerini terk ederek isyancıların kenti geri almasına izin vermiştir.⁷⁵ Gelinek noktada uluslararası hukuk kişisi olan BM ve uluslararası hukukun kaynağı olan antlaşmalar doğrultusunda Yemen'deki insani krizin önüne geçilmek istenmiştir. Ancak Yemen iç savaşına dâhil olan ve sürekli uluslararası hukuku ihlal eden aktörler tarafından bu durum olumlu karşılanmamıştır.

Uluslararası hukuk kişisi olarak BM, Yemen iç savaşında ateşkesin sağlanması ve kalıcı barışın tesisi için 2 Nisan-2 Ekim 2022 tarihleri arasında arabuluculuk faaliyetlerinde bulunmuştur. 2022 yılında BM'nin arabuluculuğunda Yemen iç savaşına müdahil olan taraflar arasında 6 aylık bir ateşkes sağlanmıştır. Ancak 6 aylık ateşkes sürecinden sonra Yemen'in meşru hükümeti ile Husiler arasındaki çatışmalar kaldığı yerden devam etmiştir. Gelinek noktada Yemen'de yıllardır devam eden çatışmalarda yaklaşık 377 bin kişi yaşamını yitirmiştir ve ülkede sivil ölümler, açlık ve yetersiz beslenme gün geçtikçe artmaktadır.⁷⁶ Ayrıca Yemen'de yaşanan çatışmalarda dört milyondan fazla insan yerinden göç etmek zorunda kalmış ve kolera salgınları, ilaç kıtlığı ve kıtlık tehditler sürekli olarak artmıştır. Yemen iç savaşına müdahil olan taraflar arasında 2022 yılında ateşkes sağlanmış ve çatışmalara yönelik siyasi bir çözüm bulunmasına yönelik umutlar artmış, ancak sağlanan ateşkes kısa süre içerisinde son bulmuştur.⁷⁷ Bu ve benzeri gelişmeler doğrultusunda Yemen iç savaşında uluslararası hukuk ve kuralları defaten ihlal edilmiş/edilmektedir.

İkinci Dünya Savaşı'nda Nazi Almanyası'nın yenilmesi ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası insan hakları hukukunun temeli olan Cenevre Sözleşmeleri doğmuştur. Cenevre Sözleşmelerinde şu başlıklara yer verilmiştir: “i) *Faal ordularda yaralı ve hastaların iyileştirilmesi*, ii) *Denizde savaşan silahlı güçler arasındaki yaralıları, hastaları ve gemi kazası geçirenlerin iyileştirilmesi*, iii) *Savaş mahkûmlarının durumu*, iv) *Sivillerin korunması*.”⁷⁸ Buradan hareketle Yemen'de devam eden iç savaş durumunda sivillerin korunmasına yönelik

⁷⁵ Montgomery, 2021.

⁷⁶ TRT Haber, “Yemen iç savaşında 9 yıl: Neler oldu?”, <https://www.trthaber.com/haber/dunya/yemen-ic-savasinda-9-yil-neler-oldu-848934.html>, 2024, Erişim Tarihi: 01.11.2024.

⁷⁷ Robinson, 2023.

⁷⁸ BBC News Türkçe, “Cenevre Sözleşmeleri sivilleri modern savaşlardan koruyor mu?”, <https://www.bbc.com/turkce/articles/cn40melm314o>, 29 Nisan 2024, Erişim Tarihi: 03.01.2025.

herhangi bir adım atılmamıştır. Uluslararası insan hakları hukukunun temeli olan Cenevre Sözleşmelerinin normlarına rivayet edilmeyen Yemen’de sivil kayıpların artması, sağlık kuruluşların kullanılamaz hale gelmesi, temiz suya ve gıdaya erişememe vs. gelişmeler süreklilik göstermektedir.

Yemen’de Husilerin uluslararası hukuku ihlal eden saldırgan faaliyetleri minvalinde uluslararası toplumun endişeleri sürekli artmıştır. Şöyle ki 14 Eylül 2019 tarihinde İran destekli Husilerin Suudi Aramco’ya ait iki petrol tesisini (Abqaiq ve Khurais) İHA saldırısıyla vurulduğu iddia edilmiş ve ABD de İran’ı suçlamıştır.⁷⁹ Suudi Arabistan yetkililerine göre Aramco saldırısında 25 insansız hava aracı ve füze kullanılmış ve saldırıdan İran sorumlu tutulmuştur. Ayrıca saldırı yapılan tesislerde günlük 5.7 milyon varil ham petrol çıkarılma kapasitesine sahiptir.⁸⁰ Buna ek olarak Robinson’un da aktardığı gibi BM, hem Husiler hem de koalisyon güçlerinin uluslararası hukuku ihlal ederek sivil yerlere kasten saldırdığını tespit etmiştir. Örneğin Yemen iç savaşında Sınır Tanımayan Doktorlar tarafından işletilen bir hastane yıkılmış, keyfi tutuklamalar ve işkence gibi savaş suçları işlenmiştir.⁸¹ 7 Ekim 2023 tarihinden itibaren başlayan İsrail-Hamas Savaşı boyunca Husi güçleri, Kızıldeniz’de İsrail ve İsrail’i destekleyen devletlere (İngiltere, ABD vs.) yönelik uluslararası ticari gemilere karşı defalarca insansız hava araçları ile saldırmış ve füzeler fırlatmıştır.⁸² Böylece Husiler, Gazze’ye yönelik saldırıların ve katliamların sona ermesi için küresel deniz taşımacılığını

⁷⁹ Al Jazeera, “Houthi drone attacks on 2 Saudi Aramco oil facilities spark fires”, <https://www.aljazeera.com/economy/2019/9/14/houthi-drone-attacks-on-2-saudi-aramco-oil-facilities-spark-fires>, 2019, Erişim Tarihi: 02.11.2024; Ben HubbardPalko Karasz and Stanley Reed, “Two Major Saudi Oil Installations Hit by Drone Strike, and U.S. Blames Iran”, <https://www.nytimes.com/2019/09/14/world/middleeast/saudi-arabia-refineries-drone-attack.html>, The New York Times, 2019, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

⁸⁰ David Reid, “Saudi Aramco reveals attack damage at oil production plants”, <https://www.cnbc.com/2019/09/20/oil-drone-attack-damage-revealed-at-saudi-aramco-facility.html>, CNBC, 2019, Erişim Tarihi: 06.11.2024.

⁸¹ Robinson, 2023.

⁸² Euronews, “Husiler'den Kızıldeniz'de deniz taşımacılığına yönelik ilk ölümcül saldırı”, <https://tr.euronews.com/2024/03/06/husilerden-kizildenizde-deniz-tasimaciligina-yonelik-ilk-olumcul-saldiri>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

sekteye uğratmayı hedeflemiştir. Ayrıca Husiler tarafından Kasım 2023-Mayıs 2024 tarihleri arasında İsrail'in Gazze Şeridi'ne yönelik ölümcül saldırısının başlamasından bu yana 107 gemiyi hedef aldığına yönelik açıklamalarda bulunmuştur.⁸³ Bu kapsamda artan bölgesel gerilimler ve Husilerin Kızıldeniz gemilerine yönelik saldırıları hem bölgenin hem de Yemen'de gerçekleşmesi istenilen barış süreci çabalarını daha da karmaşık hâle getirmiştir.⁸⁴ Ne var ki, 7 Ekim 2023 tarihinden beri İsrail'in Gazze'de soykırım yapması ve uluslararası hukuku ihlal etmesinden kaynaklı olarak Husilerin Kızıldeniz güzergâhını kullanan gemilere yönelik saldırıları ve küresel deniz taşımacılığını hedef alınması rasyonel olmamaktadır. Bu bağlamda küresel dünyada hiçbir aktörün uluslararası hukuk ve normlarını ihlal eden bir aktöre karşı uluslararası hukuku ihlal etmesi söz konusu değildir.

Yemen'de vekâlet savaşı veren Suudi Arabistan ve İran, Yemen'in iç işlerine karışmakta ve ülkenin güvenlik ve istikrarını tehlikeye atmaktadır. İran bölgesel hedef ve projeksiyonlarla Yemen'de Husileri silahlandırıldığı iddia edilmektedir. Bu yönde 2023 yılından itibaren ulusal ve uluslararası ajansların haberleri bulunmaktadır. Şubat 2023 tarihinde Voice of America, Associated Press'i kaynak göstererek şu haberi geçmiştir: “İngiltere, Kraliyet Donanması tarafından ele geçirilen bir insansız uçağın sabit diskinde Tahran'daki Devrim Muhafızları karargâhında yapılan testlerin görüntülerinin bulunmasının ardından, İran'ın Yemen'deki Husi isyancılara gelişmiş silahlar sağladığına dair ilk kez kanıt sunduğunu açıkladı.”⁸⁵ Aynı şekilde BM ve diğer uluslararası örgütler de İran'ın Husilere askeri teçhizat, donanım ve iktisadi yardımlarda bulunduğunu açığa çıkarmıştır.⁸⁶ İran, Yemen'in meşru hükümetinin düşürülmesi için ülke içerisindeki diğer aktörleri silahlandırması uluslararası hukuka uygun bir durum olmadığı aşikârdır.

⁸³ Aziz Al-Ahmad, “Yemen's Houthis say they attacked 107 ships since November”, <https://www.aa.com.tr/en/africa/yemen-s-houthis-say-they-attacked-107-ships-since-november/3208367>, *Anadolu Ajansı*, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2023.

⁸⁴ The World Bank Group, “The World Bank In Yemen”, <https://www.worldbank.org/en/country/yemen/overview>, 2024, Erişim Tarihi: 06.11.2024.

⁸⁵ Voice of America, “UK Presents Evidence Linking Iran in Houthi Weapon Supply”, <https://www.voanews.com/a/uk-presents-evidence-linking-iran-in-houthi-weapon-supply/6961928.html>, 2023, Erişim Tarihi: 03.11.2024.

⁸⁶ Telci, Yetim ve Ereli, a.g.r., s.9.

Bu ve benzeri gelişmelere rağmen İran defaten Husileri siyasi olarak desteklediğini, ancak örgüte silah göndermediğini ileri sürmektedir.⁸⁷ Ayrıca Uluslararası Af Örgütü de Birleşik Arap Emirlikleri'nin Yemen iç savaşında varlık gösteren “*terörist gruplara*” yasal olmayan yollardan silah sağladığına yönelik bir rapor yayınlamıştır.⁸⁸ Bu noktada, Yemen iç savaşında Suudi Arabistan destekli ve Aden merkezli olarak BM'nin tanıdığı meşru hükümet ile İran destekli ve Sana merkezli Husiler, zaman zaman bağımlı oldukları devletlerin politikalarına göre hareket etmektedirler. Böylece Yemen'deki bu silahlı aktörler (devlet ve devlet dışı), savaş vasıtası ile kendi halkına ve kendi kaynaklarına büyük bir zarar vermektedir. Böylece, uzun yıllardır Yemen'de haksız ve korkutucu bir savaş devam etmektedir.

19 Ağustos 2024 tarihinde BM Dünya Sağlık Örgütü, Yemen'deki insani krize dikkat çekmiş ve resmi sosyal medya hesabı olan X'te şu açıklamada bulunmuştur: “*Yemen, hastalık ve çatışmanın getirdiği çifte yük ile karşı karşıyadır. 17.8 milyon kişinin sağlık yardımına ihtiyacı var ve bunların arasında 5 yaşın altındaki 540 bin çocuk da bulunuyor. Çatışmaların devam ettiği ve sağlık sisteminin çöktüğü bir ortamda insanlık için harekete geçmemiz çok önemlidir.*” Ayrıca Yemen'de yarım milyon çocuk bir deri bir kemik kalmış durumdadır.⁸⁹ Böylece Yemen'deki insani kriz gün geçtikçe derinleşmektedir ve Yemen'deki silahlı aktörlerin hukuk dışı uygulamaları ve saldırıları devam etmektedir. Aynı saiklerle 2024 yılında UNICEF, Gıda ve Tarım Örgütü, Dünya Gıda Programı ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından yayınlanan ortak bir raporda Yemen'in batı kıyısındaki yetersiz beslenme seviyelerinin ilk kez “*son derece kritik*” seviyelere ulaştığını vurgulanmıştır. Aynı raporda şu önemli krize de dikkat çekilmiştir: “*Aynı havza bölgesinde, 2024 yılında yaklaşık 223.000*

⁸⁷ Thomas O Falk, “The limits of Iran’s influence on Yemen’s Houthi rebels”, <https://www.aljazeera.com/news/2022/3/8/the-limits-of-irans-influence-on-yemens-houthi-rebels>, *Al Jazeera*, 2022, Erişim Tarihi: 04.11.2024.

⁸⁸ Telci, Yetim ve Erel, a.g.r., s.7.

⁸⁹ WHO Yemen, “Act For Humanity”, <https://x.com/WHOYemen/status/1825481187290161342>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024; Middle East Monitor, “Yemen: half-a-million children severely emaciated”, <https://www.middleeastmonitor.com/20240820-yemen-half-a-million-children-severely-emaciated/>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

hamile ve emziren kadının yetersiz beslendiği tespit edilmiştir.”⁹⁰ BM Dünya Gıda Programı tarafından Ağustos 2024 tarihinde yayınlanan raporda “*Temmuz 2024’te Yemen’deki hanelerin yüzde 62’si gıda tüketiminin yetersiz olduğunu bildirdi ki bu şimdiye kadar kaydedilen en yüksek oran*” tespitinden bulunmuştur. Bu oranın hangi bölgelerinde olduğuna dair şu açıklamada bulunmuştur: “*Bu oran meşru hükümetin kontrolündeki bölgelerde yüzde 64, Husi grubunun kontrolündeki bölgelerde ise yüzde 61’dir.*”⁹¹ Ayrıca BM Dünya Gıda Programı tarafından 9 Eylül 2024 tarihinde yayınlanan raporda Ağustos 2024 tarihinde ülke genelinde nüfusun yüzde 64’ü yetersiz gıda tüketimiyle karşı karşıya olduğu belirtilmiştir. Böylece BM Dünya Gıda Programı’nın Yemen’de kaydettiği en yüksek oran olmaktadır. Öyle ki BM Dünya Gıda Programı ülke genelinde nüfusun yüzdesi olarak Mart’ta 46, Nisan’da 51, Mayıs’ta 58 ve Haziran’da 60 oranında yetersiz gıda tüketimin olduğunu açıklamıştır (2024 yılı içerisinde).⁹² Bu ve benzeri insani krizler bağlamında Yemen’de uluslararası insan haklarının önem arz ettiği yaşam, beslenme, konut, sağlık, eğitim vs. haklar büyük bir tehlike altında ve çoğu bölgelerde bu haklar sekteye uğratılmaktadır.

7 Ekim 2023 tarihinden itibaren İsrail’in Gazze’ye yönelik saldırılarına Almanya’nın siyasi, iktisadi ve askeri destek sağladığını ileri süren Nikaragua devleti Uluslararası Adalet Divanı’na (UAD) dava açmıştır. Buna yönelik UAD’nın önemli kararında “*soykırımın ve diğer savaş suçlarının işlendiği bir bölgeye silah sevkiyatı yapan devletleri,*

⁹⁰ Middle East Monitor, “Acute malnutrition in areas controlled by Yemeni gov’t increases by 34% in 2024: UN”, <https://www.middleeastmonitor.com/20240818-acute-malnutrition-in-areas-controlled-by-yemeni-govt-increases-by-34-in-2024-un/>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

⁹¹ UN World Food Programme, “WFP Yemen Situation Report #8, August 2024”, <https://reliefweb.int/report/yemen/wfp-yemen-situation-report-8-august-2024>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024; Yemen Shabab, “UN report: 62% of Yemenis do not get enough food”, <https://yemenshabab.net/en/sections/NEWS/Locals/abf1bc20-683e-11ef-9772-4292e6ba5caa>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

⁹² UN World Food Programme, “WFP Yemen Situation Report #9 September 2024”, <https://reliefweb.int/report/yemen/wfp-yemen-situation-report-9-september-2024>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024; Yemen Shabab, “UN report: 64% of Yemen's population does not have enough food”, <https://yemenshabab.net/en/sections/NEWS/Locals/a29f6848-9846-11ef-aa34-1e56795a43c0>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

*işlenen suçlardan sorumlu tutulabilme ihtimali olduğu*⁹³ belirtilmiştir. Bu kapsamda UAD, Yemen iç savaşında insanlığa karşı suçlar işleyen taraflara siyasi, iktisadi, askeri ve istihbarat desteği sunan Suudi Arabistan, İran, Arap Birleşik Emirlikleri, Batılı devletlerini de sorumlu tutması gerekmektedir. Aksi takdirde Yemen’de meydana gelen insani krizler, soykırım niteliği taşıyan gelişmeler ve insanlığa karşı suçlar uzun bir süre devam edecektir. Ayrıca İsrail, Yemen’de varlık gösteren Husiler’in İsrail’e yönelik saldırılarına karşılık 26 Aralık 2024 tarihinde hava saldırıları ile Sanaa’nın uluslararası havaalanını ve Yemen’deki diğer hedefleri vurmuştur. İsrail’in ölümcül saldırısına yönelik Dünya Sağlık Örgütü Başkanı Tedros Adhanom Ghebreyesus “*uluslararası hukuk uyarınca sivil tesislerin korunmasına saygı gösterilmesi gerektiğini*”⁹⁴ vurgulamıştır. Bu çerçevede İsrail, başta Yemen olmak üzere diğer Ortadoğu ülkelerinin (Suriye, Filistin, Lübnan, Yemen, İran vs.) ülke bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlıklarına karşı kuvvet kullanmaktan geri durmamaktadır. UAD, Yemen’e yönelik İsrail’in devam eden hava saldırıları ile insanlığa karşı işlenen suçlardan İsrail’i de sorumlu tutmalıdır.

VIII. SONUÇ

Yemen’deki iç savaş ve siyasi boşluk İran destekli Husiler (Şii) tarafından doldurulmuştur. Yaklaşık yirmi yıl süren iç savaşta mutlak galibiyet Husiler’in olmuş ve askeri ve siyasi yapılanmaları ile Yemen’in siyasal hayatında temel aktör olma potansiyeline sahip olmuşlardır. Yemen’deki direnişleri ve savaşma kabiliyetleri İran’ın eğitim ve askeri desteği sayesinde olmuş ve Yemen’deki hükümet güçlerine karşı üstünlükleri de bunun bir yansıması olduğu sonucuna varılmıştır.

⁹³ Melike Pala, “Uluslararası Adalet Divanı, soykırım için silah sağlayanların da sorumlu tutulabileceğini hatırlattı”, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/uluslararasi-adalet-divani-soykirim-icin-silah-saglayanlarin-da-sorumlu-tutulabilecegini-hatirlatti/3206529#>, *Anadolu Ajanstı*, 30.04.2024, Erişim Tarihi: 03.01.2025.

⁹⁴ Ahram Online, “WHO chief says narrowly escaped death in Israeli strikes on Yemen airport”, <https://english.ahram.org.eg/NewsContent/2/8/537679/World/Region/WHO-chief-says-narrowly-escaped-death-in-Israeli-s.aspx>, 28 Dec 2024, Date of Access: 03.01.2024.

Yemen’de Sunilere en üst perdeden askeri, diplomatik, ekipman, sağlık, gıda ve ekonomik destek sağlayan ülke Suudi Arabistan’dır. Suudi Arabistan’ın Yemen halkının istikrarına önem vermesinin temel nedenlerinde birisi kendi ülke sınırlarının bekasını sağlamak için bu desteği zorunlu kılmıştır. Suudi Arabistan’ın en uzun sınırı Yemen sınırındır ve Yemen’de meydana gelen iç savaşta göçmenlerin sığındığı kendi toprakları olmuştur. Hâliyle Suudi Arabistan’ın Yemen’deki bu iç savaşa müdahil olma durumu kaçınılmaz olmuştur. Suudi Arabistan’ın diğer bir amacı ise Şii İran’ın Yemen’deki yayılcı politikalarına karşı bir Sünni blok kurma arayışı olmuştur. Bu minvalde Suudi Arabistan’ın dış politikasında Yemen’in meşru hükümetine ve Sunilere her türlü desteği ulusal çıkarları doğrultusunda şekillenmiştir.

Arap Baharı ile çoğu Arap ülkelerinde yıkım, ölüm ve acılar yaşanmıştır. Bu yaşananlar Arap halkının yoksullaşmasına neden olmuş ve devletlerin yapılarını tahrip etmiştir. Arap Baharı, halka karşı hükümetler sert güvenlikçi politikalar ile insan hakları ihlalleri ve uluslararası hukuk kurallarının ihlal edildiği bir süreç olmuştur.⁹⁵ Arap isyanlarından en kötü etkilenen Arap ülkelerinden birisi Yemen olmuş ve ülkede yıkım, ölüm ve acıları günümüze kadar devam etmiştir. Yemen iç savaşında en çok korkulan durum Suni-Şii çatışması yani mezhep çatışması tehlikesi olmuştur. Fakat tam olarak Suni-Şii çatışması söz konusu değil, kimilerine göre güç mücadelesi, ancak genel anlamda üzerinde uzlaşılan durum ise Yemen üzerinde Suudi Arabistan-İran vekâlet savaşı olmaktadır. Bu bağlamda Acet’in değerlendirmesi de şu şekilde: “*Yemen de İran ve Suudi Arabistan’ın bölgede nüfuzlarını arttırmaya yönelik verdikleri mücadele alanlarından biri olmuş ve Arap Baharı da buna bir kılıf olmuştur.*”⁹⁶

Yemen’de Zeydiler (Şii) ve Suniler yıllarca beraber yaşamışlar ve büyük sorunlar olmadan yaşamlarını idame etmişlerdir. Fakat Cumhurbaşkanı Salih’in tutarsız ve dışlayıcı siyasetiyle Zeydiler Yemen iç savaşında muhalefetin (Husiler) tarafına geçmesine neden olmuştur. Zeydiler Suni dünya ile iyi ilişkileri olmasına rağmen Husilerin tarafına geçmişler ve doğal olarak İran ile temas kurmuşlardır. Böylece Zeydiler İran destekli Husilerin birer parçası hâline gelmiştir. Yemen’in siyasi

⁹⁵ Ömer Duman, “Arap Baharı Sonrası Türkiye-Mısır İlişkileri”, *Dünya Siyasetinde Afrika* 7, ed: İsmail Ermağan ve Elem Eyryce Tüpekcilioğlu, Nobel, Ankara, 2021, s.400.

⁹⁶ Acet, a.g.m., s.118.

yapılanması içerisinde Kuzey Yemen, İran'a peşkeş çekilmiş ve bunu sağlayan nedenler arasında BM, Batılı ve komşu devletlerin Yemen iç savaşına müdahil olmaması ve Yemen hükümetinin olaylara geç müdahalesi olmuştur. Bunlar doğrultusunda Yemen iç savaşına müdahil olan aktörler tarafından BM ve Körfez ülkelerin çözüm önerileri kabul edilmemiştir. Yemen iç savaşının bitmesi ve kısa vadede çözüm ise mümkün değildir. Özet olarak, uluslararası toplumun tüm uyarılarına ve kararlarına rağmen Suudi Arabistan ve İran'ın vekâlet savaşına dönüştüğü Yemen iç savaşının kısa sürede bitmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

Çalışmada 1994, 2004 ve 2014 yıllarında Yemen'de vuku bulan iç savaşlarda; savaş kuralları, insan hakları (yaşam, sağlık, hürriyet, eğitim vs.) ve uluslararası hukuk sürekli olarak ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca Yemen iç savaşında yer alan aktörler; uluslararası hukuk kişilerin önerilerini ve çözüm önerilerini defaten reddetmiş ve uluslararası hukukun kaynağı olan uluslararası antlaşmaları da dikkate almamaktadır. Bundan ötürü Yemen iç savaşında uluslararası hukukun hiçbir normuna itaat edilmediği tespit edilmiştir. Bütün bunlara ek olarak, çalışmada bölgesel ve küresel devletler Yemen'in iç işlerine karışmaları hasebiyle ülkede yaşanan insani krizlerin artmasına sebebiyet verilmekte ve sürekli olarak uluslararası hukuk ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Yemen iç savaşının bitmesi ve istikrarlı bir Yemen için şu politika önerileri takip edilmeli; Yemen'de bulunan yabancı devletler askerilerini ve desteklerini (ekipman) geri çekmeli, Yemen'in geleceğine Yemen halkı karar vermeli (Suudi Arabistan ve İran değil), taraflar arasında uzlaşma ve barış sağlanmalı, iç savaşa müdahil olan tarafların dışlanması önlenmeli ve son bulmalı, taraflar arasında psikolojik handikaplar ortadan kaldırılmalı, uluslararası hukuka uygun olarak arabuluculuk ve diplomasi kanalları kullanılmalı, toplumsal barış sağlanmalı ve son olarak da Yemen'in toprak bütünlüğü ve stratejik konumu korunmalıdır. Bu noktada, Yemen uzun bir kültürel hafızaya sahip ve kadim bir ülkenin yok olmaması ve halkın refahı için belirtilen politika önerileri doğrultusunda barışçıl yollar ve tutumlar benimsenmelidir. Yemen'de her gün çözümsüzlük ve halkın acıları söz konusu ve bu acıların son bulması için tüm aktörler inisiyatif almalı ve ortak bir hümanist politika etrafında toplanmalıdır. Aksi bir durumda Yemen halkı için çözümsüzlük, yıkım, ölüm ve halkın acıları kalıcı bir hâle gelebilir. Öyle ki, barışçıl yollarla çözümün olmadığı meselelerde çözümsüzlük durumu süreklilik gösterir.

KAYNAKÇA

- Acet, Gül Seda: “Yemen’de İç Savaş ve İnsani Krizlerin Boyutları”, *Social Sciences Studies Journal (SSSJJournal)*, Vol:4 Issue:13, 2018, s.114-125.
- Ahmed, Omar: “Remembering the 1994 Yemeni Civil War”, <https://www.middleeastmonitor.com/20220504-remembering-the-1994-yemeni-civil-war/>, *Middle East Monitor*, 2022, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Ahram Online, “WHO chief says narrowly escaped death in Israeli strikes on Yemen airport”, <https://english.ahram.org.eg/NewsContent/2/8/537679/World/Region/WHO-chief-says-narrowly-escaped-death-in-Israeli-s.aspx>, 28 Dec 2024, Date of Access: 03.01.2024.
- Akdevelioğlu, Atay: Yeşilyurt, Nuri ve Erdem, Gökhan: “Tarihsel Süreklilik ve Kopuşlar Üzerinden Yemen İç Savaşı”, *Türkiye Ortadoğu Çalışmaları Dergisi*, Cilt:10, Sayı: 1, 2023, s.217-254.
- Al Arabiya, “Abdrabbo Mansour Hadi: Yemen’s ‘legitimate leader’”, <https://english.alarabiya.net/perspective/profiles/2015/03/25/Yemen-s-Hadi-symbol-of-legitimacy-Houthis-see-to-eliminate>, 2015, Erişim Tarihi: 05.11.2024.
- Al Jazeera, “Houthi drone attacks on 2 Saudi Aramco oil facilities spark fires”, <https://www.aljazeera.com/economy/2019/9/14/houthi-drone-attacks-on-2-saudi-aramco-oil-facilities-spark-fires>, 2019, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Al Jazeera, “Timeline: History of Separatism in Southern Yemen”, <https://www.aljazeera.com/news/2020/4/26/timeline-history-of-separatism-in-southern-yemen>, 2020, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Al Jazeera, “2,000 children recruited by Yemen’s Houthis died fighting: UN”, 2022, <https://www.aljazeera.com/news/2022/1/30/2000-children-recruited-by-yemens-houthis-died-fighting-un>, 2022, Erişim Tarihi: 05.11.2024.
- Al Jazeera, “Saudi-led coalition declares end to Yemen air strikes”, <https://www.aljazeera.com/news/2015/4/22/saudi-led-coalition-declares-end-to-yemen-air-strikes>, 2015, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

- Al-Ahmad, Aziz: “Yemen’s Houthis say they attacked 107 ships since November”, <https://www.aa.com.tr/en/africa/yemen-s-houthis-say-they-attacked-107-ships-since-november/3208367>, *Anadolu Ajansı*, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Anadolu Ajansı, “NATO'nun Libya operasyonu bitti”, <https://www.aa.com.tr/tr/arsiv/natonun-libya-operasyonu-bitti/405044>, 27.10.2011, Erişim Tarihi: 03.01.2025.
- Anadolu Ajansı, “Hundreds of children recruited by Yemen rebels killed in 2021: UN”, <https://www.aa.com.tr/en/world/hundreds-of-children-recruited-by-yemen-rebels-killed-in-2021-un/2489294>, 2022, Erişim Tarihi: 05.11.2024.
- Arab News, “Houthis ‘Recruiting Thousands of Yemeni Children’”, 2022, <https://www.arabnews.com/node/2014636/middle-east>, 2022, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Arı, Tayyar: *Geçmişten Günümüze Orta Doğu Iran, İran, Petrol, Filistin Sorunu ve Arap Baharı*, Cilt II, Dora, Bursa, 2017.
- Arı, Tayyar: *Geçmişten Günümüze Orta Doğu Siyaset, Savaş ve Diplomasi*, Cilt I, MKM Yayınları, Bursa, 2012.
- Armaoğlu, Fahir: *Filistin Meselesi ve Arap-İsrail Savaşları (1948-1988)*, 5.Baskı, Kronik, İstanbul, 2019.
- Arslan, İbrahim: “Yemen: İstikrarsızlaştırılan Bir Ülkede Bölgesel/Küresel Güç Mücadelesi”, *Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:1, Sayı:1, 2015, s.16-48.
- Balaam, N. David ve Dillman Bradford: *Uluslararası Ekonomi Politika Giriş*, Çev: Nasuh Uslu, 1.Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2015.
- BBC News Türkçe, “Cenevre Sözleşmeleri sivilleri modern savaşlardan koruyor mu?”, <https://www.bbc.com/turkce/articles/cn40melm314o>, 29 Nisan 2024, Erişim Tarihi: 03.01.2025.
- BBC News Türkçe, “Yemen'de Husiler iktidarı ele geçirdi”, https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/02/150206_yemen_husi_meclis, 2015, Erişim Tarihi: 28.01.2022.
- BBC News, “Yemen: Deal to end political crisis signed”, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-29302898>, 2014, Erişim Tarihi: 06.11.2024.

- BBC News, “Yemen crisis: Why is there a war?”, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-29319423>, 2021, Erişim Tarihi: 27.01.2022.
- Birleşmiş Milletler Antlaşması, “Birleşmiş Milletler Antlaşması”, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf, 1945, Erişim Tarihi: 03.01.2025.
- Cole, Sarah: “The Economic Disaster Behind the Yemen Civil War”, *The Foreign Analyst*, <http://theforeignanalyst.com/the-economic-disaster-behind-the-yemen-civil-war>, 2019, Erişim Tarihi: 27.01.2022.
- Doğan, İlyas: “İnsan Hakları Hukukunun Temel Özellikleri”, *İnsan Hakları Hukuku*, ed: İlyas Doğan, 3.Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2019, s.49-86.
- Duman, Ömer: “Uluslararası Hukuk Açısından Libya'daki İstikrar Arayışları ve Demokrasi Deneyimi”, *Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi*, 12 (2), 2022, s.21-43.
- Duman, Ömer: “Arap Baharı Sonrası Türkiye-Mısır İlişkileri”, *Dünya Siyasetinde Afrika 7*, ed: İsmail Ermağan ve Elem Eyricce Tüpekcilioğlu, Nobel, Ankara, 2021, s.395-420.
- Equality and Human Rights Commission, “What are human rights?”, <https://www.equalityhumanrights.com/human-rights/what-are-human-rights>, 2019, Erişim Tarihi: 15.11.2023.
- Euronews, “Husiler'den Kızıldeniz'de deniz taşımacılığına yönelik ilk ölümcül saldırı”, <https://tr.euronews.com/2024/03/06/husilerden-kizildenizde-deniz-tasimaciligina-yonelik-ilk-olumcul-saldiri>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Falk, Thomas O: “The limits of Iran’s influence on Yemen’s Houthi rebels”, <https://www.aljazeera.com/news/2022/3/8/the-limits-of-irans-influence-on-yemens-houthi-rebels>, *Al Jazeera*, 2022, Erişim Tarihi: 04.11.2024.
- Geldi, Mahmut: “Devrimden iç savaşa Yemen'de yaşananlar”, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/devrimden-ic-savasa-yemende-yasananlar/1075207>, *Anadolu Ajansı*, 2018, Erişim Tarihi: 01.11.2024.

- Human Rights Watch, “Human Rights In Yemen During And After The 1994 War”, <https://www.hrw.org/reports/YEMEN94O.PDF>, Vol. 6, No. 1, October 1994.
- Karasz, Ben HubbardPalko and Reed, Stanley: “Two Major Saudi Oil Installations Hit by Drone Strike, and U.S. Blames Iran”, <https://www.nytimes.com/2019/09/14/world/middleeast/saudi-arabia-refineries-drone-attack.html>, *The New York Times*, 2019, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Kızıllan, Zelal Başak: “Suriye Krizi Bağlamında Avrupa Birliği ve Bölgesel Aktörler: Farklılaşan Dış Politika Tercihleri, Kesişen Hedefler”, *Avrupa Birliği, Aktörler ve Suriye Krizi*, Edit: Zelal Başak Kızıllan, Birinci Baskı, Mardin Artuklu Üniversitesi Yayınları, Mardin, 2019, s.1-21.
- Koca, Nazlı: “Yemen’de Çatışmalı Süreç ve Dinamikleri”, *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 39(2), 2021, s.223-235.
- Kurşun, Zekeriya: “Arap Baharı Sonrası Yemen'in Çıkmazları”, <http://www.aljazeera.com.tr/gorus/arap-bahari-sonrasi-yemenin-cikmazlari>, 2014, Erişim Tarihi: 27.01.2022.
- Lederer, Edith M: “UN: 2,000 Children Recruited By Yemen’s Rebels Died Fighting”, <https://apnews.com/article/middle-east-united-nations-yemen-houthis-17c3e19c239be8a2f41ee3e27469fc6e>, 2022, *Associated Press*, Erişim Tarihi: 02.02.2022.
- Mepa News, “Yemen'de Son Durum (Eylül 2021)”, <https://www.mepanews.com/yemende-son-durum-eylul-2021-47351h.htm>, 2021, Erişim Tarihi: 05.01.2022.
- Michael, Maggie ve Al-Haj, Ahmed: “Saleh’s death puts Yemen’s war at a crossroads”, <https://www.deepl.com/tr/translator#en/tr/Saleh%E2%80%99s%20death%20puts%20Yemen%E2%80%99s%20war%20at%20a%20crossroads.>, *The New York Times*, 2017, Erişim Tarihi: 03.11.2024.
- Middle East Monitor, “Acute malnutrition in areas controlled by Yemeni gov't increases by 34% in 2024: UN”, <https://www.middleeastmonitor.com/20240818-acute-malnutrition-in-areas-controlled-by-yemeni-govt-increases-by-34-in-2024-un/>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

- Middle East Monitor, “Yemen: half-a-million children severely emaciated”, <https://www.middleeastmonitor.com/20240820-yemen-half-a-million-children-severely-emaciated/>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Montgomery, Marcus: “A Timeline of the Yemen Crisis, from the 1990s to the Present”, <https://arabcenterdc.org/resource/a-timeline-of-the-yemen-crisis-from-the-1990s-to-the-present/>, *Arab Center Washington DC*, 2021, Erişim Tarihi: 03.11.2024.
- OSESGY, “Stockholm Agreement”, <https://osesgy.unmissions.org/stockholm-agreement>, 2018, Erişim Tarihi: 06.11.2024.
- Pala, Melike: “Uluslararası Adalet Divanı, soykırım için silah sağlayanların da sorumlu tutulabileceğini hatırlattı”, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/uluslararasi-adalet-divani-soykirim-icin-silah-saglayanlarin-da-sorumlu-tutulabilecegini-hatirlatti/3206529#>, *Anadolu Ajansı*, 30.04.2024, Erişim Tarihi: 03.01.2025.
- Pazarcı, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, 20.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Reid, David: “Saudi Aramco reveals attack damage at oil production plants”, <https://www.cnbc.com/2019/09/20/oil-drone-attack-damage-revealed-at-saudi-aramco-facility.html>, *CNBC*, 2019, Erişim Tarihi: 06.11.2024.
- Riedel, Bruce: “Who are the Houthis, and why are we at war with them?”, <https://www.brookings.edu/blog/markaz/2017/12/18/who-are-the-houthis-and-why-are-we-at-war-with-them/>, 2017, Erişim Tarihi: 27.01.2022.
- Robbins, Timothy: Shah, Hijab ve Dalton, Melissa: “U.S. Support for Saudi Military Operations in Yemen”, <https://www.csis.org/analysis/us-support-saudi-military-operations-yemen>, *Center for Strategic & International Studies*, 2018, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Roberts, Dan ve SHAHEEN Kareem: “Saudi Arabia launches Yemen air strikes as alliance builds against Houthi rebels”, *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/world/2015/mar/26/saudi-arabia->

- begins-airstrikes-against-houthi-in-yemen, 2015, Erişim Tarihi: 29.01.2022.
- Robinson, Kali: “Yemen’s Tragedy: War, Stalemate, and Suffering”, <https://www.cfr.org/backgrounder/yemen-crisis>, Council on Foreign Relations, 2023, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Sabah, “Aden, Yemen’in fiili başkenti oluyor”, <https://www.sabah.com.tr/dunya/aden-yemenin-fiili-baskenti-oluyor-2949608>, 2015, Erişim Tarihi: 29.01.2022.
- Stewart, Phil: “U.S. halting refueling of Saudi-led coalition aircraft in Yemen's war”, <https://www.reuters.com/article/us-usa-yemen-refueling/u-s-halting-refueling-of-saudi-led-coalition-aircraft-in-yemens-war-idUSKCN1NE2LJ/>, *Reuters*, 2018, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Stratejik Ortak, “Yemen’de Son Durum Haritası (2021)”, 2021, <https://www.stratejikortak.com/2021/11/yemende-son-durum.html>, Erişim Tarihi: 29.01.2022.
- Şimdi, Merve ve Duman, Ömer: “Arap Baharı Sonrası Akdeniz’de Güvenlik ve İnsan Hakları Etkileşimi”, *Doğu Akdeniz Jeopolitik ve Ekonomi-Politik Dinamikler*, ed: Sadullah Özel, Halil İbrahim Aydın, Murat Cihangir, İstanbul: Paradigma Akademi, 2020, s.241-252.
- Tan, Altan: *Hız İbrahim’in Ayak İzlerinde ORTADOĞU*, 1.Baskı, Çıra, İstanbul, 2016.
- Telci, İsmail Numan: Yetim, Mustafa ve Ereli, Gökhan: “Yemen İç Savaşı: Bölgesel ve Küresel Aktörler, Yerel Unsurlar ve Çatışmanın Geleceği”, *ORSAM*, Rapor, No: 9, 2020, s.1-22.
- The World Bank Group, “The World Bank In Yemen”, <https://www.worldbank.org/en/country/yemen/overview>, 2024, Erişim Tarihi: 06.11.2024.
- TRT Haber, “Yemen iç savaşında 9 yıl: Neler oldu?”, <https://www.trthaber.com/haber/dunya/yemen-ic-savasinda-9-yil-neler-oldu-848934.html>, 2024, Erişim Tarihi: 01.11.2024.
- Uluslararası Af Örgütü, “Uluslararası Ceza Mahkemesi, Yemen’deki olası savaş suçlarıyla bağlantılı silah şirketlerinin yöneticilerini soruşturmalı”, <https://www.amnesty.org.tr/icerik/yemendeki-olasi-savas-suclari-icc>, 2019, Erişim Tarihi: 03.01.2025.

- UN World Food Programme, “WFP Yemen Situation Report #8, August 2024”, <https://reliefweb.int/report/yemen/wfp-yemen-situation-report-8-august-2024>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- UN World Food Programme, “WFP Yemen Situation Report #9 September 2024”, <https://reliefweb.int/report/yemen/wfp-yemen-situation-report-9-september-2024>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- UNSC, “Security Council Resolution 2201 (2015) [on the situation in Yemen]”, 2015, <https://www.refworld.org/docid/54eb58a84.html>, Erişim Tarihi: 28.01.2022.
- Voice of America, “UK Presents Evidence Linking Iran in Houthi Weapon Supply”, <https://www.voanews.com/a/uk-presents-evidence-linking-iran-in-houthi-weapon-supply/6961928.html>, 2023, Erişim Tarihi: 03.11.2024.
- Warburton, David: “The Conventional War in Yemen”, *The Arab Studies Journal*, Vol. 3, No. 1, Spring 1995, pp. 20-44.
- WHO Yemen, “Act For Humanity”, <https://x.com/WHOYemen/status/1825481187290161342>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Wintour, Patrick: “Yemen Houthi rebels kill former president Ali Abdullah Saleh”, <https://www.theguardian.com/world/2017/dec/04/former-yemen-president-saleh-killed-in-fresh-fighting>, *The Guardian*, 2017, Erişim Tarihi: 06.11.2024.
- World Nation News, “2,000 Child Soldiers Recruited by Yemen’s Houthi Rebels Died Fighting: UN Report”, 2022, <https://worldnationnews.com/2000-child-soldiers-recruited-by-yemens-houthi-rebels-died-fighting-un-report/>, Erişim Tarihi: 02.02.2022.
- Yemen Shabab, “UN report: 62% of Yemenis do not get enough food”, <https://yemenshabab.net/en/sections/NEWS/Locals/abf1bc20-683e-11ef-9772-4292e6ba5caa>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.
- Yemen Shabab, “UN report: 64% of Yemen's population does not have enough food”, <https://yemenshabab.net/en/sections/NEWS/Locals/a29f6848-9846-11ef-aa34-1e56795a43c0>, 2024, Erişim Tarihi: 02.11.2024.

YARGI BAĞIMSIZLIĞI: TEORİK TEMELLER, TARİHSEL GELİŞİM VE MODERN TEHDİTLER

Abdullah YOLCU*

ÖZ

Günümüzde demokratik yönetime sahip ülke iktidarlarının tamamı hukukun üstünlüğüne olan inançlarını dile getirmektedir. Bu ülkelerin hemen hemen tamamında yargı bağımsızlığına ilişkin temel ilkeler, uluslararası sözleşmeler ya da anayasal düzenlemeler ile yüksek güvenceler altına alınmaktadır. Yargı bağımsızlığı demokratik yönetimin vazgeçilmez unsuru kabul edildiğinden, yargının bağımsız ve tarafsız karar alması için dikkatle izlenmesi gereken etik değerler/ilkeler, birçok devletin ortak uzlaşısı sağladığı uluslararası metinler ve bu metinler çerçevesinde oluşturulan ulusal düzenlemeler ile tesis edilmeye çalışılmaktadır. Hâkimin karar alma sürecinde herhangi bir iç ve dış etki altında kalmadan yalnızca yasalar çerçevesinde vicdani kanaati ile karar verme yetkisi yargı bağımsızlığı olarak ifade edilmektedir. Soyut hukuk kurallarının somut olaylara uygulanması olan yargı faaliyetinin yargı bağımsızlığına ilişkin temel etik değerler doğrultusunda yürütülebilmesi yargı kararlarının meşruluğu bakımından da oldukça önem arz etmektedir. Bununla birlikte antik dönemden modern devlete kadar doğrudan iktidarın, diğer etkenlerin ve yargı örgütünün kendi iç unsurlarının yargı kararlarına müdahale

* Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, E-Mail: ayolcu@bingol.edu.tr, ORCID ID: 0009-0002-3787-8151.

Makalenin Gönderim Tarihi : 12.06.2024.

Makalenin Kabul Tarihi : 27.12.2024.

girişimleri olmuş ve olmaya devam etmektedir. Teknolojinin gelişimi ile insanlar arası etkileşimin kolaylaşarak artması yargı kararlarının medya ve özellikle sosyal medya aracılığı ile değerlendirilmeye açılması, yargının karar alma sürecinde baskısına maruz kaldığı yeni etkenlerden biridir. Bu çalışma ile uluslararası ve ulusal literatür kapsamında yargı bağımsızlığının önemi izah edilerek, karar alma sürecini olumsuz anlamda etkileyen geleneksel ve modern faktörler tespit edilerek bunların yargının karar alma sürecine tesiri açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca modern faktörlerin yargıya müdahale girişimlerinin önlenmesi bağlamında çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamu hukuku, anayasa hukuku, yargı bağımsızlığı, kuvvetler ayrılığı, hukukun üstünlüğü, meşruiyet, özel çıkar grupları, dijitalleşme.

JUDICIAL INDEPENDENCE: THEORETICAL FOUNDATIONS, HISTORICAL EVOLUTION AND CONTEMPORARY THREATS

ABSTRACT

Today, all governments of countries with democratic governance express their belief in the rule of law. In almost all of these countries, the basic principles of judicial independence are highly guaranteed by international agreements or constitutional regulations. Since the independence of the judiciary is accepted as an indispensable element of democratic administration, ethical values/principles that must be carefully followed for the judiciary to make independent and impartial decisions are being tried to be established through international texts that many states agree on and national regulations established within the framework of these texts. Judicial independence is defined as the authority of the judge to make a decision solely based on his/her conscientious opinion within the framework of the law, without being under any internal or external influence in the decision-making process. It is also very important for the legitimacy of judicial decisions that judicial activity, which is the application of abstract legal rules to concrete events, can be carried out in line with the basic ethical values of judicial independence. However, from ancient times to the modern state, there have been and continue to be attempts to intervene in judicial decisions by the direct government, other factors and the internal elements of the judicial organization. The increase in interaction between people with the development of technology and the opening of judicial decisions to evaluation through the media and especially social media is one of the new factors that the judiciary is exposed to pressure in the decision-making process. With this study,

the importance of judicial independence will be explained within the scope of international and national literature, traditional and modern factors that negatively affect the decision-making process will be identified and their effects on the decision-making process of the judiciary will be tried to be explained. Additionally, solution suggestions will be presented in the context of preventing modern factors' attempts to intervene in the judiciary.

Keywords: Public law, constitutional law, judicial independence, separation of powers, rule of law, legitimacy, special interest groups, digitalization.

I. GİRİŞ

Demokratik yönetim, Aristoteles'in anayasal yönetim olarak ifade ettiği anlayıştan bugüne kadar gelişmeye devam eden süreci ifade etmektedir. Aristo, Anayasal yönetim anlayışı ile hükümeti üç parçaya bölmüştür. Her bölümü yurttaşların geneli tarafından birlikte karar alınarak idare edilen bu yönetim anlayışı ile toplumun yüksek menfaatinin ve adaletin tecelli ettirileceğini savunmuştur.¹ Modern devlet döneminde kuvvetler ayrılığı kavramı Locke ve Montesquieu tarafından detaylandırılmış ve sistemli hale getirilmiştir. Devletin egemenlik hakkının kullanılması erkler paylaştırılmış ve bu erklerin birbiri ile ilişkisinde hukukun üstünlüğünün esas alınacağı savunulmuştur. Kuvvetler ayrılığı yasama ve yürütmenin faaliyetlerinin denetlenmesi ve dengelenmesi esasına dayanmaktadır.² Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme* adlı eserinde insanın özgürlük ve mülkiyet haklarının korunabilmesi için insanüstü bir güce ihtiyaç duyulduğunu bu gücün devlet yapılanması olacağını bu yapılanmanın da yasama, yürütme, federatif güç olarak kısımlara ayrılması gerektiğini belirtmiştir. Devlet yapılanmasında yargıyı bağımsız bir erk olarak saymakla birlikte yürütmenin yetkisinin toplum yararına kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi için aynı zamanda ihtilafların çözümünü yasalar çerçevesinde sağlayacak dürüst yargıçlara ihtiyaç olduğunu vurgulamıştır.³ Montesquieu, devlet yapılanmasına ilişkin Locke'un eksik bırakmış olduğu parçayı tamamlamış ve egemenliğin yasama, yürütme ve

¹ Aristoteles, *Politika*, Furkan Akderin (Çev.), 7. Baskı, Say Yayınları, İstanbul 2023, s. 99.

² Ünal, Şeref, "Yargı Bağımsızlığı", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 37, Sayı 3, Yıl: 2004, (63-81), s. 64.

³ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, Fahri Bakırcı (Çev.), 2. Baskı, Ebabil Yayınları, Ankara 2012, s. 84.

yargı olarak ayrışmasının gerektiğini belirtmiştir.⁴ Egemenlik yetkisini kullanacak bu üç erkin birbirinden bağımsız karar alabilmesi aynı zamanda birbirini denetleyebilmesi birey özgürlüklerinin korunabilmesi adına son derece önemlidir. Yargının bu ayrımındaki rolü yasama ve yürütme faaliyetlerinin denetlenmesi ve birey haklarının güvenceye alınmasıdır. Bunun sağlanabilmesi için yargının diğer iki erkten bağımsız olması gerekir aksi halde yasama ya da yürütme yetkisini elinde bulunduranların despot yönetimi ya da tiranlığı meydana gelecektir. Bu bağlamda demokratik yönetimlerin ortaya çıkarmış olduğu anayasalarda kuvvetler ayrılığı fikri benimsenmiş, denetim ve dengenin işlevsel hale gelebilmesi bakımından yargı bağımsızlığı teminat altına alınmıştır.

Bu çalışmada, devlet idaresi, kurumların işlevselliği ve toplumun refahı adına yargı bağımsızlığının öneminin teorik temelleri, yargı faaliyetine ilişkin uluslararası sözleşmeler çerçevesinde belirlenen etik değerler, yargı kararının meşruluğu, yargı faaliyetine ilişkin tarihsel süreçte yaşanan müdahale girişimleri, dönemimize ilişkin olarak da yargı bağımsızlığını tehdit eden unsurlar ele alınacak yargı bağımsızlığının korunması ve sürdürülebilmesi adına tespit edilen hususlar incelenecektir.

II. YARGI BAĞIMSIZLIĞININ TEORİK TEMELLERİ

Kuvvetler ayrılığı doktrinine göre yargı bağımsızlığı yargının, yasama ve yürütme erklerinden ayrılması anlamına gelir.⁵ Ancak yargı bağımsızlığını yalnızca erkler ayrılığı fikri ile sınırlamak kavramın çerçevesini son derece daraltmak sonucunu doğurur. Yargı faaliyeti esnasında karar alma sürecine etki edebilecek yasama ve yürütme işlemleri yanında tüm diğer unsurların bertaraf edilmesi de yargı bağımsızlığı kavramına dâhil edilmelidir.⁶

Yargının karar alma sürecinde yalnızca yasalar doğrultusunda hareket etmesi gerektiği ilk çağ düşünürlerinden günümüze kadar

⁴ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, Berna Günen (Çev.), 7. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2021, s. 198.

⁵ Gözübüyük, A. Şeref, Anayasa Hukuku Anayasa Metni Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s.74.

⁶ Fendoğlu, H. Tahsin, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 87; Centel, Nur, “Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-2, Yıl: 2010, (3-14), s. 10.

savunulmuştur. Özgürlük, güvenlik, mülkiyet haklarının korunabilmesi temelinden ortaya çıkan yargı bağımsızlığı 21. yüzyılda birçok uluslararası belgede düzenlendiği şekliyle adil yargılanma hakkının tesis edilmesi ve adaletli bir neticenin ortaya çıkmasını amaçlar. Modern devlet anayasaları ile gelişen demokratik yönetim anlayışı, hukukun üstünlüğünü ve yargı bağımsızlığını vaz geçilemez değerler olarak kabul etmektedir.⁷ Hukukun üstünlüğü ya da hukuk devleti, benimsenen hukuk sistemine göre farklı kavramlar ile ifade edilmektedir. İngiliz hukuk sistemini benimseyen ülkelerde kullanılan “*rule of law*”, kara Avrupası ülkeleri hukukunda, Almanya’da “*Rechtsstaat*” Fransa’da “*État de droit*” ifadelerinin anlamsal karşılığı hukuk devletidir.⁸

Hukukun üstünlüğü, kavramsal olarak A. Venn Dicey’in *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* eserinde kullanılmış olmakla beraber Aristoteles’in devlet yönetiminin nasıl olması gerektiğini izah ederken kullanmış olduğu; “*yasanın egemen olması, yurttaşların herhangi birinin egemen olmasından iyidir*”, “*yasanın egemen olmasını isteyen başka hiç bir şeyin değil, yalnız Tanrı’nın ve aklın egemen olmasını istiyor demektir; bir insanın egemenliğini isteyense, bir vahşi hayvanı için içine sokmaktadır*”⁹ ifadelerine kadar götürülebilmektedir.

Dicey, İngiltere hukuk sistemi çerçevesinde hukukun üstünlüğünü tanımlarken esasen bugüne kadar hiç kullanılmamış bir kavramı değil o güne kadar gelişmiş ve o günden sonra da gelişimini sürdüren bir kavramı tanımlamıştır. Dicey, hukukun üstünlüğünü ilk olarak; bir kimsenin daha önceden belirlenmiş ve bilinen bir yasa haricinde, ülkenin olağan mahkemeleri dışında yargılanmaması; ikinci

⁷ Yavuz, Bülent, Kuruluş ve İşleyiş Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Adalet Yay., Ankara 2012, s. 10; Coşkun, A. Vahap. “Yerel Yönetimler ve Demokrasi”, Türk İdare Dergisi, Cilt 71, Sayı 422, Yıl: 1999, (93-110), s. 109; Beatson, Jack, Key Ideas in Law: The Rule of Law and the Separation of Powers, Hart Publishing, Great Britain 2021, s. 98; Eoin Carolan, The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State, Oxford U. Press, New York 2009, s. 133.

⁸ Bingham, Tom, The Rule of Law, Penguin Books, UK 2011, s. 5.

⁹ Aristoteles, Politika, s. 120.

olarak hiç kimsenin statüsü ne olursa olsun yasanın üstünde olmadığı herkesin aynı yasaya tabi olması gerekliliği olarak ifade etmiştir.¹⁰

Tamanaha, hukukun üstünlüğü kavramının dünya genelinde çok popüler ve benimsenen bir kavram olduğunu, hemen hemen tüm devlet başkanları, gazeteciler, akademisyenler tarafından dile getirildiğini ancak üzerinde ortak bir uzlaşa sağlanamadığını belirterek; hukukun üstünlüğünü, herkesin savunduğu fakat ne olduğu konusunda çelişen fikirlerin bulunduğu *iyi* kavramına benzetmiştir.¹¹ Bingham, hukukun üstünlüğü ilkesi ile anlatılmak istenenin, devleti oluşturan tüm makamların ve kişilerin yürürlükteki yasalarla bağlı olması aynı zamanda bu yasalardan yararlanma hakkına sahip olması şeklinde tanımlamıştır.¹²

İngiliz hukuk sistemi Anayasa'nın klasik anlamda devlet organizasyonunu tarif eden ayrıca devlet ile birey arasındaki ilişkiyi düzenleyen derlenmiş tek bir metnin olması gerekliliğini kabul etmemektedir. Parlamento egemenliğinin bir sonucu olarak parlamentonun kabul ettiği yasalarla somutlaşan ve İngiliz tarihinin bir ürünü olarak kabul edilebilen yasaların bütünü İngiltere Anayasası olarak ifade edilmektedir.¹³ Farklı hukuk sistemine rağmen İngiliz hukuk sistemi hukukun üstünlüğünün korunması bağlamında birçok devlete ilham olmuştur. Bununla birlikte Lord Chancellor'un yasama, yürütme ve yargı adına sahip olduğu yetkiler yargı bağımsızlığı bağlamında zaman içerisinde birçok eleştiri almıştır. Lord Chancellor yürütme organı olan Kabinenin bir bakanıdır aynı zamanda yargıçların atanmasına ilişkin yetkisi bulunmaktadır. Yargı erkinin başında yer almakla birlikte yargıç olarak Lordlar Kamarası Temyiz Komitesi ve Özel Konsey Yargısal Komitesine ve Lordlar Kamarasına başkanlık etmektedir.¹⁴ Birden fazla erke temas eden bu yetkinin yargının bağımsız görünümünü gölgelemesi neticesinde 1997 yılında başlayan anayasal reform süreci akabinde 2005 yılında kabul edilen "Constitutional Reform Act" ile Lord Chancellor'un,

¹⁰ Dicey, Albert Venn, Introduction to the Study of The Law of the Constitution, Liberty Fund, Indianapolis 1982, s. 147 vd.

¹¹ Tamanaha, Brian Z., Hukukun Üstünlüğü Tarih Siyaset ve Teori, A. Fahri Doğan (Çev), Runik Kitap, İstanbul 2020, s. 14-17.

¹² Bingham, The Rule of Law, s. 11.

¹³ Özbudun, Ergun, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, Yıl: 1968, (59-79), s. 59-60.

¹⁴ Yanık, Murat, Yargının Yönetimi ve Denetimi, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 78-79;

Lord'lar Kamarası başkanlığı, Yüksek Adalet Divanı Başkanlığı yetkileri alınmıştır.¹⁵ Bu reform yasası ile hukukun üstünlüğü ilkesi anayasal ilke olarak düzenlenmiştir.

1787 tarihi ABD Anayasası, açıkça kuvvetler ayrılığı ilkesini benimseyen, hükümet yetkililerini yasama, yürütme ve yargı erklerine bölen ve her bir erke diğer erklerin denetimi ve dengelenmesi görevi yükleyen bir anayasadır.¹⁶ Yargıçların, iyi halleri sürdüğü sürece görevde kalacağı anayasal güvence altına alınarak yargı bağımsızlığının sağlanması amaçlanmıştır.

Türk hukuk tarihine bakıldığında Osmanlı Devleti'nde Padişahın mutlak otoritesini sınırlanmasını içeren belgeler 1808 tarihli Sened-i İttifak, 1839 tarihli Tanzimat Fermanı, 1856 tarihli Islahat Fermanı ve 1876 tarihli Kanun-i Esasi'dir. Bu düzenlemeler neticesinde kısmen anayasal monarşi formuna dönüşen Osmanlı'da yargı işleri şer-i hukuk ve örfi hukuk olarak ayrı görülmeye devam etmiştir. Cumhuriyetin ilanından sonra hukukun üstünlüğü ve yargı bağımsızlığı ilkeleri, Anayasa metinlerinde düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır.

¹⁵ İngiltere yargı sistemi içerisinde fiilen 1997 yılında başlayan ve hala devam etmekte olan bu değişimin nedenlerinden biri, Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin (CCJE) (2001) 1 Numaralı görüşünde yer alan tavsiyedeki gibi Avrupa standartlarıyla uyumlu hale getirmektedir. <https://rm.coe.int/1680747830> (1 Numaralı karar), (E.T. 07.04.2024). 2005 yılında kabul edilen bu yasa ile Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi kurularak Lordlar Kamarası'nın İngiltere, Galler, Kuzey İrlanda'da görülen davaların en üst temyiz merci olma görevi bu mahkemeye devredilmiştir. Lordlar Kamarasında görevli Hukuk Lordları'nın (Law Lords) meclisteki görevleri sonlandırılarak Hukuk Lordları Yüksek Mahkeme üyeliğine getirilmiştir. Böylelikle Lordlar Kamarası'nın yargı görevi sona ermiştir. Lord Chancellor'un yargıçlık görevi sona erdirilmiş ayrıca yargı erkinin başı olma sıfatı da kaldırılarak bu görev Yüksek Mahkeme başkanı Lady/Lord Chief Justice'a verilmiştir. Bu yasa ile Lord Chancellor'un yargı üzerindeki yetki ve görevleri siyasi alan ile sınırlandırılmıştır. Magna Carta'dan sonra yargı sistemine ilişkin en köklü değişikliği içeren bu yasa ile İngiltere yargı mekanizması yürütme ve yasamadan bağımsız bir erk olarak yapılandırılmıştır. Yanık, Yargının Yönetimi ve Denetimi, s. 78-79; Woodhouse, Diana, "Anayasal Reform Kanunu 2005 – Yargı Bağımsızlığını Korumanın İngiliz Yolu", Çev. Serkan Yolcu, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2011, (149-165), s. 151-152.

¹⁶ <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf> (E.T. 08.04.2024).

20. yüzyılın ikinci yarısına gelindiğinde uluslararası barışı ve güvenliği tesis etmek, insan haklarını korumak amacıyla imzalanan uluslararası metinlerin neredeyse tamamında hukukun üstünlüğü kavramı korunmuştur. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun (BMGK) 10 Aralık 1948’de kabul etmiş olduğu İnsan Hakları Evrensel Bildirisi önsözünde “İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının esaslı bir zaruret olması...”¹⁷, hususundan 1953’te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de taraf devlet hükümetleri için “...siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğünden oluşan ortak bir mirasa sahip...”¹⁸ olarak bahsetmektedir.

BMGK tarafından 1985’te tasdik edilen Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri giriş metninde hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi adına asgari standartlar belirlenmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince Ekim 1994 kabul edilen hâkimlerin bağımsızlığı, etkinliği ve rolü hakkında üye devletlere yönelik R (94) 12 sayılı tavsiye kararının giriş bölümünde “Demokratik ülkelerde Hukuk Devleti ilkesini güçlü kılmak için hâkimlerin bağımsızlığını geliştirmek arzusuyla...”¹⁹ ifadesi hukukun üstünlüğüne atıf niteliğindedir.

Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi’nin (CCJE) Magna Carta Çalışma Grubu (CCJE-MC) tarafından hazırlan ve Hâkimlerin Magna Carta’sı olarak kabul edilen metinde “Yargı, her demokratik devletin üç kuvvetinden biridir. Görevi, hukukun üstünlüğünün mevcudiyetini teminat altına almak ve dolayısıyla hukukun tarafsız, doğru, adil ve etkin bir şekilde gereğince uygulanmasını temin etmektir”²⁰ ifadesiyle bağımsız yargı, hukukun üstünlüğünün güvencesi olarak belirlenmiştir.

Günümüzde bu ve benzeri uluslararası çalışmaların devam ettiğini, demokratik ülkelere hukukun üstünlüğü ve yargı bağımsızlığının sağlanması adına tavsiye niteliğinde kararlar ve asgari standartlar belirlendiği görülmektedir. Bu bağlamda hukukun üstünlüğü ve yargı

¹⁷ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf> (E.T. 08.04.2024).

¹⁸ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/3fdd972e-8566-4b8a-9ffe-d9205f4e51cd.pdf> (E.T. 08.04.2024).

¹⁹ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/563960a7-228e-407c-9894-d90ebd9419b0.pdf> (E.T. 08.04.2024).

²⁰ <https://www.coe.int/en/web/ccje/background-and-mission> (E.T. 26.04.2024).

bağımsızlığı kavramlarını birbirinden ayırıştırmanın mümkün olmadığını ve her daim gelişim yönünde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

III. YARGININ KARAR ALMA SÜRECİNİN MEŞRULUĞU

Etimolojik olarak meşru kavramı, çoğunluk tarafından doğruluğu kabul edilen ve bu kabulün temelinde kamu vicdanı, yasa, din veya ahlaki temellerin olduğu tutum ve davranış olarak tanımlanmaktadır. Zaman içerisinde yönetici erkin yönetme gücünün yönetilenler tarafından kabul edilmesi manası da kavram karşılığına eklenmiştir.²¹ Fiili bir durum, tutum ya da davranışın haklı olup olmadığının değerlendirilmesi meşruluk ölçüsü ile yapılacağından kavram hukuk alanı ile doğrudan ilişkilidir. Devlet yönetiminin öncelikle bizatihi kendisinin sonrasında da yapacağı işlemlerin, kabul edeceği yasaların temel unsuru meşruluk dayanağıdır.²²

Erdoğan, meşruluk kavramını devletin manevi unsuru olarak kabul ederken toplumun, devlet tarafından belirlenen kurallara uyma eğiliminin temelinde bu kuralların kamu yararına ve ortak iyilik için alınmış olduğu inancının yattığını belirtmektedir. Toplumdaki bu inancın konuya ve zamana göre de artıp azalabileceğini, dolayısıyla mutlak bir meşruluk durumunun olmadığı görüşündedir.²³

Aslan, iktidar gücü söz konusu ise toplumda yönetenler ve yönetilenlerin bulunduğunu, yöneten kesimin iktidarının süreklilik kazanabilmesi için yönetilenlerin bu yönde onayının olması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca yönetilen kesim tarafından kabul edilmeyen, herhangi bir sınır ya da kural tanımayan iktidarın gayr-i meşru olduğunu, bu sebeple süreklilik kazanamayacağını belirtmektedir.²⁴

Weber, otoritenin meşru olabilmesi için bu meşruluk kaynağının; egemenin emir verme hakkı olduğu inancı (yasal otorite), egemenin

²¹ Gürbüz, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk Meşru Hukukun Temel Unsurları, 2. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2013, s. 7.

²² Gürbüz, Hukuk ve Meşruluk..., s. 8.

²³ Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2013, s. 348-349.

²⁴ Aslan, Mehmet Emin, Devlet ve Egemenlik Teorisi, Dora Yayınları, İstanbul 2019, s. 34.

geleneklere göre kutsanmış olduğu inancı (geleneksel otorite), egemen benliğine/kişiliğine atfedilen kutsallık sebebiyle onun tarafından konulan emirlerin kutsallığı inancı olmak (karizmatik otorite) üzere üç şekilde ortaya çıktığını belirtmektedir. Meşru egemenliğin ancak yasal otorite olabileceğine diğer türlerde ise meşruiyetin kaynağının egemenlik yetkisini elinde bulunduran kişinin kendisi olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda toplumun kurallara uymasının ya da itiraz etmesinin tek başına o kuralın meşruiyetini/gayr-i meşruluğunu sağlamadığını savunmaktadır.²⁵

Bu doğrultuda, modern anayasal devletlerde yasalara ve hükümet düzenlemelerine uymanın temelinde o devlet çatısı altında yaşayan insanların yasal otoriteyi meşru kabul etmesi yer almaktadır. İktidarın meşru kabul edilmesi diğer taraftan bu gücün demokratik değerler çerçevesinde kullanılacağına dair inançtır. Günümüzde demokratik devletlerin tümünde uygulanan kuvvetler ayrılığı sistemi, egemenliğin millet adına kullanılması esnasında bu hakkın kötüye kullanılmasına engel olması, güçler arasında bir kontrol ve denge sistemi oluşturması açısından bu inancı kuvvetlendirmektedir. İktidarın meşruluğunu sürdürebilmesinde ağır yük yargıya düşmektedir. Yasama ya da yürütme gücüne entegre edilmiş, bu erklerin yapmış olduğu işlemleri denetleme ve iptal yetkisi bulunmayan bir yargının vereceği kararlar meşruiyet kazanamayacak, bunun sonucunda ise yasama ve yürütmenin meşruiyeti de zamanla ortadan kalkmaya yüz tutacaktır.

Kamu güveninin sağlanmış olmasının temel koşullarından biri yargı bağımsızlığının sağlanmış olmasıdır. Kamunun yargıya olan güveninin oluşabilmesi ancak, yargı faaliyetinin daha önceden belirlenmiş genel mahkeme tarafından, adil bir usul kullanılarak, bağımsız, tarafsız, davanın taraflarına eşit hak ve yükümlülüklerin tanındığı, kararda kişisel çıkara ilişkin belirtilerin olmadığı alt şartları gerektirmektedir. Diğer taraftan uluslararası ve ulusal etik değerlerin yargı faaliyetinde dikkate alınması da elzemdir. Bu hususların birlikte gerçekleşmesi halinde yargıya güven tesis edilmiş ve aynı zamanda iktidarın meşruiyet temeli de güçlendirilmiş olacaktır. Yargı faaliyetine ilişkin meşruluğun ve buna bağlı olarak oluşan kamu güveninin sağlanabilmesi, yargı faaliyeti sonunda verilecek kararın halkı memnun

²⁵ Weber, Max, Bürokrasi ve Otorite, H. Bahadır Akın (Çev.), 10. Baskı. Adres Yayınları, İstanbul 2023, s. 40.

etmesi anlamına gelmemektedir.²⁶ Bilakis, yargıdan beklenen kamunun beklentileri ya da baskı unsurlarından etkilenmeden, kararın yasa çerçevesinde hâkimin vicdani kanaati ile oluşturulmasıdır.

Yargının, farklı kişi ya da unsurlardan çeşitli şekillerde maruz kaldıkları uygunsuz etkiden hassasiyetle korunması gerekir. Ancak bu kolay bir yol değildir. Yargı faaliyeti taraflarına ya da konusuna göre; seçilmiş ya da atanmış bürokratların, basının ya da toplumun yoğun dikkatine mazhar olabilmektedir. Bu tür durumlarda yargı faaliyetine ilişkin bireysel ya da toplu hareketlerle uygunsuz etki çabası ortaya çıkabilmektedir. Yargı, siyasi aktörler ya da basın aracılığıyla kendi ortakları gibi gösterilebilmektedir.²⁷

Yargının bu tür etkilere açık olması yargı bağımsızlığının tesis edilmesi amacıyla yalnızca yasal güvencelerle oluşturulan hukuki bağımsızlığın yeterli olmayacağını yanı sıra fiili bağımsızlığın da sağlanması gerektiği sonucunu ortaya çıkartmaktadır.²⁸ Fiili bağımsızlık ile korunmak istenen değer; demokratik anayasal sisteme sahip olduğunu savunan tüm ülkelerde yargı bağımsızlığı anayasal ya da yasal düzeyde koruma altına alınmış olmasına rağmen hükümetin fiilen oluşturduğu siyasi süreçler ve çeşitli durumlar ile yargıyı yönlendirme girişiminin önlenmesidir.²⁹ Özetle fiili bağımsızlık, mahkemelerin ya da hâkimlerin fiili deneyimi olarak da açıklanabilir. Yargı faaliyeti neticesinde verilecek kararın bağımsız, tarafsız ve yalnızca hukuka dayalı olması, kamu nezdinde adaletin tecellisi olarak görülerek, yargılamanın içeriğine katılmasa dahi mahkeme kararının meşruiyeti sağlanmış olacaktır.

²⁶ Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, USA 2006, s. 111-112.

²⁷ Fieldman, David, “The Independence of International Judges in National Courts: Lessons from Bosnia Herzegovina”, *The Culture of Judicial Independence*, (215-231), Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2012, s. 220.

²⁸ Erdem, Fazıl Hüsnü. “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığının Mevzuattan Kaynaklanan Sorunları ve Çözüm Önerileri”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 47, Yıl: 2022, (315-355), s. 317.

²⁹ Erdem, Fazıl Hüsnü. “Türkiye’de Yargının Hukuk Ötesi Sorunları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 40, Yıl: 2019, (3-30), s. 27.

IV. ANTİK DÖNEMDEN MODERN DEVLETE YARGI BAĞIMSIZLIĞININ KORUNMASI

Yargı faaliyetinde bağımsız ve tarafsız karar alınması gerekliliğinin felsefi temelleri ilk çağda atılmıştır.³⁰ Bununla birlikte egemen gücün yargıya müdahale etmesinin önüne geçilmesine ilişkin gayret bugün halen devam etmektedir. M.Ö. 5. yüzyıl Atina demokrasisinde yargı faaliyeti hakkında kaynak teşkil eden eser, Aristoteles'in Atinalıların Devleti eseridir. Aristo dönemin yargı faaliyetine ilişkin, hak sahibi her bireyin hakkını mahkeme önünde talep etme imkânı olduğunu, bu talebin halk mahkemesi eliyle karara bağlandığını, burada görev alacak üyelerin otuz yaşını tamamlamış olması, devlete herhangi bir borcunun olmaması ayrıca vatandaşlık hak ve onuruna tam sahip olması gerektiğini belirtmektedir. Davaların görüleceği gün toplanan halk mahkemelerinde görev yapacak yargıçların hangi davaya bakacağına kura yoluyla belirleneceği aktarılmıştır.³¹ Bu yöntemdeki amacın önceden yargıçlar üzerinde herhangi bir etkinin oluşmasının önüne geçilmesi olduğu anlaşılmaktadır.

17. yüzyıl öncesinde İngiltere'de yargıçlar kraliyetin bir parçası ve hizmetkârları olarak yönetimin bir bölümünü ifade etmektedir. Kraliyet tarafından kendilerine verilen bir takım idari görevlerin yanında yargılama faaliyeti de yürütmektedirler. Kral tarafından göreve getirilmelerinin yanı sıra kral tarafından istenildiği zaman görevden alınmakta ayrıca kendilerini göreve getiren kral öldüğünde görevleri otomatik olarak sona ermektedir. Atama ve görevde kalmaya ilişkin herhangi bir güvenceye sahip olmamakla birlikte yargıçların mali güvencesi ya da düzenli maaş ödemesi de söz konusu değildir.³²

17. yüzyıl başlarına kadar yargıçların ücretlerinin belirlenmesi ve görevden alınmaları kralın kararı doğrultusunda gerçekleşmeye devam etmiştir.³³ 17. ve 18. yüzyıllarda Amerika, İngiltere ve Fransa başta

³⁰ Aristoteles, Atinalıların Devleti, Furkan Akderin (Çev.), Say Yayınları, İstanbul 2005, s.106; Sina, Ayşen. "Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ IV. Yüzyılda Atina'da Yargıçlar ve Mahkemeler." Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 123, Yıl: 2016, (419-450), s. 427.

³¹ Aristoteles, Atinalıların Devleti, s. 107.

³² Jack Beatson, Key Ideas in Law, s. 98.

³³ Kralın bir yargıçı görevden almasına ilişkin olarak; 1606-1613 yıllarında Common Pleas Baş Yargıçlığı, 1613-1616 King's Bench Baş Yargıçlığını yürüten Edward Coke İngiltere Baş Yargıçı olarak görev yaptığı süreçte

olmak üzere birçok devlet, Aydınlanma Dönemi düşünürlerinin devlet yönetimine dair ortaya koymuş olduğu kuvvetler ayrılığı fikri doğrultusunda anayasalarında yargıyı ayrı bir erk olarak düzenlemiştir. Hukukun üstünlüğünün korunabilmesi için yargının diğer organlardan ayrılması ve bağımsızlığının güvence altına alınması demokratik devlet anayasalarının vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir.

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren başlayan ve günümüze gelen süreç, hukukun üstünlüğünün korunması ve yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi adına gösterilen yoğun çaba birçok uluslararası metin ile temel ilkelerin belirlendiği ve geliştirildiği dönem olmuştur. 1985 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen *Yargı Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler*, Avrupa Konseyi tarafından 1998 yılında kabul edilen *Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı*, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, yaygın olarak bilinen adıyla Venedik Komisyonu, tarafından 2010 yılında kabul edilen *Yargı Sisteminin Bağımsızlığı* Raporu, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 2002'de Yargı Etiği Konferansı'nda kabul edilen *Bangalor Yargı Etiği Kuralları*, temel etik ilkeleri belirleyen uluslararası çalışmalara birer örnektir.

Bu metinlerde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının korunması ve geliştirilmesi temel hedefi ile yargıçların atanması, görevden alınması, mesleki eğitimi, disiplin süreçleri ve maaşlarının belirlenmesi, yargı mensuplarının mesleki sorumluluklarının belirlenmesi, yargı sisteminin bütünlüğünün sağlanması hususları ele alınmaktadır. Bu metinler düzenli olarak ek raporlar ve görüşler ile güncellenerek geliştirilmeye devam etmektedir.

Yasama ve yürütme erkinden organik ve işlevsel olarak ayrılmayı ifade eden yargı bağımsızlığı ilkesinin sağlanabilmesi birçok ikincil nitelikteki etkenin bertaraf edilmesiyle mümkün olabilmektedir.³⁴

kralın emirlerine karşı genel hukukun üstün olduğunu, kralın genel hukuk kurallarının bir bölümünü değiştirme, suç yaratma ya da kralın keyfi ile herhangi bir davayı karara bağlama yetkisinin bulunmadığını açıkça ifade ettikten sonra bir çoğu krala karşı saygısızlık temeline dayanan suçlama ile görevden alınmıştır. <https://www.britannica.com/topic/Queens-Bench-Division> (E.T. 22.05.2024).

³⁴ Fendoğlu, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, s.87; Özen, Muharrem, “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı

Yargının diğer erklerden ayrı bir kuruluş örgütlenmesinin bulunması organik bağımsızlık olarak, yargı faaliyeti sürecinde herhangi bir uygunsuz etki altında kalmaması, emir ve talimat almaması işlevsel bağımsızlık olarak ifade edilmektedir.³⁵ Organik bağımsızlık ile hedeflenen yasama ya da yürütme erkinin yargı faaliyeti neticesinde verilen kararı bozma ya da değiştirme şeklinde müdahale edememesi ve yargıçların doğrudan görevden alınmasına bu organların karar verememesidir.³⁶ İşlevsel bağımsızlık ile hedeflenen yargı faaliyeti esnasında yargıçların yapmaları yasaklanmayan her şeyi yapabilmesidir. Yargı faaliyeti yürüten yargıcın bu süreç neticesinde vereceği karara aynı mahkemede bulunan kıdemli meslektaşları ya da üst mahkemede görevli yargıçlar tarafından müdahalede bulunulmaması iç bağımsızlığı oluşturmaktadır.³⁷

Yargıcın karar alma sürecindeki bağımsızlığının sağlanması ve sürdürülebilir nitelikte olması yargıçların mesleki güvence ile desteklenmesi ayrıca yargıçlar için uygulanacak disiplin ve terfi işlemlerinin de bu bağımsızlığı zedelemeyecek usul ve esaslar çerçevesinde oluşturulması gerekmektedir. Yargı bağımsızlığına ilişkin bu geleneksel baskı unsurlarının yanı sıra aile, sosyal çevre, benimsenen ya da reddedilen ideoloji, görsel işitsel medya ve sosyal medya aracılığıyla da yargı faaliyeti sürecinde yargıcın bağımsızlığının etkilenmesi mümkündür.

Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 68, Sayı 1, Yıl: 2010, (31-65), s. 34.

³⁵ Erdoğın, Anayasal Demokrasi, s. 126; Ünal, Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı: Türk Yargı Sistemi Üzerinde Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Bir İnceleme, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 1994, s. 6.

³⁶ Geyh, Charles G., “Customary Independence”, Judicial independence at the Crossroads: an İnterdisciplinary Approach, (160-191), Sage Publications, USA 2002, s. 163.

³⁷ Shetreet Shimon, “Creating a Culture of Judicial Independence: The Practical Challenge and the Conceptual and Constitutional Infrastructure”, The Culture of Judicial Independence, (17-69), Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2012, s. 44.

V. MODERN TEHDİTLER VE YENİ DİNAMİKLER

Kullanım amacına bağlı olarak teknolojik gelişmeler, yargı faaliyetinde verimliliği artırırken aynı zamanda yargı bağımsızlığını tehdit eden yeni dinamikler de ortaya çıkarmaktadır. Dijitalleşme ve yapay zekâ gibi yenilikler, yargı sürecini hızlandırırsa da, bu teknolojilerin bağımsız karar alma süreçlerine etkisi sorgulanmaktadır. Siber güvenlik tehditleri, yargı sistemlerine yönelik ciddi bir risk oluşturarak yargı mensuplarına yönelecek tehlikeleri artırmakta ve soruşturmanın gizliliğini tehlikeye atmaktadır. Öte yandan, teknoloji sayesinde özel çıkar gruplarının yargı süreçlerine etki etme potansiyeli artmış, bu da yargı bağımsızlığı açısından yeni zorlukları beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda, teknolojik gelişmelerin, özel çıkar gruplarının, medya ve sosyal medyanın yargı bağımsızlığı üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerinin dengeli bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. Teknolojik Gelişimin Yargı Bağımsızlığına Etkileri

Günümüzde teknoloji, toplumsal yaşamın her alanında olduğu gibi, yargı süreçleri üzerinde de derin etkiler yaratmaktadır. Teknolojinin hızlı gelişimi, bilgiye erişim ve bilginin yayılması süreçlerini kolaylaştırmış, ancak aynı zamanda yargı bağımsızlığı için çeşitli tehditler de oluşturmuştur. Bu bağlamda, teknolojinin yargı bağımsızlığına olan etkilerini değerlendirirken, dijitalleşme sürecinin avantajları ve riskleri dengeli bir şekilde ele alınmalıdır.

İlk olarak, teknolojinin yargı süreçlerine entegrasyonu, adaletin daha hızlı ve etkin bir şekilde tecelli etmesine olanak tanımaktadır. Örneğin, dijital belgeler, elektronik dava dosyaları ve çevrimiçi duruşmalar, yargı sistemlerinin verimliliğini artırmakta ve mahkeme işlemlerinin hızını önemli ölçüde yükseltmektedir. Dava dosyalarının elektronik ortamda takip edilmesi, duruşmalara elektronik katılımın sağlanması, duruşmaların elektronik ortamda doğrudan kayıt altına alınması ile taraflar, avukatlar ve yargıçlar için erişim kolaylığı sağlamakla birlikte belgelerin kaybolması veya zarar görmesi gibi risklerini de azaltmaktadır.

Ancak, bu dijitalleşme süreci, yargı faaliyeti açısından yeni zorluklar da ortaya çıkarmaktadır. Dijital sistemlerde yaşanabilecek teknik sorunlar veya arızalar, duruşmaların yapılamaması gibi neticeler doğurarak adaletin tecellisinde gecikmelere yol açabilmektedir. Özellikle siber güvenlik tehditleri, yargı mensuplarının ve tarafların bilgilerinin

gizliliğini riske atmaktadır. Siber saldırılar, dava süreçlerine müdahale edebilmekte ve yargı kararlarının güvenilirliğini sarsabilmektedir. Örneğin, 2020 yılında New York'taki mahkeme sistemine yapılan bir siber saldırı, birçok davanın ertelenmesine ve davaya ilişkin karar verilememesine sebebiyet vermiş, benzer bir siber saldırı Uluslararası Ceza Divanı'na 2023 yılında yapılmıştır.³⁸ Bu tür saldırılar, mahkeme sistemlerinin güvenliğini tehdit ederken, verilen kararın meşruiyetinin sorgulanmasına sebebiyet vererek yargı bağımsızlığını da zedelemektedir. Siber güvenlik önlemlerinin yetersiz kalması durumunda, yargı süreçlerine yetkisiz erişim sağlanabilmekte ve bu da yargı mensuplarının baskı altına alınmasına veya yargı kararlarının manipüle edilmesine yol açabilmektedir.

Ülkemizde, teknolojinin yargı faaliyetine entegrasyonu kapsamında, yargı teşkilatının kullanımına sunulmak üzere çalışmalarına 1999 yılında başlanan ulusal yargı ağı projesi (UYAP) 2001-2005 yıllarında iki aşamalı olarak faaliyete geçirilmiştir. Bugün Adalet Bakanlığı'nın merkez ve taşra teşkilatı birimlerinde, adli ve idari yargı mahkemelerinin tümünde, yüksek yargı organlarında, Yüksek Seçim Kurulu'nda tüm işlemler bu bilişim sistemi üzerinden gerçekleştirilmekte, aktif görevde olan tüm personel ilgili kanallara yetkisi dâhilinde erişim sağlamaktadır. Bu bilişim sistemi yargının yükünü hafifletebilmek bakımından ilgili personelin Adli Sicil Bilgi Sistemi'nden sabıka kayıtlarını, MERNİS'ten nüfus kayıtlarını ve Adres Kayıt Sistemi'nden adres kayıtlarını, POLNET'ten ehliyet kayıtlarını, Merkez Bankasından döviz kurlarını, TAKBİS'ten tapu ve kadastro kayıtlarını elektronik olarak alabilmesine olanak tanımaktadır. Ayrıca yargı faaliyetlerine ilişkin tüm işlem ve kararlar yalnızca bu sistem üzerinden sağlanabilmektedir.³⁹

Bunun yanı sıra, yapay zekâ (YZ) teknolojileri de yargı süreçlerine dâhil edilmektedir. YZ destekli hukuki analizler ve karar destek sistemleri, tarafların, avukatların ve yargıçların iş yükünü hafifletirken, karar alma süreçlerinde tarafsızlık ve adaletin korunması konusunda soru işaretleri doğurmaktadır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı eyaletlerde kullanılan "COMPAS" adlı YZ destekli sistem, mahkeme süreçlerinde sanıkların tekrar suç işleme olasılığını

³⁸ <https://www.icc-cpi.int/news/measures-taken-following-unprecedented-cyber-attack-icc> (E.T. 30.05.2024).

³⁹ <https://www.uyap.gov.tr/Genel-Bilgi>, (E.T. 30.05.2024).

tahmin etmek için kullanılmaktadır.⁴⁰ Ancak, bu sistemin algoritmalarında ırksal önyargılar olduğu tespit edilmiş ve bu da bazı davaların sonuçlarının adil olmadığı yönünde eleştirilere yol açmıştır. YZ algoritmalarının nasıl programlandığı ve hangi veri setlerinin kullanıldığı, bu sistemlerin tarafsızlığı ve güvenilirliği açısından kritik önem taşımaktadır.

Kamu idareleri şeffaflık ve hesap verebilirlik hususunda başta genel kamuoyu olmak üzere kararlarından etkilenen gruplara ve bireylere karşı sorumludur⁴¹. Yapay zekâ sistemlerinin yargı süreçlerine entegrasyonu, bu ilkeleri tehdit edebilmektedir. Bu nedenle YZ'nin yargı kararları üzerindeki etkisi, yargı bağımsızlığının korunması ve hesap verebilirlik için sürekli bir denetim ve düzenleme gerektirmektedir. Yargıçların, YZ sistemleri tarafından önerilen kararları sorgulama, kendi vicdani ve bağımsız değerlendirmelerini yapma imkânı korunmalıdır. Ayrıca, YZ sistemlerinin karar alma süreçlerinde şeffaflık sağlanmalı ve bu sistemlerin hangi kriterlere göre çalıştığı kamuoyuna açıklanmalıdır. Bu, sadece yargı bağımsızlığının değil, aynı zamanda adaletin de sağlanabilmesi için gereklidir.

Gelişen teknoloji ile birlikte özel çıkar gruplarının yargı süreçlerine etki etme potansiyeli artmış, bu da yargı bağımsızlığı açısından yeni zorlukları beraberinde getirmiştir. Sosyal medya ve dijital platformlar, bu grupların kamuoyu oluşturma kapasitelerini genişletmiş ve yargı mensupları üzerinde baskı kurma olanağını artırmıştır. Örneğin, belirli davalar hakkında sosyal medyada başlatılan kampanyalar, yargıçların karar verme süreçlerini etkileyebilir ve adil yargılama hakkının önünde engel teşkil edebilir. Yargı mensuplarının, medya ve kamuoyu baskısından bağımsız karar verebilmesi, adaletin tarafsız ve eşit bir şekilde sağlanabilmesi için hayati öneme sahiptir. Yargı sistemleri, teknolojinin getirdiği avantajlardan yararlanırken, bu yeniliklerin yargı bağımsızlığına zarar vermemesi için gerekli yasal düzenlemeler ile alınan önlemler yanında etik ilkelerin çerçevesinin bu yönde geliştirilmesi önem

⁴⁰ Dressel, Julia ve Hany, Farid, "The Accuracy, Fairness, and Limits of Predicting Recidivism." *Science Advances*, Cilt 4, Sayı 1, Yıl: 2018, (1-5), s. 1.

⁴¹ Yolcu, Faruk S., ve M. Seyda, Ozan, "Kamu Yönetiminin Dönüşümünde Yönetim Bilimi ve Yönetişim Yaklaşımlarının Etkisi", *Social Mentality And Researcher Thinkers Journal (SMART JOURNAL)*, Cilt 8, Sayı 65, Yıl: 2022, (2288-2296), s. 2293.

arz etmektedir. Bu, adaletin sağlanması ve hukukun üstünlüğünün korunması açısından temel bir gerekliliktir.

B. Özel Çıkar Gruplarının Yargı Bağımsızlığına Etkileri

Özel çıkar grupları terimi, genellikle belirli bir amaç veya menfaat doğrultusunda hareket eden ve bu amacı gerçekleştirmek için lobicilik, kampanya yürütme, halkla ilişkiler çalışmaları gibi çeşitli stratejiler kullanan organize grupları ifade etmektedir. Bu gruplar, farklı sektörlerden ve toplumsal kesimlerden bir araya gelerek hükümet politikaları, kamuoyu veya yargı kararları üzerinde etkili olmaya çalışmaktadır. Çıkar grupları, genellikle ekonomik, politik veya sosyal hedeflere ulaşmayı amaçlamaktadır. Örneğin, büyük şirketler, çevre örgütleri, işçi sendikaları, endüstri birlikleri ve sivil toplum kuruluşları bu tür gruplar arasında sayılmaktadır. Bu gruplar, kendi çıkarlarına hizmet eden düzenlemeleri teşvik etmek veya karşı çıktıkları düzenlemelerin önüne geçmek için geniş bir etki yelpazesi kullanabilmektedir.

Çıkar gruplarının etkisi, yasama ve yürütme organlarında görülebildiği gibi, yargı üzerinde de görülebilmektedir. Çıkar grupları bir bütün olarak yargıyı etkilemeye çalışmaktan ziyade davaya bakan mahkeme ya da yargıç ile ilgilenir, bu sebeple yargıçların felsefi düşünceleri, politika tercihleri ve ideolojik bağlantıları tespit edilmeye çalışılır. Teknolojinin sağladığı araçlarla, bir yargıcın bahsi geçen bilgilerine ulaşmak zor olmamaktadır. Çıkar grupları ayrıca kullanılan teknoloji vesilesiyle kamuoyu oluşturma gücünü artırmakta ve yargı mensuplarını dolaylı yollardan etkileme potansiyeline de sahip olmaktadır. Bu bağlamda, çıkar gruplarının yargı süreçlerindeki etkisini anlamak, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruma çabaları için kritik bir öneme sahip olmaktadır.

Toplumun büyük bir kesimi konusu itibariyle önemli kabul edilecek mahkeme kararlarından neredeyse her zaman habersizken, çıkar grupları bu kararların ayrıntılarının ve grupları üzerinde doğacak etkilerin son derece farkındadır.⁴² Bu farkındalıkla bazı kurumların stratejik olarak

⁴² Franklin, Charles H., "Behavioral Factors Affecting Judicial Independence", *Judicial independence at the Crossroads: an Interdisciplinary Approach*, (148-159), Sage Publications, USA 2002, s. 154.

sessiz kaldığını dile getirerek kurumlar üzerinde baskı oluşturabilmektedir⁴³.

Benzer pek çok müdahaleye imkân tanıyan teknolojik gelişmeler, özel çıkar gruplarının yargı süreçlerine etkide bulunma kapasitesini önemli ölçüde artırmaktadır. Dijital çağda, özellikle sosyal medya platformları ve dijital iletişim araçları, bu grupların kamuoyu oluşturma ve yargı mensupları üzerinde baskı kurma kapasitelerini genişletmektedir. Özel çıkar grupları, belirli davalarda kendi lehlerine sonuç almak amacıyla medya kampanyaları düzenleyebilmekte ve bu yolla yargı mensuplarını etkilemeye çalışmaktadır. Özel çıkar gruplarının yargı süreçlerine müdahale etme kapasitesi, teknolojinin sunduğu araçlarla daha da güçlenmiştir. Örneğin, çevrimiçi platformlar üzerinden başlatılan kampanyalar, kısa sürede geniş kitlelere ulaşarak yargı mensupları üzerinde yoğun bir baskı oluşturarak verilecek kararları etkileyebilmektedir. Özellikle kamuoyunda etki potansiyeli yüksek davalarda, görsel medya ve sosyal medya üzerinden yürütülen yoğun tartışmalar ve kampanyalar, yargı mensuplarını etki altına alma potansiyeline sahiptir. Bu durum, yargıçların kararlarını bağımsız ve tarafsız bir şekilde verme yeteneğini zedeleyebilmektedir.

Özel çıkar gruplarının dijital medya kampanyaları aracılığıyla yargı üzerinde etkili olma çabaları, birçok ülkede çeşitli örneklerle karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı davalarda, güçlü lobi gruplarının ve şirketlerin kamuoyuna yönelik kampanyalarla yargıçlar üzerinde baskı kurmaya çalıştığı gözlemlenmiştir.⁴⁴ Bu tür müdahaleler yargı mensuplarının bağımsızlığını tehdit ederek çoğu zaman adil yargılama süreçlerini zedeleyebilmektedir. Bir başka örnek olarak, çevresel etki değerlendirme davalarında, büyük enerji şirketleri veya çevre koruma örgütleri gibi özel çıkar gruplarının,

⁴³ Ozan, M. Seyda ve Faruk S., Yolcu, "Sükût Daima Altın Mıdır? Stratejik Sessizlik Kavramını Kamu Kurumlarının Belirsiz İtibarı Üzerinden Değerlendirmek" Amme İdaresi Dergisi, Cilt 57, Sayı 1, Yıl: 2024, (47-64), s. 50.

⁴⁴ Bu davalardan en önemlilerinden biri şüphesiz ki siyahilerin beyazlarla aynı devlet okullarında okuyabilmesinin önünü açan karardır. Yerel mahkemenin davacı [Oliver L. Brown](#) ve diğerleri aleyhine vermiş olduğu karar, National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) desteği ile ABD Yüksek Mahkemesine taşınmış ve ABD Yüksek Mahkeme'si davacı taraf lehine oybirliği ile karar vermiştir. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>, (E.T. 12.06.2024).

kamuoyunu etkilemek amacıyla dijital platformlarda yürüttükleri kampanyalar gösterilebilir. Bu gruplar, sosyal medya aracılığıyla geniş kitlelere ulaşarak, davaların sonuçlarını kendi lehlerine çevirmeye çalışmakta ve bu süreçte yargı mensuplarını dolaylı yollardan etkileyebilmektedir. Yargı mensuplarının, medya ve kamuoyu baskısından bağımsız karar verebilmesi, adil ve tarafsız yargılamanın temel koşuludur. Ancak, özel çıkar gruplarının yarattığı baskı, yargı mensuplarının bağımsızlığını zedeleyebilmekte ve yargı kararlarının meşruiyetini tartışmalı hale getirmektedir. Bu durum, yargı bağımsızlığının korunması için yeni stratejilerin geliştirilmesi gerektiğini göstermektedir.

C. Medya ve Sosyal Medyanın Yargı Bağımsızlığına Etkileri

Medya ve sosyal medya, modern toplumlarda bilgi akışının ana kanallarından biri haline gelmiş bulunmaktadır. Bu durum, yargı faaliyeti için hem olumlu hem de olumsuz etkiler yaratmaktadır. Medya, yargılama süreçlerine ilişkin haber, bilgi ve yorum yoluyla kamuoyunun bilgilendirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Duruşmaların ve yargı kararlarının medya aracılığıyla halka açık hale getirilmesi, adaletin toplumda nasıl işlediği konusunda vatandaşlara bilgi sağlamakla birlikte kamuoyunun olumlu ya da olumsuz yönlendirilme potansiyeli de taşımaktadır.

Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi (CCJE) 2005 yılı “Adalet ve Toplum” konulu 7 Numaralı görüşünde “*Medya, ulusal yasalarca belirlenen biçimlere ve sınırlamalara göre adli bilgilere ve duruşmalara erişebilir. Medya profesyonelleri, hangi hikâyelerin kamuoyunun dikkatine sunulacağına ve bunların nasıl ele alınacağına karar verme konusunda tamamen özgürdür. Medyanın adalet sisteminin örgütlenmesini veya işleyişini eleştirmesini engellemeye yönelik hiçbir girişimde bulunulmamalıdır. Adalet sistemi, dış gözlemciler olarak eksiklikleri vurgulayabilen ve mahkemelerin yöntemlerini ve kullanıcılara sundukları hizmetlerin kalitesini iyileştirmeye yapıcı bir katkıda bulunabilen medyanın rolünü kabul etmelidir*”⁴⁵ ifadesiyle yargı

⁴⁵ <https://rm.coe.int/1680747698> (E.T. 15.06.2024); Ayrıca 7 Numaralı görüşte atıf yapılan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Rec(2003)13 Numaralı kararında Medyanın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi uyarınca kamuoyunun, kamuoyunu ilgilendiren konular da dahil

kurumlarını daha erişilebilir kılmak için gerekli düzenlemelerin yapılmasını önererek, mahkemeler ile medya arasındaki temasın geliştirilmesini *faydalı* bulduğunu belirtmektedir.

CCJE'nin 7 Numaralı Görüşü'nde ayrıca medya ve mahkemelerin rollerinin daha iyi anlaşılması, kamuoyunun “*yargı işlerinin doğası, kapsamı, sınırlamaları ve karmaşıklıkları*” hakkında bilgi sahibi olması ve mahkeme haberciliğindeki olgusal hataların düzeltilmesi iyileştirilmiş temasın faydaları olarak kabul edilmiştir.⁴⁶ CCJE'nin (2015) 18 Numaralı görüşünde “*yargı sistemine mensup kişilerin doğrudan ya da medya aracılığı ile kamuoyu ile iletişim kurması, vatandaşların yasalara ilişkin bilgilerinin artması ve yargıya güven duymaları açısından hayati önem taşımaktadır*”⁴⁷ ifadesine, (2021) 24 Numaralı görüşünde “*...Yargı ve medya arasında yeterli ilişkilerin desteklenmesi için Yargı Konseyi ya yargıyla medya arasında bir aracı olmalı ya da bu görevin yerine getirilebilmesi için diğer etkili süreçlerin uygulanmasını sağlamalıdır*” ifadesine yer verilmiştir.⁴⁸

CCJE'nin almış olduğu bu kararlar kamuoyunda yargıya olan güven duygusunun yükseltilmesi, yargı kararlarına yönelik olası yanlış algıların ise önüne geçilmesi amacıyla tavsiye edilmektedir. Bu tavsiyeler ve ülkelerin geliştireceği yeni yöntemler sonucunda mahkemeler ve medya arasında daha bilinçli, çift yönlü iletişimin geliştirilmesi ile yargıya olan güvenin artması ve kamuoyu nezdinde yargı kararlarının meşruluğunun güçlenmesi sağlanacaktır.

olmak üzere bilgi alma hakkı nedeniyle kamuoyunu bilgilendirme hakkına sahip olduğunu; ifade ve bilgi edinme özgürlüğü çerçevesinde kamuoyunun ceza yargılaması hakkında bilgilendirilmesi, ceza hukukunun caydırıcı işlevinin görünür kılınması ve ceza adalet sisteminin işleyişinin kamuoyu tarafından denetlenebilmesinin sağlanması bakımından medya haberciliğinin önemini vurgulayarak, cezai kovuşturmalarla ilgili olarak medya aracılığıyla bilgi sağlanmasına ilişkin tavsiye sunulmuştur.

⁴⁶ Aarli Ragna, “Independent Judges and Their Relationship with the Media”, *The Independence of Judges*, (327-344), Eleven International Publishing, Lahey 2014, s.327.

⁴⁷ <https://www.coe.int/en/web/ccje/ccje-opinions-and-magna-carta> (E. T. 16.06.2024).

⁴⁸ <https://www.coe.int/en/web/ccje/ccje-opinions-and-magna-carta> (E. T. 16.06.2024).

Kamuoyunu yönlendirmede sosyal medya platformları, yasal düzenlemeler çerçevesinde hareket etmek zorunda olan medya organlarına nazaran daha etkilidir. Sosyal medya doğruluğu teyit edilmemiş dahi olsa bir bilginin, bireyler ve yüksek katılımcı sayısına sahip gruplar arasında ve hatta ilgisiz kişilere kadar çok hızlı bir şekilde ulaşmasına olanak tanımaktadır. Bu durum yasama ve yürütme erkinin karar alma sürecini etkilediği gibi yargı üzerinde de yoğun bir baskı yaratabilmektedir. Yargı mensupları, yargılama konusuna ya da taraflara ilişkin sosyal medyada hızla yayılan bilgiler ve yorumlar karşısında bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını koruma konusunda zorluk yaşamaktadır.

Özellikle yanlış bilgi ve dezenformasyon kampanyaları kamuoyunun yüksek düzeyde takip ettiği davalarda, yargı mensuplarının karar süreçlerini etkileyebilmekte ve adaletin tecelli etmesini zorlaştırmaktadır. Örneğin, 30.11.2023 günü gerçekleşen trafik kazasında Somali Devlet Başkanı'nın oğlu Konsolosluğa ait araç ile bir motor sürücüsüne çarpmış ve motor sürücüsünün ölümüne sebebiyet vermiştir. Bu olay sosyal medya aracılığıyla kamuoyunun yoğun dikkat ve takibine maruz kalmış, soruşturma ile alakalı doğruluğu teyit edilmeyen bilgiler doğrultusunda, taraflar ve soruşturmayı yürüten İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı üzerinde yoğun bir baskı oluşturulmuştur. Bunun üzerine kamuoyunu doğru bilgilendirmek adına İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 08.12.2023 günü bir basın açıklaması gerçekleştirilmiştir.⁴⁹

Bu basın açıklaması neticesinde soruşturma sürecinde yapılan işlemler ve alınan kararlar için kamuoyunda güven oluşturarak yargı kararının meşruiyetinin sağlanması tesis edilmiştir. Bu gelişme sosyal medyanın, yargı mensuplarının bağımsızlık ve tarafsızlıklarını koruma konusunda zorlanmalarına yol açtığını göstermektedir; ayrıca yukarıda bahsedilen CCJE'nin 7 Numaralı görüşünde de yer alan yargıya ilişkin

⁴⁹ <https://istanbul.adalet.gov.tr/08122023-tarihli-basin-aciklamasi> (E.T. 06.07.2024); başka bir örnek, hakkında soruşturma yürütülen şahıs ile alakalı sosyal medyada “et çaldı tutuklandı” şeklinde ifade ve beyanların yayılması üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 13.03.2023 günü basın açıklaması yayınlamıştır, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/159/dosya/1303202313-03-20231-50-pm.pdf> (E.T. 06.07.2024).

habercilikteki olgusal hataların giderilmesi, yargı ile medya arasındaki iyileştirilmiş temasın önemini ortaya koyan önemli bir örnektir.

D. Yargı Bağımsızlığının Korunmasına Yönelik Stratejiler

Yargı bağımsızlığının sağlanmasını yalnızca yargıçlardan beklemek kabul edilebilecek bir yöntem değildir. Bu bakımdan hukukun üstünlüğü ilkesini korumayı hedefleyen tüm demokratik devletler anayasal nitelikte güvenceler belirleyerek yargı bağımsızlığına ulaşmaya çalışmaktadır. Ancak yasal düzenlemeler yasama, yürütme erki ya da çıkar grupları tarafından örtülü olarak diskalifiye edilebilmektedir. Yargı bağımsızlığını tehdit eden yasama ve yürütme organı tarafından yapılan geleneksel baskılardan ziyade teknolojik gelişim ile ortaya çıkan baskılar karşısında çeşitli stratejiler geliştirilmesi gerekir bu bağlamda;

Siber Güvenlik Önlemlerinin Artırılması: Teknolojik gelişmeler doğrultusunda siber saldırıların oldukça arttığı günümüz dünyasında yargının üzerinde oluşabilecek olumsuz etkileri minimize etmek için siber saldırı tehditlerine karşı düzenli olarak geliştirilen ve sürekli güncellenen bir siber güvenlik stratejisi oluşturulmalıdır. Bu strateji ile yargı süreçlerinde dijital gizliliğin korunması ve yargının güvenilirliğinin sağlanmasını hedeflenmelidir.

Yapay Zekâ ve Dijital Araçların Denetimi: İlerleyen dönemde yapay zekâ ve dijital araçların yargı süreçlerine entegrasyonunda, bu teknolojilerin adil ve tarafsız kullanımı için gerekli denetim mekanizmaları kurulmalı, yargıçların karar destek sistemlerine aşırı bağımlılığının önüne geçmek için yapay zekâ algoritmalarının şeffaflığı ve hesap verebilirliği sağlanmalıdır. YZ sistemlerinin etik kullanımını garanti altına almak için denetim ve düzenleme yapılmalıdır.

Yargı Mensuplarının Eğitimi ve Farkındalık Programları: Yargı mensuplarının çeşitli eğitim ve farkındalık programları aracılığıyla uluslararası kuruluşlar tarafından geliştirilen etik kurallara ve standartlara hızlı uyumunun, medya ve kamuoyu baskısına karşı direnç geliştirmelerinin sağlanması, lobcilik faaliyetleri, çıkar gruplarının yöntemleri ve bu tür müdahalelerle başa çıkma konuları, medya ile ilişkilerinde dikkatli ve bilinçli olmaları ile bağımsız ve tarafsız karar verebilme yeteneklerinin bu yönde de güçlendirilmesi hedeflenmelidir. Yargıçların, karar alma sürecinde bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerini koruyabilmeleri için bu tür eğitim ve farkındalık programları büyük önem taşımaktadır.

Medya ile İlişkilerin Şeffaf ve Hesap Verebilir Olması: Yargı sisteminin şeffaflık, hesap verebilirlik ve diğer etik ilkeler doğrultusunda yapılandırılması, kamuoyunun yargı tarafından gerektiğinde bilgilendirilebileceği iletişim kanallarının, sosyal medya hesaplarının oluşturulması bu sayede yargı faaliyetine ilişkin algı oluşturan kampanyalara daha hızlı ve doğru müdahalede bulunabilmek adına bir birim kurulması sağlanmalıdır. Bu birimin gerçekleştireceği faaliyetin doğru geliştirilmesi yargıya yönelik dezenformasyonun önüne geçerek kamuoyunun yargıya güvenini artıracığından dış müdahalelere karşı daha dirençli bir yargı teşkilatı meydana gelecektir. Yargıçlar da diğer herkes gibi anne/baba, evlat, eş, arkadaş gibi toplumsal statüye sahip ve tek can taşıyan bireylerdir. Bu bağlamda yargı mensuplarına yönelik özellikle sosyal medya üzerinden kimliği tespit edilemez kişiler tarafından oluşturulacak baskı ve tehditlerden etkilenmeden bağımsız ve tarafsız karar alabilmeleri için desteklenmeleri de gerekmektedir.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını korumak için belirlenen bu stratejiler görsel medyanın, sosyal medyanın, özel çıkar gruplarının ve teknolojik gelişmelerin yargı üzerindeki olumsuz etkilerini azaltma yönünde önemli katkı sağlama potansiyelindedir. Yargı mensuplarının eğitimi, şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerinin uygulanması, objektif atama ve terfi süreçleri, etik kuralların dikkatli ve özenli uygulanması, siber güvenlik önlemlerinin artırılması, yasal düzenlemelerin güçlendirilmesi yargı bağımsızlığının korunmasına katkı sağlayacak önemli adımlardır.

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yargı bağımsızlığı, demokratik yönetimlerin temel yapı taşlarından biri olup, adaletin tecelli etmesi ve hukukun üstünlüğünün sağlanması açısından vazgeçilmez bir unsurdur. Yargı bağımsızlığı, kendi başına bir amaç değil adaleti sağlamak, hukukun üstünlüğünü korumak için bir araçtır. Bağımsızlık beraberinde yargıçlara kasıt olmaksızın yanlış kararlar alma ya da tartışmalı kararlara varma özgürlüğü getirmektedir. Bu bağlamda çalışmada ilk olarak demokratik yönetimlerin temeli olan kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı kavramlarının tarihsel gelişimi ve teorik temelleri ele alınmıştır. Aristoteles'ten modern devlet anayasalarına kadar uzanan bu süreç, adaletin ve birey haklarının korunması açısından büyük önem taşımaktadır. Kuvvetler ayrılığı, devletin üç erkini birbirinden bağımsız hale getirerek, yasama, yürütme ve yargının dengeli ve denetimli bir şekilde faaliyet göstermesini

sağlamaktadır. Bu denge ve denetim mekanizması, birey özgürlüklerinin ve toplumun yüksek menfaatinin korunmasında kritik bir rol oynamaktadır.

Yargı bağımsızlığı, yalnızca yasama ve yürütme erklerinden ayrılmakla sınırlı değildir. Aynı zamanda, yargı faaliyetinde bulunan yargıçların, karar alma süreçlerinde herhangi bir dış etkiden, baskıdan veya müdahaleden korunması gerekmektedir. Bu kapsamda, yargının yalnızca yasalar doğrultusunda hareket etmesi ve adil yargılanma hakkının tesis edilmesi, demokratik devletlerin temel değerleri arasında yer almaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesi, yargının bağımsızlığının sağlanmasında en önemli güvencelerden biridir. Çalışmada, yargının karar alma sürecinin meşruluğu konusu incelenmiş, Yargı kararının meşruluğundan bahsedebilmek için adil, bağımsız ve tarafsız bir süreç sonucunda bu kararın alınmış olması gerekliliği vurgulanmıştır. Meşruiyet, yargı kararlarının kamuoyu nezdinde kabul görmesi ve yargıya olan güvenin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır. Yargı mensuplarının bağımsız, tarafsız ve yalnızca hukuka dayalı kararlar alabilmesi, kamu güveninin tesis edilmesinde temel unsurdur.

Antik dönemden modern devlete kadar yargı kararlarına yönelik müdahale girişimleri ve bu müdahalelerin önlenmesi yönündeki çabalar, yargı bağımsızlığının korunmasının ne denli zorlu bir süreç olduğunu göstermektedir. Tarih boyunca, yargının bağımsızlığını tehdit eden unsurlar var olmuş ve bu tehditlere karşı çeşitli önlemler alınmıştır. Günümüzde ise, teknolojik gelişmeler ve yeni dinamikler, yargı bağımsızlığı açısından yeni tehditler ve zorluklar ortaya çıkarmıştır. Teknolojik gelişmeler, yargı süreçlerinin verimliliğini artırırken, aynı zamanda siber güvenlik tehditleri, yapay zekâ ve dijital araçların bağımsız karar alma süreçlerine etkisi gibi yeni riskler de doğurmaktadır. Özellikle siber saldırılar, yargı mensuplarının ve tarafların bilgilerinin gizliliğini riske atmakta, yargı kararlarının güvenilirliğini sarsmaktadır. Yapay zekâ destekli sistemlerin kullanımı, yargı süreçlerinde tarafsızlık ve adaletin korunması konusunda soru işaretleri doğurmaktadır. Özel çıkar gruplarının yargı süreçlerine etkisi ve medya ile sosyal medyanın yargı bağımsızlığına olan etkileri de önemli birer tehdit unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Özel çıkar grupları, dijital araçlar ve sosyal medya aracılığıyla yargı mensupları üzerinde baskı kurmakta ve yargı süreçlerini etkileme potansiyeline sahip olmaktadır. Medya ve sosyal medya, yargı kararlarının kamuoyunda tartışılmasına ve yargı mensuplarının bağımsızlıklarının zedelenmesine yol açabilmektedir.

Bu bağlamda, yargı bağımsızlığının korunmasına yönelik stratejilerin geliştirilmesi büyük önem taşımaktadır. Siber güvenlik önlemlerinin artırılması, yapay zekâ ve dijital araçların denetimi, yargı mensuplarının eğitimi ve farkındalık programları, medya ile iletişimin güçlendirilmesi gibi stratejiler, yargı bağımsızlığını tehdit eden unsurların azaltılmasında etkili olabilmektedir. Ayrıca, hukukun üstünlüğü ilkesinin korunması ve yargıya olan güvenin sağlanması için yargı sistemlerinin şeffaflık, hesap verebilirlik ve etik ilkeler doğrultusunda düzenli olarak yapılandırılması gerekmektedir.

Yargı bağımsızlığının korunması ve sürdürülebilmesi için hem geleneksel hem de modern tehditlere karşı dikkatli ve proaktif olunmalıdır. Teknolojik gelişmelerin getirdiği fırsatlar ve riskler dengeli bir şekilde değerlendirilerek, yargı bağımsızlığını tehdit eden unsurlara karşı etkili stratejiler geliştirilmelidir. Özel çıkar gruplarının ve medyanın yargı süreçlerine olan etkileri sürekli olarak izlenmeli ve yargı mensupları bağımsızlıklarının korunması konusunda desteklenmelidir. Bu çabalar, demokratik yönetimlerin temel taşlarından biri olan yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi ve adaletin sağlanması açısından hayati öneme sahiptir. Bu çalışmada ele alınan kavramlar ve stratejiler, yargı bağımsızlığının korunmasına yönelik bilimsel bir temel oluşturmakta ve gelecekteki çalışmalara ışık tutmaktadır.

KAYNAKÇA

AARLİ, Ragna: “Independent Judges and Their Relationship with the Media”, The Independence of Judges, Eleven International Publishing, Lahey 2014, s. 327-344.

ABD Anayasası, <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

ABD Yüksek Mahkemesi <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/> (Erişim Tarihi: 12.06.2024).

ARİSTOTELES: Atinalıların Devleti, Furkan Akderin (Çev.), Say Yayınları, İstanbul 2013.

ARİSTOTELES: Politika, Furkan Akderin (Çev.), 7. Baskı, Say Yayınları, İstanbul 2023.

ASLAN, Mehmet Emin: Devlet ve Egemenlik Teorisi, Dora Yayınları, İstanbul 2019.

AVRUPA Hâkimleri Danışma Konseyi, (2001) 1 Numaralı görüş, <https://rm.coe.int/1680747830> (Erişim Tarihi: 07.04.2024).

AVRUPA Hâkimleri Danışma Konseyi, (2005) 7 Numaralı görüş <https://rm.coe.int/1680747698> (Erişim Tarihi: 15.06.2024).

AVRUPA Hâkimleri Danışma Konseyi, (2015) 18 Numaralı görüş <https://www.coe.int/en/web/ccje/ccje-opinions-and-magna-carta> (Erişim Tarihi: 16.06.2024).

AVRUPA Hâkimleri Danışma Konseyi, (2021) 24 Numaralı görüş <https://www.coe.int/en/web/ccje/ccje-opinions-and-magna-carta> (Erişim Tarihi: 16.06.2024).

AVRUPA Hâkimleri Danışma Konseyi, <https://www.coe.int/en/web/ccje/background-and-mission> (Erişim Tarihi: 26.04.2024).

AVRUPA İnsan Hakları Sözleşmesi, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/3fdd972e-8566-4b8a-9ffe-d9205f4e51cd.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2024).

- AVRUPA Konseyi Bakanlar Komitesi, R (94) 12 numaralı karar, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/563960a7-228e-407c-9894-d90ebd9419b0.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2024).
- BARAK, Aharon: The Judge in a Democracy, Princeton University Press, New Jersey 2006.
- BEATSON, Jack: Key Ideas in Law: The Rule of Law and the Separation of Powers, Hart Publishing, Oxford 2021.
- BİNGHAM, Tom: The Rule of Law, Penguin Books, London 2011.
- BİRLEŞMİŞ Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2024).
- BRİTANNİCA, Queen's Bench Division, <https://www.britannica.com/topic/Queens-Bench-Division> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).
- CENDEL, Nur, "Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-2, Yıl: 2010, s. 3-14.
- COŞKUN, A. Vahap. "Yerel Yönetimler ve Demokrasi", Türk İdare Dergisi, Cilt 71, Sayı 422, Yıl: 1999, s. 93-110.
- DİCEY, Albert Venn: Introduction to the Study of The Law of the Constitution, Liberty Fund, Indianapolis 1982.
- DRESSEL, Julia ve HANY, Farid: The Accuracy, Fairness, and Limits of Predicting Recidivism, Science Advances, Cilt 4, Sayı 1, Yıl: 2018, s.1-5.
- EOİN, Carolan: The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State, Oxford U. Press, Oxford 2009.
- ERDEM, Fazıl Hüsnü: Türkiye'de Yargı Bağımsızlığının Mevzuattan Kaynaklanan Sorunları ve Çözüm Önerileri, DÜHFD, Cilt 27, Sayı 47, Yıl: 2022, s. 315-355.
- ERDEM, Fazıl Hüsnü: Türkiye'de Yargının Hukuk Ötesi Sorunları, DÜHFD, Cilt 24, Sayı 40, Yıl: 2019, s. 3-30.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2013.

Abdullah YOLCU

FENDOĞLU, H. Tahsin: Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

FIELDMAN, David: “The Independence of International Judges in National Courts: Lessons from Bosnia Herzegovina”, The Culture of Judicial Independence, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2012, s. 215-231.

FRANKLİN, Charles H., “Behavioral Factors Affecting Judicial Independence”, Judicial independence at the Crossroads: an İnterdisciplinary Approach, Sage Publications, USA 2002, s. 148-159.

GEYH, Charles G.: “Customary Independence”, Judicial independence at the Crossroads: an İnterdisciplinary Approach, Sage Publications, USA 2002, s. 160-191.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; Anayasa Hukuku Anayasa Metni Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.

GÜRBÜZ, Ahmet: Hukuk ve Meşruluk Meşru Hukukun Temel Unsurları, 3. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2013.

İSTANBUL Cumhuriyet Başsavcılığı, Basın açıklaması, <https://istanbul.adalet.gov.tr/08122023-tarihli-basin-aciklamasi> (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

İSTANBUL Cumhuriyet Başsavcılığı, Basın açıklaması, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/159/dosya/1303202313-03-20231-50-pm.pdf> (Erişim Tarihi: 06.07.2024).

LOCKE John: Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Fahri Bakırcı (Çev.), 2. Baskı, Ebabil Yayınları, Ankara 2012.

OZAN, M. Seyda / YOLCU, Faruk S., “Sükût Daima Altın Mıdır? Stratejik Sessizlik Kavramını Kamu Kurumlarının Belirsiz İtibarı Üzerinden Değerlendirmek” Amme İdaresi Dergisi, Cilt 57, Sayı 1, Yıl: 2024, s. 47-64.

ÖZEN, Muharrem, “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 68, Sayı 1, Yıl: 2010, 31-65.

SHETREET Shimon: “Creating a Culture of Judicial Independence: The Practical Challenge and the Conceptual and Constitutional

- Infrastructure”, The Culture of Judicial Independence, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2012, s. 17-69.
- SİNA, Ayşen: Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ IV. Yüzyılda Atina’da Yargıçlar ve Mahkemeler, TBBD, Sayı 123, Yıl: 2016, s. 419-450.
- TAMANAHHA, Brian Z.: Hukukun Üstünlüğü Tarih Siyaset ve Teori, A. Fahri Doğan (Çev), Runik Kitap, İstanbul 2020.
- ULUSAL Yargı Ağı Projesi, <https://www.uyap.gov.tr/Genel-Bilgi> (Erişim Tarihi: 30.05.2024).
- ULUSLARARASI Ceza Divanı, <https://www.icc-cpi.int/news/measure-taken-following-unprecedented-cyber-attack-icc> (Erişim Tarihi: 30.05.2024).
- ÜNAL, Şeref, “Yargı Bağımsızlığı”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 37, Sayı 3, Yıl: 2004, s. 63-81.
- ÜNAL, Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı: Türk Yargı Sistemi Üzerinde Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Bir İnceleme, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 1994.
- WEBER, Max: Bürokrasi ve Otorite, H. Bahadır Akın (Çev.), 10. Baskı, Adres Yayınları, İstanbul 2023.
- WOODHOUSE, Diana, “Anayasal Reform Kanunu 2005 – Yargı Bağımsızlığını Korumanın İngiliz Yolu”, Çev. Serkan Yolcu, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2011, s.149-165.
- YANIK, Murat, Yargının Yönetimi ve Denetimi, Der Yayınları, İstanbul 2014.
- YAVUZ, Bülent: Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Adalet Yay., Ankara 2012.
- YOLCU, Faruk S. / OZAN, M. Seyda, “Kamu Yönetiminin Dönüşümünde Yönetim Bilimi ve Yönetişim Yaklaşımlarının Etkisi”, Social Mentality And Researcher Thinkers Journal, Cilt 8, Sayı 65, Yıl: 2022, s. 2288-2296.

ÖZEL HUKUK

YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NDA HAFTA TATİLİ ÜCRETİ

Başak GÜNEŞ*

Faruk Barış MUTLAY**

ÖZ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 46. maddesinde işçilere yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verileceği hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra ilgili maddede çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretinin tam olarak ödeneceği de düzenlenmiştir. Hükümde işçilerin hafta tatilinde çalıştırılmasının hukuki sonucuna ise yer verilmemiştir. Yargıtayın yerleşik içtihatları uyarınca hafta tatilinde çalıştırılan işçilere çalışmadan hak kazanacakları ücretlerin yanı sıra çalışılan hafta tatili için %50 zamlı ücret ödenmelidir. Uygulamada hafta tatili için hem çalışma karşılığı olmayan hem de çalışma karşılığı olan zamlı ücret için "hafta tatili ücreti" kavramı kullanılmaktadır. Bu bakımdan hafta tatili ücretinin iki yönü mevcuttur.

* Dr. Öğr. Üyesi, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: basak.gunes@altinbas.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5003-4255.

** Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: mutlay@akdeniz.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4331-6550.

Makalenin Gönderim Tarihi : 22.02.2024.

Makalenin Kabul Tarihi : 08.11.2024.

Çalışmamızda, özellik arz eden çalışma biçimleri ve farklı ücret tipleri de dikkate alınarak hafta tatili ücretinin iki yönü Yargıtay kararları ışığında açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hafta tatili, hafta tatili ücreti, hafta tatili ücretinin hesaplanması, dinlenme hakkı, ücret.

WEEKLY REST PAY UNDER SUPREME COURT DECISIONS WITHIN THE SCOPE OF LABOR LAW NO. 4857

ABSTRACT

According to Article 46 of Law No. 4857 on Labor, workers are entitled to a minimum uninterrupted rest period of at least twenty-four hours in any seven-day period. Furthermore, if the weekly rest day is not worked, the employer must fully compensate the worker's wage for that day without any deduction. However, the provision does not explicitly state the legal implications of employing workers on weekly rest days. However, based on established precedents of the Court of Cassation, workers employed on weekly rest days are entitled to receive a wage 50% higher than their regular rate for the worked weekly rest day, in addition to their regular earnings. The term 'weekly rest pay' refers to both the uncompensated and compensated extra pay for working on weekly rest days, resulting in two dimensions of weekly rest pay. In our study, we have explored both aspects of weekly rest pay, considering various forms of work and types of wages, taking into account Court of Cassation decisions.

Keywords: Weekly rest, weekly rest pay, calculation of weekly rest pay, rest break, wage.

I. GİRİŞ

Anayasa'nın 50. maddesiyle çalışanlar bakımından dinlenme hakkı anayasal güvenceye kavuşturulmuş olup hükümde ücretli hafta tatilinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda “*hafta tatili ücreti*” başlığını taşıyan İş Kanunu'nun 46. maddesinin birinci fıkrasında “...yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (*hafta tatili*) verilir” ifadeleri ile hafta tatili düzenlenmiştir. Hükümün ikinci fıkrası ise, “*çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir*” şeklindedir. Dolayısıyla ikinci fıkrada, işçinin dinlenme hakkını

kullandığı hafta tatili gününde talep edebileceği ücrete ilişkin esasa yer verildiğini söylemek yanlış olmaz. Maddenin üçüncü fıkrasında ise çalışılmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen kanundan veya sözleşmeden doğan tatil günlerinin, ek m.2’de sayılan izin sürelerinin, bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri çalışılmış günler gibi hesaba katılacağı öngörülmüştür.

Hükmün tamamı göz önünde bulundurulduğunda, hafta tatili kurumu açısından “hafta tatili olarak dinlenme hakkının” ve “çalışılmadan hak kazanılan hafta tatili ücretinin” düzenlendiği ortaya çıkar. Ancak hafta tatili kurumunun sadece söz konusu iki durum açısından önemli olduğunu söylemek doğru olmaz. Zira her ne kadar Kanun’da düzenlenmemiş olsa da işçinin hafta tatili gününde izin kullandırılmadan çalıştırılması hâlinde hak kazanacağı ücret de ayrıca belirlenmelidir. Bu bakımdan hafta tatili kurumunun uygulama açısından üç önemli yönünün olduğunu söylemek mümkündür. Bunları tekrar kısaca ifade etmek gerekirse “hafta tatili gününde dinlenme hakkı”, “çalışılmadan hak kazanılan hafta tatili ücreti” ve “tatil yapılmayarak çalışılırsa çalışılan gün için hak edilen hafta tatili ücreti”dir. Çalışmamızda söz konusu üç husus göz önünde bulundurularak uygulamadaki sorunlar belirlenmiş ve açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

II. HAFTA TATİLİNİN DİNLENME HAKKI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hafta Tatilinin Kullanılacağı Gün

Hafta tatilinin hangi gün olacağı 4857 sayılı İş Kanunu’nda¹ (İşK) hükme bağlanmamıştır. 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatil Hakkında Kanun’da² (m.3/A) ise hafta tatilinin pazar günü olduğu belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nda da (TBK)³ hafta tatilinin “*kural olarak*” pazar günü olduğu ifade edilmiştir (m. 421). Öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi işçiler açısından bu hükümlerin uygulanması

¹ RG., T.10.06.2003, S.25134.

² RG., T.19.03.1981, S.17284.

³ RG., T.04.02.2011, S.27836.

gerekip gerekmediği açıklanmalıdır. Ulaşılabilecek sonuç, Kanun'da boşluk olup olmamasıyla ilgilidir. Konuya ilişkin İş Kanunu'nda bir boşluk olduğu kabul edildiğinde, her şeyden önce genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu ile söz konusu boşluk doldurulmalı ve hafta tatili günü kural olarak pazar günü kabul edilmelidir. Yine boşluk bulunduğu varsayımında, Ulusal Bayram ve Genel Tatil Hakkında Kanun'un, İş Kanunu'na tabi işçiler açısından uygulanabilirliği değerlendirilmelidir. İş Kanunu'nda boşluk olmadığı benimsenirse, tarafların hafta tatili gününü serbestçe kararlaştırabilecekleri kanaatine varılmalıdır.

Kanun koyucunun 4857 sayılı İş Kanunu'nda öne çıkardığı esaslardan biri de esneklik anlayışıdır.⁴ Esneklik anlayışının en önemli göstergeleri de çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerdir. Gerçekten de tarafların günlük on bir saati aşmamak kaydıyla çalışma sürelerini istedikleri gibi haftanın çalışılan günlerine dağıtabileceği kabul edilmiştir (İşK m.63). Söz konusu esneklik anlayışının sadece çalışma sürelerinin çalışılan günlere farklı biçimde dağıtılmasına özgü olduğu düşünülemez. Pazar gününü mutlak bir şekilde hafta tatili günü olarak kabul eden bir yaklaşımla kanun koyucunun esneklik anlayışının tam olarak hayata geçirilmesi mümkün olmaz. Bu bakımdan kanun koyucunun bilinçli bir şekilde hafta tatilinin kullanılması gereken güne ilişkin sustuğunu ve bu konuda taraflara takdir hakkı verdiğini kabul etmek isabetli olur.⁵ Sonuç

⁴ Kanun'da benimsenen esneklik anlayışına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Süzek, Sarper, İş Hukuku, 21. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), s. 21 vd.; Hamdi, Mollamahmutoğlu, Muhittin, Astarlı ve Ulaş, Baysal, İş Hukuku, 7. Baskı (Ankara: Lykeion Yayıncılık: 2022), s. 20 vd.; Kübra, Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), s. 25 vd.; Gaye Burcu, Yıldız, "Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu", Sarper Süzek'e Armağan, I (İstanbul: Beta Yayınevi, 2011), s. 203-231; Gaye, Baycık, "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan (2014), s. 232 vd.; Serkan, Odaman, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), s. 8 vd.; Murat, Özveri, "Güvensizliğin Hukuku: Esneklik", Sarper Süzek'e Armağan, I (İstanbul: Beta Yayınevi, 2011), s. 277-295; Hakan, Balkan, Bireysel İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), s. 9 vd.

⁵ Aynı yönde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 1369. Aksi görüşte bkz. Nuri, Çelik, Nurşen, Caniklioğlu, Talat, Canbolat ve

olarak İş Kanunu'nda bir boşluk olmadığından TBK veya Ulusal Bayram ve Genel Tatil Hakkında Kanun'un uygulanması mümkün olmaz. Bu doğrultuda hafta tatili pazar günü dışında bir gün olarak belirlenebileceği gibi, hafta tatilinin bütün işçilere aynı gün kullandırılması da zorunlu değildir.

Yargıtayın kararlarında “...2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 3 üncü maddesine göre, hafta tatili Pazar günüdür. Bu genel kural mutlak nitelikte olmayıp, hafta tatili izninin Pazar günü dışında da kullandırılması mümkündür...” şeklinde ifadelerle yer verilmektedir.⁶ Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme kararlarında konu, TBK ile ilişkilendirilmeden sadece Ulusal Bayram ve Genel Tatil Hakkında Kanun özelinde değerlendirilmiş ve aynı ifadelerle hukuki sorun açıklığa kavuşturulmuştur. Kararlarda dikkat çeken hususlardan biri, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 3. maddesindeki düzenlemenin mutlak bir anlam taşımadığı yönündeki ifadedir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, kanaatimizce İş Kanunu'nda boşluk yoktur; dolayısıyla Ulusal Bayram ve Genel Tatil Hakkında Kanun'daki düzenlemenin niteliği bu açıdan önemsizdir. Eğer Kanun'da boşluk olsaydı Ulusal Bayram ve Genel Tatil Hakkında Kanun'un ilgili düzenlemesi ile boşluğun doldurulup doldurulamayacağı ve doldurulacağı kanaatine varıldığında da söz konusu hükmün niteliği değerlendirilirdi. Bu bakımdan Yargıtay kararlarında ulaşılan sonuç isabetli olmakla birlikte, gerekçesine kısmen katıldığımızı ifade etmek isteriz.

Şüphesiz toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle hafta tatilinin pazar günü olduğu kararlaştırılabilir. Kanaatimizce hafta tatilinin iç

Ercüment, Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 36. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2023), s. 807.

⁶ Y.9.HD., T.23.12.2020, E.2017/26327, K.2020/19678; Y.9.HD., T.01.07.2020, E.2016/19233, K.2020/6827; Y.9.HD., T.02.12.2019, E.2016/9796, K.2019/21376; Y.9.HD., T.21.03.2017, E.2016/6091, K.2017/4672; Y.9.HD., T.12.12.2018, E.2015/27307, K.2018/23046; Y.9.HD., T.09.09.2014, E.2014/25796, K.2014/25772; Y.9.HD., T.11.12.2013, E.2011/455, K.2013/32721; Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43776, K.2011/49235. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararları için bkz. Y.22.HD., T.28.03.2019, E.2016/8447, K.2019/6866; Y.22.HD., T.19.04.2018, E.2017/12413, K.2018/9057; Y.22.HD., T.19.04.2017, E.2017/7005, K.2017/9137. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

yönetmelikle belirlenmesi de mümkündür. Kaynaklarda yazılı hüküm olmaması, ancak işçinin çalışmaya başladığı günden itibaren, hafta tatili gününü belli bir günde kullanmış olması karşısında ortaya çıkan durumun terminolojik açıdan “işyeri uygulaması” olarak değerlendirilmesi kanaatimizce isabetli olmaz. Ancak böyle bir olasılıkta artık taraflar arasında zımni bir şekilde anlaşmaya varıldığıнын kabulü mümkündür. Açıkladığımız şekilde hafta tatili gününün belli bir gün olduğunun kaynaklarda açıkça kararlaştırıldığı ya da zımni bir anlaşmanın bulunduğu bir olasılıkta, işverenin yönetim hakkına dayanarak hafta tatili gününü tek taraflı olarak değiştirmesinin kural olarak mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira böyle bir değişiklik pek çok durumda çalışma koşullarında işçiler aleyhine esaslı değişiklik teşkil edeceği için İşK m.22 hükmü uygulanmalıdır ve işverence bu konuda işçinin onayı olmaksızın tek taraflı değişiklik yapılması halinde işçinin iş sözleşmesini İşK m.24/II, (f) hükmüne göre feshedilebilmesi imkân dahilindedir.

B. Hafta Tatilinin Toplu ve/veya Bölünerek Kullanılması

Kanun'da açıkça hafta tatili izninin kesintisiz en az yirmi dört saat olduğu hükme bağlanmıştır (İşK m.46/1). Ulusal Bayram ve Genel Tatil Hakkında Kanun'da hafta tatili gününün uzunluğu farklı düzenlenmişse de⁷ yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar uyarınca, bu konuda da Ulusal Bayram ve Genel Tatil Hakkında Kanun uygulama kabiliyeti bulmaz. Düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, İş Kanunu m.46/1'de sadece süreye yer vermekle yetinilmemiş, bunun kesintisiz kullanılması gerektiği de mutlak şekilde ifade edilmiştir. Dolayısıyla işçiye farklı günlerde verilen izin saatlerinin toplamının yirmi dört saat olması, hafta tatilinin dinlenme hakkı olarak tüketildiği anlamına gelmez. Başka bir ifadeyle yirmi dört saatten daha az süre ile verilen izinlerin hafta tatili olarak kabulü mümkün olmaz. Düzenlemenin sadece lafzı değil, amacı da bu sonucu desteklemektedir. Zira kanun koyucu işçinin gerçek anlamda dinlenmesini istemiştir. Bu amaç, işçinin en az yirmi dört saat boyunca tamamen işten uzaklaşması ve bu süreyi dilediği gibi özgürce kullanması ile gerçekleşebilir.⁸ Bu bağlamda hafta tatili

⁷ İlgili Kanun uyarınca “*Bu tatil 35 saatten az olmamak üzere Cumartesi günü en geç saat 13.00'ten itibaren başlar.*” (m.3/A).

⁸ Kübra, Doğan Yenisey, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku

“bölünmeyen çalışma şartları” arasında yer almaktadır.⁹ Yargıtay kararlarının da isabetli şekilde düzenlemenin lafzına ve amacına uygun olduğu görülmektedir.¹⁰

Kanun’da sadece hafta tatilinin kesintisiz yirmi dört saat kullanılması gerektiğinden bahsedilmemiş, aynı zamanda yedi günlük bir zaman dilimi içinde iznin haftada bir gün kullanılması gerektiği de hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla işçinin bir haftanın tamamında çalıştırılması, takip eden haftaların birinde ya da birkaçında kendisine izin kullandırılması suretiyle yedi gün çalıştığı haftalara ilişkin hafta tatili iznini kullandığı ileri sürülemez. Başka bir deyişle hafta tatilinin toplu kullandırılması mümkün olmaz.¹¹ Örneğin işçinin bir ay içinde üç hafta

Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2013, İstanbul, 21-22 Kasım 2014 (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017), s. 131.

⁹ Münir, Ekonomi, “Bölünemeyen Çalışma Şartlarından Hafta Tatili ve Diğer Tatiller”, Çalışma ve Toplum, S.68 (2022), s. 28.

¹⁰ Yargıtayın konuya ilişkin kararlarında yer verdiği ifadeler “...Hafta tatili izni kesintisiz en az yirmidört saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez. Hafta tatili bölünerek kullandırılmaz. Buna göre hafta tatilinin yirmidört saatten az olarak kullandırılması halinde hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır...” şeklindedir; kararlar için bkz. Y.9.HD., T.23.12.2020, E.2017/26327, K.2020/19678; Y.9.HD., T.02.12.2019, E.2016/9796, K.2019/21376; Y.9.HD., T.22.05.2018, E.2017/8056, K.2018/11469; Y.9.HD., T.12.03.2018, E.2015/11324, K.2018/4973; Y.9.HD., T.27.02.2017, E.2017/3700, K.2017/2774, Y.9.HD., T.21.03.2017, E.2016/6091, K.2017/4672; Y.9.HD., T.09.09.2014, E.2014/25796, K.2014/25772; Y.9.HD., T.11.12.2013, E.2011/45560, K.2013/32720; Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43777, K.2011/49236; Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43776, K.2011/49235. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararları için bkz. Y.22.HD., T.28.11.2019, E.2018/10863, K.219/21882; Y.22.HD., T.19.04.2018, E.2017/12413, K.2018/9057; Y.22.HD., T.19.04.2017, E.2017/7005, K.2017/9137. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹¹ Süzek, s. 857; Savaş, Taşkent, Ömer, Eyrenci, Devrim, Ulucan ve Şükrüye Esra, Baskan, İş Hukuku, 10. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2020), s. 329; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, s. 1373; Ömer, Ekmekçi, Esra, Yiğit, Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), s. 530; Gaye, Baycık, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, Ankara, 01-02 Aralık 2017 (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018), s. 326; Berna, Öztürk, İşçinin

boyunca haftada yedi gün çalışması, ancak dördüncü hafta dört gün izin kullanması ihtimalinde, sadece son hafta açısından dinlenme hakkının kullanıldığı kabul edilmelidir. Yine Yüksek Mahkemenin kararlarının bu yönde olduğu görülmektedir.¹²

İşçinin hafta tatillerini toplu ya da bölerek kullanma yönünde talebinin olması veya buna ilişkin sözleşmede herhangi bir kayıt olması da yukarıda ulaşılan sonucu değiştirmez. Farklı bir deyişle, işçinin “hafta tatili gününde çalışma yapacağı” veya “haftanın yedi günü de dahil olmak üzere çalışacağı” ya da “hafta tatillerini toplu kullanacağı” yönünde hüküm/hükümler ihtiva eden iş sözleşmesini akdetmesi da sonucu değiştirmez. Zira böyle bir durumda bahsi geçen sözleşme maddesi emredici hükme aykırı olduğundan geçersiz kabul edilir¹³ ve geçersiz bir sözleşme hükmüne dayanarak işveren işçiden bir talepte bulunamaz.

Talimatlara Uyuma Borcu (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s. 507; Kenan, Başkuru, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Düzenlenen Ücret Alacakları Bakımından İspat Yükü ve Deliller (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), s. 168.

¹² Yüksek Mahkeme kararlarında “...Yine hafta tatilinin toplu halde kullanılması yasa hükmünün konuluş amacına aykırı olduğundan, bu şekilde hafta tatili kullanıldığı kabulü mümkün değildir...” sonucuna ulaşmaktadır; kararlar için bkz. Y.22.HD., T.23.01.2019, E.2017/19485, K.2019/1727; Y.22.HD., T.25.02.2019, E.2016/11762, K.2019/4157. Başka bir kararında da aynı sonuca ulaştığı “...4857 sayılı Kanunda fiili izin müessesesi yalnızca fazla çalışma için öngörülmüş olup çalışılan hafta tatili karşılığı izinle telafi edilemez. Buna göre Mahkemece davalı tanığına ayda kaç hafta 7 gün çalışma olduğu açıklattırılıp sonucuna göre davacının hafta tatili alacağının belirlenmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile talebin reddi bozmayı gerektirmiştir...” şeklindeki ifadelerden anlaşılmaktadır; karar için bkz. Y.9.HD., T.25.06.2018, E.2018/5763, K.2018/13662. Yargıtay aynı sonuca başka bir kararında da şu ifadelerle ulaşmıştır: “...Hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil günleri dinlenme hakkı kapsamında kaldığından, tatilde yapılan çalışma karşılığı serbest zaman kullanılması yasaya aykırılık teşkil eder. Serbest zaman ancak fazla mesai karşılığı verilebilir. Tatilde yapılan çalışma karşılığında izin verilmişse bu ancak mazeret izni olarak kabul edilebilir...”, karar için bkz. Y.22.HD., T.28.03.2019, E.2016/8447, K.2019/6866. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. Y.9.HD., T.17.04.2018, E.2018/2257, K.2018/8951; Y.9.HD., T.17.04.2018, E.2018/2256, K.2018/8950. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹³ Süzek, s. 860; Ünal, Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı (İstanbul: 2014), s. 693; Başkuru, s. 172.

Bunun dışında işçinin onayı olmaksızın, İşK m.42’de öngörülen “*gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması*” halinde başvurulabilecek zorunlu nedenlerle fazla çalışma ile İşK m.43’te öngörülen “*seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde*” yapılabilecek olağanüstü hallerde fazla çalışmaya ilişkin durumlardan birinin ortaya çıkması halinde işverenin izinlerin toplu kullanılması yönünde bir talepte bulunup bulunamayacağı da değerlendirilmelidir. Kanun koyucu sadece istisnai hâllerde işçinin onayı olmaksızın fazla çalışma yapılabileceğini düzenlemiş ve aynı ya da benzer bir anlayışa hafta tatili bakımından yer vermemiştir. Öyle ki onayın aranmadığı hâllerde yapılan fazla çalışmalar bakımından dinlenme süresinin verilme zorunluluğu da açıkça hükme bağlanmıştır (İşK m.42 ve m.42). Şüphesiz maddelerde geçen dinlenme süresi kavramı ile kastedilen, ara dinlenme süresi benzeri sürelerdir. Ancak ifade etmek istediğimiz husus, zorunlu nedenlerde ya da olağanüstü hâllerde dahi kanun koyucu isabetli biçimde dinlenme hakkını gözetmiştir. Dinlenme hakkının iş sağlığı ve güvenliği ile ilişkisi¹⁴ bu durumu zorunlu kılmıştır. Sonuç olarak İşK m.42 ya da İşK m.43’de sayılan durumlardan birinin ortaya çıkması da işçinin haftanın yedi günü çalışmasını ve izinlerini toplu kullanmasını gerektirmez.

Hafta tatilinin toplu kullanılması bakımından yukarıda ulaşılan sonuçlara rağmen işçinin izinlerini toplu kullanması veya bölerek kullanması hâlinde ücret bakımından yaptırımının ne olacağı aşağıda ilgili başlıklar altında açıklanmıştır.

III. HAFTA TATİLİNİN HAFTA TATİLİ ÜCRETİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hafta Tatili Ücretinin İki Yönlü ve Bağımsız Bir Alacak Niteliğinde Olmasının Uygulamadaki Önemi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, İşK m.46/2 hükmü “*çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o*

¹⁴ Süzek, s. 860; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 139, 323; Öztürk, s. 508.

günün ücreti tam olarak ödenir” şeklindedir.¹⁵ Dolayısıyla düzenlemenin ikinci fıkrasında, işçinin dinlenme hakkını kullandığı hafta tatili gününde talep edebileceği ücrete ilişkin esasa yer verilmiştir. Burada düzenlenen ücret, iş karşılığı olmadığı için sosyal ücret niteliğindedir.¹⁶ Hükümde işçinin hafta tatilinde çalıştırılmasının hukuki sonucu ise düzenlenmemiştir. Zira kanun koyucu hafta tatili gününde işçinin mutlak bir şekilde dinlenmesini istemiş ve ücretinin ödenmesi suretiyle hafta tatili gününde çalışmasının önüne geçmek istemiştir. İşK m.44'te ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağını toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabileceğinin ortaya konması ve m.47'de işçilere ilgili günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretlerinin tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa çalışılan her gün için ayrıca bir günlük ücret ödeneceğinin öngörülmesine karşın, hafta tatiline ilişkin benzer düzenlemelerin bulunmamasının altında yatan sebep budur.¹⁷ Kanun koyucunun söz konusu amacına rağmen işçilerin hafta tatili gününde çalıştırıldığı uygulamada görülmektedir. İşK m.32'de ortaya konduğu üzere, ücret işin karşılığı olarak ödenmektedir. O halde işçi hafta tatilinde çalıştırılırsa, çalışmasa bile kanun hükmü gereği hak kazanacağı ücrete ilaveten çalışması karşılığında da ücrete hak kazanmalıdır (İşK m.46/2).

Nitekim Yargıtay da yerleşik içtihatlarında hafta tatilinde çalışan işçinin, çalışma karşılığı olmaksızın hak kazanacağı ücrete ilaveten çalışması sonucu kendisine ayrıca %50 zamlı ücret ödenmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir.¹⁸ Uygulamada işçinin hafta tatilinde çalışmaksızın hak kazanacağı ücret de hafta tatilinde çalıştırılması sebebiyle hak kazanacağı zamlı ücret de “hafta tatili ücreti” olarak

¹⁵ Maddenin beşinci fıkrası uyarınca “*Bir işyerinde işin bir haftadan fazla bir süre ile tatil edilmesini gerektiren zorlayıcı sebepler ortaya çıktığı zaman, 24 ve 25 inci maddelerin (III) numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebeplerden ötürü çalışılmayan günler için işçilere ödenen yarım ücret hafta tatili günü için de ödenir.*”

¹⁶ Ekonomi, s. 31; Süzek, s. 376; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 143; Müjdat, Şakar, İş Hukuku Uygulaması, 13. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2022), s. 97.

¹⁷ Baycık, İş İlişkisinin Kurulması, s. 298; Başkuru, s. 172.

¹⁸ Y.9.HD., T.25.09.2007, E.2007/33231, K.2007/28093; Y.9.HD., T.05.04.2016, E.2014/37212, K.2016/8451; Y.22.HD., T.02.12.2015, E.2014/18007, K.2015/33449; Y.9.HD., T.15.06.2020, E.2016/17047, K.2020/5573; Y.9.HD., T.01.04.2021, E.2021/1764, K.2021/7351. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

adlandırılmaktadır. Bu nedenle hafta tatili ücretinin çalışmadan hak kazanılan ücret ile bu ücrete ek olarak çalışma karşılığı talep edilecek olan zamlı ücret şeklinde iki yönü bulunduğunu belirtmek gerekir.

İfade edelim ki İşK m.46/2’de yer alan ücret veya çalışma karşılığı hak edilen ücret yerine, izin, serbest zaman vb. boş gün/günler verilmek suretiyle hafta tatili ücretinin iki yönü de ortadan kaldırılamaz. Uygulamada esasen işverenlerce İşK m.46/2’deki ücretin yerine değil, çalışma karşılığı hak edilen ücret yerine izin sağlanarak borcun yerine getirilmeye çalışıldığı görülmektedir¹⁹; ancak yukarıda “Hafta Tatilinin Toplu ve/veya Bölünerek Kullanılması” başlığı altında açıkladığımız gerekçeler nedeniyle söz konusu uygulamalar Kanun’a aykırıdır.

Hafta tatilinde çalışma karşılığı ücrete hak kazanabilmek için işçinin ilgili günün tamamında iş görme borcunun yerine getirmesi gerekmez. Zira kanun koyucu en az yirmi dört saat izin verileceğini hükme bağladığından, işçinin işyerinde bir saat bile çalışması hafta tatilini hiç kullanmadığı anlamına gelir ve işçinin hafta tatili ücretini talep etmesi mümkündür. Hatta işçinin iş görme edimini ifaya hazır bir şekilde beklemiş (İşK m.66/c) olduğunu ispatlaması da aynı sonucu doğurur.²⁰

¹⁹ Bkz. Dipnot 13’teki kararlar.

²⁰ Nitekim Yargıtay da icap nöbeti tutan işçilerin nöbet esnasında işyerine gitmese bile çalışmış sayılacağına karar vermektedir. Yargıtaya göre, “...davacının icap nöbeti sırasında işyerinde olmadığı evinde veya tercih ettiği başka bir yerde zamanını geçirdiği, çağrılması durumunda göreve gittiği dolayısıyla çağrılmadığı zamanlarda imkanı ölçüsünde serbest hareket edebildiği anlaşılmaktadır. Ancak yapılan işin niteliği gereği icap nöbeti esnasında sadece çağırılma durumunda iş yerine gidiliyor olursa da geri kalan zamanı işçinin tamamen özgür hareket ederek geçirmesi de beklenemez. Zira işçi çağrılmaya hazır olarak beklemektedir ve işverence çağrıldığında makul bir süre içerisinde görevi başında olmak zorundadır. Bu anlamda işçi icap nöbeti esnasında şehir dışına çıkamaz veya işyerine uzak bir yere gidemez. Ne var ki; ihtiyaç duyulduğunda işyerine gidilmek zorunda olması icap nöbetinde geçen tüm sürenin çalışma süresinden sayılmasını gerektirmez. Davacının nöbet sırasında işyerine giderek gerçekleştirdiği çalışma sebebiyle geçen süre, çalışma süresinden sayılacaktır. İşyerine gitmesini gerektirecek bir durumun ortaya çıkmaması durumunda ise, uygun bir sürenin çalışma süresinden sayılması hakkaniyet gereğidir...”, karar için bkz. Y.9.HD., T.17.09.2020, E.2016/22112, K.2020/8240. Aynı yönde örnek kararlar için bkz. Y.9.HD., T.26.01.2021, E.2020/4705, K.2021/2257; Y.22.HD., T.13.05.2019, E.2017/21917, K.2019/10417. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi:

Yine işçinin İşK m.46/2 dışındaki belirttiğimiz hafta tatili ücretine hak kazanabilmesi için yılın ya da ayın her haftasında hafta tatili gününde çalıştığını ispatlaması şart değildir. Farklı bir deyişle işçi hafta tatilinde izin kullanmayarak çalıştığı haftaların olduğunu ispat ettiğinde, ispat edilen ilgili günlerle sınırlı olarak yine ücrete hak kazanır.²¹ Dolayısıyla “hafta tatili ücreti” şeklindeki ifade, hem “çalışılmadan Kanun gereği hak kazanılan ücret (m.46/2)” hem de “dinlenme hakkı kullanılmaksızın çalışmak suretiyle hak kazanılan ücret” alacaklarını kapsar.

Ulaşılan sonuç, somut olaya göre, özellikle sözleşmede hüküm bulunması halinde yapılacak yorumu da etkiler. Örneğin Yargıtayın kararına konu olan bir olayda “...*Toplu iş sözleşmesinin 32 nci*

04.02.2024). İcap nöbetinde geçen sürenin çalışma süresi olarak kabulünün isabetli olduğu hakkında bkz. Mustafa, Alp, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2019-2020, Ankara, 13-14 Kasım 2021 (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022), s.104 vd.

²¹ Yargıtayın bir kararında yer verdiği ifadeler şu şekildedir: “...*davacı ile aynı işyerinde çalışmış davacı tanıkları ve davalı ... cumartesi ve pazarları nöbetçi olanların hastaneye geldiğini söyleyerek davacının ayda bir hafta tatili çalışmasını doğrulamıştır. Mahkeme tarafından da ayda bir hafta tatilinde çalışmanın varlığı hüküm altına alınarak belirtilen günde 7,5 saati aşan çalışma süresi fazla çalışma süresine eklenmek suretiyle hafta tatilinde çalışma olgusu kabul edilmiştir. Bu nedenlerle davacının ayda bir hafta tatilinde çalıştığı anlaşılmalı, ücretinin hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...*”, karar için bkz. Y.9.HD., T.01.07.2020, E.2016/19233, K.2020/6827. Görüldüğü üzere, karara konu olan olayda işçinin bir ay içinde sadece bir hafta çalışma yapmış olması esas alınarak hesaplama yapılmıştır. Başka bir kararında yer verilen ifadeler de şu şekildedir: “...*Dosya içeriğine göre, hafta tatili ücreti, davacının tüm çalışma dönemi içerisinde ayda bir hafta tatilinde çalıştığı kabul edilerek hesaplanarak hüküm altına alınmıştır. Ancak davacı tanığı ..., davalı işyerinde 2014 yılında haftada bir gün izin kullandıklarını belirtmiştir. Bu durumda, hafta tatili ücreti alacağıının 2014 yılı bakımından ispatlanamadığından reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır...*”, karar için bkz. Y.22.HD., T.25.10.2017, E.2015/17892, K.2017/22850. Söz konusu bu kararında da yıl bakımından dışlama yapılarak hesaplama yapılmıştır. Diğer kararı için bkz. Y.22.HD., T.28.03.2018, E.2015/29349, K.2018/8089. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

maddesinde; "Çalışılan bu hafta tatili günü için toplam iki yevmiye ödenir." şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, hükme esas alınan bilirkişi raporunda hafta tatili ücretinin iki yevmiye üzerinden hesaplandığı görülmektedir. Ancak toplu ... sözleşmesinin ilgili hükmüne göre çalışılan hafta tatili günü için toplam iki yevmiye ödeneceği belirlenmiş olup davacıya çalışma karşılığı olmayan bir yevmiye tutarındaki hafta tatili ücretinin aylık ücretin içinde ödenmiş olması karşısında, hafta tatili ücretinin bir yevmiye üzerinden hesaplanması gerekir. Mahkemece iki yevmiye üzerinden hesaplama içeren bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulması hatalı olup kararın bu gerekçeyle bozulması gerekmiştir..." sonucuna ulaşılmıştır.²² Görüldüğü üzere, kararda isabetli bir biçimde talep edilen hafta tatili ücretinin yönü

²² Y.9.HD., T.10.01.2023, E.2022/17948, K.2023/179. Aynı yöndeki diğer karar için bkz. Y.9.HD., T.09.11.2022, E.2022/12034, K.2022/14563. Bir başka kararında da "...Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmış olup bilirkişi tarafından davacının hafta tatili ücreti hesaplanırken "TİS hükmü gereğince zamlı ücreti 3 gündeliği üzerinden belirlenmiştir" denilerek davacının hafta tatili ücreti 3 gündelik üzerinden hesaplanmıştır. TİS'in hafta tatilini düzenleyen 57. maddesinde "... tam gün tatillerde iş gereği işçi çalıştırıldığı takdirde işçiye üç gündelik ödenir. (Bu üç gündeliğe iş karşılığı olmayan tatil gündeliği dahildir.)" hükmü yer almaktadır. Maddede de belirtildiği gibi davacıya hafta tatilinde çalışması halinde ödenmesi gereken gündelik 3 değil 2'dir. Çünkü davacı 1 gündeliği çalışma karşılığı olmadan ücreti ile birlikte almıştır. Yani davacının ücretine çalışma karşılığı olmayan hafta tatili ücreti (1 gündelik) dahildir. Davacının hafta tatilinde çalışması halinde ayrıca 2 yevmiye daha ödenmesi (1+2) gerekmektedir. TİS'in 57. maddesinde sözü edilen gündelik 1+2 şeklinde anlaşılmalıdır. Bilirkişi tarafından davacının hafta tatili hesaplanırken TİS'in 57. maddesinin yanlış yorumlanarak davacıya 3 gündelik üzerinden hafta tatili ücreti hesaplanması hatalıdır. Bu durumda davacıya çalışma karşılığı olmadan 1 gündelik ödendiği dikkate alınırsa davacının hafta tatilinde çalışması halinde 1+3 gündelik olmak üzere toplam 4 gündelik ödeneceği gibi bir sonuç çıkmaktadır ki bu da TİS'in ilgili hükmüne aykırıdır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının hafta tatili ücreti yönünden hatalı bilirkişi raporuna değer verilerek karar verilmesi isabetsizdir..." şeklinde yer verilen ifadelerle ücret alacağının iki yönü değerlendirilmiştir; karar için bkz. Y.9.HD., T.05.03.2012, E.2009/47963, K.2012/6930. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

ve ayrıca toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan hafta tatili ücretinin niteliği değerlendirilmek suretiyle sonuca ulaşılmıştır.

Açıkladığımız biçimde iki yönü olan hafta tatili ücretinin tahsiline ilişkin açılan bir davada açıkça bu yönlerden herhangi biri belirtilmeksizin genel biçimde “hafta tatili ücreti” adı altında talepte bulunulduğunda, her iki alacağın da istendiğinin kabulü gerekir. Ancak hafta tatili ücretinin diğer işçilik alacaklarından farklı nitelikte olduğu belirtilmelidir. Daha net bir deyişle hafta tatili ücreti, yine ücret niteliğinde olan ancak hak kazanma koşulları farklı olan ulusal bayram ve genel tatil ücret ya da fazla çalışma ücret vb. alacaklardan farklı bir işçilik alacağıdır.²³

²³ Yargıtayın bir kararındaki ifadeler şu şekildedir: “...Davacı ulusal bayram genel tatil alacak talebinde bulunmadığı halde gerekçe kısmında ulusal bayram genel tatil alacağı ile ilgili açıklama yapılarak bu alacak yerine hafta tatili ile ilgili hüküm kurulduğunun yazılması hatalıdır...”, karar için bkz. Y.9.HD., T.12.05.2014, E.2012/10847, K.2014/15265; başka bir kararında da “...Tanık beyanlarına göre davacının haftada altı gün çalıştı, yedi günlük zaman dilimi içerisinde yirmidört saat dinlenme hakkını kullandığı anlaşılmaktadır. Hafta tatili ücreti talebinin reddine karar verilmesi gerekirken ulusal bayram genel tatil ücreti ile aynı kalem altında hüküm altına alınması hatalıdır...” sonucuna ulaşılmıştır; karar için bkz. Y.22.HD., T.04.07.2018, E.2018/6472, K.2018/16821. Bir diğer kararında da “...davacının dava dilekçesinde hafta tatili ücreti ve ulusal bayram genel tatil ücreti talebi toplam olarak 5.000 TL istenilmiş ve fakat mahkemece bu iki talep ayrıştırılmadan hüküm kurulmuştur. Hüküm kurulduğunda bu 5.000 TL'nin 2.500 TL'si ulusal bayram genel tatil ücreti, 2.500 TL'si hafta tatili ücreti olarak kabul edilip, 2.500 TL hafta tatili ücreti talebi reddedilmelidir. Ayrıca ulusal bayram genel tatil ücretine hükmedilirken, dava dilekçesinde istenen miktarın 2.500 TL olduğu kabul edilip buna göre ıslah (talep artırım) değerlendirilerek hüküm kurulmalı, hafta tatili ücreti talebi açısından reddedilecek 2.500 TL ulusal bayram genel tatil ücreti talebine karıştırılmamalıdır...” ifadelerine yer verilmiştir; karar için bkz. Y.9.HD., T.07.05.2018, E.2015/16291, K.2018/10106. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024). Birden fazla alacağın talep sonucunda toplam olarak gösterilmesi, hangi alacağın ne miktarda talep edildiği belirsiz hale getirmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 31 hâkime, uyuşmazlığın aydınlatılması için zorunlu hallerde belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususları aydınlatma ödevi yüklemektedir. Bu çerçevede hâkim, davacıya talep ettiği alacaklar hakkında açıklama yaptırmalı, her bir alacak hakkında talep edilen miktar belirlendikten sonra buna göre hüküm kurulmalıdır.

Hafta tatili ücretinin belirtmiş olduğumuz diğer iki işçilik alacağından farklı olmasının uygulamada özellikle iki açıdan önemli olduğu söylenebilir. Her şeyden önce işçi dava dilekçesinde “ulusal bayram ve genel tatil ücret alacağı” ve/veya “fazla çalışma ücret alacağı” ya da genel biçimde “ücret alacağı” talep etmişse, söz konusu davada işçinin hafta tatili günlerinde çalıştığı sabit olsa bile mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.26 gereğince hafta tatili ücretine hükmedemez. Öte yandan, aşağıda “Hafta Tatili Ücretinin Fazla Çalışma Ücreti ile İlişkisi” başlığı altında da açıkladığımız üzere, işçinin hafta tatili ücreti talep etmeden sadece fazla çalışma ücreti talep etmesi ve yedi gün çalıştığını iddia ederek bunu ispat etmesi halinde, fazla çalışma süresi yedi günlük çalışması üzerinden tespit edilir ve fazla çalışma ücreti de bu doğrultuda hesaplanır. Taleple bağlılık ilkesi çerçevesinde işçi sadece belirli yıllar bakımından hafta tatili ücreti talep etmişse, alacağın varlığı sadece talep edilen döneme ilişkin değerlendirilir.²⁴

Konunun taleple bağlılık yönünden önemi sadece ifade ettiğimiz hususlarla sınırlı değildir. Yukarıdaki açıklamalarımızdan da açıkça anlaşıldığı üzere, hafta tatili günü niteliğinde olmayan bir günde çalışma gerçekleştiğinde hafta tatili ücreti adı altında bir talepte bulunulamaz. Örneğin işçinin cumartesi günü de dahil olmak üzere, haftanın altı günü çalıştığını iddia ederek hafta tatili ücreti talebinde bulunması ve yargılama sürecinde haftanın yedi günü çalıştığını ispatlaması halinde dahi çalışılarak hak edilen hafta tatili ücretine hükmedilemez.²⁵

²⁴ Yüksek Mahkeme bir kararında “...Dosya içeriğinden Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının 2010 ila 2014 yılları arasında tüm hafta tatillerinde çalıştığı kabul edilmiştir. Oysaki dava dilekçesinde davacı hafta tatillerinin tamamında çalıştığı şeklinde açık bir iddiada bulunmamış, burada sadece 2013-2014 yıllarında arıza çıktığında pazar günleri çalıştığını açıklamıştır ... Mevcut bu delil durumuna göre de davacının 2013 ve 2014 yıllarında ayda iki hafta çalıştığının kabulü ile hafta tatili alacağının hesaplanması dosya içeriğine uygundur...” biçiminde sonuca ulaşmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.13.06.2023, E.2023/9687, 2023/9034, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

²⁵ Yargıtay bir kararında “...Somut uyuşmazlıkta, davacı dava dilekçesinde Cumartesi günü çalışma yapıldığını belirtmiş, hafta tatilinde çalışıldığı konusunda herhangi bir beyanda bulunmamış, hafta tatili ücreti alacağını talep etmiştir. Davacı tanığı ...davacının ayda iki pazar günü çalıştığını beyan etmiş, diğer davacı tanığı ... işyerinde haftada 6 gün çalışıldığını beyan etmiştir. Bilirkişi raporunda davacının ayda iki pazar çalıştığı kabul

Hafta tatili ücretinin iki yönlü bağımsız bir alacak olmasının, uygulamada özellikle ortaya çıkardığı önemli sonuçlardan bir diğeri ise işçinin iş sözleşmesini feshederken fesih gerekçesiyle bağlı olmasından kaynaklıdır. Gerçekten de fesih bozucu yenilik doğuran bir hak olup, karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte kendisine bağlanan sonuçları doğurur.²⁶ Dolayısıyla karşı tarafa ulaşan fesih gerekçesi ne ise, iş ilişkisi de söz konusu gerekçe ile bozulmuş kabul edilir. Örneğin işçinin ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin ödenmediği gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği ve söz konusu iddiasını yargılama sırasında ispatlayamadığı; ancak hafta tatili ücretlerinin ödenmediğini ispatladığı bir durumda feshin haklı nedene dayandığı sonuç ve kanaatine varılmaz.²⁷

edilerek hafta tatili ücreti hesaplanmış ve Mahkemece hüküm altına alınmıştır. 6100 sayılı HMK'nun 25. Maddesi uyarınca hakim tarafların söylemediği şeyi veya vakıları kendiliğinden dikkate alamaz. Maddi vakıyla bağlılık ilkesi gereği davacının hafta tatili alacağı talebinin reddi gerekirken, eksik incelemeye dayalı bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulması hatalıdır...” sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.22.06.2017, E.2015/11561, K.2017/11113. Başka bir kararında da yer verilen ifadeler şu şekildedir: “...Öncelikle davacı dava dilekçesinde normal mesainin 08.30-21.00 saatleri arasında olduğunu, toplantı olması durumunda 23.00' e kadar uzadığını, maçlarda görevli olduğu haftalarda cumartesi-pazar günleri de fazla çalışma yaptığını belirtmiştir. Yani davacının talebi haftada 6 gün 08.30-21.00 saatleri, bir gün de 08.30-23.00 saatleri arasındadır. Mahkemece dinlenen davacı tanıkları da haftanın 7 günü 08:00-21:00 saatleri arasında çalıştığı, Pazartesi günleri toplantı olduğu için saat 23:00 a kadar çalışmanın uzadığını ifade etmişlerdir. Davalı tanıklarından A.Y..' in kendisinin 18.00 e kadar çalıştığını belirtmesine rağmen davacının haftanın 7 günü 09-23.00 saatleri arasında çalıştığı şeklindeki beyanı ise hesaplama esas alınmamalıdır. Talep aşılı olarak ve dosya içeriğine de uygun düşmeyecek şekilde her gün 08.30-23.00 saatleri arasında çalıştığı kabul edilerek fazla çalışma alacağının hesabı hatalıdır...”; karar için bkz. Y.9.HD., T.30.01.2014, E.2011/51929, K.2014/2555. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

²⁶ Süzek, s. 533; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 476; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 179; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 799; Ekmekçi, Yiğit, s. 625; Narmanlıoğlu, s. 352; Şakar, s. 153; Aydın, Başbuğ, Mehtap, Yücel Bodur, İş Hukuku, Çalışanların Hakları ve Sorunları, 6. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), s. 185.

²⁷ Yargıtayın kararına konu olan uyumsuzluk, hafta tatili ücret alacağı ile ilgili olmamakla birlikte ele aldığımız hukuki soruna ilişkin Yargıtayın

Bununla birlikte, fesih beyanında ücretin niteliği belirtilmeksizin genel olarak ücret alacaklarının ödenmediği açıklanmışsa, beyanda geçen ücret ifadesinin genel olarak ücret niteliğindeki bütün alacakları kapsadığı kabul edilmelidir.

B. Haftanın Yedi Gününden Az Çalışılması Halinde Talep Edilebilecek Hafta Tatili Ücreti

1. Hafta Tatili Gününün Bir Gün Olması Halinde Talep Edilebilecek Hafta Tatili Ücreti

İş Kanunu'nun 46. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme “*Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir.*” şeklindedir. Dolayısıyla haftada yedi günden daha az çalışan bir işçinin kural olarak hafta tatili olarak dinlenme hakkını kullandığı kabul edilmelidir.

yaklaşımını göstermek bakımından önemlidir. Kararda “...noter ihtarnamesiyle prim alacaklarının ödenmediğini ve o tarihe kadar ödenmeyen prim alacaklarının toptan ödenmesi gerektiğini bildirmiş olup davalı tarafından bu ihtarnameden sonra prim ödemesinin yapılmaması nedeniyle 17.10.2014 tarihli noter ihtarnamesiyle iş akdini haklı nedenle feshettiğini bildirmiştir. Davacı ihtarnamesinde bildirdiği fesih sebebiyle bağlıdır. İhtarnamesinde primlerinin ödenmediği gerekçesiyle iş akdini haklı nedenle feshettiğini bildirmiş olup başka bir haklı fesih sebebi bildirmemiştir. Bu nedenle mahkemece, davacının ihtarnamesinde fazla mesailerinin ödenmemesini haklı fesih nedeni yapmadığı halde fazla mesai alacağı ödenmeyen işçinin iş akdinin haklı nedenle feshetme hakkı olduğu gerekçesiyle kıdem tazminatının kabulüne karar verilmesi hatalıdır...” sonucuna ulaşılmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.09.12.2020, E.2016/33833, K.2020/17837. Başka bir kararı için bkz. Y.9.HD., T.12.10.2020, E.2016/23540, K.2020/11329. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararı için bkz.Y.22.HD., T.28.04.2015, E.2014/9918, K.2015/15477. Bununla birlikte aynı daire başka bir kararında aksi yönde sonuca ulaşmış ve fazla çalışma yapıldığına yönelik iddianın, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil günlerindeki çalışmalarını da kapsadığını kabul etmiştir; karar için bkz. Y.22.HD., T.02.04.2019, E.2016/8979, K.2019/7387. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

Hafta tatilinin bir gün olarak uygulandığı ve işçinin çalışmayarak izin kullandığı bir durumda işçi eğer ödenmemişse, sadece çalışmadan hak kazandığı hafta tatili ücretini talep edebilir (İşK m.46/2). Ancak işçi maktu aylıkla çalışmışsa, bahsi geçen ücreti ayrıca talep edemeyeceği açıktır. Zira bilindiği üzere maktu aylığın içinde işçinin çalışmadan hak kazandığı tatil ücretleri ödenmiş sayılır.²⁸ Konuya ilişkin detaylı açıklamalar aşağıda “Temel Ücreti Belirleme Esasının Hafta Tatili Ücretinin Hesaplanmasında Önemi” başlığı altında yapıldığından, tekrara neden olmamak için ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.

Açıkladığımız olasılık açısından çalışılmadan hak kazanılan hafta tatili ücret alacağı dışında çalışma karşılığı ödenmesi gereken zamlı ücret alacağı da kısaca değerlendirilmelidir. Ele aldığımız ihtimalde hafta tatili gününde çalışma olmadığından, farklı bir ifadeyle haftanın yedi günü çalışılmadığından ve hafta tatili gün sayısı da bir gün olduğundan, çalışılarak hak kazanılan hafta tatili ücretinin talep edilemeyeceği açıktır. Öyle ki yedi günlük bir zaman dilimi içinde işçinin hangi gün izin kullandığı da önem arz etmez.

Yargıtay kararlarına konu olan olayların bazılarında ise, işçi tarafından açıkça yedi günden daha az çalışıldığı belirtilmiş olmasına rağmen, hafta tatili ücret alacağının tahsili talep edilmiştir.²⁹ Yargıtay

²⁸ Süzek, s. 377, 859; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 810, 817; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 331; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 622; Kenan, Tunçomağ, Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2018), s. 173; Narmanlıoğlu, s. 700; Şakar, s. 99; Seracettin, Göktaş, “Yargıtay Uygulamasına Göre Hafta Tatili”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.30 (2013), s. 45; Başkuru, s. 171; İlyas, Topçuoğlu, “Haftalık Çalışma Süresi De Korunmaya Muhtaç Mıdır? Yoksa Vardiyalı Çalışma Düzenlemesi Ölü Mü Doğmuştur?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14 (2009), s. 165. İşK m.49/4'te “*Hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere 46, 47 ve 48 inci maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz. Ancak bunlardan ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışanlara ayrıca çalıştığı her gün için bir günlük ücreti ödenir*” düzenlemesi bulunmaktadır. Her ne kadar 49. madde ile 46. maddenin birinci fıkrasına atıf yapılmışsa da yapılmak istenen atıf ikinci fıkra ile ilişkindir.

²⁹ Yüksek Mahkeme konuya ilişkin kararında “...Somut olayda; davacı vekili dava dilekçesinde müvekkili işçinin bir hafta boyunca haftanın beş günü, takip eden haftada ise dört gün olmak üzere çalıştığını belirterek, hafta tatili alacağının da davalıdan tahsilini talep etmiş ise de davacının haftanın

kararlarında hafta tatili ücretine hak kazanmak için yedi gün çalışmak gerektiği ve dava konusu olaylarda açıkça yedi günden az çalışıldığının ileri sürülmesi nedeniyle hafta tatili ücret alacağı reddedilmiştir. Belirtelim ki Yüksek Mahkeme her ne kadar kararlarında “*hafta tatili ücretine hak kazanmak için kesintisiz bir şekilde haftada 7 gün çalışmak gerekir*” şeklinde ifadelerle ya da bu anlama gelecek ifadelerle yer vermişse de, kararlarda kast edilen çalışma karşılığı ödenmesi gereken hafta tatili ücret alacağıdır. Yoksa İşK m.46/2’deki ücret ödenmemişse, hiç şüphesiz söz konusu ücretin tahsili gerekir. Açıklanan yönüyle kararların isabetli olduğuna şüphe duyulmamalıdır.

Sonuç olarak açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, hafta tatili gününün sadece yirmi dört saat olduğu ve açıkça işçinin yedi günden az çalıştığı ileri sürüldüğü durumlarda talep edilebilecek ücret sadece İşK m.46/2 gereğince çalışılmadan hak kazanılan hafta tatili ücretidir.

yedi günü aralıksız şekilde çalışmadığına yönelik bu açık beyanı karşısında hafta tatili alacağına hükmedilmesi hatalıdır...” ifadelerine yer vermiştir; karar için bkz. Y.9.HD., T.12.05.2014, E.2012/10847, K.2014/15265. Başka bir kararındaki ifadeler şu şekildedir: “...Somut olayda davacı, dava dilekçesinde haftada 6 gün çalıştığını belirtmiş, tanıklar da bu yönde beyanda bulunmuşlardır. Mahkemece, hafta tatili ücreti isteğinin reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırıdır...”, karar için bkz. Y.9.HD., T.08.09.2014, E.2012/26531, K.2014/25565. Yine bir diğer kararında “...Somut olayda; davacı, dava dilekçesinde haftada 6 gün çalıştığını açıklayarak hafta tatili ücreti talep etmiş olup, buna göre haftada 1 gün çalışmadığı gözetilmeden tanık beyanları göre hafta tatili ücretinin hüküm altına alınması hatalıdır...” ifadelerine yer verilmiştir; karar için bkz. Y.9.HD., T. 04.02.2014, E.2011/52703, K.2014/3124. Konuya ilişkin diğer kararlar için bkz. Y.22.HD., T.23.01.2019, E.2017/19485, K.2019/1727; Y.22.HD., T.04.02.2019, E.2017/19393, K.2019/2151; Y.22.HD., T.24.12.2019, E.2016/15940, K.2019/24289; Y.9.HD., T.12.12.2018, E.2015/27307, K.2018/23046; Y.9.HD., T.12.03.2018, E.2015/11324, K.2018/4973; Y.22.HD., T.09.07.2018, E.2018/5294, K.2018/17466; Y.9.HD., T.11.12.2013, E.2011/45563, K.2013/32721; Y.9.HD., T.11.12.2013, E.2011/45560, K.2013/32720. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

2. Hafta Tatili Gününün İki Gün ya da Daha Fazla Olması Halinde Talep Edilebilecek Hafta Tatili Ücreti ve Özellikle Çalışılmayan Günlerin Niteliği

İşK m.63'ün birinci ve ikinci fıkralarında “*Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir. Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, haftalık çalışma süresinin -haftalık kırk beş saati ve günlük on bir saati aşmamak kaydıyla- haftanın günlerine farklı paylaşılması mümkündür. Şüphesiz bu durumda İşK m.46 hükmü de göz önünde bulundurulmalı ve haftanın en az bir gününde (yirmi dört saat) hiç çalışma olmamalıdır. Misal olarak haftalık çalışma süresinin kırk beş saat olduğu bir işyerinde işçilerin haftanın herhangi beş günü çalışması Kanun'a aykırılık teşkil etmez. Bunun gibi haftalık çalışma süresinin kırk dört saat olduğu bir işyerinde işçilerin haftanın herhangi dört günü günde on bir saat çalıştırılması da Kanun'a aykırı olmaz.

Konumuz açısından öncelikli olarak açıklığa kavuşturulması gereken hukuki sorun, çalışılmayan günlerin tamamının hafta tatili olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ile ilgilidir. Zira İşK m.46'da hafta tatili gününün en az yirmi dört saat olacağı açıklandığından, düzenlemenin nispi emredici nitelikte olduğu açıkça anlaşılır.³⁰ Buna göre tarafların anlaşarak hafta tatili gün sayısını artırmaları mümkündür. Kısacası hafta tatili gününün iki gün ya da daha fazla olacak şekilde kararlaştırılması olanaklıdır.³¹ Bu bağlamda birinci örnekte çalışılmayan cumartesi ve pazar günlerinin, ikinci örnekte ise çalışılmayan cuma, cumartesi ve pazar günlerinin hafta tatili olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açıklanmalıdır. Şüphesiz çalışılmayan günler hafta sonu dışında, hafta içine denk geldiğinde de aynı değerlendirme yapılmalıdır.

³⁰ Süzek, s. 859; Doğan Yenisey, s.91; Başkuru, s. 171. Ücretli tatillere ilişkin mevzuat hükümleri nispi kamu düzenine ilişkin hükümler olduğu hakkında bkz. Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 327.

³¹ Y.22.HD., T.28.03.2019, E.2016/8447, K.2019/6866, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

Söz konusu hukuki sorun açıklığa kavuşturulmadan önce, sorunun cevabının uygulama açısından neden önemli olduğu ifade edilmelidir. Çalışılmayan günlerin tamamının hafta tatili olarak değerlendirildiği bir olasılıkta işçi söz konusu günlerde çalışmasa dahi ücrete hak kazanacakken (İşK m.46/2); hafta tatili olarak nitelendirilmemesi halinde ise çalışmadığı günler açısından ücret talep edemeyecektir. Ayrıca, çalışılmayan günlerin tamamının hafta tatili olarak kabul edildiği olasılıkta, işçinin söz konusu günlerden birinde çalışması halinde hafta tatili ücreti olarak zamlı ücret talep etmesi mümkün olacak, aksi hâlde ise haftalık çalışma süresi kırk beş saati aşarsa zamlı ücret isteyebilecek yoksa normal çalışma karşılığı ücreti talep edecektir. Ayrıca bahsi geçen günlerin hafta tatili olarak benimsendiği olasılıkta, söz konusu günlere denk gelen yıllık ücretli izin döneminde kullanılan yıllık ücretli izin gün sayısının belirlenmesi önem arz eder. Zira bilindiği üzere, İşK m.56/5'te “*Yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz.*” düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre, yıllık ücretli izin günleri ile hafta tatili günü/günleri denk gelirse, hafta tatili günü yıllık ücretli izin günden sayılmaz. Örneğin, hafta tatili gününün hafta da üç gün olduğu ve işçinin de bir hafta için izin kullandığı bir dönemde, kullanılan izin gün sayısı dört gün olur. Ancak hafta tatili bir gün kabul edilirse, kullanılan yıllık ücretli izin gün sayısı altı gün olur. Bunların yanında çalışılmayan gün/günlerin hafta tatili olarak nitelendirildiği bir ihtimâlde söz konusu günlerde işçinin çalışması işverence talep edilemeyecek ve talep edilse dâhi, işçinin çalışmaması durumunda iş sözleşmesi haklı ya da geçerli nedenle feshedilemeyecek; ancak söz konusu günlerin hafta tatili olarak değerlendirilmediği olasılıkta işçinin işverenin ilgili günlerde çalışması yönündeki emir ve talimatına aykırı davranması, somut olayın özelliğine göre İşK m.25/II hükmünün uygulanmasına yol açabilecektir.

Kanun koyucu tarafından İş Kanunu'nun “*hafta tatili ücreti*” başlıklı 46. maddesinin gerekçesinde “*...yeni getirilen iş süreleri sistemine göre cumartesi günleri çalışılıp çalışılmadığına bakılmaksızın iş günü sayıldığından...*” ifadelerine yer verilmek suretiyle İş Kanunu açısından iş gününün tespitinde fiilen çalışılıp çalışılmamasının önemli olmadığı açıklanmıştır. Bu yaklaşım, bir haftadaki iş günü sayısının 4857 sayılı İş Kanunu açısından kural olarak altı gün olduğunu göstermektedir. Bunun dışında yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hafta tatili gününün uzunluğu kural olarak en az yirmi dört saattir. Dolayısıyla daha uzun bir sürenin hafta tatili olarak kabul edilmesi istisna olup bu konuda

anlaşmanın varlığına ihtiyaç vardır.³² Taraflarca yapılan anlaşmanın varlığı ispat edilemediği³³ sürece de kanun koyucu tarafından kabul edilen kural uygulama alanı bulmalıdır. Başka bir ifadeyle, aksi ispatlanmadığı sürece yirmi dört saat hafta tatili süresi olarak kabul edilmeli, diğer çalışılmayan günlerin ise İşK m.63 doğrultusunda belirlendiği ve işçinin söz konusu günler için hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı sonucuna varılmalıdır.³⁴

³² Ekmekçi, Yiğit, s. 530; Başkuru, s. 166-167. Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kapatılması ile başkan ve üyelerinin 9. Hukuk Dairesinde görevlendirilmesi üzerine, içtihat farklılıklarının görüşülmesi sonucu yayımlanan metinde yeni 9. Hukuk Dairesi tarafından da cumartesi ve pazar çalışma yapılmayan işyerlerinde cumartesi gününün kural olarak iş günü olduğu, bireysel veya toplu iş sözleşmesinde cumartesi günü açıkça hafta tatili olarak kararlaştırılmamışsa cumartesinin yıllık izin süresinin hesaplanmasında hafta tatili olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bkz. “Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020 (İlke Kararları)”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 94, S.6, Kasım-Aralık 2020, s. 487.

³³ Yargıtay, tanıkların cumartesi gününün tatil olduğu yönündeki ifadelerini tek başına cumartesi gününün hafta tatili olarak değerlendirilmesi için yeterli saymamaktadır. Söz konusu karardaki ifadeler şu şekildedir: “...Somut olayda, Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda personel geçiş raporunun olduğu 10.06.2008 sonrası dönemde hafta sonu çalışması olmadığı, 26.6.2003 -10.6.2008 tarih aralığı için ise davacı tanığı Serdar Alp'in davacının yılda 52 Cumartesininin 1/3'ünde çalıştığı beyanı dikkate alınarak yılda 16 gün çalıştığı kabul edilerek hafta tatili alacağı hesaplanmıştır. Davacı tanığı ... beyanında “Cumartesi Pazar günleri tatildir, fakat işi olan personel cumartesi gelip çalışabilir, ‘davacı tanığı ... ise ‘Cumartesileri de geldiği olurdu, yılda 52 Cumartesi varsa bunun 1/3 ünde gelirdi, Cumartesi Pazar günleri normalde tatildir,’ şeklinde beyanda buldukları görülmektedir. Dosya kapsamında 26.6.2003 - 10.6.2008 tarih aralığı için davacının çalışma saatlerine ilişkin olarak tanık beyanı dışında yazılı belge bulunmamaktadır. İşyerinde pazar günleri çalışma olmadığını belirten davacı tanık anlatımlarına göre, davacının hafta tatili çalışması ispatlanmadığından reddi gerekmekte olup bu alacak istemi yönünden yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır...””, karar için bkz. Y.9.HD., T.14.12.2020, E.2017/126, K.2020/18232, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

³⁴ Yargıtay kararında “...işyerinde haftada 5 gün çalışılacağına ilişkin iş sözleşmesi, yönetmelik veya toplu iş sözleşmesi bulunmadığı takdirde ... hafta tatili çalışması sadece haftada 1 gün için hesaplamalıdır ...

Sonuç olarak hafta tatili gününün iki ya da daha fazla olacak şekilde kararlaştırıldığı ihtimâlde işçi söz konusu günler için İşK m.46/2 gereğince çalışmadan da ücrete hak kazanır. Bahsi geçen günde ya da günlerde çalışılması durumunda ise, işçi Yargıtay kararları doğrultusunda zamlı ücret talep eder. Çalışılmayan günün hafta tatili olduğu ispatlanamadığında ise İşK m.46/2 gereğince ücret talep edilebilmesi veya söz konusu günde çalışılması halinde hafta tatili olarak zamlı ücret istenmesi mümkün değildir.

C. Haftanın Yedi Gününde Çalışılması Halinde Talep Edilebilecek Hafta Tatili Ücreti

Hafta tatili gün sayısının bir gün ya da daha fazla gün olacak şekilde kararlaştırıldığı ve işçinin de haftanın tamamında çalıştığı bir durumda hafta tatili ücretinin iki yönü de istenebilir hâle gelir. Başka bir ifadeyle hem çalışılmadan hak kazanılan ücret (İşK m.46/2) hem de çalışma karşılığı hak edilen ücret talep edilir. Çalışmamızda konuya ilişkin detaylı bilgilere aşağıdaki başlıklarda yer verildiğinden tekrara neden olmamak için ilgili açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

Cumartesi günü çalışmalarının da hafta tatili çalışması olarak kabul edilerek hesaplama yapılması doğru değildir” sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.05.07.2012, E.2010/13048, K.2012/26630. Konuya ilişkin Yüksek Mahkemenin başka kararında yer verilen ifadeler şu şekildedir: “...Somut olayda Mahkemece aldırılan bilirkişi raporunda hafta tatili alacağı cumartesi ve pazar günü olmak üzere haftanın iki günü üzerinden yapıldığı görülmüştür. Oysa, davalı işyerinde haftanın 6 gününün iş günü olması nedeniyle cumartesi ve pazar günlerinin hafta tatili alacağı olarak kabul edilerek hesaplama yapılmış olması hatalıdır...”, karar için bkz. Y.22.HD., T.20.02.2018, E.2017/10125, K.2018/4050. Başka bir kararındaki ifadeler de şu şekildedir: “...Tüm dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler, dava dilekçesinde davacının hafta içi ve cumartesi günleri çalıştığını beyan etmesi ve tanık beyanları hep birlikte değerlendirildiğinde davacının hafta tatili çalışmasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca mahkemece hafta tatili alacağı talebinin reddine karar verilmesi gerekli iken yazılı gerekçe ile hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”; karar için bkz. Y.22.HD., T.19.04.2018, E.2017/12413, K.2018/9057. Aynı yöndeki başka bir kararı için bkz. Y.9.HD., T.20.10.2014, E.2012/37951, K.2014/30326. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

D. Özellik Arz Eden Bazı Çalışmalar Açısından Hafta Tatili Ücreti

1. Yirmi Dört Saat Çalışma Yirmi Dört Saat veya Kırk Sekiz Saat ya da Yetmiş İki Saat Dinlenme Şeklinde Geçen Çalışmalar Açısından Hafta Tatili Ücreti

Yirmi dört saat çalışmaya ilişkin Yüksek Mahkeme kararları değerlendirildiğinde kararlarda, fiili ve farazi çalışma süresinin uzunluğunun belirlenmesinde genel olarak bir ölçütün esas alındığından ve söz konusu kriter doğrultusunda da ağırlıklı olarak iki sonucun benimsendiğinden bahsetmek mümkündür. Ortaya çıkan sonuçlardan biri, mesainin yirmi dört saat çalışma yirmi dört saat dinlenme³⁵, yirmi dört saat çalışma kırk sekiz saat dinlenme³⁶ ve yirmi dört saat çalışma yetmiş iki saat dinlenme³⁷ şeklinde gerçekleşebileceği ve işçinin yatma (uyku) imkanının olması halinde fiilen en fazla on dört saat çalışabileceği yönündedir.³⁸ İkinci sonuç ise, işçinin işyerinde yatma (uyku) imkanının olmadığı durumlarda yirmi saatlik fiili çalışmanın gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiğine ilişkindir.³⁹

Söz konusu temel ölçüt ve iki sonuç, Yargıtayın birçok kararında olduğu gibi, bir kararında da açık bir biçimde “...davacının 24 saat çalışıp 24 saat dinlendiği [...] yatma imkanı olduğunun belirlenmesi

³⁵ Y.22.HD., T.20.02.2018, E.2017/9938, K.2018/4015; Y.22.HD., T.17.04.2018, E.2017/12352, K.2018/8853; Y.9.HD., T.29.05.2018, E.2016/22311, K.2018/12026; Y.22.HD., T. 06.06.2018, E.2015/33630, K.2018/14433; Y.9.HD., T.23.10.2018, E.2018/8144, K.2018/19160; Y.22.HD., T.14.01.2019, E.2016/3049, K.2019/744. Kararlar için bkz. www.legalbank.net, www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

³⁶ Y.9.HD., T.05.05.2016, E.2015/952, K.2016/11337; Y.9.HD., T.23.10.2018, E.2018/8144, K.2018/19160. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

³⁷ Y.9.HD., T.27.04.2015, E.2014/33465, K.2015/15099, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

³⁸ Bkz. dipnot 34, 35, 36; ayrıca bkz. YHGK., T.05.04.2006, E.2006/107, K.2006/144; YHGK., T.17.10.2007, E.2007/667, K.2007/734. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

³⁹ YHGK., T.08.02.2017, E.2014/2468, K.2017/229; Y.9.HD., T.21.11.2017, E.2017/7314, K.2017/18784; Y.9.HD., T.12.06.2017, E.2017/21853, K.2017/10287; Y.9.HD., T.11.09.2018, E.2015/21103, K.2018/15514, Karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

halinde 10 saatlik ara dinlenme süresi, yatma imkanı olmadığı takdirde ise 24 saatlik çalışmada 4 saatlik ara dinlenme süresi kabul edilerek davacı alacağı belirlenmelidir...” şeklindeki ifadelerle ortaya konmuştur.⁴⁰ Sonuç olarak kısaca belirtelim ki Yargıtayın yirmi dört saatlik çalışmalarda fiili çalışma süresinin uzunluğuna ilişkin tespit yaparken ağırlıklı olarak esas aldığı temel ölçüt, işçinin işyerinde uyku imkanının olup olmamasıdır.

Konumuz bakımından esas önemli olan durum ise, belirtmiş olduğumuz çalışma şekillerinde işçinin haftalık çalışma gün sayısının kaç gün olduğu ile ilgilidir. Tespit edilen sonuç doğrultusunda hafta tatili bakımından bir değerlendirme yapılabilir. Yüksek Mahkeme yirmi dört saat çalışma ve yirmi dört saat dinlenme usulüyle yapılan çalışmalarda bir hafta üç gün, diğer hafta ise dört gün çalışılacağı⁴¹; çalışma şeklinin yirmi dört saat mesai ve kırk sekiz saat dinlenme şeklinde olduğu durumlarda ise, birinci hafta üç gün, ikinci ve üçüncü haftalar iki gün, dördüncü hafta yine üç gün çalışılacağı⁴²; yirmi dört saat çalışma ve yetmiş iki saat dinlenme şeklindeki mesai halinde ise, birinci hafta iki gün, ikinci hafta iki gün, üçüncü hafta iki gün, dördüncü hafta bir gün çalışılacağı⁴³ sonucuna varmaktadır.

Görüldüğü üzere, yirmi dört saat çalışma ve yirmi dört saat ya da kırk sekiz saat veya yetmiş iki saat dinlenme usulünde gerçekleşen çalışmalarda işçinin haftalık çalışma gün sayısı yedi günden az

⁴⁰ Y.9.HD., T.19.02.2018, E.2015/9347, K.2018/3219, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁴¹ Y.22.HD., T.04.04.2017, E.2017/6863, K.2017/7647; Y.22.HD., T.13.04.2017, E.2015/21605, K.2017/8510; Y.22.HD., T.18.04.2017, E.2017/6864, K.2017/8939; Y.22.HD., T.20.02.2018, E.2017/9938, K.2018/4015; Y.22.HD., T.17.04.2018, E.2017/12352, K.2018/8853; Y.9.HD., T.29.05.2018, E.2016/22311, K.2018/12026; Y.22.HD., T.06.06.2018, E.2015/33630, K.2018/14433; Y.9.HD., T.23.10.2018, E.2018/8144, K.2018/19160; Y.22.HD., T.14.01.2019, E.2016/3049, K.2019/744. Kararlar için bkz. bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁴² Y.7.HD., T.29.01.2015, E.2014/15251, K.2015/858; Y.9.HD., T.05.05.2016, E.2015/952, K.2016/11337; Y.9.HD., T.23.10.2018, E.2018/8144, K.2018/19160. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁴³ Y.22.HD., T.19.09.2017, E.2017/8388, K.2017/18514, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

olmaktadır. Öyle ki, bir hafta içinde en fazla dört gün çalışma gerçekleşmektedir. Bu noktada çalışılmayan günlerin tamamının - yukarıda “Hafta tatili Gününün İki Gün ya da Daha Fazla Olması Halinde Talep Edilebilecek Hafta Tatili Ücreti ve Özellikle Çalışılmayan Günlerin Niteliği” başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda- hafta tatili olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz. Daha net bir deyişle hafta tatili günü bir gün olarak kabul edilir. Hafta tatiline ilişkin kanuni düzenleme de (İŞK m.46) dikkate alındığında işçinin dinlenme hakkını kullandığı sonucuna varılır. İşçi, ödenmemiş olması halinde çalışmadan hak kazandığı ücreti talep edebilir (İŞK m.46/2). Bunun dışında dinlenme hakkı kullanılmış sayılacağından yani hafta tatili çalışması bulunmadığından çalışma karşılığı için zamlı ücret talep edilemez.

Yargıtay kararlarında da “...Davacının 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme esasına göre çalışması nedeniyle haftada bir kez yirmidört saat kesintisiz izin kullandığı anlaşıldığından hafta tatili ücreti alacağını reddi gerekirken kabulü isabetsizdir...” ifadelerine yer verildiği görülmektedir.⁴⁴ Belirtelim ki kararlarda hafta tatili ücretine hak kazanılamayacağı yönündeki ifadeden, çalışma karşılığı talep

⁴⁴ Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43777, K.2011/49236. Diğer kararlar için bkz. Y.9.HD., T.28.12.2011, E.2009/27591, K.2011/50006; Y.9.HD., T.16.02.2012, E.2009/41392, K.2012/4415; Y.9.HD., T.09.09.2014, E.2014/25796, K.2014/25772.Y.22.HD., T.25.02.2019, E.2016/11762, K.2019/4157. Nöbetleşme çalışmanın gerçekleştiği olaya ilişkin ulaşılan sonu şu şekildedir: “...Dosyada bulunan Kapsam dışı Personel Yönetmeliğinin 12/B maddesinde vardiyalı veya nöbet esasına göre çalışılan işyerlerinde haftalık çalışma süresinin 6 gün olduğu, aynı personelin ücret ve fazla çalışma esaslarını düzenleyen yönetmeliğin 14 / b maddesinde de haftalık iş süresi 6 gün ve 45 saat uygulanan işyerlerinde hafta tatilinin 7'nci gün olduğu yazılıdır. Dosyada bulunan davacının da dayandığı dava konusu döneme ait çizelgelerde davacının 2 veya 4 gün çalıştıktan sonra bir gün çalışmadığı görülmektedir. 1475 sayılı yasanın 41, 4857 sayılı yasanın 46 maddelerinde altı işgünü çalışan işçiye yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat hafta tatili verileceği hükmü yer almaktadır. Bu durumda nöbet esasına göre çalışan davacı haftanın herhangi bir günü 24 saat çalışmaması halinde hafta tatilini kullanmış olacaktır. Anılan isteğin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır...”; kararlar için bkz. Y.9.HD., T.22.02.2010, E.2009/24034, K.2010/4038, aynı yönde Y.9.HD., T.20.09.2007, E.2006/16795, K.2007/27508. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

edilebilecek olan zamlı ücret kastediliyorsa, ulaşılan sonuçlar isabetlidir. Çalışmadan hak kazanılan ücretin de talep edilemeyeceği benimseniyorsa, ulaşılan sonucun yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

2. Kısmi Süreli Çalışmalar Açısından Hafta Tatili Ücreti

İşK m.13/1’te kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin esaslara yer verilmiştir. İş sözleşmesinin ne zaman kısmi süreli iş sözleşmesi şeklinde nitelendirilmesi gerektiği çalışma konumuz bakımından önemli olmadığından, ilgili sözleşme türü açısından detaylı açıklamalarda bulunulmamıştır. Kısaca belirtelim ki emsal işçinin haftada kırk beş saat çalıştığı bir durumda işyerinde haftada otuz saat ve altında çalışan işçilerin kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilir. Belirlenen haftalık çalışma süresi (örnek açısından otuz saat ve altı) haftanın altı gününe eşit ya da farklı paylaşılabilirliği gibi, haftanın altı gününden daha az olacak şekilde de çalışılan günlere dağıtılabilecektir.⁴⁵

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin hafta tatili hakkı olup olmadığı doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre, kısmi süreli çalışan işçiler haftalık kırk beş saatlik çalışma süresini doldurmamasından ötürü hafta tatiline hak kazanamaz.⁴⁶ Başka bir görüşe göre, ilgili işyerinde haftanın çalışılan bütün iş günlerinde çalışan kısmi süreli işçilerin hafta tatiline hak kazanması mümkündür; ancak

⁴⁵ Kısmi süreli iş sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Süzek, s. 272 vd. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 206 vd.; Taşkent, Eyrenci, Uluscan ve Baskan, s. 86 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 434 vd.; Narmanlıoğlu, s. 230 vd.; Şakar, s. 82 vd.; Ahmet, Sevimli, “Yargıtayın 2020 Yılı ve Sonrasındaki Kararlarında Kısmi Süreli İşçinin Hafta Tatili Hakkı (Karar İncelemesi)”, Çalışma ve Toplum, S. 76 (2023), s. 491 vd.; Nedim, Meriç, “Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma”, Legal İHSGHD, S.8 (2005), s. 1549 vd.; Mehmet Halis, Karaman, “Karar İncelemesi: 4857 sayılı İş Kanunu m. 13. Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatili”, Çalışma ve Toplum, S.25 (2010), s. 272 vd.; Ender, Demir, “Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar IV, ed. Tankut Centel (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), s. 223 vd.

⁴⁶ Narmanlıoğlu, s. 696; Şakar, s. 85; Tankut, Centel, “Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2 (2006), s. 21; Ufuk, Aydın, “Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.8 (2007), s. 51.

haftanın bazı günleri çalışan kısmi süreli işçiler hafta tatilinden yararlanamaz.⁴⁷ Bir görüşe göre ise, işçi birden fazla işveren nezdinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle, haftanın altı iş gününü çalışmak suretiyle geçirmiş ise, hafta tatiline hak kazanır ve hafta tatili ücreti işçiyi çalıştıran işverenlerce İşK. m.13/2 uyarınca orantılılık ilkesine göre ödenir.⁴⁸ Bir başka görüş uyarınca kısmi süreli çalışan bütün işçilerin hafta tatili hakkı vardır⁴⁹; ancak hafta tatili hakkını elde edebilmek için sözleşmede öngörülen sürede işçinin çalışması gerekir.⁵⁰ Doktrinde Kanun'da örtülü boşluk bulunduğu, bu boşluğun hâkim tarafından hukuk yaratılarak doldurulması ve hafta tatili hakkını doğuracak haftalık en az çalışma süresini belirleyen bir kuralın ihdas edilmesi gerektiği yönünde de bir görüş mevcuttur.⁵¹

Yargıtay 2020 yılına kadar verdiği kararlarında “1475 sayılı Kanun'un 41. maddesinde, hafta tatiline hak kazanabilmek için önceki altı günde günlük iş sürelerine göre çalışmış olmak şartı bulunmaktaydı. 4857 sayılı Kanunda ise, haftalık iş süreleri çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılabileceğinden, hafta tatili tanımı değişmiş, işçinin 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olması kaydıyla, yedi günlük zaman dilimi içinde kesintisiz yirmidört saat dinlenme hakkı öngörülmüştür. 63. maddede, genel bakımdan iş süresinin haftalık en çok kırkbeş saat olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Kanun'un uygulandığı dönemde, haftalık çalışma süresi kırkbeş saati bulamayacağından, kısmî süreli iş ilişkisinde işçinin hafta tatiline hak kazanması mümkün olmaz” şeklinde ortaya koyduğu gerekçeyle kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin hafta tatiline hak kazanamayacağına hükmetmekteydi.⁵² 2020 yılından itibaren ise içtihat değişikliğine giderek kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin de

⁴⁷ Süzek, s. 856, 857; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 88-89, 331; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 216; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, s. 1371; Odaman, s. 156; Balkan, s.308; Karaman, s. 289.

⁴⁸ Ekonomi, s. 33.

⁴⁹ Meriç, s.1568; Demir, s. 233.

⁵⁰ Başkuru, s. 169.

⁵¹ Sevimli, s. 501-502.

⁵² Y.9.HD., T.20.11.2008, E.2007/31344, K.2008/31565; Y.7.HD., T.17.11.2015, E.2015/3907, K.2015/22527; Y.7.HD., T.17.11.2015, E.2015/3906, K.2015/22526; Y.22.HD., T.23.05.2017, E.2015/21146, K.2017/11941; Y.22.HD., T.04.03.2019, E.2017/20568, K.2019/4851. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

hafta tatili hakkı bulunduğu sonuca ulaşmıştır.⁵³ Öte yandan tespit edebildiğimiz kararlarda davacı işçilerin tamamı, haftanın yedi günü kısmi süreli çalışmaktadır. Dolayısıyla Yargıtayın işçinin haftanın birkaç günü kısmi süreli çalışması halinde de hafta tatiline hak kazanacağı yönünde yorum yapıp yapmayacağı soru işaretidir.⁵⁴

İşçinin kısmi süreli iş sözleşmesi ile haftanın altı günü ya da bazı haftalar altı günden daha az çalışması, hafta tatiline ilişkin ilke ve esasların göz ardı edilmesi için yeterli ve tatmin edici bir gerekçe oluşturmaz. Aksi hâlde birçok çalışma ilişkisi açısından kurum uygulanabilme özelliğini yitirir. Zira İş Kanunu ile çalışma sürelerinin dağıtımına ilişkin esneklik anlayışı sürdürülerek (İşK m.63) işçinin haftada altı günden daha az çalışması mümkün kılınmıştır. Öyle ki uygulamada bazı çalışma şekillerinde işçi haftada altı günden daha az çalışsa bile günlük azami çalışma sınırları aşılmaktadır. Örneğin yukarıda da açıkladığımız üzere, yirmi dört saat çalışma ve yirmi dört saat dinlenme vb. şekilde gerçekleşen çalışmalar açısından haftanın altı gününden daha az bir çalışma söz konusudur. Ayrıca kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin temel hüküm olan İşK m.13 ve hafta tatiline yönelik İşK m.46 hükümlerinin lafzı dikkate alındığında, hafta tatiline ilişkin ilke ve esasların kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar ya da haftada altı günden daha az çalışanlar açısından uygulanmasına engel bir durum olmadığı anlaşılır. Bilakis aksi bir anlayış benimsenmediği gibi, İşK m.13/2’de ayrımı haklı kılan bir neden olmaksızın kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye farklı bir işlem yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Konumuz açısından asıl önemli olan nokta, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin hafta tatili gününe ilişkin haklarının ne şekilde belirleneceği ve değerlendirileceğidir. Ancak bunun da uygulamada sorun yaratmaması gerektiği kanaatindeyiz. Çalışmamızda sıklıkla ifade ettiğimiz üzere, hafta tatili kurumuna ilişkin hukuki sorunların açıklığa kavuşturulmasında hafta tatilinin iki yönü olan “dinlenme hakkı” ve “ücret hakkı” göz önünde bulundurulmalıdır. İfade ettiğimiz üzere, kısmi süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilen işçi,

⁵³ Y.9HD., T.23.12.2020, E.2020/3437, K.2020/19928; Y.9HD., T.15.09.2021, E.2021/7386, K.2021/11845; Y.9HD., T.27.04.2023, E.2023/1115, K.2023/6388. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁵⁴ Aynı yönde bkz. Sevimli, s. 503.

haftanın altı gününde çalışabileceği gibi haftanın altı gününden daha az olacak şekilde de çalışabilir. İşçinin çalışmadığı günlerin tamamının hafta tatili günü olarak kabul edilmesi ise çalışmamızda yapmış olduğumuz açıklamalar nedeniyle kural olarak mümkün değildir. Farklı bir deyişle işçinin hafta tatili gün sayısı kural olarak bir gün kabul edilir. Dolayısıyla söz konusu olasılıklardan hangisi ortaya çıkarsa çıksın, işçi yedi günden daha az çalışmış olacağı için dinlenme hakkını kullanmış sayılır. Söz konusu bir gün için çalışma olmamasına rağmen ücret ödenmelidir (İşK m.46/2). İşçinin kısmi süreli iş sözleşmesi ile haftanın tamamında çalışması halinde ise hem çalışmadan hak kazanacağı ücret hem de çalışma karşılığı zamlı ücret ödenir.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin hafta tatili gününe ilişkin ücretin belirlenmesinde ücretin türü dikkate alınmalıdır. Konuya ilişkin aşağıda “Hafta Tatili Ücretinin Hesaplamasında Dikkate Alınacak Günlük Ücretin Tespiti” başlığı altında detaylı açıklama yapılmış olmakla birlikte burada kısaca belirtelim ki işçi saat ücreti ile çalışıyorsa günlük ortalama çalışma süresi belirlenir ve hafta tatili ücreti, tespit edilen çalışma süresi üzerinden hesaplanır. Başka bir deyişle İşK m.49/3 nedeniyle mutlak bir biçimde yedi buçuk saat esas alınmaz.⁵⁵ İşçi parça başına, akort, götürü veya yüzde usulü ile çalışıyorsa ödeme zamanında kazandığı toplam ücretin aynı süre içinde çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle günlük tatil ücreti hesaplanır (İşK m.49/2).⁵⁶

3. Postalar Halinde (Vardiyalı) Çalışmalar Açısından Hafta Tatili Ücreti

Postalar halinde yahut uygulamadaki adıyla vardiyalı çalışma sistemi, faaliyetin gün içinde sürekli devam ettiği işyerlerinde işçilerin peş peşe veya nöbetleşe vardiyalar halinde çalışması durumunda söz konusu olur. İlgili işyerlerinde çalışma sürelerine ilişkin özel usul ve esasları düzenlemek için Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Sevimli, s. 506; Balkan, s. 309-310.

⁵⁶ Oranlamada ödeme zamanının değil haftalık periyodun esas alınması ve parça başı ücret üzerinden kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin her hafta için ürettiği parça üzerinden kazandığı toplam ücretin altıya bölünmesiyle suretiyle hafta tatili ücretinin belirlenmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 1374; Sevimli, s. 507.

çıkarılmıştır.⁵⁷ Bunun yanı sıra, İşK m.69'da “*Gece ve gündüz işletilen ve nöbetleşe işçi postaları kullanılan işlerde, bir çalışma haftası gece çalıştırılan işçilerin, ondan sonra gelen ikinci çalışma haftası gündüz çalıştırılmaları suretiyle postalar sıraya konur. Gece ve gündüz postalarında iki haftalık nöbetleşme esası da uygulanabilir. Postası değiştirilecek işçi kesintisiz en az on bir saat dinlendirilmeden diğer postada çalıştırılmaz*” hükmü yer almaktadır. Aynı düzenleme Yönetmelik'te de mevcuttur (m.8, m.9). Söz konusu hükümlerde öngörülen ve işçilere vardiya değişimlerinde verilmesi gereken en az on bir saatlik kesintisiz dinlenme süresi, hafta tatilinden ve İşK. m.68'de öngörülen ara dinlenmesinden farklıdır. Nitekim bu husus Yönetmelik'te de ortaya konmuş olup vardiya değişiminde dinlenme süresi m.9'da, ara dinlenmesi m.10'da, hafta tatili ise m.11'de ayrı düzenlemeler ile hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla vardiyalar halinde çalışan işçilere, vardiya değişimlerinde kesintisiz on bir saat dinlenme süresinin yanı sıra yedi günlük zaman dilimi içerisinde kesintisiz yirmi dört saat hafta tatili de verilmelidir. Çalışma karşılığı olmaksızın hak kazanılan hafta tatili ücreti ile çalışma karşılığı hak kazanılan hafta tatili ücreti bakımından yukarıda detaylıca açıkladığımız hususlar söz konusu işçiler bakımından da geçerlidir.

Kanun'da ve bahsi geçen Yönetmelik'te vardiyalı çalışan bir işçiye vardiya değişiminde en az on bir saat kesintisiz dinlenme hakkı tanınmaksızın doğrudan hafta tatili verilmesi durumunda bu işçinin hafta tatilini kullanmış sayılıp sayılmayacağına ilişkin düzenleme mevcut değildir. Vardiya değişiminde verilmesi gereken en az on bir saatlik dinlenme süresinin iş sağlığı ve güvenliği ile bağlantılı olduğu dikkate alındığında, işçiye yirmi dört saat kesintisiz dinlenme süresi verilmesiyle de bu amaç sağlandığı için hafta tatilinin kullanıldığı kabul edilmelidir.⁵⁸ Nitekim Yüksek Mahkeme konuya ilişkin örnek kararlarında ilgili hafta bakımından hafta tatilinin kullanıldığına hükmetmiştir.⁵⁹ Öte yandan

⁵⁷ RG., T. 07.04.2004, S. 25426.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. Topçuoğlu, s. 165.

⁵⁹ Yargıtay bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “...*Davacının çalışma şekline ve dava dilekçesindeki beyanına göre ayda 3 hafta gece vardiyasında çalıştıktan sonra 1 gün dinlenip 1 hafta gündüz vardiyasında çalışması nedeni ile hafta tatili kullandığı anlaşıldığından hafta tatili talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*...”. Karar için bkz. Y.9.HD., T.09.12.2013, E.2011/43009, K.2013/32196. Aynı yönde başka bir kararı ise şu şekildedir: “...*Davalı işyerinde, vardiyanın*

hafta tatilinin yedi günlük zaman dilimi içerisinde kesintisiz yirmi dört saat olması gerektiği unutulmamalıdır. Misal olarak 08.00-18.00, 18.00-00.00, 00.00-08.00 saatleri arasında üç vardiya çalışma yapılan bir işyerinde işçilerin yedi gün boyunca 00.00-08.00 gece vardiyasında çalışması, sonra kendilerine pazartesi günü hafta tatili olarak yirmi dört saat kesintisiz dinlenme hakkı tanınması ve salı günü 08.00-18.00 saatleri arasındaki vardiyaya geçmeleri halinde işçiler ilk hafta yedi gün boyunca çalıştıkları için hafta tatili kullanmamış sayılacaklardır. Bu örnekte hafta tatili ikinci haftada kullanılmıştır. Dolayısıyla ilk hafta için işçiler hem çalışma karşılığı olmaksızın hafta tatili ücretine hem de çalışma karşılığı olan zamlı ücrete hak kazanacaktır. Yine işçilerin bir hafta yedi gün boyunca 00.00-08.00 saatleri arasında gece vardiyasında çalışması, takip eden hafta pazartesi günü 18.00-00.00 vardiyasına geçmesi ve yedi gün boyunca bu vardiyada çalışması halinde işçilere her iki haftada da hafta tatili kullandırılmamış olacaktır. Zira pazar günü 08.00'de işten çıkıp pazartesi 18.00'de işe başlama arasında otuz dört saat bulursa da bu süre iki güne bölünerek on altı saati ilk yedi günlük dilime, on sekiz saati ise ikinci yedi günlük dilime denk gelmektedir. Dolayısıyla yedi günlük bir zaman dilimi içerisinde kesintisiz yirmi dört saat dinlenme söz konusu değildir.

Yargıtayın ikinci örneğimize ilişkin kararları çelişkilidir. Yüksek Mahkeme 2019 yılında verdiği bir kararda, on beş günde bir değişen vardiya sistemi ile 07.00-19.00 ve 19.00-07.00 saatleri arasında çalışılan bir işyerinde, değişim günlerinde kesintisiz yirmi dört saat dinlenme imkanına sahip olması sebebiyle davacı işçinin, bütün hafta tatillerinde çalıştığı kabul edilerek hafta tatili ücretinin hüküm altına alınamayacağını belirtmiştir.⁶⁰ Yargıtay 2020 yılında verdiği bir kararında ise 08.00- 18.00 ve 18.00- 04.00 saatleri arasında haftada bir değişen vardiya sistemine göre çalışma halinde, her ne kadar vardiya değişim günlerinde yirmi dört saatten fazla ara verilse de işçilere hafta tatili olarak haftanın bir gününde kesintisiz yirmi dört saatten az olmamak üzere dinlenme imkanının

onbeş günde bir değiştiği ve işçilerin vardiya değişiminde 24 saat izin yaptıkları anlaşıldığından, davacının ayda 2 hafta tatili gününde çalıştığı kabul edilerek hafta tatili ücretinin hesaplanması gerekirken gerekçesi açıklanmadan yazılı şekilde hafta tatili ücreti hesaplanması da hatalıdır...". Karar için bkz. Y.9.HD., T.23.05.2012, E.2010/11267, K.2012/18115. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁶⁰ Y.22.HD., T.17.12.2019, E.2017/26369, K.2019/23539. Karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁶¹ Hafta tatilinin amacı ve Kanun'un lafzı dikkate alındığında 2020 yılında verilen kararın yerinde olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır.

4. Hafta Tatilinin Toplu Kullanılması Halinde Hafta Tatili Ücreti

Yukarıda detaylıca açıkladığımız üzere, hafta tatillerinin toplu kullanılması mümkün değildir.⁶² Öte yandan bazı işyerlerinde işçilerin bir ayın ilk üç haftasında yedi gün çalıştırılması, son haftada ise işçilere hafta tatiline karşılık gelmek üzere üç yahut dört gün izin verilmesi veya iki ay boyunca kesintisiz çalıştırdıktan sonra işçilere sekiz gün izin verilmesi gibi uygulamalara başvurulduğu görülmektedir.

Yargıtayın örnek bir kararında ifade ettiği gibi, "*Hafta tatilinin ay içinde toplu olarak kullanılması halinde sadece bir hafta tatilinin usulüne uygun kullanıldığı kabul edilebilir. Örneğin, yerleşim yeri uzağında olan bir şantiyede çalışan işçiye hafta tatili ayda dört gün toplu olarak kullanıldığında ilk izin günü, çalışılan son haftanın dinlenme hakkı yerine geçecek, diğer üç gün hafta tatili kullanma anlamında değerlendirilmeyecektir.*".⁶³ Böyle bir uygulamada hafta tatili ücretinin

⁶¹ Karara göre, "...Somut olayda mahkemece, dinlenen tanık beyanlarına göre davacının davalı işyerinde iki vardiya halinde çalıştığı, vardiyaların haftada bir değiştiği ve işçilerin vardiya değişimlerinde 24 saatten fazla dinlendiği, bu haliyle davacının hafta tatili alacağı talep koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle hafta tatili ücreti talebinin reddine karar verilmiştir. Ancak varılan sonuç dosya içeriği ile örtüşmemektedir. Şöyle ki, tanık beyanlarına göre 08.00 - 18.00 ve 18.00 - 04.00 saatleri arasında haftada bir değişen vardiya sistemine göre çalışma halinde, her ne kadar vardiya değişim günlerinde 24 saatten fazla ara verdiği kabul edilmiş ise de, hafta tatili olarak haftanın bir gününde kesintisiz 24 saatten az olmamak üzere dinlenme imkanının verilmesi gerekmektedir. Mahkemece bu yön gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur...". Y. 22.HD., T.05.02.2020, E.2016/27385, K.2020/1640. Karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁶² Süzek, s. 857; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 329; Baycık, İş İlişkisinin Kurulması, s. 326; Öztürk, s. 507; Başkuru, s. 168.

⁶³ Y.9.HD., T.16.02.2021, E.2020/6025, K.2021/3989. Aynı yönde bkz. Y.22.HD., T.07.11.2018, E.2018/14196, K.2018/23781; Y.22.HD., T.08.07.2020, E.2017/44988, K.2020/9072; Y.22.HD., T.17.06.2020, E.2017/30156, K.2020/7017; Y.9.HD., T.21.01.2021, E.2020/9026,

nasıl hesaplanacağı ise hafta tatili ücretinin iki yönü de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ay boyunca bu düzende çalışan bir işçiye, dört gün hafta tatili için, çalışma karşılığı olmaksızın hak kazanacağı bir yevmiye tutarında hafta tatili ücretinin ödenmesi gerekir. Öte yandan ilk üç hafta çalıştığı hafta tatillerinde ödenmesi gereken %50 zamlı ücretin nasıl hesaplanacağı ele alınmalıdır. Zira işverenin son hafta işçiye bütün ay için hafta tatili kullandığını düşünerek dört gün izin vermesi ve bu hafta için yedi günlük ücret ödemesi söz konusu olabilir. Yüksek Mahkeme konuya ilişkin kararlarında, işçilere hafta tatilinde çalışma karşılığı hak kazanacağı zamlı ücret için 0,5 yevmiye üzerinden hesaplama yapılması gerektiğine⁶⁴ yahut son hafta, hafta tatili olarak değerlendirilmeyen süreler için ödenen ücretin zamlı ücretten mahsup edilmesi gerektiğine⁶⁵ hükmetmektedir. İki hesaplama yöntemi de aynı sonucu vermektedir.

K.2021/1796; Y.9.HD., T.14.12.2020, E.2020/7941, K. 2020/18202; Y.9.HD., T.25.03.2021, E.2021/645, K. 2021/6906. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁶⁴ Örnek bir kararında Yüksek Mahkeme şu ifadelerle vermiştir: “...işçinin toplu olarak izin kullandığı dönemde çalışması karşılığı olmayan 1 yevmiye tutarındaki ücretinde davacıya ödendiği dikkate alındığında davacıya sadece 0,5 yevmiyesi kadar ödeme yapılmalıdır. Buna göre de, mahkemece davacının toplu olarak kullandığı izinlerin hafta tatilinden sayılmayan ve fiilen çalışılmayan her birgünü için, 0,5 yevmiye üzerinden hesaplama yapılmalı ve bu suretle davacının hafta tatili alacağı belirlenmelidir...”. Y.22.HD., T.08.07.2020, E.2017/44988, K.2020/9072. Aynı yönde bkz. Y.22.HD., T.17.06.2020, E.2017/30156, K.2020/7017; Y.22.HD., T.10.06.2020, E.2017/30025, K.2020/6326; Y.9.HD., T.21.01.2021, E.2020/9026, K.2021/1796; Y.9.HD. T.13.01.2021, E.2020/3919, K.2021/693. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁶⁵ Y.22.HD., T.20.02.2020, E.2017/27462, K.2020/3034; Y.9.HD., T.16.02.2021, E.2020/6025, K.2021/3989. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024). Belirtmek gerekir ki, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kapatılması sonrasında içtihat farklılıklarının görüşülmesi sonucu yeni Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından yayımlanan metinde “Usulüne uygun kullanılmadığı kabul edilen hafta tatillerinde yapılan çalışma karşılığı ücretin %50 zamlı olarak hesaplanması gerekir. Bununla birlikte, işyerinin konumu ve işçinin isteğiyle gerçekleşen böyle bir uygulamada, hafta tatili olarak değerlendirilmeyen süreler için ödenen ücretin mahsup edilmesi hakkaniyete uygun düşer.” ifadeleri yer almaktadır. Bkz. “Yargıtay 9.

E. Hafta Tatili Ücretine Hak Kazanıldığının ve Hafta Tatili Ücretinin Ödendiğinin İspatı

1. Hafta Tatili Ücretine Hak Kazanmak İçin İspat Edilmesi Gereken Vakıalar

Hafta tatili ücretinin iki yönü olduğu yukarıda açıklanmıştı. Hatırlanacağı üzere işçi İşK m.46/2 gereğince çalışmadan hafta tatili ücretine hak kazanacakken; hafta tatilinde izin kullanmayarak çalışmış olması halinde ise çalışma karşılığı hak kazandığı zamlı ücreti ayrıca talep edecektir. Hiç şüphesiz her iki alacağın talep edilmesi de mümkündür. Ancak bunların talep edilmesi halinde ispat edilmesi gereken olgu tamamen aynı olmaz.

İşçi hafta tatili günlerinde çalışmadığını kabul etmişse, sadece çalışma karşılığı olmaksızın ödenmesi gereken ücreti isteyebileceğinden, İşK m.46 uyarınca çalıştığını ya da çalışılmış sayılan hâllerin ortaya çıktığını ispat etmesi yeterli olur. Hafta tatili günlerinde çalışmış olduğunu iddia eden işçinin zamlı ücret talep etmesi ihtimalinde ise, sadece İşK m.46 uyarınca çalıştığını ya da çalışılmış sayılan hâllerin ortaya çıktığını ispat etmesi yeterli olmaz. Aynı zamanda hafta tatili gününde çalıştığını da ispat etmelidir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, zamlı ücrete hak kazanabilmek için hafta tatili gününün tamamında çalıştığını ispat etmesi de gerekli değildir. Öyle ki iş görme edimini ifaya hazır bir şekilde beklediğini (İşK m.66/c) ispat etmesi hâlinde dâhi aynı sonuç ortaya çıkar.

Gerek çalışma karşılığı olmaksızın gerekse çalışma karşılığı hak kazanılacak zamlı ücretin istenebilmesi için “İşK m.46 uyarınca çalışıldığını ya da çalışılmış sayılan hâllerin ortaya çıktığının” ispatına ilişkin uygulamada sorun yaşandığını söylemek pek mümkün değildir. Yargıtay kararları ele alındığında konuya ilişkin herhangi bir değerlendirme yapıldığından bahsetmek dahi doğru olmaz. Uygulamayı meşgul eden asıl hukuki sorun, işçinin zamlı ücrete hak kazanıp kazanmadığına ilişkin ortaya çıkmaktadır. Aşağıdaki açıklamalarımız da

Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020 (İlke Kararları)”, s. 488. Öte yandan dn. 64’te yer verdiğimiz kararlardan da görüleceği üzere, Yargıtay güncel kararlarında mahsup yerine 0,5 yevmiye üzerinden hesaplama yapılmasını da kabul etmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, iki hesaplama yöntemi de aynı sonucu doğurmaktadır.

işçinin zamlı ücrete hak kazanabilmek için ispat etmesi gereken çalışma olgusuna ilişkindir.

2. Hafta Tatili Ücretine Hak Kazanıldığının İspatında Tanık, Yazılı Delil, Herkesçe Bilinen Vakıaların ve Emsal Davaların Önemi

İspat yükü, belirli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın ispatsız kalması yüzünden hâkimin aleyhte bir kararı ile karşılama tehlikesidir.⁶⁶ Bu tehlikenin kim tarafından taşındığını belirleyen kurallara ise, ispat yükü kuralları denilmektedir.⁶⁷ Söz konusu kurallara göre, çözümlenmesi gereken vakıaya veya olguya ilişkin belirsizlik ve ispatlanamama durumu, ilgili vakıa bakımından mahkemenin yükü taşıyan kişi aleyhine karar vermesiyle sonuçlanacaktır.⁶⁸ İspat ise delillerle sağlanır. Zira deliller bir iddianın doğruluğu hususunda kanaat oluşturan araçlardır. Delil, çekişmeli vakıa hakkında doğrudan doğruya bilgi verebilir nitelikte ise “*dar anlamda delil*” olarak ifade edilir. Bu delillerde doğrudan ispat konusu olan vakıa ile olan temas o vakıayı doğrudan hâkime yansıtabilme özelliğine sahiptir. Senet ve tanık delilleri bu özelliğe sahiptir. Senetle ispat zorunluluğu gibi belirli delillerle ispatı aranan haller dışındaki vakıalar her türlü delille ispat edilebilir (HMK m. 189/3, 192).

Gerek İşK'de gerekse TBK'de çalışma olgusunun ispatına ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple HMK m.190'da öngörülen, ispat yükünün iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğuna ilişkin genel kural gereği

⁶⁶ Umar, Bilge, Yılmaz, Ejder, İspat Yükü, 2. Baskı (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1980), s.3. Öğretide benzer tanımlar yapılmaktadır. Bkz. Atalay, Oğuz, Pekcanitez, Hakan, Usûl Medenî Usul Hukuku C. II, 15. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), s.1694; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000), s. 613; Başkuru, s. 25-26.

⁶⁷ Postacıoğlu, İlhan E., Altay, Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), s. 570.

⁶⁸ Atalay, Pekcanitez, s. 694.

hafta tatili ücretine bağlı çalışma olgusunda ispat yükü işçiye aittir.⁶⁹ Hafta tatili ücretinin ödendiğini ispat yükü ise işverendedir.⁷⁰

Yargıtay işveren tarafından ücret alacaklarının ödendiğinin tanıkla ispat edilemeyeceğini ve kural olarak işçinin imzasını içeren bodrolar yahut banka kayıtları ile ispat edilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁷¹

Hafta tatili gününde çalışıldığı ise, kural olarak tanık ve başkaca takdiri delillerle ispat edilebilir niteliktedir. Zira çalışma olgusunun, hukuki bir işlem değil de maddi vakıa olması sebebiyle⁷² işçinin hafta tatili gününde çalıştığı yönündeki iddiasının ispatı, senetle ispat kuralına bağlı olmayan bir iddia olarak kabul edilir. Yargıtayın yerleşik içtihatları uyarınca da işçi hafta tatili gününde çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir ve bu konuda tanık da dinletebilir. Hiç şüphesiz hafta tatili

⁶⁹ Süzek, s. 861; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Başkan, s. 332; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 810; Gökteş, s. 46; Başkuru, s.180.

⁷⁰ Süzek, s. 394; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Başkan, s. 332; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 810; Gökteş, s. 46; Başkuru, s. 219.

⁷¹ Y.9.HD., T.19.06.2008, E.2007/22885, K.2008/16544; Y.22.HD., T.04.06.2013, E.2012/24172, K.2013/13550; Y.7.HD., T.08.04.2014, E.2014/42, K.2014/7707; Y.7.HD., T.18.02.2014, E.2013/25434, K.2014/4132; Y.22.HD. T. 10.10.2016, E.2015/13787, K.2016/22989; Y.9.HD., T.23.10.2019, E.2015/21382, K.2019/18659; Y.9.HD., T. 22.12.2020, E.2018/3550, K.2020/19454; Y.9.HD.; T.20.09.2023, E.2023/8693, K.2023/12415. Öte yandan Yargıtaya göre, işveren yemin deliline dayanmışsa ücretin ödendiğine ilişkin işçiye yemin teklif edebilir. Kararlar için bkz. Y.9.HD., T.19.06.2008, E.2007/22885, K.2008/16544; Y.22.HD., T.04.06.2013, E.2012/24172, K.2013/13550; Y.22.HD., T.10.10.2016, E.2015/13787, K.2016/22989; Y.9.HD., T.23.10.2019, E.2015/21382, K.2019/18659. Yüksek Mahkeme eski tarihli kararlarında çok uzun süre ücret ödenmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilerek hakimce resen yemin teklifinde bulunulabileceği de kabul etmekteydi. Kararlar için bkz. Y.9.HD., T.18.10.2004, E.2004/7006, K.2004/23275; Y.9.HD., T.19.06.2008, E.2007/22885, K.2008/16544; Y.9.HD., T.06.07.2010, E.2010/22088, K. 010/22240. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme 6100 s. HMK’de resen yemin teklif edilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği için artık hâkim tarafından resen yemin teklif edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Y.9.HD., T.21.06.2023, E.2023/10792, K.2023/9664. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁷² Baycık, İş İlişkisinin Kurulması, s. 311.

çalışmasının ispatına ilişkin yazılı delil olmadığı⁷³ veya ibraz edilen yazılı delillere itibar edilmediği sürece hafta tatili çalışmasının tanıkla ispatı mümkündür. Bu noktada yazılı delilin kimin tarafından ibraz edildiğinin bir önemi yoktur. Yargıtay konuya ilişkin genel yaklaşımını çoğu olayda “...Hafta tatillerinde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, yazılı delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir...” şeklindeki aynı ya da benzer ifadelerle ortaya koymaktadır.⁷⁴

⁷³ Yüksek Mahkemenin bir kararında ulaştığı sonuç şu şekildedir: “...Mahkemece yapılacak iş davacıya ait çalışma çizelgelerinin olup olmadığının araştırılarak sunulması halinde bu kayıtların tetkiki ile hafta tatili ücreti talep hakkı olup olmadığının değerlendirilmesi şayet kayıtların sunulmaması halinde ise davacı tanıklarının beyanları dikkate alınarak ayda bir hafta tatilinde çalışıldığı kabulüne göre hesaplama yapılarak davacının talebi hakkında karar vermektir...”, karar için bkz. Y.9.HD., T.23.12.2020, E.2017/26327, K.2020/19678, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁷⁴ Y.9.HD., T.23.12.2020, E.2017/26327, K.2020/19678; Y.9.HD., T.01.07.2020, E.2016/19233, K.2020/6827; Y.9.HD., T.02.12.2019, E.2016/9796, K.2019/21376; Y.9.HD., T.11.12.2013, E.2011/455, K.2013/32721; Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43777, K.2011/49236; Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43776, K.2011/49235. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararları için bkz. Y.22.HD., T.28.03.2019, E.2016/8447, K.2019/6866; Y.22.HD., T.19.04.2017, E.2017/7005, K.2017/9137; Y.22.HD., T.08.10.2019, E.2016/19776, K.2019/18427. Yazılı delil olarak izin formlarının yer aldığı bir olaya ilişkin Yüksek Mahkeme kararında “...Somut olayda, dosya içerisinde bulunan davacı imzasını taşıyan bazı izin formlarına göre davacının hafta tatili adı altında birer gün izin aldığı anlaşılmakta olup, hafta tatili hesabında kullanılan bu izinlerin mazeret izni niteliğinde olduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılması hatalı olup bozma nedenidir...” ifadelerine yer vermiştir; karar için bkz. Y.22.HD., T.11.10.2018, E.2017/37311, K.2018/21879. E-postaların yazılı delil olarak kabul edildiği başka bir kararında da “...Davacının hafta tatili ücretine hak kazanıp kazanmadığı hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Somut uyuşmazlıkta; davacı dava dilekçesinde davalı işyerinde hafta tatillerinde nöbetçi bölge sorumlusu olarak çalışma yaptığını buna ilişkin e-posta kayıtlarının sunulduğunu belirtmiştir...Bu hâlde İlk Derece Mahkemesince alınan 20.03.2019 tarihli bilirkişi raporunda davacının iddiası ile davalı tarafın

Yargıtay kararlarında fazla çalışmanın ispatı noktasında tanık delili yanında herkesçe bilinen bazı vakalardan da yararlanılabileceği kabul edilmektedir. Söz konusu vakıalar kurumların benzer yapısı nedeniyle hafta tatili gününde yapıldığı iddia edilen çalışmaların ispatı bakımından da dikkate alınır. Nitekim Yüksek Mahkeme fazla çalışmanın ispatı ile hafta tatilinde çalışmanın ispatı bakımından aynı esaslara yer verdiğini bazı kararlarında da açıkça vurgulamıştır.⁷⁵ Bunun yanı sıra

cevap dilekçesi göz önüne alınarak davacının sunduğu e-posta kayıtlarında Pazar günlerine denk gelen günler yönünden davacının hafta tatili günlerinde çalıştığı kabulü dosya kapsamına uygun olmuştur...” şeklinde sonuca ulaşılmıştır; karar için Y.9.HD., T.04.05.2023, E.2023/2118, K.2023/6698. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁷⁵ Yüksek Mahkeme konuya ilişkin “...Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle ispatlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır. Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dâhilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez. Aynı ilkeler, hafta tatili ile ... bayram ve genel tatil günlerindeki çalışmanın ispatı bakımından da geçerlidir...” sonucuna ulaşmaktadır, kararlar için bkz. Y.9.HD., T.25.10.2023, E.2023/9686, K.2023/15843; Y.9.HD., T.28.02.2023, E.2022/18737, K.2023/3063; Y. 9.HD., T.29.06.2022, E.2022/7711, K.2022/8407. Yine tanık delili dışında bazı vakıaların esas alınması gerektiği yönündeki kararlar için de bkz. Y.9.HD., T.23.12.2020, E.2017/26327, K.2020/19678; Y.9.HD., T.01.07.2020, E.2016/19233, K.2020/6827; Y.9.HD., T.12.03.2018, E.2015/11324, K.2018/4973; Y.9.HD., T.09.09.2014, E.2014/25796, K.2014/25772; Y.9.HD., T.11.12.2013, E.2011/455, K.2013/32721; Y.9.HD., T.11.12.2013, E.2011/45560, K.2013/32720; Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43776, K.2011/49235. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararları için bkz. Y.22.HD., T.28.03.2019, E.2016/8447, K.2019/6866; Y.22.HD., T.19.04.2017, E.2017/7005, K.2017/9137. Bu bakış açısı altında örneğin Yargıtay işçinin bulunduğu yer dikkate alındığında yol ve baraj inşaatında kış aylarında fazla çalışma yapılmayacağı yönünde bazı genel emarelerden yararlanmaktadır; karar için bkz. YHGK., T.25.01.2017, E.2015/9460, K.2017/135. İfade edelim ki, Yüksek Mahkeme her ne kadar fazla çalışmanın ispatı açısından benimsediği esasları hafta tatili için

Yüksek Mahkeme, tanıkla ispata başvuru davalarda emsal davaları da dikkate almaktadır.⁷⁶

uygulamaktaysa da, bunu her olay bakımından mutlak bir şekilde yapmamaktadır. Örneğin üst düzey konumundaki işveren vekillerinin fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği yönünde kararlar verirken, bunların hafta tatili ücretine hak kazanabileceğine hükmetmektedir. Konuya ilişkin kararında “...Hafta tatili dinlenme hakkına ilişkin olup işçinin ücretinin yüksek olması veya çalışma saatlerini kendisinin belirlemesi bu hakkın kullanımına engel teşkil etmez. Hafta tatilinde çalışan işçiye hafta tatili ücreti ödenmelidir ... Somut uyuşmazlıkta davacının çalıştığı süre boyunca şantiye şefi olarak görev yaptığı, kendisine emir ve talimat veren bir kişinin bulunmadığı, çalışma düzenini kendisinin belirlediği, projeyi sevk ve idare eden kişi olması nedeniyle çalıştığı şantiyelerde üzerinde çalışma koşullarını düzenleyen başka bir amirinin olmadığı gözetilerek fazla çalışma ücreti alınacağına reddine karar verilmesinde isabetsizlik yok ise de ulusal ... ve genel tatil ile hafta tatili günlerinin dinlenme hakkına ilişkin olduğu, işçinin ücretinin yüksek olması veya çalışma saatlerini kendisinin belirlemesinin dinlenme hakkının kullanımına engel teşkil etmeyeceği düşünülmeksizin ulusal ... ve genel tatil ücreti talebinin kısmen, hafta tatili talebinin ise tamamen reddine karar verilmesi isabetli değildir. Söz konusu alacakların tanık beyanlarına göre ispatlandığı gözetilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir...” şeklinde sonuca ulaşılmıştır, karar için bkz. Y.9.HD., T.04.10.2022, E.2022/8398, 2022/11096. Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Y.9.HD., T.27.06.2022, E.2022/7403, K.2022/8328. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁷⁶ Yargıtay konuya ilişkin bir kararında şu ifadelerde bulunmuştur: “...Somut olayda davacı, hafta tatili ücretinin ödetilmesini istemiş, davalılar talebin reddini savunmuştur. Tanıklar, işyerinde 3 vardiya olup her vardiyanın 12 saat çalıştığını, ilk vardiyanın saat 08.00-20.00, ikinci vardiyanın 10.00-22.00, üçüncü vardiyanın ise 20.00-08.00 arasında çalıştığını, 10.00-22.00 vardiyasında çalışanların haftada 1 gün izin kullandığını, diğer vardiyalarda çalışanların ise izin kullanmadığını söylemişlerdir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının vardiyasının belli olmadığı, 10.00-22.00 vardiyasında çalışıyor ise haftada 1 gün izin kullandığı, diğer vardiyalarda çalışmış ise hafta tatili ücretini hak edeceği belirtilmiş ve tüm hafta tatillerinde çalıştığı varsayımına göre hesaplama yapılmıştır. Mahkemece, davacının bütün hafta tatillerinde çalıştığı kabul edilerek hüküm kurulmuştur. Aynı gün Dairemiz incelemesinden geçen Mersin 1. İş Mahkemesi'nin 2011/299 esas ve devamı emsal dosyalarda ise, davacıların hafta tatili ücreti taleplerinin reddedildiği görülmüştür. Dosya kapsamına göre davacının hangi vardiyada ne kadar çalıştığı belli

Açıkladığımız üzere, her ne kadar Yargıtay somut olay nezdinde ulaştığı sonuçlarda da öncelikle yazılı delilin olup olmadığının araştırılmasını, yazılı delilin bulunmadığı durumlarda tanık beyanının esas alınmasını vurgulamaktaysa da yapılan işin niteliği⁷⁷ veya işyerinin bulunduğu sektör⁷⁸ nedeniyle sadece yazılı delili aradığı durumlar da vardır.

olmadığından ve hafta tatillerinde çalışma olgusu davacı tarafından ispat edilemediğinden hafta tatili ücreti talebinin reddi yerine yetersiz bilirkişi raporuna ve çelişkili tanık beyanlarına itibar edilerek davacının hafta tatili ücreti isteğinin kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...”. Karar için bkz. Y.9.HD., T.01.10.2012, E.2012/18890, K.2012/32579. Yargıtay tarafından emsal davaların dikkate alındığı diğer örnek kararlar için bkz. Y.22.HD., T.24.10.2018, E.2018/13199, K.2018/23127; Y.9.HD., T.19.06.2014, 2012/21226, K.2014/20536; Y.9.HD., T.10.02.2020, E.2017/13991, K.2020/1751. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁷⁷ Örneğin Yüksek Mahkeme bir kararında “...Şoför olarak çalışan davacının çalışma saatleri takograflarda kayıtlıdır. Bu nedenle Mahkemece, davacının sunduğu takograf kayıtları bu konuda uzman bir bilirkişiye tevdi edilerek hangi tarihte kaç saat araç kullandığı, araç kullanımının kesintisiz 7 gün olup olmadığı kronolojik olarak saptanarak buna göre davacının fazla mesai yapıp yapmadığı, hafta tatili ve genel tatil günlerinde çalışıp çalışmadığı tespit edilerek sonuca gidilmesi gerekirken salt tanık beyanlarına ve bilirkişi yorumuna dayanarak karar verilmesi hatalıdır...” şeklinde sonuca ulaşmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.16.06.2020, E.2017/15912, 2020/5760. Başka bir kararında da yer verilen ifadeler şu şekildedir: “...Avrupa ülkelerinde hafta tatili günlerinde tır trafiği yasak olduğu için Avrupa ülkelerine sefer yapan tır şoförleri için salt tanık beyanları ile hafta tatili çalışmalarının ispatı mümkün değildir. Yurt dışına sefer yapan tır şoförlerinin fazla çalışma yaptıklarını ve hafta tatilinde çalıştıklarını yazılı delille ispatlamaları gerekir. Tır şoförünün yurt dışında olduğu sırada bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığının yazılı delil veya şahit beyanları ile ispatı mümkündür. Tanık beyanları ile kanıtlanan bu tür çalışmalarda pasaport ve benzeri yurda giriş çıkış kayıtları üzerinden inceleme yapılmalı ve işçinin yurt dışında olduğu süreye rastlayan bayram ve genel tatil günleri için hesaplamaya gidilmelidir...”; karar için bkz. Y.9.HD., T.10.09.2013, E.2011/23547, K.2013/21844. Aynı yönde bkz. Y.22.HD., T.02.07.2020, E. 2017/6734, K.2020/8463. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁷⁸ Konuya ilişkin Yüksek Mahkeme “...Somut olayda, davalı ... kamu kurumu olup, hafta tatili ile ulusal bayram genel tatil günlerinde yapılan çalışmalar

Hafta tatili çalışmasının tanıkla ispat edilip edilemeyeceği noktasında bordrolar da uygulama açısından önemlidir. Aşağıda “Bordroların Hafta Tatili Gününde Çalışıldığının ve Ücretinin Ödendiğinin İspatı Açısından Önemi” başlığı altına açıklandığından tekrara neden olmamak için burada kısaca ifade edelim ki Yüksek Mahkeme, ücret bordrolarının davacı tarafından imzalı olması ve imzalı bordrolarda hafta tatili sütununda tahakkuk olması halinde, bordrolarda görünenden daha çok hafta tatilinde çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiğine hükmetmektedir.

Hafta tatilinde çalışmanın olup olmadığının ispatına ilişkin uyuşmazlıkta bazı dönemler için yazılı delilin, bazı dönemler bakımından ise tanık delilinin esas alınması mümkündür. Farklı bir deyişle somut olayın özelliğine göre işçinin çalıştığı bütün dönemleri kapsar bir şekilde yazılı delil ibraz edilmediği durumlarda, yazılı delilin ilgili olmadığı haftalar (dönemler) açısından tanık delili dikkate alınabilir.⁷⁹ Zira yazılı

ve bu çalışma karşılığı yapılacak ödeme kayıt altında olmak zorundadır. Bu nedenle davacının çalıştığını iddia ettiği döneme ait hafta tatili ile ulusal bayram genel tatil günlerindeki çalışmaya ilişkin görev emirlerinin sorulması varsa çalışmalara ilişkin resmi kayıtlar getirilerek davacının hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil çalışmalarının tespiti ile kayda dayalı olanların kabulüne karar verilmesi gerekirken soyut tanık beyanına dayalı olarak uyuşmazlık konusu dönemini tamamından hafta tatilie ile ulusal bayram genel tatil günlerinde çalıştığı kabul edilerek karar verilmesi isabetsizdir...” sonucuna ulaşmıştır, karar için bkz. Y.9.HD., T.01.02.2012, E.2009/37055, K.2012/2609, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁷⁹ Yüksek Mahkemenin de konuya ilişkin yaptığı değerlendirmede ulaştığı sonuç “...Somut olayda, davacının hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri çalıştığı tanık beyanları ile doğrulanmıştır. Ancak davalı işveren tarafından ibraz edilen ve davacının imzasını taşıyan puantaj kayıtlarının incelenmesinde 2002/ 3-9 ayları arasındaki dönem ve 2003 /1-4 aylar arasındaki dönemde davacının hafta içi 5 gün çalıştığı ve bazı ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının imzasını taşıyan puantaj kayıtları gösterilen bu dönemler hesaplama dışı bırakılarak davacının hak kazandığı hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil günleri çalışma karşılığı ücret alacakları belirlenmelidir...” şeklindedir; karar için bkz. Y.9.HD., T.22.02.2012, E.2009/42573, K.2012/5555. Yargıtay başka bir kararında da “...Somut olayda; davacının puantaj kayıtlarında ayda 4-5 gün çalışmadığı gerekçesiyle hafta tatili talebi reddedilmiştir. Davacı tanık beyanlarında davacının ayda 2 hafta tatilinde çalıştığı ifade edilmiştir. Dosyaya tamamı

delil sadece içeriğinde yer alan tarih açısından ispatlayıcıdır.⁸⁰ Eğer aynı dönemi kapsayacak şekilde hem yazılı delil sunulmuş hem de tanık deliline başvurulmuşsa artık yazılı delile üstünlük tanınmalıdır. Yargıtay da somut olayın özelinde yaptığı değerlendirmelerde yazılı delili isabetli şekilde tanık beyanına göre öncelikli olarak dikkate almaktadır. Örneğin bir kararında “...Somut olayda, davacının işverence ibraz edilen işyeri kayıtlarına göre hafta tatillerinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Bilirkişi aynı gerekçe ile hafta tatili alacağını hesaplamıştır. Bu delillere rağmen davacının hafta tatili çalışmasının tanık beyanlarına göre çelişkili olduğundan bahisle reddine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir...” sonucuna ulaşmıştır.⁸¹

sunulmayan bazı aylara dair puantaj kayıtlarında ise davacının 7 gün hiç izin kullanmaksızın çalıştığı haftalar olduğu görülmüştür. Puantaj kayıtları bulunan dönemde kayıtlara göre bulunmayan dönemde ise tanık anlatımına göre hüküm kurulması gerekir. Belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...” sonucuna varmıştır; karar için bkz. Y.22.HD., T.11.12.2018, E.2016/1755, 2018/26825. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁸⁰ Yüksek Mahkemenin kararında geçen ifadeler şu şekildedir: “... Davacı, tanık beyanları dışında Pazar gününe denk gelen 29.04.2012 tarihinde çalıştığını gösterir irsaliye faturası sunmuştur. Dosya içeriğine göre yukarıda açıklanan delil durumu, özellikle davacı tanık beyanları arasındaki çelişki ile davacının çalışma iddiasını dolaylı yoldan doğrulayan tanığın davacı ile aynı şubede çalışmadığının anlaşılması ve beyanının davacıyı ziyarete gittiği tarihle sınırlı olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, davacının 29.04.2012 tarihli hafta tatili çalışması haricinde işyerinde hafta tatillerinde çalıştığı iddiasını ispat edemediği anlaşılmaktadır. Buna göre davacının hafta tatili ücreti alacağını 29.04.2012 günü için hesaplatılıp hüküm altına alınması gerekirken, çalışma süresince ayda iki hafta tatilinde çalıştığının kabulü ile hüküm kurulması hatalıdır...”, karar için bkz. Y.9.HD., T.02.12.2019, E.2016/9796, K.2019/21376. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁸¹ Y.9.HD., T.02.02.2012, E.2009/37426, K.2012/2991. Kart okuma sisteminin uygulandığı bir işyerindeki çalışmaya ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlık hakkında Yargıtay kararında “...Temyiz incelemesi sırasında, son altı aya ilişkin kayıtlar incelendiğinde örnek niteliğinde olmak üzere davacının ... 30.04.2018-07.05.2018 tarihleri arasında hafta tatilinde çalıştığı; ...Bilirkişi kök raporunda kayıtlarda davacı imzası olmadığından itibar edilemeyeceği gerekçesiyle kayıtların dikkate alınmadığı belirtilmiş sonraki ek raporda ise yüzeysel inceleme yapılmıştır. Davacının

a. Dinlenen “Tanık” Açısından Esas Alınan Kriterler

Hafta tatilinde çalışma yapıldığı yönündeki iddianın tanıkla ispat edilmesinin mümkün olduğu olaylarda dinlenen her tanığın beyanının hükme esas alınamayacağı unutulmamalıdır. Zira nihayetinde tanık, davada uyuşmazlık konusu vakıa ile ilgili bilgi sahibi olup da bu bilgiyi mahkemeye aktaran kişidir.⁸² Nitekim Yüksek Mahkeme de konuya ilişkin bazı ilkelerin bulunduğunu belirtmektedir. Yargıtay örneğin işyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemeyeceğine, davacı tanıklarının davacı ile aynı dönemde çalışmış olmasının gerekli bulunduğu, tanığın çalışmalarının olmadığı bir dönem için işyerinde günlük ve haftalık çalışma sürelerinin bilinmeyeceğine, tanıkların çalıştıkları dönemin Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre belirlenmesi gerektiğine karar vermektedir.⁸³

bordrolarında belirtilen çalışma günü ile kayıtların karşılaştırılması ve çalıştığı hâlde kayıtlarda görülmeyen çalışma günlerinde tanık beyanları esas alınarak ve kayıtların düzenli olduğu haftalarda kayıtlara itibar edilerek ...hafta tatili ... çalışmalarının hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile taleplerin reddi isabetsiz olmuştur...” sonucuna ulaşılmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.25.10.2023, E.2023/9686, K.2023/15843. Yüksek Mahkemenin diğer kararında yer verdiği ifadeler şu şekildedir: “...Somut olayda; davacı işçi haftada kaç gün çalıştığını belirtmeden hafta tatili alacak isteğinde bulunmuştur. Dosyada bulunan devam çizelgelerinden haftada 5 gün çalışıldığı anlaşıldığı gibi, davacı tanığı da işler yoğun olduğunda cumartesi, pazar günleri çalışıldığını belirtmiştir. Böyle olunca davacının hafta tatilinde çalışmadığı anlaşıldığı halde anılan alacağın reddi yerine ayda iki hafta tatili çalıştığı kabul edilerek hüküm kurulması hatalıdır...”; karar için bkz. Y.9.HD., T.18.02.2013, E.2010/46236, K.20135740. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁸² Atalay, Pekcanitez, s. 1887.

⁸³ Y.9.HD., T.23.12.2020, E.2017/26327, K.2020/19678; Y.9.HD., T.02.12.2019, E.2016/9796, K.2019/21376; Y.9.HD., T.27.02.2017, E.2017/3700, K.2017/2774; Y.9.HD., T.12.03.2018, E.2015/11324, K.2018/4973; Y.9.HD., T.08.09.2014, E.2012/26531, K.2014/25565; Y.9.HD., T.11.12.2013, E.2011/455, K.2013/32721; Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43776, K.2011/49235. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararları için bkz. Y.22.HD., T.28.03.2019, E.2016/8447, K.2019/6866; Y.22.HD., T.19.04.2017, E.2017/7005,

Yazılı delilin olmadığı dolayısıyla hafta tatilinde çalışmanın gerçekleştiği şeklindeki iddianın tanıkla ispatının mümkün olduğu durumlarda ve yukarıda açıkladığımız ilkeler esas alındığında tanık olarak özellikle işyerinde hâli hazırda çalışan ya da önceden çalışmış olan işçilerin dinlenmesine ihtiyaç bulunduğu sonucu ortaya çıkar. Ancak işçilerin, hâli hazırda davalıya ait işyerinde çalışan kişilerle hafta tatilinde çalıştığı iddiasını ispatlamasını beklemek çok iyimser bir yaklaşım olur. Gerçekten de işveren ile çalışma ilişkisi devam eden işçilerin işlerini kaybetme korkusu nedeniyle işverenleri aleyhine tanıklık etmesi çok rastlanılacak bir durum değildir. Bu nedenle genellikle işyerindeki çalışma ilişkisi sona ermiş ve önceden işyerinde çalışmış kişilerin tanık olarak dinletildiği bilinen bir gerçektir.

Tanık olarak dinlenebilecek kişilerin, hafta tatili ücreti talep eden işçi ile çalıştığı dönemle sınırlı olarak beyanlarına itibar edilebileceği de unutulmamalıdır. Nitekim tanıkların aynı dönemde çalışmış olmaları gerektiği yönündeki yaklaşım davacı tanıkları açısından uygulamada mutlak biçimde benimsenmiştir. Farklı bir ifadeyle Yargıtay davacı tanıklarının beyanlarına değer verilebilmesi bakımından ortak dönemde çalışma yapılmasını aramaktadır.⁸⁴ Bununla birlikte, fazla çalışma

K.2017/9137. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁸⁴ Yargıtay konuya ilişkin bir kararında “...Somut olayda davacı tanıklarından ikisinin işyeri çalışmanı olmadığı ve diğer davacı tanığının beyanlarının kendi çalıştığı dönemle sınırlı olduğu gözetilerek davacının hafta tatili ücret alacağı talebinin belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır...” ifadelerine yer vermiş; karar için bkz. Y.9.HD., T.29.06.2015, E.2015/2201, K.2015/23436; yine başka bir kararında da “...Somut uyuşmazlıkta dinlenen davacı tanıkları çok önceden zamanaşımı nedeni ile değerlendirilmeyen dönemde çalışmış olup, kaç saat çalışma yapıldığını ve tatillerde çalışma olgusunu somut olarak belirtmemişlerdir. Davacı fazla çalışma yaptığını ve hafta tatili günlerinde çalıştığını ispat edemediğinden fazla çalışma ücreti ve hafta tatili ücreti taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir...” sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.09.03.2016, E.2014/33252, K.2016/5401. Hiç şüphesiz tanığın işçi ile kıdem olarak aynı dönemde çalışması da tek başına yeterli değildir. Zira aynı dönemde bazı haftalar çalışmış, bazı haftalar çalışmamışsa artık ilgili dönemde çalışarak tanıklık edebildiği haftalar esas alınır. Nitekim Yüksek Mahkeme de “...Diğer yandan, davacı tanıklarından T.Y. haftanın beş günü çalışıldığını, ayda iki cumartesi günü davacının da çalıştığını gördüğünü beyan etmiş, diğer

ücretinin talep edildiği bir olaya ilişkin Yüksek Mahkeme, davalı tanığının ortak çalışma döneminde olmayan çalışmalarla ilgili beyanlarının dikkate alınabileceğini, doğrudan olmasa da şu şekilde ifade etmiştir: “...Davacı tanıklarının sigortalı hizmet döküm cetvelleri getirilerek tam olarak hangi süre içerisinde davacının çalıştığı şubede çalıştıkları belirlenerek davacı tanıklarının davacıyla birlikte ortak çalışma dönemi ile sınırlı olarak belirlenen tarih aralıkları için hesaplama yapılmalıdır. Bunun dışında kalan dönemler bakımından, yazılı belge bulunmadığından, davalı tanıklarının da fazla mesai yapılmadığı yönünde beyanları olduğundan ve davacı tanıklarının çalışma süresi haricindeki dönem için işyerinde çalışma düzenini bilmesi mümkün olmadığından söz konusu dönemler için fazla çalışma alacağıının ispatlanamadığının kabulü gerekir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”⁸⁵

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işyerinde hali hazırda çalışanların, hafta tatili ücretinin tahsili talebinde bulunan işçiler tarafından tanık olarak bildirilmesi çok rastlanılan durum değildir. Uygulamada söz konusu kişiler genel olarak işveren tarafından tanık olarak bildirilirler. Bunun yanında işyerinde önceden çalışmış olan ve hafta tatili ücretinin ödenmesi yönünde talepte bulunan işçi tarafından tanık olarak bildirilmiş kişilerin işverenle arasında husumet olduğu olaylarla da karşılaşılmaktadır. Açıkladığımız biçimde tanık olarak dinlenen kişi, bir tarafın istihdam ilişkisi içinde olduğu kişi veya karşı tarafla husumeti bulunan bir kişi ise HMK m. 255 uyarınca “davada yararı bulunmak gibi, tanıklığının doğruluğu konusunda kuşku gerektiren sebepler varsa, bunu iki taraftan biri iddia ve ispat edebilir”⁸⁶

davacı tanığı davacının her cumartesi günü çalıştığını, ortalama ayda 2-3 pazar günü çalıştığını beyan etmiştir. Hafta tatilinde çalışıldığına ilişkin sadece bir tanığın beyanı mevcut olup bu tanık da işyerinde hangi sıklıkla hafta tatillerinde çalışıldığına ilişkin somut bir beyanda bulunmamıştır. Bu nedenle net ve kesin olarak ispatlanamayan hafta tatili alacağıının da reddi gerekirken kabulü hatalı olmuştur...” şeklinde karar vermiştir, karar için bkz. Y.9.HD., T.28.02.2023, E.2022/18737, K.2023/3063. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁸⁵ Yargıtay 22. HD, 28.05.2018, 13642/13179, karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁸⁶ Ertanhan, Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), s. 293, 309.

Anlattığımız olasılıkların bulunması halinde, başka bir ifadeyle tanık ile taraf arasında işçi işveren ilişkisinin olması yahut husumet (dava) bulunması tanığın ifadesinin dikkatli değerlendirilmesini gerektirir. Bu bağlamda sadece hâli hazırda işyerinde çalışan ve işveren lehine tanıklık edecek kişilerin değil, herhangi bir tarafla husumetli olan tanıkların beyanları da tek başına hükme esas alınmamalıdır.⁸⁷ Nitekim Yüksek Mahkeme de iddianın davalı tanık beyanları ile de desteklendiği bir olaya ilişkin kararında “...İşverenle husumetleri bulunması nedeniyle davacı tanıklarının beyanlarına itibar edilmemiş ise de davalı tanığı ... konuya ilişkin beyanında aynen " Davacı sigortalıydı. Asgari ücret alıyordu. İşyerinde 08:00-17:00 saatleri arasında 1 haftada 7 gün çalışılıyordu ... Buna göre Mahkemece davalı tanığına ayda kaç hafta 7 gün çalışma olduğu açıklattırılıp sonucuna göre davacının hafta tatili alacağına belirlenmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile talebin reddi bozmayı gerektirmiştir...” sonucuna vararak, hafta tatili ücret alacağına ilişkin talebi kabul etmiştir.⁸⁸

⁸⁷ Yargıtay bir kararında “...Öncelikle belirtmek gerekir ki davacı tanıklarından ... ve ...’ in işverene karşı açtıkları aynı nitelikte davaları olduğu, ... ‘in hesaplamaya elverişli beyanının bulunmadığı, ...’ in ise davacının eşi olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca emsal nitelikteki2017/11355 esas sayılı bozma ilamı da gözetildiğinde işe giriş çıkış kayıtlarında "00" olan saatlerin bahsi geçen tanıkların anlatımlarına göre belirlenmesi isabetli olmamıştır. Yalnız kayıtlardaki çalışma saatleri dikkate alınarak, günlük kanuni ara dinlenme süreleri mahsup edildikten sonra, tüm dönem için haftalık bazda ve kırk beş saati aşan çalışmalar yönünden fazla mesai ücreti alacağı hesaplanmalıdır. Davacının yedi günlük zaman dilimi içerisinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenmediği haftalar bakımından, bir gün için hafta tatili ücreti alacağı hesaplanmalıdır. Ayrıca yapılacak hesaplamada davacının raporlu ve izinli olduğu günler dışlanmalıdır. Anılan yönler düşünülmeden yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” ifadelerine yer vermiştir; karar için bkz. Y.22.HD., T.09.09.2019, E.2017/23657, K.2019/15532, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024). Fazla çalışma, hafta ve genel tatili alacaklarının ispatında salt husumetli tanık beyanlarıyla sonuca gidilemeyeceği Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kapatılması sonrasında içtihat farklılıklarının görüşülmesi sonucu yeni Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından yayımlanan metinde de ifade edilmiştir. Bkz. “Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020 (İlke Kararları)”, s. 488.

⁸⁸ Y.9.HD., T.25.06.2018, E.2018/5763, K.2018/13662. Başka bir kararında da tanıkların husumetli olması nedeniyle beyanlarının esas alınamayacağını

Belirtmek gerekir ki Yargıtay, beyanlarına başvurulduğu sırada işveren ile husumetli olmamasına karşın daha önce işveren aleyhine dava açan tanıkların beyanlarını da ilgili davada verilen hükümler çerçevesinde değerlendirmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında, “...Davacı tanıklarından ...'ün davalı işverene karşı açtığı alacak davasında da hafta tatili alacağı talebinin reddedildiği ve söz konusu kararın Dairemizin temyiz incelemesinden geçtiği ve onanarak kesinleştiği de dikkate alındığında davacının hafta tatili ücreti talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...” şeklinde ifadelerle yer vermiştir.⁸⁹ Yüksek Mahkemenin başka bir örnek kararına göre ise, “...Somut olayda; davacı tanıklarından ... beyanlarında, haftada bir gün dönüşümlü de olsa hafta tatili izni kullandırıldığını belirttiği gibi anılan davacı tanığının aynı davalılara karşı açtığı aynı taleplere ilişkin davada hafta tatili talebi reddedilmiş, Dairemizin 2014/9653 Esas sayılı dosyasında da verilen karar onanmıştır. Diğer yandan, Dairemizin 2018/5294 Esas sayılı emsal dosyasında hafta tatili ücretine yönelik talebin reddi gerektiğine ilişkin bozma sebebi bulunmaktadır...”⁹⁰

Son olarak işçinin dinletebileceği tanıkları işyerinde eskiden çalışan işçilerle sınırlı tutmanın isabetli olmayacağı da ifade edilmelidir. Hafta tatili ücreti talebinde bulunan işçinin çalışma düzenini bilecek müşteri, komşu işyeri çalışanı vb. kişilerin beyanları da somut olayın özelliğine göre dikkate alınmalıdır. Yargıtayın, işyerine yakın yerde çalışanların beyanını hükme esas aldığı bir kararında “...Davacı tanığı Ali İhsan Toprak ve M. Z. davacının çalıştığı yere yakın yerde çalıştıkları için bilgileri olduğunu, davacının hafta tatili ve genel tatili olmadığını, dini ve milli bayramlarda her zaman çalıştığını belirtmişlerdir. Aksiyönde başka bir tanık beyanı da yoktur. Buna göre davacı hafta tatili ve genel tatil çalışmasını tanık beyanlarıyla ispatlamıştır. Söz konusu alacakların

belirtmiş ve sonuçlanan emsal davalar uyarınca hafta tatili ücretinin varlığını kabul etmiştir. Karar için bkz. Y.22.HD., T.02.04.2019, E.2016/9612, K.2019/7353. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁸⁹ Y.9.HD., T.18.02.2016, E.2014/28885, K.2016/3142, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁹⁰ Y.22.HD., T.24.10.2018, E.2018/13199, K.2018/23127, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalıdır...” şeklinde ifadelere yer verilmiştir.⁹¹

b. Dinlenen “Tanığın İfadesinin İçeriği” Açısından Esas Alınan Kriterler

Hafta tatilinde çalışma yapıldığına ilişkin iddianın ispatlanmasında tanığın niteliği önemli olduğu gibi tanık beyanının içeriği de önemlidir. Tanık ifadeleri ile hafta tatillerinde çalışmaların gerçekleştiğinin anlaşılması yeterli değildir. Zira mahkemenin talebe ilişkin hüküm kurabilmesi için alacağın hesaplanabilir olması gereklidir. Hesaplamanın gerçekleştirilmesi ise, işçinin hangi aylarda hafta tatili gününde ya da günlerinde çalıştığının açık bir şekilde anlaşılması ile mümkün olur. Bu bakımdan tanık ifadesinin içeriğinin talebe yönelik somut olması son derece önemlidir. Örneğin tanıkların ifadelerinde “*genelde haftanın her günü çalışırdı*”⁹², “*ara sıra izin kullanırdı*”, “*sık sık çalışılırdı*”⁹³, “*işin durumuna göre çalışılırdı*”⁹⁴, “*yoğun olan dönemlerde*

⁹¹ Y.9.HD., T.05.04.2012, E.2010/1264, K.2012/11559, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁹² Yüksek Mahkeme konuya ilişkin “...Somut uyumsuzlukta, davacı hafta tatili çalışma iddiasının tanık delili ile ispatlamaya çalışmıştır. Davalı tanığı işyerinde haftanın 6 günü çalışıldığını beyan ederken davacı tanıkları ise davacının “genelde haftanın her günü çalışırdı”, “arasıra pazar günleri izin kullanırdı” şeklinde soyut ve hesaplamaya elverişli olmayan beyanlarda bulunmuştur. Bu nedenle ispatlanmayan hafta tatili ücret alacağının reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır...” sonucuna varmıştır. Karar için bkz. Y.9.HD., T.04.04.20217, E.2015/16799, K.2017/5836, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁹³ Yargıtay, tanığın “sık sık çalışırdı” şeklindeki ifadesi ile iddianın ispatlanmadığı sonucuna varmıştır. Kararda yer verilen ifadeler şu şekildedir: “...Diğer yandan, davacı tanıklarından G.T. haftanın 6 günü çalışıldığını, 1 gün izin kullanıldığını ancak sık sık hafta tatili zamanlarında işlerin olduğunu ve çalışıldığını beyan etmiş, diğer tanıklar ise haftada 6 gün çalışıldığını beyan etmişlerdir. Hafta tatilinde çalışıldığına ilişkin sadece bir tanığın beyanı olup vardiyalı olarak çalıştığını belirten bu tanık işyerinde hangi sıklıkla hafta tatillerinde çalışıldığına ilişkin somut bir beyanda bulunmamıştır. Bu nedenle net ve kesin olarak ispatlanamayan hafta tatili alacağının da reddi gerekirken kabulü hatalı olmuştur...”; karar için bkz. Y. 9.HD., T.29.06.2022, E.2022/7711, K.2022/8407. Bununla birlikte tanık beyanlarından hangi

çalışılırdı”⁹⁵, “işler yoğun olduğunda çalışılırdı”⁹⁶, “bazen hafta sonu da çalışıldığı olurdu”⁹⁷, “tahminen çalışırdı”⁹⁸, “Pazar günü çalışma yapıldığı olurdu, hafta tatili kullanmak isteyen kişilere ise bir gün izin verilirdi”⁹⁹ şeklindeki beyanlar, her ne kadar hafta tatilinde çalışıldığını gösterse de, bu ifadeler doğrultusunda hesaplamanın yapılması mümkün değildir.

Açıklananlar dışında, tanıkların beyanından işin niteliğine göre belirli dönemler de çalışıldığı anlaşılıyorsa ilgili dönemler bakımından hesaplama yapılmalıdır. Söz konusu dönemler, tanık beyanlarında bazen mevsimsel olarak açıklanabilir. Mevsimlerin belirlenmesinde, yaklaşık üçer ay olarak kabul edilen ve ilkbahar, yaz, sonbahar ve kış olarak adlandırılan dört bölümünden sadece birisinin mutlak biçimde esas alınması gerekli değildir. İşin niteliğine göre üç aydan daha fazla uzun süreler de göz önünde bulundurulabilir.¹⁰⁰ Yine tanıkların işin niteliğini

dönemlerde ne kadar sıklıkla çalışıldığı anlaşılıyorsa, talebin içeriğinin somutlaştığı kabul edilir. Nitekim Yargıtay da “...*Dosyada dinlenen davacı tanıkları T.E. ve Y.Y'nin beyanlarına göre işyerinde haftada bir gün izin kullanıldığı ancak son 2 senede ayda ortalama 2 defa hafta tatillerinde çalışıldığı anlaşıldığından davacının tüm çalışma dönemi bakımından hafta tatili ücretine hak kazandığının kabulü yerinde olmayıp bozmayı gerektirmiştir...*” ifadelerine yer vermiştir; karar için bkz. Y.9.HD., T.28.09.2023, E.2023/14811, K.2023/13261. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁹⁴ Y.9.HD., T.21.12.2021, E.2021/11727, K.2021/16745, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁹⁵ Y.9.HD., T.22.09.2014, E.2013/4104, K.2014/27591, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁹⁶ Y.9.HD., T.18.02.2013, E.2010/46236, K.20135740, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁹⁷ Y.9.HD., T.22.05.2018, E.2017/8056, K.2018/11469, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁹⁸ Y.22.HD., T.11.02.2020, E.2017/972, K.2020/2166, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

⁹⁹ Y.22.HD., T.28.11.2019, E.2018/10863, K.219/21882, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁰⁰ Yargıtay bir kararında “...*Somut uyuşmazlıkta tanık beyanları ile kanıtlandığı gerekçesiyle yazılı şekilde hafta tatili alacağı hüküm altına alınmış ise de, karar bu yönü itibarıyla de isabetsizdir. Yargılamada dinlenen davacı tanığı ... davacının haftanın 6 günü çalıştığını beyan etmiş, davacı tanıkları...ve..., davacının 7 gün çalıştığını beyan etmiş ise de, bu tanıklar da beyanlarında yılın 9 aylık yoğun çalışılan yaz döneminde*

açıklamak suretiyle belirli dönemlerden bahsettikleri olasılıklarda da söz konusu işin niteliği gereğince çalışılan haftalar mahkemece belirlenmelidir.¹⁰¹

davacının haftanın 6 günü çalıştığını ifade ettiği ve kesin bir durumu ortaya koyamadığı anlaşılmaktadır...” sonucuna ulaşırsa da, kanaatimizce olayda yaz döneminin belirlenerek alacağı ilişkin hüküm kurulması isabetli olurdu; karar için bkz. Y.9.HD., T.06.10.2020, E.2020/2636, K.2020/10702. Nitekim başka bir kararında ulaşılan sonuç bu yönüyle isabetlidir. Kararda yer verilen ifadeler şu şekildedir: “...Somut olayda, Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda tanık beyanlarına göre davacının işlerin yoğun olduğu dönemde cuma günü çalıştığı, bu durumda 10-15 gün sonra iki gün izin kullandığını belirterek hafta tatili alacağının bulunmadığını belirtmiş ise de; tüm dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile özellikle davalı tanıklarından ...'ün yaz döneminde haftanın yedi günü çalışma olduğu yönündeki beyanına göre, davacının yaz aylarında haftanın yedi günü çalıştığının kabulü ile hafta tatili alacağının hesaplanması gerekli iken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”; karar için bkz. Y.22.HD., T.28.03.2019, E.2016/8447, K.2019/6866. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁰¹ Yüksek Mahkemenin kararında yer verilen ifadeler şu şekildedir: “...Sondaj çalışmalarının takvimi, hangi tarihler arasında yapıldığına ilişkin dosyada somut veri bulunmamaktadır. Ancak davacı tanık beyanlarından ve davacı işçinin dava dilekçesindeki açıklamalarından her bir sondajın ortalama 6 hafta sürdüğü sonrasında işçinin ortalama 1 hafta izin kullandığı yine ortalama 1 hafta da sahaya çıkmadan fazla mesai yapmadan normal mesai yaptığı anlaşılmaktadır. Bu veriler ışığında davacı işçinin çalışma döneminin tamamında 8 haftalık periyotta 6 hafta haftalık 21saat fazla mesai yaptığı 2 haftasında ise fazla mesaisinin bulunmadığı kabul edilerek ... hüküm altına alınmalıdır. Davacının hafta tatili ücret alacağına hak kazanıp kazanmadığı da uyumsuzluk konusudur... Fazla mesaiye ilişkin kısımda yapılan detaylı açıklamalarda değinildiği üzere davacı işçi 8 haftalık periyotta 6 hafta ara vermeksizin çalışmaktadır buna göre davacı işçinin 8 haftalık periyotta 6 hafta tatilinde çalıştığı kabul edilerek hafta tatili alacak talebi çalışma döneminin tamamı için dava ve ıslah zamanaşımı da gözetilerek hesaplanmalı daha sonra takdiri indirimine tabi tutularak hüküm altına alınmalıdır...”;

karar için bkz. Y.9.HD., T.03.03.2022, E.2022/1742, K.2022/2834. Görülüşü üzere, kararda işin niteliğine uygun biçimde sondaj dönemi tespit edilmeye çalışılmıştır. Başka bir kararında da “...Somut olayda hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının, kalorifer yaktığı dönemlerde ayda üç hafta tatilinde çalıştığı kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Ancak davalı tarafın savunmaları,

Tanık beyanlarının içeriğinin somut olması hükme esas alınması için yeterli olmaz. Tanıkların beyanlarının içeriği açısından göz önünde bulundurulması gereken bir başka nokta da beyanların çelişip çelişmediğine ilişkindir. Beyanların kendi içinde çelişmesi, özellikle aynı konuya ilişkin başka bir davada farklı bir beyanda bulunmuş olması söz konusuysa bu beyanların dikkate alınmaması isabetli olur.¹⁰²

c. Bordroların Hafta Tatili Gününde Çalışıldığının ve Ücretinin Ödendiğinin İspatı Açısından Önemi

Hafta tatili ücretine hak kazanıldığının işçi tarafından ispat edilmesinden sonra işveren hafta tatili ücretinin ödendiğini ispat etmek zorundadır. Hafta tatili ücretinin ödendiğinin ispatlanması noktasında bordroların önemli bir yere sahip olduğu haklı olarak düşünülebilir. Ancak işverence düzenlenen bordrolar aynı zamanda işçinin hafta tatilinde çalıştığına ilişkin iddiasını yazılı delille ya da tanıkla ispat edip edemeyeceği noktasında da önemlidir. Farklı bir ifadeyle bordroların içeriğine göre işçinin iddiasını tanıkla ispatlayabileceği ya da iddiasına ilişkin yazılı delil ibraz etmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bordroda hafta tatili ücret alacağına ilişkin tahakkuk olup olmaması, işçinin imzasının bulunup bulunmaması, imzası varsa ihtirazı kaydın yer alıp alması, ödemenin banka kanalıyla yapılmış olup olmamasına göre Yüksek Mahkeme tarafından farklı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir.

tanık beyanları ve işin niteliği gözetildiğinde davacının kalorifer yaktığı dönemlerde ayda dört hafta tatilinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Hafta tatili ücreti alacağının bu kabule göre hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir... ifadelerine yer verilmiştir; karar için bkz. Y.22.HD., T.10.04.2017, E.2017/6960, K.2017/8087. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁰² Konuya ilişkin bir kararında Yargıtay "...Davacı iddiasını ispat için tanık dinletmiştir. Aynı tanıklar farklı mahkemelerde farklı beyanlarda bulunmuşlardır. Dairemizin 2016/7448 Esas sayılı dosyasında davacı işçilerle aynı dönemde çalışmış işçilerin haftada bir gün izin kullandıklarına dair yerel Mahkeme kararı bozma kapsamı dışında bırakılmıştır. Davacının hafta tatili ücreti alacağı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır..." sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.06.06.2016, E.2016/2680, K.2016/13373, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

Bordrolarda hafta tatiline ilişkin satır yahut sütun bulunmuyorsa, bordrolar hafta tatili ücretine ilişkin herhangi bir tahakkuk içermiyorsa ya da hafta tatili sütununda sıfır (0) biçiminde bir ibare varsa, bordro imzalı olsun ya da olmasın, işçi hafta tatili günlerinde çalıştığını her türlü delille ispat edebilir. Konuya ilişkin olarak Yüksek Mahkeme “...*Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir...Bordroda ilgili bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşınamaması halinde, işçi hafta tatilinde çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir...*” ifadelerine yer vermektedir.¹⁰³

Eğer bordrolar ihtirazi kayıt olmaksızın işçi tarafından imzalanmışsa ve söz konusu imzalı bordrolar bazı hafta tatili günlerinin ücretine ilişkin tahakkuk içeriyorsa, Yüksek Mahkeme bordroda görünenden daha fazla hafta tatilinde çalışıldığının ancak yazılı delille ispatlanabileceği sonucuna varmaktadır.¹⁰⁴ Başka bir deyişle, bordronun

¹⁰³ Y.9.HD., T.23.12.2020, E.2017/26327, K.2020/19678; Y.9.HD., T.02.12.2019, E.2016/9796, K.2019/21376; Y.9.HD., T.27.02.2017, E.2017/3700, K.2017/2774; Y.9.HD., T.12.03.2018, E.2015/11324, K.2018/4973; Y.9.HD., T.09.09.2014, E.2014/25796, K.2014/25772; Y.9.HD., T.11.12.2013, E.2011/45560, K.2013/32720; Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43776, K.2011/49235. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararları için bkz. Y.22.HD., T.28.03.2019, E.2016/8447, K.2019/6866; Y.22.HD., T.19.04.2017, E.2017/7005, K.2017/9137. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁰⁴ Konuya ilişkin kararlarında “...*İmzalı ücret bordrolarında hafta tatili ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından daha fazla çalışıldığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin hafta tatili alacağıının bordroda görünenden daha fazla olduğu yönünde bir ihtirazi kaydının bulunması halinde, hafta tatili çalışmalarının ispatı her türlü delille yapılabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin bordroda yazılı olanın dışında hafta tatillerinde çalışmaların yazılı delille kanıtlanması mümkündür...*” şeklinde ifadelerle yer vermektedir. Y.9.HD., T.23.12.2020, E.2017/26327, K.2020/19678; Y.9.HD., T.21.03.2017, E.2016/6091, K.2017/4672; Y.9.HD., T.12.12.2018, E.2015/27307, K.2018/23046; Y.9.HD., T.07.05.2018, E.2015/16291, K.2018/10106; Y.9.HD., T.12.03.2018, E.2015/11324, K.2018/4973; Y.9.HD., T.08.09.2014, E.2012/26531, K.2014/25565; Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43776, K.2011/49235. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararları için bkz. Y.22.HD., T.19.04.2017, E.2017/7005, K.2017/9137. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

ait olduğu aydaki diğer hafta tatili günlerinde de çalışıldığı yazılı delille ispatlanabilir. Buna mukabil, hafta tatili ücretine ilişkin tahakkuk içeren bordrolar ihtirazi kayıtla imzalanmışsa, işçi ilgili ayda diğer hafta tatili günlerinde de çalışmanın gerçekleştiğini her türlü delille ispat edebilir. Bu noktada tanık da dinletebilir. Yüksek Mahkemenin ihtirazi kayıtsız imzalanan ve tahakkuk içeren bordrolara ilişkin içtihadı doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Zira çalışma olgusu, hukuki işlem değil, maddi vakıadır; dolayısıyla ispatının, her türlü delille yapılabilmesi gerekir.¹⁰⁵ Bunun yanı sıra işçilerin bordrolara ihtirazi kayıt koymasını beklemek normal hayat tecrübesine uygun değildir. Birçok işçi ihtirazi kayıt kavramından ve etkisinden habersizdir. Ayrıca bordrodaki imzanın çalışma olgusundan feragat niteliğinde değerlendirilmesi de mümkün değildir. İşçinin bordroyu imzalaması sadece bordroda belirtilen tutarı aldığını kabul ettiği anlamını taşır. Fili bir olgu olan çalışma açısından ise bordroyla sınırlı bir kabul teşkil etmez. Başka bir deyişli imzalı bordro sadece ödeme bakımından yazılı delil niteliğindedir.¹⁰⁶

Belirtelim ki, bordroların tahakkuk içerip içermediği noktasında yapılacak incelemede tahakkukun “çalışma karşılığı olan hafta tatili ücretine mi”, yoksa “çalışma karşılığı olmaksızın hak edilen hafta tatili ücretine mi” ilişkin olduğu tespit edilmelidir. Eğer çalışma karşılığı olmaksızın hak edilen hafta tatili ücreti bakımından tahakkuk yapılmışsa, ilgili bordroların hafta tatili ücret alacağına ilişkin tahakkuk içerdiğinden bahsedilemez. Daha net bir deyişle Yargıtayın kararlarında tahakkuktan kastedilen hafta tatili ücreti, çalışma karşılığı hak kazanılan hafta tatili ücretidir. Örneğin işçinin bir aylık bordrosunda çalışma günü olarak yirmi altı günlük ücret ve dört gün de hafta tatili için birer günlük ücret (İşK m.46/2) tahakkuku yapılmışsa, artık bu bordronun Yargıtay kararlarına göre tahakkuk içerdiğinden bahsedilmez. Dolayısıyla söz konusu bordro işçi tarafından ihtirazi kayıt olmaksızın imzalanmış olsa bile, işçi çalışma karşılığı olan hafta tatili ücretine hak kazandığını tanıkla ispat edebilir. Ayrıca önemle belirtelim ki, hafta tatili ücretinin yukarıda açıkladığımız üzere fazla çalışma ücretinden ve ulusal bayram ve genel tatil ücretinden bağımsız bir alacak olması nedeniyle bahsi geçen alacaklara ilişkin tahakkuk olması, hafta tatili ücret alacağı açısından da tahakkuk olduğu sonucunu doğurmaz.¹⁰⁷ Bununla birlikte uygulamada

¹⁰⁵ Baycık, İş İlişkisinin Kurulması, s. 311.

¹⁰⁶ Alp, s. 117, 118.

¹⁰⁷ Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin bir kararında “...Ayrıca hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının imzalı ücret bordrolarında ulusal

ücret bordrolarının titiz hazırlanmadığı, bazen bordrolarda hafta tatili ücretlerinin de fazla çalışma ücreti içerisinde gösterilerek tahakkuk ettirildiği yahut fazla çalışma ücreti için “fazla çalışma 1”, çalışma karşılığı olan hafta tatili ücreti için ise “fazla çalışma 2” gibi ibarelerin yer aldığı görülmektedir. Bu hususun işverence ispatlandığı durumlarda çalışma karşılığı olan hafta tatili ücretinin ödendiği kabul edilmelidir.

Hafta tatili ücret alacağına ilişkin tahakkuk içeren bordrolar imzalanmamış; ancak ödemeler banka aracılığı ile yapılmışsa, işçinin ilgili ayda/aylarda diğer hafta tatili günlerinde de çalıştığını farklı bir deyişle daha fazla hafta tatili ücret alacağına hak kazandığını tanıkla ispatlaması mümkündür. Söz konusu bordrolara ilişkin olarak Yüksek Mahkeme eski kararlarında “...Hafta tatili ücretlerinin tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt yoksa ödenen tutarın dışında hafta tatili çalışması yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerekir...” sonucuna ulaşmaktaydı.¹⁰⁸ Görüldüğü üzere bu kararlarında Yargıtay, tahakkuk ihtiva eden bordro imzasız olsa bile işçinin ücretini bankadan alırken ihtirazi kayıt koyup koymamasına göre işçi tarafından sunulması gereken delilin niteliğini belirliyordu. Söz konusu husus, işçinin bankadan ücretini alırken yapılan ödemenin içerdiğini kalemleri görmesinin mümkün olmaması sebebiyle haklı olarak

bayram genel tatil ve hafta tatili tahakkuku bulunduğu belirtilerek davacının bu alacaklarının bulunmadığı kabul edilerek hesaplama yapılmamış ise de söz konusu bordroların bir kısmında yalnızca fazla mesai tahakkuku bulunduğu, genel tatil ve hafta tatili alacaklarının zamlı olarak hesaplanmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının genel tatil ve hafta tatili alacaklarının dosyadaki delillere göre değerlendirilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile taleplerin reddine karar verilmesi hatalıdır...” ifadelerine yer vermiştir; karar için bkz. Y.9.HD., T.30.01.2013, E.2010/40561, K.2013/3638, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁰⁸ Y.9.HD., T.21.03.2017, E.2016/6091, K.2017/4672; Y.9.HD., T.12.12.2018, E.2015/27307, K.2018/23046; Y.9.HD., T.07.05.2018, E.2015/16291, K.2018/10106; Y.9.HD., T.12.03.2018, E.2015/11324, K.2018/4973; Y.9.HD., T.09.09.2014, E.2014/25796, K.2014/25772; Y.9.HD., T.08.09.2014, E.2012/26531, K.2014/25565; Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43777, K.2011/49236; Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43776, K.2011/49235. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararları için bkz. Y.22.HD., T.19.04.2017, E.2017/7005, K.2017/9137. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

eleştirilmekteydi.¹⁰⁹ Nitekim Yargıtay da içtihadını değiştirmiş olup güncel kararlarında “...Hafta tatili ücretlerinin tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, tahakkuku aşan çalışmalar her türlü delille ispat edilebilir ve bordrolarda yer alan ödemelerin mahsubu gerekir...” sonucuna varmaktadır.¹¹⁰

Açıklananlardan da anlaşılacağı üzere, Yüksek Mahkeme fazla çalışmanın ispatı bakımından bordrolara ilişkin yaptığı değerlendirmelerin aynısını hafta tatili bakımından da yapmaktadır. Ancak bordrolara ilişkin gösterilen bu yaklaşım, eğer ilgili bordroda bazı aylar bakımından tahakkuk varsa önem arz eder. Buna mukabil bütün haftalar için tahakkuk varsa özetlediğimiz yaklaşımın bir değeri kalmaz. Daha net bir deyişle herhangi bir aya ilişkin düzenlenen bordroda ilgili aydaki bütün hafta tatilleri için tahakkuk gerçekleşmişse, bordro imzalı olsa da olmasa da söz konusu ay bakımından hafta tatili günlerinde fiilen çalışmanın ispatlanması gereği zaten ortadan kalkmış olur. Bu gibi durumlarda işçi eğer eksik ödenmişse sadece bakiye hafta tatili ücret alacağını talep eder. Eksik ödenmeye yol açan nedenlerden biri de işçinin hafta tatili ücretinin gerçek ücret üzerinden hesaplanmamış olmasıdır. Çalışmamızda da ifade ettiğimiz üzere, bazı işverenlerce bordrolar gerçek ücret üzerinden düzenlenmez. Dolayısıyla, temel ücret esas alınarak hesaplanan hafta tatili ücreti eksik ödenmiş olur. Böyle bir ihtimâlde işçinin hafta tatili gününde çalıştığını değil, gerçek ücretin miktarını ispatlaması gereklidir. Bu bakımdan ücretin ispatına ilişkin mevzuatta ve uygulamada benimsenen ilke ve esaslar doğrultusunda hareket edilmelidir.¹¹¹

¹⁰⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 788; Doğan Yenisey, İş İlişkisinin Kurulması, s. 124; Baycık, İş İlişkisinin Kurulması, s. 310.

¹¹⁰ Y.9.HD., T.23.12.2020, E.2017/26327, K.2020/19678; Y.9.HD., T.02.12.2019, E.2016/9796, K.2019/21376. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024). İlgili husus Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kapatılması sonrasında içtihat farklılıklarının görülmesi sonucu yeni Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından yayımlanan metinde de belirtilmiştir. Bkz. “Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görülmesi Eylül 2020 (İlke Kararları)”, s. 487.

¹¹¹ Yüksek Mahkemenin bir kararında ifadeler şu şekildedir: “...Ne var ki ücret bordrolarında gösterilen ücretin gerçek ücreti yansıtmadığı anlaşılmalı; belgelerdeki tahakkuklar ile davacının aldığı kabul edilen ücret miktarı birlikte değerlendirilerek fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel

IV. HAFTA TATİLİ ÜCRETİNİN HESAPLANMASI

A. Temel Ücreti Belirleme Esasının Hafta Tatili Ücretinin Hesaplanmasında Önemi

Çalışmamızda sıklıkla ifade ettiğimiz üzere, hafta tatili ücretinin “çalışmadan hak kazanılan ücret (İşK m.46/2)” ve “çalışma karşılığı hak kazanılan ücret” olarak iki yönü bulunmaktadır. Dolayısıyla hesaplamanın her iki ücret açısından da değerlendirilmesi gerekir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, İşK m.46’daki şartların gerçekleşmesi halinde, işçi aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince çalışmadan bir günlük ücrete hak kazanır. Söz konusu bir günlük ücretin hesaplanmasında işçinin temel ücretinin ne şekilde kararlaştırıldığı önemlidir. Bilindiği üzere, farklı ücret belirleme esasları vardır. Bunlar genel olarak maktu ücret, zamana göre ücret, akort ücret, götürü ücret, yüzde usulüne göre ücrettir.¹¹²

Maktu aylıkla çalışan işçilere her ay otuz gün üzerinden sabit bir ücret ödemesi yapılır.¹¹³ Dolayısıyla işçinin ücreti, maktu aylık şeklinde taraflarca belirlenmişse, çalışmadan hak kazanılan bir günlük hafta tatili ücretinin (İşK m.46/2) hâli hazırda maktu aylığın içinde ödendiği kabul edilir.¹¹⁴ Farklı bir deyişle işçi, ayrıca çalışmadan ödenmesi gereken hafta tatili ücretini (İşK m.46/2) işverenden talep edemez. Nitekim İşK m.49/4’de “*Hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere 46, 47 ve 48 inci*

tatil ücreti alacaklarının miktarının mahsubu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu yönün nazara alınmadan, sonuca gidilmesi hatalı olmuştur...”; karar için bkz. Y.9.HD., T.16.05.2022, E.2022/5419, K.2022/6077, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹¹² Ücret türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Süzek, s. 377 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 337 vd.; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 140 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 620 vd.; Tunçomağ, Centel, s. 105 vd.; Narmanlioğlu, s. 290 vd.; Başbuğ, Yücel Bodur, s. 149 vd.

¹¹³ Süzek, s. 377; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 141; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 622; Şakar, s. 99.

¹¹⁴ Süzek, s. 859; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 810, 817; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 331; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 622; Tunçomağ, Centel, s. 173; Narmanlioğlu, s. 700; Şakar, s. 99; Göktaş, s. 45; Başkuru, s. 171; Topçuoğlu, s. 165.

maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz” düzenlemesine yer verilmek suretiyle açıkladığımız esas ortaya konmuştur. İfade edelim ki, her ne kadar hükümde atıf m.46/1 düzenlemesine yapılmışsa da atfin m.46/2'ye yapılması daha isabeti olurdu. Bu noktada önemle belirtilmelidir ki iş sözleşmelerinde işçinin ücretine çalışma karşılığı hak kazanılan hafta tatili ücretinin dahil olduğu kararlaştıramaz.¹¹⁵ Anayasa m.50 karşısında bu yöndeki düzenlemeler kesin hükümsüzdür.¹¹⁶

İşçinin ücreti maktu aylık şeklinde belirlenmemişse, farklı bir deyişle işçi zamana göre ücret ya da parça başına ücretle çalışıyorsa, kendisine iş ilişkisinin devamında çalışmaların karşılığı ödenen ücretin (İşK m.32) yanında, çalışmadan hak kazandığı ücretin (İşK m.46/2) ayrıca ödenmesi gerekir.

Uygulamada özellikle bordroların otuz gün üzerinden tahakkuk ettirilip ettirilmediği dikkate alınarak ücret belirleme esasına ilişkin sonuca ulaşılabilir. İmzalı bordroların otuz gün üzerinden düzenlenmiş olması, örneğin “yirmi altı gün normal çalışma” ve “dört gün hafta tatili çalışması” karşılığında bordrolarda ücret tahakkukunun bulunması, çalışma karşılığı olmaksızın hak edilen ücretin (İşK m.46/2) ödendiği anlamına gelir.¹¹⁷ Aynı sonuç, imzasız bordrodaki tahakkuk banka kanalı

¹¹⁵ Y.9.HD., T.28.09.2017, E.2017/5648, K.2017/14446; Y.9.HD., T.29.03.2018, E.2018/2411, K.2018/6965; Y.22.HD, T.12.03.2019, E.2016/7947, K.2019/5811; Y.22.HD, T.15.06.2020, E.2017/11872, K.2020/6718; Y.22.HD, T.17.03.2020, E.2017/28448, K.2020/5098. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹¹⁶ Süzek, s. 860; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 1375; Baycık, İş İlişkisinin Kurulması, s. 298; Başkuru, s. 174.

¹¹⁷ İşçinin çalışmadan hak kazandığı bir günlük ücretinin ödenmiş olduğu bir olaya ilişkin Yargıtay kararında “...Dosya içeriğindeki hesap pusulaları ve banka kayıtlarından, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerde davacıya çalışma karşılığı olmaksızın 1 günlük yevmiyenin ödendiği görülmüştür. Yukarıda açıklanan Kanun hükümleri ve tespitlere göre; hükme esas alınan bilirkişi raporunda ... hafta tatili ücret hesabında ise 2,5 kat olarak belirlenip sonuca gidilmesi hatalıdır...” ifadelerine yer vermiştir; karar için bkz. Y.9.HD., T.05.04.2016, E.2014/37212, K.2016/8451. Yüksek Mahkeme aynı yıl verdiği başka kararında da benzer biçimde “...her bir çalışılan hafta tatili için 2,5 yevmiye üzerinden hesaplama yapılmıştır. Dosyada mevcut bordrolar dikkate alındığında, her ay 30 gün üzerinden ücret ödemesi yapıldığına göre hafta tatilinin çalışılmadan ödenmesi gereken 1'er yevmiyelerinin ödendiği sonucu çıkmaktadır...” sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.29.02.2016, E.2014/32576,

ile ödendiğinde de kabul edilir.¹¹⁸ Eğer bordro düzenlenmemişse, banka hesap özetelelerinden ya da işçi tarafından imzalı ve ücretin ödendiğini gösterir herhangi bir belge vb. delillerden otuz günlük ücretin ödenip ödenmediği belirlenmelidir.

İşçinin hafta tatili gününde dinlenmeyerek çalışması halinde hak kazanacağı ücretin hesaplanması da ücret belirleme esaslı ile yakından ilgilidir. Ancak öncelikle çalışma karşılığı hak kazanılacak ücretin nasıl tespit edileceği ortaya konmalıdır. Söz konusu husus, daha önce açıklandığı üzere Kanun'da düzenlenmemiştir. Bu noktada işçinin hafta tatilindeki çalışma süresine bağlı farklı ihtimallerin değerlendirilmesini gerektirmektedir. İlgili ihtimallerden ilki işçinin hafta tatilinde günlük çalışma süresinin altında çalışmasıdır. Örneğin işçinin günlük çalışma süresi yedi buçuk saat olmasına karşın hafta tatili gününde fiilen bir saat çalışması mümkündür. Bu ihtimalde konuya ilişkin iki farklı görüş ileri sürmek mümkündür. Bunlardan ilki hesaplamada işçinin hafta tatili gününde fiili çalışma süresinin uzunluğunun esas alınması yönünde olacakken; diğeri ise işçi hafta tatili gününde günlük çalışma süresinden az çalışmışsa -fiili çalışma süresi ne olursa olsun- bir günlük ücretinin dikkate alınacağı yönünde olacaktır. Birinci görüşe göre işçi bir saatlik ücrete, diğeri görüşe göre ise bir günlük ücrete hak kazanır. Kanun koyucu

K.2016/4190. Dairenin 2023 yılında verdiği kararında da ulaşılan sonuç şu şekildedir: “...Somut uyuşmazlıkta, dosyada mevcut ücret bordrolarına göre davacıya hafta tatili gününde çalışma karşılığı olmaksızın bir yevmiyenin ödendiği dikkate alındığında çalışılan dönemler için bir buçuk yevmiye üzerinden fark hafta tatili ücretinin hesaplanması gerekirken iki yevmiye üzerinden hesaplama yapan hatalı bilirkişi raporuna göre karar verilmesi isabetsizdir...”, karar için bkz. Y.9.HD., T.04.10.2023, E.2023/8396, K.2023/13668. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹¹⁸ Konuya ilişkin Yüksek Mahkeme “...Diğeri yandan, dosyaya sunulan imzasız ücret bordrolarına göre davacının, normal çalışmasının 30 gün olarak gösterildiği, hizmet döküm cetveline göre de prim gün sayısının 30 gün olarak bildirildiği çalışma dönemlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Şu hâlde davacının bu şekilde tam gün esasına göre çalıştığı dönem tespit edilerek bu döneme ilişkin banka kayıtlarıyla ücret bordrolarının karşılaştırılması ve çalışılmayan hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin ödenip ödenmediğinin tüm dosya kapsamına göre yeniden değerlendirilmesi gereklidir...” şeklinde karar vermiştir; karar için bkz. Y.9.HD., T.25.05.2022, E.2022/5525, K.2022/6501, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

işçinin hafta tatili gününde kesintisiz yirmi dört saat dinlenmesini amaç edindiğinden (İşK m.46/1), sadece fiili çalışma süresinin esas alınması suretiyle çalışma karşılığı hak edilen ücretin hesaplanması doğru olmaz.¹¹⁹ Dolayısıyla işçi hafta tatili gününde bir saat dahi çalışsa, hafta tatili gününün tamamında çalıştığı kabul edilmelidir.¹²⁰

¹¹⁹ Aksi görüşte bkz. Ekonomi, s. 36. Hafta tatili ücretinin hesaplanmasında saatlik ücretin değil, günlük ücretin esas alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay da konuya ilişkin kararında “...Somut uyumsuzlukta hükme esas alınan bilirkişi raporu incelendiğinde; davacının, hafta tatili ve genel tatil günlerinde çalıştığı saat üzerinden hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarının hesaplandığı saptanmıştır. Oysa ki yukarıdaki yasal düzenlemeler ve Dairemiz uygulamaları dikkate alındığında hafta tatilindeki çalışmanın o günün yevmiyesinin 1,5 katı olarak hesaplanması gerektiği, yine genel tatildeki çalışmanın da o günün çalışma karşılığı olmayan yevmiyesinin ödenmemesi halinde 1 günlük yevmiye olması gerektiği açıktır. Yani hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarının çalışılan saat üzerinden hesaplanması hatalıdır...” ifadelerine yer vermiştir; karar için bkz. Y.9.HD., T.05.02.2019, E.2015/28639, K.2019/2690. Bu noktada önemle vurgulayalım ki, açıklamamızda belirttiğimiz ya da kararda geçen “hafta tatili ... ücreti alacaklarının çalışılan saat üzerinden hesaplanması hatalıdır” ifadesi ile kast edilen, işçinin hafta tatilinde gerçekleştirdiği fiili çalışma süresinin dikkate alınamayacağıdır; bu bakımdan fiili çalışan süre değil, normal kararlaştırılan günlük çalışma süresinin uzunluğu göz önünde bulundurulur. Bununla birlikte Yargıtay bir kararında “...Somut olayda hükme esas alınan bilirkişi raporunda Cumartesi günleri de hafta tatili olarak değerlendirilmiş ise de haftalık çalışma süresi kanuni kırkbeş saati aşmadığından davacının Cumartesi günü çalışmasının fazla mesai kapsamında değerlendirilmesi doğru değildir. Pazar günü işyerinde sadece sabahleyin gazete dağıttığı bunun dışında hafta içi çalışma günlerinde yapmakla yükümlü olduğu diğer kapıcılık hizmetlerini görmediği tanık anlatımları ve dosya kapsamıyla sabit olduğuna göre davacının pazar günleri yaptığı gazete dağıtma işinin aldığı zaman belirlenerek sadece bu sürenin hafta tatili çalışmalarının tabi olduğu ücretlendirme döneminde fazla mesai olarak hesaplanması suretiyle alacağının tespiti gerekirken tam gün çalışmış gibi %150 oranında tam gün fazla mesai olarak değerlendirilmesi yerinde görülmemiştir. Daha açık bir anlatımla davacı hafta tatili günü yaptığı iş itibarıyla kısmi süreli olarak yani yarım saat, kırkbeş dakika çalışmış ise sadece bu süreye tekabül eden saat ücreti ve bu saat ücretinin %50 zamlı hesaplanıp alacağı tespit edilmelidir. Mahkemece davacının sadece gazete dağıttığı anlaşılan Pazar günü çalışmasını tam gün çalışmış gibi sayarak zamlı ücret ödemesi ve Cumartesi günlerini de

Bir diğer ihtimal ise işçinin hafta tatilinde günlük çalışma süresinin üzerinde çalışmasıdır. Bu hususa da işçinin günlük çalışma süresinin yedi buçuk saat olmasına karşın hafta tatili gününde dokuz saat çalışması örneği verilebilir. Aşağıda “Hafta Tatili Ücretinin Fazla Çalışma Ücreti ile İlişkisi” başlığı altında açıkladığımız üzere, işçi hafta tatili ücretinin yanı sıra fazla çalışma ücreti de talep etmişse, hafta tatilinde yedi buçuk saati aşan çalışma, fazla çalışma ücretinin hesabında dikkate alınır; ancak işçinin fazla çalışma ücreti talep etmeksizin sadece hafta tatili ücreti talep etmesi ve hafta tatilinde yedi buçuk saatin üzerinde çalışması halinde, günlük ücretin fiili çalışma süresi üzerinden tespit edilmesi daha adil bir yaklaşım olur. Sonuç olarak kanaatimizce işçinin hafta tatili ücreti günlük ücreti esas alınarak belirlenmeli; ancak bu belirlemede, işçinin günlük çalışma süresinin üzerinde çalışması ve fazla çalışma ücreti talep etmemesi halinde fiili çalıştığı süre esas alınmalıdır.

Gelinen noktada işçinin çalışmadan (İşK m.46/2) ve çalışma karşılığı olmak üzere iki günlük ücrete hak kazanacağı düşüncesi ortaya çıkmış olur. Ancak hafta tatili gününde işçinin dinlenmesinin mutlak bir biçimde amaç edinildiği göz önünde bulundurulduğunda, iki günlük ücrete hak kazanılacağı şeklinde ulaşılan sonucun söz konusu amacı sağlamakta yetersiz kalacağı ortadadır. Ayrıca bahsi geçen sonucun benimsenmesi, kanun koyucunun yaptığı düzenlemelerle kendi içinde çeliştiği anlamına gelir. Gerçekten de yukarıda ifade ettiğimiz üzere, kanun koyucu sözleşmede kararlaştırılmış olması şartıyla ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işçinin çalıştırılmasının mümkün olduğu hükme bağlamış olup (İşK m.44), tatil günlerinde işçinin çalışması halinde iki günlük ücrete hak kazanacağını düzenlemiştir (İşK m.47). Kısacası işçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmasına yedek hukuk kuralı niteliğindeki bir hükümlerle imkân tanınmış olan bir durumda (İşK m.44) hak edilecek ücret (İşK m.47) ile çalışmasının mutlak bir biçimde yasaklandığı durumda (İşK m.46) talep edilecek ücretin aynı olması kanun koyucunun amacına uygun olmaz. Dolayısıyla işçinin hafta tatili

hafta tatili günü olarak kabul etmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz. Y.22.HD., T.18.04.2013, E.2012/20102, K.2013/8201. Söz konusu kararda Yargıtay hafta tatili günündeki çalışmasını fiilen çalışılan süre olarak nitelendirilmiş gibi gözükmese de, esasen söz konusu çalışmayı fazla çalışmaya dahil etmiştir. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹²⁰ Baycık, İş İlişkisinin Kurulması, s. 326-328; Başkuru, s. 173.

gününde çalışması halinde çalışma karşılığı hak kazandığı ücretin zamlı hesaplanması isabetli olur.

Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Yargıtay da kararlarında “...4857 sayılı Kanun'un 46 ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince, çalışılmayan hafta tatili günü için bir iş karşılığı olmaksızın işçinin ücreti tam olarak ödenir. Hafta tatilinde çalışan işçinin ücretinin nasıl hesaplanacağı yasalarda düzenlenmemiş ise de Dairemizce hafta tatilinde yapılan çalışmanın fazla çalışma sayılacağı, buna göre ücretin yüzde elli zamlı ödenmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir Buna göre hafta tatilinde çalışılmışsa, çalışma karşılığı olmaksızın ödenmesi gereken bir yevmiye yanında, çalışmanın karşılığı da bir buçuk yevmiye olarak ödenmelidir...” sonucuna ulaşmaktadır.¹²¹

Açıklamalarımız doğrultusunda hafta tatili gününde çalışılması halinde, hafta tatili ücretinin iki buçuk yevmiye olduğu sonucuna ulaşılır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, hesaplamada iki buçuk günlük ücretin esas alınması -özellikle ücretin belirlenme esası nedeniyle- bazen mükerrer ödemeye yol açabilir. Örneğin işçinin iş ilişkisi devam ederken çalışmadan hak kazandığı ücreti (İşK m.46/2) ödenmişse artık sadece çalışma karşılığı hak kazandığı zamlı ücret hesaplanmalıdır.¹²² Bu noktada işçinin maktu aylıkla çalıştığı hâllerde çalışmadan hak kazanılan ücretin aylığın içinde ödendiği kabul edileceğinden, sadece çalışma karşılığı ödenmesi gereken ücret, bir buçuk günlük ücret olarak belirlenir.¹²³

¹²¹ Y.9.HD., T.04.10.2023, E.2023/8396, K.2023/13668; Y.9.HD., T.01.07.2020, E.2016/19446, K.2020/6889; Y.9.HD., T.02.06.2020, E.2016/15920, K.2020/4681; Y.9.HD., T.22.01.2019, E.2015/33576, K.2019/2003; Y.9.HD., T.05.04.2016, E.2014/37212, K.2016/8451; Y.9.HD., T.29.02.2016, E.2014/32576, K.2016/4190, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹²² Y.9.HD., T.05.04.2016, E.2014/37212, K.2016/8451; Y.9.HD., T.04.10.2023, E.2023/8396, K.2023/13668. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹²³ Nitekim Yüksek Mahkeme de konuya ilişkin kararında “...Somut olayda, ibraz edilen bordrolardan da anlaşılacağı üzere davacının aylık maktu ücret aldığı görülmüştür. Aylık maktu ücret içerisinde çalışılmayan hafta tatilleri ücreti olan 1 yevmiye de dahildir. Buna rağmen bilirkişi hesaplama tablosu incelendiğinde yapılan hesaplamanın günlük yevmiyenin 2,5 katı olduğu ve bu hali ile davacının çalışmadan ücreti içinde bulunan 1 yevmiyenin dahi ayrıca hesaplanıp hafta tatili alacağıının belirlendiği

Şüphesiz diğer ücret türlerine göre çalışan işçinin çalışmadan hak kazandığı ücret (İşK m.46/2) iş ilişkisi devam ederken ayrıca ödenmişse, yine aynı sonuç geçerli olur. Nitekim işçinin zamana göre ücretle çalıştığı bir olaya ilişkin Yüksek Mahkeme “...Somut uyumsuzlukta, davacı günlük ücretle çalışmakta olduğundan mahkemece hükme esas bilirkişi raporunda ücret belirlemesi 30 gün üzerinden yapılmakla davacının hafta tatilindeki çalışmasının zamsız kısmı belirlenmiştir. Bu belirlenen ücret üzerinden tekrar çalışma karşılığı olmaksızın ödenmesi gereken bir yevmiye ödenmemiş gibi hafta tatili hesabı yapılması mükerrer hesaplama olup, hatalıdır. Buna göre yukarıdaki yasal düzenleme doğrultusunda hafta tatili ücretinin, hafta tatilinde çalışılmışsa, çalışma karşılığı olmaksızın ödenmesi gereken bir yevmiye yanında, çalışmanın karşılığı da bir buçuk yevmiye olarak hesaplanması gerekirken, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, hafta tatili ücretinin 2.5 katsayı üzerinden hesaplanması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...” sonucuna ulaşmıştır.¹²⁴

İş ilişkisi devam ederken işçiye hem çalışma karşılığı hem de çalışmadan hak kazandığı ücretlerin ödenmiş olması, ancak bu ödemenin zamlı yapılmamış olması da ihtimâl dahilindedir. Böyle bir ihtimâlde işçi sadece ücretin zamlı kısmına hak kazanır. Kısacası somut olayın niteliği ve özellikle de ücretin belirlenme esasına dikkate alınmaksızın, her olayda iki buçuk günlük ücretin hesaplanması ve doğrudan buna hükmedilmesi isabetli olmaz. Sonuç olarak ücret maktu aylık şeklinde belirlenmişse ya da ücretin maktu aylık dışında herhangi bir şekilde belirlendiği durumda eğer çalışmadan hak kazanılan hafta tatili ücretinin iş ilişkisi devam ederken ödendiği anlaşılıyorsa sadece çalışma karşılığı olan hafta tatili ücreti zamlı bir şekilde ödenir.

B. Hafta Tatili Ücretinin Hesaplamasında Dikkate Alınacak Günlük Ücretin Tespiti

Yukarıdaki yapılan açıklamalar doğrultusunda işçinin hafta tatili ücret alacağıının hesaplanmasında bir günlük ücretinin bulunması

görülmüştür. Dolayısıyla yapılan hesaplama hatalıdır...” sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.01.07.2020, E.2016/19446, K.2020/6889, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹²⁴ Y.9.HD., T.22.01.2019, E.2015/33576, K.2019/2003, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

gereklidir. Günlük ücretin yanlış hesaplanması hafta tatili ücretinin eksik ya da fazla ödenmiş olmasına yol açar.¹²⁵ Dolayısıyla günlük ücretin ne şekilde tespit edileceği açıklanmalıdır. Kanun'un “*Ücret Şekillerine Göre Tatil Ücreti*” başlıklı 49. maddesinde “*İşçinin tatil günü ücreti çalıştığı günlere göre bir güne düşen ücretidir. Parça başına, akort, götürü veya yüzde usulü ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti, ödeme döneminde kazandığı ücretin aynı süre içinde çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır. Saat ücreti ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti saat ücretinin yedibuçuk katıdır. Hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere 46, 47 ve 48 inci maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz*” düzenlemesine yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, düzenlemede ücretin belirleme esaslarına göre günlük ücretin ne şekilde hesaplanması gerektiği açıklanmıştır. Maktu aylıkla çalışma halinde ayrı bir hesaplama yöntemine yer verilmemiş olmasının nedeni, çalışmadan hak kazanılan ücretin aylığın içinde ödenmiş olmasıdır. Daha net bir deyişle eğer işçi maktu aylıkla çalışıyorsa, İşK m.46/2 uyarınca hak ettiği ücret aylığın içinde ödenmiş kabul edileceğinden, söz konusu işçinin hafta tatili gününde çalışması halinde elde edeceği zamlı hafta tatili ücretinin tespiti için günlük ücreti belirlenmek zorundadır. Örneğin aylık 30.000 TL net maktu ücretle çalışan işçinin günlük ücreti 1.000 TL net (30.000 TL net/30 gün) olarak tespit edilir. Örnekteki işçi maktu aylıkla çalıştığından saatlik ücreti 133,33 TL net (30.000 TL net/225 saat) olarak bulunur ve günlük ücreti yine 1.000 TL (7,5 saat x 133,33 TL) şeklinde tespit edilir; bu ücret, çalışması nedeniyle zamlı ödenir. Öte yandan yukarıda da ifade ettiğimiz

¹²⁵ Günlük ücretin eksik hesaplanarak işçiye hafta tatili ücretinin ödenmiş olması halinde işçi bakiye hafta tatili ücret alacağına hak kazanır. Konuya ilişkin Yargıtayın kararındaki ifadeler şu şekildedir: “...Davacı hafta tatili alacağı talebinde bulunmuş Mahkemece 1/3 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak net 986,58 TL hafta tatili alacağına hükmedilmiştir. Ancak Mahkemece hükme esas alınan 02.11.2015 tarihli bilirkişi raporunda maddi hata yapılmıştır. Örneğin 01.07.2013-25.12.2013 tarihleri arasında davacının 16,55 gün hafta tatilinde çalıştığı, ücretinin 2.658,96 TL olduğu, 293,44 TL hafta tatili alacağı bulunduğu tespit edilmiştir. Halbuki davacının günlük ücreti anılan tarihler arasında 88,63 TL olup, bu döneme ilişkin hafta tatili alacağı $16,55 \times 88,63 \times 1,5 = 2.200,28$ TL olmalıdır...”; karar için bkz. Y.9.HD., T.02.06.2020, E.2016/15920, K.2020/4681, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

üzere, kanaatimizce işçinin günlük çalışma süresinin üzerinde çalışması ve fazla çalışma ücreti talep etmemesi ihtimalinde günlük ücreti yedi buçuk saat üzerinden değil fiili çalıştığı süre üzerinden tespit edilerek zamlı ücret ödenmelidir.

İşçinin maktu aylıkla çalışmaması halinde ise, hükümde geçen esaslar doğrultusunda günlük ücreti belirlenir. Maddeye aykırı olacak biçimde farklı ilkeler doğrultusunda hareket edilemez.¹²⁶ Hükümde belirtilen esasların uygulanmasına ilişkin örneğin, işçinin ödeme gününe kadar ki çalışmasının yirmi gün olduğu ve bunun karşılığında da 30.000 TL net ücrete hak kazandığı bir durumda, günlük ücret 1.500 TL net (30.000 TL net/20 gün) olarak bulunur. Örnekteki işçi için hükümdeki esaslara aykırı olmamak şartıyla başka bir hesap yöntemi de kabul edilebilir. Buna göre örnekteki işçi günde ortalama beş saat çalışmış olsa ücret ödeme dönemine kadar yüz saat (20 günx5 saat) çalışmış kabul edilir ve saatlik ücreti 300 TL net (30.000 TL/100 saat) şeklinde hesaplanır. Örnekteki olayda işçinin günlük ortalama çalışma süresi beş saat olduğundan, günlük ücret 1.500 TL net (300 TLx5 saat) olarak ortaya çıkar. Maktu aylıktan farklı olarak hafta tatilinde çalışmadan hak kazanılan ücretin ücret ödeme zamanında ayrıca ödenmesi gereklidir. Bir ayda dört hafta olduğu düşünüldüğünde işçinin İşK m.46/2 gereğince hak edeceği ücret alacağı miktarı 1.500 TL netx4 hafta= 6.000 TL net'dir. İşçinin çalışması halinde ayrıca bir buçuk günlük zamlı ücrete hak kazanacağı yukarıda açıklanmıştı.

İşçinin saatlik ücretle çalıştığı olasılık da kısaca değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere, İşK m.63'te haftalık çalışma süresinin en çok kırk beş saat olacağı ve aksi kararlaştırılmadığı sürece

¹²⁶ Primlerin hesaplama yöntemi bakımından değerlendirildiği bir olayda Yüksek Mahkeme "...Somut olayda, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının aldığı primlerin hafta tatili ücretlerini karşıladığı belirtilmiş ise de hafta tatili ücretlerinin primlerle bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, dosyadaki tanık beyanları tüm dosya kapsamı ile birlikte değerlendirilmeli, davacının hafta tatili günlerinde çalıştığı tespit edilmesi halinde hesaplama yapılmalı, bulunan miktardan makul bir indirim yapılarak hafta tatili ücreti hüküm altına alınmalıdır. Mahkemece, primlerin hafta tatili ücretini karşıladığı gerekçesiyle talebin reddine karar verilmesi hatalı olup ayrı bir bozma nedenidir..." şeklinde sonuca ulaşmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.30.09.2015, E.2015/22884, K.2015/26972, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

haftalık kırk beş saatlik çalışma süresinin haftanın günlerine eşit şekilde bölüneceği hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu her ne kadar çalışma süresinin uzunluğuna ve bunun günlere paylaştırılmasına ilişkin bir serbesti getirmişse de Kanun'daki bazı maddeler, çalışma süresinin haftada kırk beş saat ve günde yedi buçuk saat olduğu kuralına bağlı kalınarak düzenlenmiştir. Bunlardan biri de yukarıda yer verdiğimiz İşK m.49 hükmüdür. Gerçekten de hükmün üçüncü fıkrasında “*saat ücreti ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti, saat ücretinin yedibuçuk katıdır*” şeklinde anlayışa yer verilmek suretiyle, İşK m.63'teki esasa bağlı kalmıştır. Örneğin işçinin haftanın altı günü günde yedi buçuk saat çalıştığı bir durumda, işçi hafta tatilinde bir saat dahi çalışsa, bir günlük ücrete hak kazanacak ve İşK m.49 gereğince de yedi buçuk saatlik ücret kendisine ödenecektir. Ancak işçinin haftada kırk beş saatten daha az çalışması imkân dahilindedir. Somut olayın özelliğine göre taraflarca haftalık çalışma süresi kırk beş saatten daha az kararlaştırılmış ya da fiili çalışma süresi kırk beş saatin altında kalmış olabilir. Kısacası işçinin haftanın altı günü bazı günler yedi buçuk saatten daha az çalışması imkân dahilindedir. Öyle ki kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışıldığında bu durum zaten kaçınılmazdır. Bunların yanında haftada kırk beş saat çalışan işçinin, günde on bir saatten az ancak yedi buçuk saatten fazla çalışması gerektiği de kararlaştırılmış olabilir. Burada değerlendirmek istediğimiz hukuki sorun, saat ücreti ile çalışan işçinin günlük çalışma süresinin yedi buçuk saatten daha az ya da fazla olacak şekilde kararlaştırıldığı durumlarda hafta tatili ücretinin hesabında mutlak şekilde İşK m.49/3 uyarınca yedi buçuk saatin mi, yoksa işçinin kararlaştırılan günlük çalışma süresinin mi esas alınacağına ilişkindir.

Öncelikle önemle ifade edelim ki, yukarıda da açıkladığımız üzere işçinin hafta tatili gününde gerçekleşen sadece fiili çalışmasının göz önünde bulundurulması suretiyle bir güne ilişkin hesaplama yapılması hatalı olur. Yine yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kanun koyucu İşK m.63 doğrultusunda günlük çalışma süresini kural olarak yedi buçuk saat kabul etmek suretiyle günlük ücretin belirleneceğini hükme bağlamıştır (İşK m.49/4). Çalışmamızda ücret türlerine göre yapmış olduğumuz açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, maktu aylıkla çalışan işçiler açısından işçinin hafta tatilinde yedi buçuk saatin üzerinde çalışması ve fazla çalışma ücreti talep etmemesi ihtimali dışında hesaplamada günlük çalışma süresinin yedi buçuk saat olarak belirlenmesi yerindedir. Diğer ücret türlerine göre çalışan işçiler bakımından ise, günlük çalışma süresinin belirlenmesi yolu tercih edilmiştir (İşK m.49/2). Bu bakımdan işçinin saat ücreti ile çalışması ve İşK m.63'e göre günlük çalışma

süresinin yedi buçuk saatten az olması halinde, günlük ücretin belirlenmesinde yedi buçuk saatin ya da fiili çalışma süresinin değil, taraflarca kararlaştırılan çalışma süresinin esas alınması doğru olur. Günlük çalışma süresinin uzunluğuna ilişkin açık bir anlaşma yoksa, işçinin günlük ortalama çalışma süresi kararlaştırılan çalışma süresi olarak kabul edilmelidir.¹²⁷ Farklı bir deyişle işçinin maktu aylıkla

¹²⁷ Yargıtayın da konuya ilişkin benzer bir yaklaşımı bir kararında açıklanmıştır. Konunun önemine binaen kararın uzun bir şekilde aktarılması gereği doğmuştur: “...Dairemizce, usta öğreticiler bakımından uygulanan kriterlere göre öncelikle davacının bir ayda çalıştığı toplam ders saati süresi, o ayda fiilen çalıştığı toplam gün sayısına bölünerek, günlük ortalama çalışma saat süresi bulunmalıdır. Bulunan günlük ortalama çalışma saat süresinin, ders saati ücreti ile çarpılması neticesinde ulaşılan miktar nazara alınarak çalışma karşılığı olmayan hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri ücretleri hesaplanmalıdır. Bu hesaplama, her ay için ayrı ayrı yapılmalıdır. Örnek vererek açıklamak gerekirse ilgili ayda, toplam yüz kırk ders saati fiilen çalışan bir usta öğreticinin, o ay için aylık fiilen çalıştığı gün sayısının yirmi gün olduğu ve ders saati ücretinin ise 10,00 TL olduğu kabul edilirse bu ayda çalışılan toplam ders saatinin (140 saat), fiilen çalıştığı toplam gün sayısına (20 gün) bölünmesi neticesinde, günlük ortalama çalışma saat süresinin yedi saat olduğu sonucuna ulaşılabacaktır. Söz konusu günlük ortalama çalışma saat süresinin (7 saat), ders saati ücreti (10,00 TL) ile çarpımı neticesinde ulaşılan 70,00 TL miktarı, çalışma karşılığı olmayan bir günlük hafta tatili veya ulusal bayram ve genel tatili ücretidir. Taraflar arasında, akdi tatile ilişkin bir anlaşma olmadığından, usta öğretici olan davacının, 4857 sayılı Kanun hükümlerine göre, çalışma karşılığı olmadan ücreti ödenmesi gerekli hafta tatili gününün, haftada sadece bir gün olduğu kabul edilmelidir. Aylık ücret miktarının belirlenmesine gelince; usta öğreticiye ilgili ay için, o ayda fiilen çalıştığı ders saati ile ders saat ücretinin çarpımı neticesinde bulunacak tutara, o ayda çalışma karşılığı olmayan hafta tatili günleri için hesaplanan ücret tutarı eklenmeli ve ulaşılan sonuç aylık ücret miktarı olarak esas alınmalıdır. Örneğin, ilgili ayda, toplam yüz kırk ders saati fiilen çalışan ve ders saati ücreti 10,00 TL olan bir usta öğreticinin, fiili çalışması karşılığı hak kazandığı tutar, $140 \times 10,00 \text{ TL} = 1.400,00 \text{ TL}$ 'dir. Yukarıdaki paragraftaki hesaplama göre, çalışma karşılığı olmayan hafta tatili gününün ücretinin 70,00 TL olduğu ve ilgili ay için çalışma karşılığı olmadan toplam dört günlük hafta tatili ücretinin bulunduğu kabul edilirse, bu ay için ödenmesi gereken toplam çalışma karşılığı olmayan hafta tatili günü ücreti $70,00 \text{ TL} \times 4 = 280,00 \text{ TL}$ olacaktır. 1.400,00 TL ile 280,00 TL'nin toplamı neticesinde ulaşılan 1.680,00 TL miktarı, aylık ücret miktarı olarak tespit edilmelidir...”; kararlar için bkz. Y.9.HD.,

çalışmadığı ve günlük çalışma süresinin yedi buçuk saatten daha az olduğu durumlarda günlük çalışma süresinin yedi buçuk saat esas alınarak hafta tatili ücretinin belirlenmesi isabetli değildir. İfade ettiğimiz üzere, ele aldığımız bu olasılıkta işçinin günlük çalışma süresinin yedi buçuk saatten az olacak şekilde çalışılan günlere eşit biçimde değil, farklı şekilde dağıtılmış olması da ihtimal dahilindedir. Bu durumda da günlük ortalama çalışma süresi belirlenerek sonuca ulaşılmalıdır. İşçinin maktu aylık almaması ve günlük çalışma süresinin yedi buçuk saatin üzerinde kararlaştırılması veya günlük ortalama çalışma süresinin yedi buçuk saatin üzerinde olması durumunda da saatlik ücretle çalışan işçinin hafta tatili ücretinin söz konusu çalışma süresinin uzunluğu esas alınarak hesaplanması yerinde olur.

Belirtmek gerekir ki İşK. m.48'de işçilere geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi gerektiği zamanlarda geçici iş göremezlik süresine rastlayan ulusal bayram, genel tatil ve hafta tatillerine ilişkin ücretlerin, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödeneceği ve ödemede geçici iş göremezliğin ölçüt alınacağı açıklanmıştır. Bu doğrultuda hafta tatili ücreti de günlük geçici iş göremezlik ödeneği tutarında olacaktır.¹²⁸ Hükümde aynı zamanda hastalık nedeniyle Kurum tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin maktu ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edileceği de ortaya konmuştur.

C. Hafta Tatili Ücretinin Hesaplanmasında Esas Alınacak Dönem ve Ücretin Türü

Herhangi bir işçilik alacağının hesaplanmasında işçinin ücretinin miktarı önemli bir yere sahiptir. Farklı bir ifadeyle hak edilen herhangi bir işçilik alacağının toplam miktarının hesaplanması işçinin gerçek aylık ücretinin bilinmesiyle mümkündür. Bu durumda da temelde cevaplanması gereken iki soru vardır: “Hafta tatili ücretinin hesaplanmasında işçinin ne zamanki ücreti dikkate alınacaktır?” ve “Hafta tatili ücretinin hesaplanmasında göz önünde bulundurulması gereken ücretin türü nedir?”

T.25.05.2022, E.2022/5525, K.2022/6501; Y.9.HD., T.09.05.2022, E.2022/3893, K.2022/5643. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹²⁸ Geçici iş göremezlik ödeneğinin hesaplanması hakkında bkz. 5510 s. K. m.17.

İşçinin İşK m.46'daki şartları sağlaması ile birlikte anılan hükmün ikinci fıkrasındaki ücret ayrıca hafta tatili gününde çalışması ile birlikte zamlı ücret alacağı doğar ve ücretin ödenmesi gereken ilgili ayda söz konusu ücret alacağı muaccel olur. Dolayısıyla işçinin hafta tatili ücret alacağının hesaplanmasında iş ilişkisinin sona erdiği tarihteki ücret miktarı değil, çalışmasının geçtiği ilgili dönemlerdeki ücret miktarları belirlenmelidir.¹²⁹ Ancak bilindiği üzere, iş yargısını en çok meşgul eden konulardan biri de işçinin gerçek ücretinin miktarının ne olduğudur. Zira uygulamada daha az prim ve vergi ödemek ya da ileride doğacak işçilik alacaklarını daha düşük bedelle ödemek için işçinin gerçek ücretinin bordro vb. belgelere yansıtılmadığı, elden ödemelerin gerçekleştirildiği görülmektedir. Öyle ki işçinin son ücretinin belirlenmesi dâhi uygulamayı ciddi anlamda meşgul ederken, iş ilişkisinin varlığını sürdürdüğü bütün aylardaki ücret miktarlarının tespiti çok daha zordur. Nitekim özellikle işçinin kıdem ve ihbar tazminatları gibi alacaklarının son ücret üzerinden hesaplanmasının gerekmesi ve sona erme tarihinin iş ilişkisinin devam ettiği döneme ilişkin en yakın tarih olması nedenleriyle uygulamada özellikle ve genellikle son ücretin belirlenmesi yoluna gidilir. Son ücretin asgari ücrete oranlanması ve çıkan sonucun da iş ilişkisinin devam ettiği dönemlerdeki asgari ücretlere uygulanması suretiyle dönem ücretleri belirlenir.

İfade ettiğimiz üzere önceki dönem ücretlerinin belirlenememesi ihtimalinde yukarıda açıklanan yol esas alınır.¹³⁰ Buna mukabil,

¹²⁹ Süzek, s. 859.

¹³⁰ Yargıtayın da konuya ilişkin yaklaşımı şu şekildedir: “...Hafta tatili ücretleri çalışılan dönem ücreti üzerinden hesaplanır. Son ücrete göre hesaplama yapılması doğru olmaz. Bu durumda hafta tatili ücretlerinin hesabı için işçinin son ücretinin bilinmesi yeterli değildir. İstek konusu dönem içinde işçi ücretlerinin miktarı da belirlenmelidir. İşçinin geçmiş dönemlere ait ücretinin belirlenememesi halinde bilinen ücretin asgari ücrete oranı yapılarak bilinmeyen ücretin buna göre tespiti de Dairemiz tarafından kabul görmektedir. Ancak işçinin işyerinde çalıştığı süre içinde terfi ederek çeşitli unvanlar alması veya son dönemlerde toplu iş sözleşmesinden yararlanması gibi durumlarda, bilinen son ücretin asgari ücrete oranının geçmiş dönemler yönünden dikkate alınması doğru olmaz. Bu gibi hallerde, ilgili meslek kuruluşlarından bilinmeyen dönemler için ücret araştırması yapılmalı ve dosyadaki diğer deliller birlikte değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir. Parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, bir ödeme dönemi içinde kazanılan ücretler toplamı çalışılan gün sayısına bölünerek hesaplama

işverenin özlük dosyalarını mevzuata uygun bir biçimde düzenlediği, elden ödeme vb. uygulamaların olmadığı hâllerde kayıtlardaki ücret miktarı dikkate alınır ve herhangi bir oranlama yapılmaz. Yargıtay bir kararında “...Ayrıca ulusal bayram genel tatil ile hafta tatili alacaklarının ilgili olduğu dönemlerdeki ücret seviyesi üzerinden hesaplanması gerekirken tüm çalışma dönemi için aynı ücret seviyesi üzerinden alacak hesabı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” ifadelerine yer vermiştir.¹³¹ Kararda her ne kadar tüm çalışma dönemi için aynı ücret seviyesi üzerinden alacağın hesaplanmasının doğru olmadığı sonucuna ulaşılmışsa da, bu sonuç somut olay bakımından isabetlidir. Karardaki ilkenin genel geçer bir şekilde her olaya uygulanması mümkün değildir. Yargıtay kararında kastedilen herhangi bir araştırma yapılmaksızın işçinin ücretinin bütün çalışılan dönemler bakımından aynı miktarda olduğunun kabul edilmesidir. Gerekli araştırma yapıldıktan sonra iş ilişkisinin devamında özlük dosyasının mevzuata uygun biçimde düzenlendiği sonuç ve kanaatine varıldığı bir durumda, işçinin ücret seviyesinin çalıştığı bazı dönemler bakımından aynı olması ihtimal dahilindedir.

Hafta tatili ücretinin hesaplanmasında hangi zamandaki ücretin göz önünde bulundurulacağı belirlendikten sonra, hesaplamada esas alınacak ücretin türü de belirlenmelidir. Bilindiği üzere, ücret kavramının birçok yönden türleri bulunmaktadır. Giydirilmiş/çıplak ücret ve brüt/net ücret ayrımı bunlardan bazılarıdır. İşçilik alacağının giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması için Kanun'da açıkça bu durumun belirtilmiş olması gereklidir.¹³² 4857 sayılı Kanun'da ihbar ve kötüniyet tazminatlarının, 1475 sayılı Kanun'un hâlen yürürlükte olan 14. maddesinde de kıdem tazminatının giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Daha doğru bir deyişle, ilgili hükümlerde “giydirilmiş ücret” ifadesine açıkça yer verilmemiş,

yapılmalıdır. Yüzde usulünün uygulandığı işyerleri bakımından da işçinin o hafta elde ettiği ücretlerin toplamı altıya bölünerek tatil ücreti elde edilir. Yüzde usulü ya da parça başı ücret ödemesinin öngörüldüğü çalışma biçiminde hafta tatili ücreti, belirlenen günlük ücretin zamlı kısmına göre hesaplanmalıdır...”; karar için bkz. Y.9.HD., T.27.12.2012, E.2010/46722, K.2012/44515, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹³¹ Y.9.HD., T.03.11.2014, E.2014/30307, K.2014/3286, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹³² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 336; Ekmekçi, Yiğit, s. 295; Narmanlioğlu, s. 283.

giydirilmiş ücretin içeriği açıklanmak suretiyle bu durum belirtilmiştir. İş Kanunu'nun “tatil ücretine girmeyen kısımlar” başlıklı 50. maddesi de “Fazla çalışma karşılığı olarak alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin tespitinde hesaba katılmaz” şeklindedir. Dolayısıyla hafta tatili ücreti çıplak ücret üzerinden hesaplanmalıdır.¹³³

Hafta tatili ücretinin çıplak ücret üzerinden hesaplanmasının ne anlama geldiği kısaca açıklanmalıdır. İş ilişkisi devam ederken işçiye temel ücret yanında para ve parayla ölçülmesi mümkün olan menfaatlerin ödenmesi mümkündür. Prim, ikramiye vb. ücret eklerinin, yemek, yol vb. sosyal yardımların temel ücrete ilavesi suretiyle giydirilmiş ücret tespit edilir. Dolayısıyla çıplak ücretin tespitinde prim, ikramiye gibi ücret ekleri ya da sosyal yardımlar göz önünde bulundurulmaz.¹³⁴ Ancak uygulamada önemli olan ve esas olarak belirlenmesi gereken husus, işçiye ödenen bir ücretin “ücret eki” ya da “temel ücret” niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesidir. Tarafların herhangi bir ödemeyi prim ya da ücret eki olarak nitelendirmesi, söz konusu menfaatin ücret eki olarak kabul edilmesi için tek başına haklı neden oluşturmaz. Örneğin Yüksek Mahkemenin kararına konu olan bir olayda isabetli bir biçimde “...Somut uyumsuzlukta; davacı uluslararası tır şoförü olup, davacının ücreti, asgari ücret+sefer primi toplamından oluşmaktadır. Sefer primi ve asgari ücret, ücretin kendisi olup, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının bu miktarlar üzerinden hesaplanması gerekirken, sadece asgari ücret baz alınarak hesaplama yapan bilirkişi raporuna itibarla hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...” sonucuna varılmıştır.¹³⁵ Her ne kadar karar konu olayda ulusal bayram ve genel tatil ücret alacağı talep edilmişse de söz konusu alacak da çıplak ücret üzerinden hesaplanacağından, ulaşılan sonuç hafta tatili ücret alacağı açısından da geçerlidir. Karara konu olayda tarafların “sefer primi” şeklinde yapmış olduğu nitelendirme, Yüksek Mahkemece ücret eki olarak kabul edilmemiştir. Gerçekten de olaydaki “sefer primi” ifadesi, ücretin belirlenmesi ile ilgili olup parça başına ücreti işaret eder.

¹³³ Süzek, s. 859; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 331; Narmanlıoğlu, s. 698; Başkuru, s. 171.

¹³⁴ Süzek, s. 376; Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 146.

¹³⁵ Y.9.HD., T.2.03.2016, E.2014/35778, K.2016/7303, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

Başka bir deyişle, işçinin ücretinin bir kısmının parça başına ücretle belirlendiği ve bunun da temel ücreti oluşturduğu kabul edilmelidir. Sonuç olarak açıkladığımız üzere, hafta tatili ücret alacağı temel ücret üzerinden hesaplanacağından, hesaplamada “*sefer primi*” de göz önünde bulundurulur.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, hafta tatili ücretinin hesaplanması hafta tatilinde gerçekleşen çalışmaların karşılığı için söz konusudur. Dolayısıyla işçinin herhangi bir nedenle çalışma yapmadığı haftalar açısından zamlı ücret hesaplanması isabetli olmaz. Örneğin işçinin yıllık ücretli izinindeyken, raporluyken çalışması kendisinden beklenemeyeceğinden ve çalışmasının gerçekleşmesi mümkün olmayacağından ilgili dönemler dışlanarak çalışma karşılığı hak kazanılan hafta tatili ücreti belirlenmelidir. Nitekim Yüksek Mahkeme de kararına konu olan bir olayda “...Somut olayda, *süt toplama işçisi olan davacının köylere gezerek hafta tatillerinde de çalıştığı tanık beyanları ile doğrulanmış ise de; davacının raporlu olduğu 06.08.2009-25.08.2009 tarihleri arasındaki süre dışlanmaksızın hesaplama yapılmış olması da isabetsizdir...*” ifadelerine yer vermek suretiyle, raporlu olan dönemin dikkate alınmaması gerektiğine hükmetmiştir.¹³⁶

Hafta tatili ücretinin hesaplanmasında ücret türü açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da talep edilen alacağa yönelik hükmün brüt ya da net ücret üzerinden kurulmasıyla ilgilidir. Yargıtay tarafından da belirtildiği üzere, ilgili hususun kararda gösterilmemesi infazda tereddüde yol açacaktır.¹³⁷ Yüksek Mahkemeye göre, “*İşçilik alacaklarına ilişkin davalarda alacaklar, açıkça net talep edilmediği takdirde işçilik alacaklarının kesintileri infazda dikkate alınacağından brüt miktarlar üzerinden hüküm altına alınması gerekir.*”¹³⁸

¹³⁶ Y.22.HD., T.13.11.2012, E.2012/5498, K.2012/25008, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹³⁷ Y.9.HD., T.05.04.2016, E.2014/37212, K.2016/8451, karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹³⁸ Y.9. HD., T.17/02/2021, E.2016/28817, K.2021/4201; Y.HGK, T.10.10.2019, E.2019/157, K.2019/1051. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

D. Hafta Tatili Ücretinde İndirim Yapılması

Daha önce açıklandığı üzere, işçinin hafta tatillerinde çalıştığını kural olarak tanık dahil her türlü delille ispatlaması mümkündür. Öte yandan Yargıtay yerleşik içtihatlarında, fazla çalışma ve tatil çalışmalarının yazılı belgeler, işveren kayıtları veya kesin delillerle değil de tanıkla ispatlanması durumunda mahkemece hesaplanan fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinden indirim yapılması gerektiğine hükmetmektedir.¹³⁹ Bu doğrultuda ilgili alacakların sadece bir kısmının tanıkla ispatlanması durumunda, tanıkla ispatlanan döneme ilişkin alacaktan indirim yapılacaktır.

Yüksek Mahkeme söz konusu alacaklarda indirim yapılmasını, işçinin uzun süre her gün çalıştırıldığına ilişkin kabulün hayatın olağan akışına ve insan doğasına uygun düşmeyeceği; yaşam tecrübelerine göre işçinin hiç hastalanmadan veya evlenme, doğum, ölüm, özel işleri gibi mazereti çıkmadan yıllarca sürekli çalıştığının kabul edilemeyecek oluşu; işyerindeki üretim faaliyeti ve işçinin üstlendiği işin niteliği dikkate alınmadan sürekli iş gördürüldüğünün varsayılmayacağı ve işçinin ara dinlenmesi, hafta tatili, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde hiç dinlenme hakkını kullanmadan çalıştığının düşünülmemeyeceği gerekçelerine dayandırmaktadır.¹⁴⁰ Yapılacak indirim için Yargıtayın bazı kararlarda “*takdiri indirim*”¹⁴¹ bazı kararlarda “*hakkaniyet indirimi*”¹⁴²

¹³⁹ Y.22HD., T.26.11.2012, E.2012/7393, K.2012/26300; Y.9HD., T.14.05.2018, E.2015/15943, K.2018/10702; Y.9HD., T.14.05.2018, E.2015/16108, K.2018/10704; Y.9HD., T.15.01.2020, E.2017/13560, K.2020/369; Y.HGK. T.28.11.2019, E.2016/2235, K.2019/1232; Y.HGK, T.05.12.2019, E.2016/2234, K.2019/1286; Y.HGK, T.05.12.2019, E.2016/2236, K.2019/1287; Y.9HD., T.03.07.2018, E.2015/20890, K.2018/14476. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁴⁰ Y.HGK, T.28.11.2019, E.2016/2235, K.2019/1232; Y.HGK, T.05.12.2019, E.2016/2234, K.2019/1286; Y.HGK, T.05.12.2019, E.2016/2236, K.2019/1287; Y.9HD., T.03.07.2018, E.2015/20890, K.2018/14476. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁴¹ Y.9HD., T. 21.04.2016, E.2016/12548, K. 2016/10166; Y.9HD., T. 04.02.2014, E.2011/52229, K.2014/2979; Y.7HD., T.14.09.2015, E.2014/20282, K.2015/14864; Y.22.HD., T.27.04.2016, E.2016/9393, K.2016/12548. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

kavramı kullanılsa da Hukuk Genel Kurulu indirimin işçinin yılın belli dönemlerinde çalışmadığı karinesine dayalı olmasından ötürü “*karineye dayalı makul indirim*” kavramının kullanılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴³

Yüksek Mahkeme, indirim miktarının hakkın özünü zedeleyecek nitelikte olmaması gerektiğini belirtmektedir.¹⁴⁴ Hukuk Genel Kuruluna göre, “*İşçinin, ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık izinli, mazeret izinli vs. sebeple çalışmadığı günler yılın yaklaşık olarak 1/3'üne tekabül ettiğinden kural olarak yapılacak indirimde bu oranın esas alınması isabetli olacaktır. Ancak işçinin hesaplanan fazla çalışma ve tatil çalışmalarında yıllık izin, mazeret izni ve tatil günleri dikkate alınmış ise indirimin daha az oranda yapılması gerekecektir.*”¹⁴⁵ Özel Daire kararları incelendiğinde ise, %10¹⁴⁶ ve %20¹⁴⁷ oranında indirimin

¹⁴² Y.9HD., T. 25.06.2012, E.2010/17666, K.2012/24302; Y.7.HD., T.28.06.2013, E.2013/1083, K.2013/12199; Y.7.HD., T.02.07.2015, E.2014/18581, K.2015/13552; Y.22.HD., T.09.10.2019, E.2017/24418, K.2019/18533. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁴³ Y.HGK, T.28.11.2019, E.2016/2235, K.2019/1232; Y.HGK, T.05.12.2019, E.2016/2234, K.2019/1286; Y.HGK, T.05.12.2019, E.2016/2236, K.2019/1287. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁴⁴ Bu doğrultuda Yargıtay tarafından %50 oranından indirim yapılması hakkın özünü zedeleyecek nitelikte değerlendirilmektedir. Bkz. Y.9HD., T.25.06.2012, E.2010/17666, K.2012/24302; Y.9HD., T.04.02.2014, E.2011/52229, K.2014/2979; Y.9HD., T.14.05.2018, E.2015/15943, K.2018/10702; Y.9HD., T.14.05.2018, E.2015/16108, K.2018/10704; Y.9HD., T.14.05.2018; E.2015/16012; K.2018/10701. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁴⁵ Y.HGK, T.28.11.2019, E.2016/2235, K.2019/1232; Y.HGK, T.05.12.2019, E.2016/2234, K.2019/1286; Y.HGK, T.05.12.2019, E.2016/2236, K.2019/1287. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁴⁶ Y.9.HD., T.19.12.2012, E.2010/36553, K.2012/43358; Y.22.HD., T.02.12.2015, E.2015/30468, K.2015/33294, Y.22.HD., T.02.12.2015, E.2015/30468, K.2015/33293; Y.22.HD., T.16.06.2020, E.2017/29991, K.2020/6790. %5 oranında indirimin yetersiz olduğu yönünde bkz. Y.7.HD., T.14.09.2015, E.2014/20282, K.2015/14864. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

yetersiz bulunduğu ve genel olarak %30 oranında indirim yapılmasının isabetli değerlendirildiği görülmektedir.¹⁴⁸

E. Hafta Tatili Ücretinin Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti ile İlişkisi

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, İş Kanunu m.47/1'de “*Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir.*” hükmü bulunmaktadır. Konumuz bakımından bu başlık altında ele almak istediğimiz hukuki sorun, ulusal bayram günü veya bir genel tatil günü ile hafta tatili günü aynı güne denk gelirse ve bugün de çalışma gerçekleşirse ya da gerçekleşmezse, işçinin hem İşK m.47 gereğince hem de İşK m.46/2 uyarınca ve çalışmışsa zamlı ücrete hak kazanıp kazanamayacağıdır. Kısacası çakışan günler açısından işçinin hem ulusal bayram ve genel tatil ücretine hem de hafta tatili ücretine hak kazanıp kazanamayacağı açıklanmalıdır.

Hukuki sorun kanun koyucu tarafından herhangi bir düzenleme ile açıkça sonuca bağlanmamıştır. Bu durumda Kanun'da boşluk olduğu düşüncesiyle işçi lehine yorum ilkesini esas alarak her iki ücret alacağının talep edilebileceği kanaati ortaya çıkabilir. Ancak bu durum Kanun'da boşluk olması halinde kabul edilebilir. Konuya ilişkin boşluk olup olmadığının belirlenmesinde ise, Kanun'da sadece açık bir düzenlemenin olup olmadığının araştırılmasıyla yetinilmez. Zira hukuki sorunların çözümünde sadece hükümlerin lafzı değil, amacı da göz önünde bulundurulmalıdır. Kanun koyucu gerek ulusal bayram ve genel tatil gününde gerekse hafta tatili gününde öncelikli olarak işçinin çalışmamasını ve dinlenmesini amaç edinmiştir. Bu amacın

¹⁴⁷ Y.9.HD., T.18.01.2016, E.2015/34705, K.2016/957; Y.9.HD., T.18.01.2016, E.2015/34697, K.2016/949. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁴⁸ Y.22.HD., T.02.12.2015, E.2015/30468, K.2015/33294; Y.22.HD., T.02.12.2015, E.2015/30468, K. 2015/33293; Y.22.HD., T.16.06.2020, E.2017/29991, K.2020/6790; Y.9.HD., T.01.03.2022, E.2022/1969, K. 2022/2671. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

gerçekleşebilmesi ise, her şeyden önce işçinin ücret kaygısı yaşamamasıyla sağlanabilir. Gerçekten ücretinden yoksun kalacağı düşüncesinde olan işçi, ailesinin ve kendisinin geçimi için dinlenme hakkını kullanmaktan imtina edip çalışmayı tercih eder. Kanun koyucu da bu durumun ortaya çıkmaması için, farklı bir deyişle işçinin bahsi geçen günlerde ücret kaygısı yaşamadan dinlenmesi için çalışmadığı hâlde ücretin ödenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır (İşK m.46/2 ve İşK m.47/1).¹⁴⁹ Hafta tatili günü ile ulusal bayram ve genel tatil gününün denk gelmesi durumunda çalışılsa da çalışılmasa da işçinin bunlardan sadece birine hak kazanması suretiyle kanun koyucunun amacı gerçekleşmiş olur. Daha net bir deyişle, bunlardan sadece birinin ödenmesi ile işçinin ücret kaybı yaşamasının önüne geçilmiş ve ücret kaygısı yaşamadan dinlenmesi sağlanmış olur. Bunun yerine iki ücretin (İşK m.46/2 ve İşK m.47/1) ödenmesi halinde ise, ücret kaybının önüne geçmekten öte fazladan ödeme yapılmış olur.

Hafta tatili günü ile ulusal bayram ve genel tatil gününün çakışması halinde, çalışma olsa da olmasa da bunlardan sadece birinin ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşıldıktan sonra bunlardan hangisinin ödenmesi gerektiği de açıklanmalıdır. Kanaatimizce işçinin talebi esas alınarak sonuca ulaşılmalıdır. Ancak uygulamada bir davada, açıkladığımız olasılıkların göz önünde bulundurulması ve talebin de bu yönde somutlaştırılması beklenen ya da karşılaşılan bir durum değildir. Farklı bir deyişle, işçi tarafından hem hafta tatili hem de ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin istendiği durumlarda, çakışan günlere ilişkin açık bir talebin varlığı ile karşılaşmak çoğu zaman mümkün değildir. Herhangi bir talebin olmaması halinde çalışmadan hak kazanılan ücretin miktarı bakımından fark yoksa da çalışma karşılığı istenecek ücretin hafta tatili günü açısından zamlı olması nedeniyle hafta tatili ücretine hükmetmek isabetli olur.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Taşkent, Eyrenci, Ulucan ve Baskan, s. 333.

¹⁵⁰ Öte yandan doktrinde baskın görüş işçinin bir günlük ücrete hak kazanacağı yönündedir. Bkz. Ekonomi, s. 38; Süzek, s. 865; Çelik, Canıklıoğlu, Canbolat ve Özkaraça, s. 813; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan, s. 334; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 1381; Narmanlıoğlu, s. 701; Şakar, s. 140. Yargıtayın bir kararında bu alacaklardan biri için hesaplanma yapılması gerektiği, bunun hangi alacak olduğunun ise açıklamadığı görülmektedir. Söz konusu karardaki ifadeler şu şekildedir: “...Somut uyuşmazlıkta, resmi tatil olup aynı zamanda hafta sonuna denk gelen tatil günlerine ilişkin mükerrer hesap yapıp yapılmadığına dair denetime

F. Hafta Tatili Ücretinin Fazla Çalışma Ücreti ile İlişkisi

İşçi, hafta tatili gününde/günlerinde çalışmış olsa dahi açacağı davada sadece fazla çalışma ücreti talep edebilir ya da hem fazla çalışma ücreti hem de hafta tatili ücretinin ödenmesini isteyebilir. Sadece fazla çalışma ücretinin talep edildiği bir ihtimâlde, işçinin günlük çalışma süresi ara dinlenmeleri tenzil edilmek suretiyle belirlenir ve günlük çalışma süresi yedi güne uygulanmak suretiyle bir haftalık çalışma süresinin kırk beş saatin üzerinde olup olmadığı tespit edilir.¹⁵¹ Yukarıda

elverişli olmayan bilirkişi raporunun hükme esas alınması, çakışan genel tatil ile hafta tatili varsa bunların biri açısından hesap yapılması gerekirken mükerrer yapılan hesabın hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”; karar için bkz. Y.9.HD., T.10.12.2015, E.2014/21706, K.2015/35058. Yüksek Mahkeme başka bir kararında ise “...Hafta tatili ve genel tatil günlerinin çakıştığı günlerde hafta tatili hesabı yapılmalıdır. Bilirkişi raporu bu açıdan denetime elverişli değildir. Örneğin 19 Mayıs 2013 bayram tatili Pazar günü ile çakışmaktadır. Mahkemece bu konuda da denetime elverişli bilirkişi raporu alınarak sonuca gidilmelidir...” sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.16.06.2020, E.2017/15912, 2020/5760. Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y.22.HD., T.16.01.2018, E.2017/9667, K.2018/13; Y.22.HD., T.18.01.2018, E.2017/9665, K.2018/681. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁵¹ Nitekim bu husus Yargıtayın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “...Somut olayda gerçekleştiği üzere davacı taraf haftanın 7 gününü çalıştığı iddiasında ise (ki işveren belgelerinde bazı dönemlerde davacının 7 günü aşan kesintisiz çalışmaları görülmektedir) ve yalnızca fazla mesai talebinde bulunmuş hafta tatili talebinde bulunmamışsa, 7. gün için yapılan çalışma süresi, fazla mesai hesabında haftalık bazda yapılan toplam çalışma süresine dahil edilmelidir...”; karar için bkz.Y.7.HD., T.28.01.2016, E.2015/28611, K.2016/1819. Yüksek Mahkemenin başka bir kararına göre ise, “...Diğer taraftan, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, yedi gün çalışılan haftalar bakımından, hafta tatili günü için yedibuçuk saatlik çalışmanın da fazla çalışma ücreti alacağı içerisinde değerlendirilerek hesaplama da dahil edildiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar dava dilekçesinin talep sonucunda, ayrıca hafta tatili ücreti talep edilmemiş ise de, dilekçenin açıklamalar kısmındaki beyanlardan, çalışma karşılığı hafta tatili ücreti alacağına da, fazla çalışma ücreti adı altında talep edildiği anlaşılmaktadır. Bu halde, yedi gün çalışılan haftalar bakımından, hafta tatili günü için yedibuçuk saatlik çalışmanın hesaplama da dahil edilmesi sonuç itibarıyla yerinde görülmüştür...”; karar için bkz. Y.22.HD., T.22.11.2016, E.2015/18633, K.2016/25719. İşçinin hafta tatili ücreti talep

da ifade ettiğimiz üzere, işçinin ücretine çalışma karşılığı hak kazanacağı hafta tatili ücretinin dahil olduğuna ilişkin sözleşme hükümleri geçersizdir.¹⁵² Öte yandan Yargıtay fazla çalışma ücreti bakımından bu yönde sözleşme hükümlerine, yılda iki yüz yetmiş saate kadar yapılan fazla çalışmalarla sınırlı olmak kaydıyla geçerlilik tanımaktadır.¹⁵³ İş sözleşmesinde böyle bir hüküm bulunması ve işçinin davada hafta tatili ücreti talep etmeden yedi gün çalıştığını ileri sürerek salt fazla çalışma ücreti istemesi halinde, hesaplanan fazla çalışma süresinin hafta tatilindeki çalışmaları da içerecek şekilde belirlenmesi, işçinin daha az hafta tatili ücretine hak kazanması yol açacaktır.¹⁵⁴ Bu sebeple ilgili durumlarda her ne kadar hafta tatili fazla çalışma içinde değerlendirilse de, hafta tatilindeki çalışmalar ayrıştırılmalı ve iki yüz yetmiş saate kadar yapılan fazla çalışmaların tespitinde dikkate alınmadan fazla çalışma ücreti hesaplanmalıdır.¹⁵⁵ Aksi takdirde, örneğin işçinin hafta

etmemesi ve haftanın yedi günü çalışması sebebiyle fazla çalışma ücretinin yedi günlük çalışmaya göre belirlenmesine ilişkin diğer örnek kararlar için bkz. Y.7.HD., T. 05.05.2015, E.2015/4344, K.2015/8030; Y.7.HD., T.13.11.2014, E.2014/14630, K.2014/20898; Y.22.HD., T.26.12.2019, E.2016/25669, K.2019/24547; Y.9.HD., T.09.12.2020, E.2016/33810, K.2020/17832. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁵² Y.9.HD., T.28.09.2017, E.2017/5648, K.2017/14446; Y.9.HD., T.29.03.2018, E.2018/2411, K.2018/6965; Y.22.HD., T.12.03.2019, E.2016/7947, K.2019/5811; Y.22.HD., T.15.06.2020, E.2017/11872, K.2020/6718; Y.22.HD., T.17.03.2020, E.2017/28448, K.2020/5098. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁵³ Y.9.HD.,T.17.03.2009, E.2008/36259, K.2009/7040; Y.9.HD.,T.21.01.2014, E.2011/51330, K.2014/717; Y.9.HD.,T.02.07.2019, E.2016/31082, K.2019/14703; Y.9.HD.,T.30.09.2020, E.2016/25143, K.2020/10059; Y.HGK, T. 03.05.2023, E.2022/1275, K.2023/402; Y.9.HD., T.31.05.2023, E.2023/4285, K.2023/8376. Yüksek Mahkemeye göre, “...ücretin asgari ücret veya asgari ücret civarında olması halinde fazla mesainin ücret içinde ödendiğinin kabulüne imkan yoktur...”; karar için bkz. Y.9.HD., T. 07.01.2019, E. 2015/27991, K. 2019/84. Aynı yönde bkz. Y.9.HD., T.31.05.2023, E.2023/4285, K.2023/8376. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁵⁴ Baycık, İş İlişkinin Kurulması, s. 324; Şahin, Çil, “Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı (2016), s. 285; Başkuru, s. 175.

¹⁵⁵ Baycık, İş İlişkinin Kurulması, s. 324; Çil, s. 285; Başkuru, s. 175.

tatillerindeki çalışması da dahil olmak üzere yılda yaptığı toplam fazla çalışma iki yüz kırk saat ise fazla çalışma ücreti hüküm altına alınmayacaktır. Oysaki böyle bir örnekte iş sözleşmesinde ücrete fazla çalışma ücretinin dahil olduğuna ilişkin düzenleme bulunsa bile işçinin hafta tatillerinde yaptığı çalışma fazla çalışma ücreti olarak hüküm altına alınmalıdır.

Hafta tatili ücreti ve fazla çalışma ücreti bakımından diğer bir olasılık ise, işçinin yedi gün çalıştığı ve hafta tatili gününün bir gün olduğu durumda hem fazla çalışma hem de hafta tatili ücretlerini istemesidir. Şüphesiz söz konusu ihtimâl, hafta tatili gününün iki gün ya da daha fazla olacak şekilde kararlaştırılmış olması ve işçinin yedi gün çalışmış olması hâli için de geçerlidir. Söz konusu ihtimâllerde mükerrer hesaplamanın önüne geçmek için işçinin fazla çalışmasının olup olmadığı kural olarak hafta tatili günündeki/günlerindeki çalışma esas alınmaksızın belirlenir. Örneğin, işçinin haftanın yedi günü çalıştığı ve hafta tatili gününün de bir gün olduğu bir ihtimâlde, fazla çalışmanın bulunup bulunmadığı altı günlük çalışma süresi belirlenerek ortaya konur. Altı günlük çalışması kırk beş saati aşmamışsa, işçi fazla çalışma ücretine hak kazanamaz; hafta tatilinde çalışması nedeniyle hafta tatili ücretine zamlı hak kazanır.¹⁵⁶ Nitekim Yargıtay da konuya ilişkin isabetli biçimde

¹⁵⁶ Yargıtay bir kararında “...Somut olayda hükme esas alınan bilirkişi raporunda Cumartesi günleri de hafta tatili olarak değerlendirilmiş ise de haftalık çalışma süresi kanuni kırkbeş saati aşmadığından davacının Cumartesi günü çalışmasının fazla mesai kapsamında değerlendirilmesi doğru değildir. Pazar günü işyerinde sadece sabahleyin gazete dağıttığı bunun dışında hafta içi çalışma günlerinde yapmakla yükümlü olduğu diğer kapıcılık hizmetlerini görmediği tanık anlatımları ve dosya kapsamıyla sabit olduğuna göre davacının pazar günleri yaptığı gazete dağıtma işinin aldığı zaman belirlenerek sadece bu sürenin hafta tatili çalışmalarının tabi olduğu ücretlendirme döneminde fazla mesai olarak hesaplanması suretiyle alacağıın tespiti gerekirken tam gün çalışmış gibi %150 oranında tam gün fazla mesai olarak değerlendirilmesi yerinde görülmemiştir. Daha açık bir anlatımla davacı hafta tatili günü yaptığı iş itibarıyla kısmi süreli olarak yani yarım saat, kırkbeş dakika çalışmış ise sadece bu süreye tekabül eden saat ücreti ve bu saat ücretinin %50 zamlı hesaplanıp alacağı tespit edilmelidir. Mahkemece davacının sadece gazete dağıttığı anlaşılan Pazar günü çalışmasını tam gün çalışmış gibi sayarak zamlı ücret ödemesi ve Cumartesi günlerini de hafta tatili günü olarak kabul etmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz. Y.22.HD., T.18.04.2013, E.2012/20102, K.2013/8201. Söz konusu karara, hafta tatili

“...Ayrıca davacı hem fazla çalışma hem de hafta tatili ücreti talebinde bulunduğundan, fazla çalışma ücretinin 6 gün üzerinden hesaplanması ancak hesaplanan haftada hafta tatili çalışması olması halinde hafta tatilindeki çalışmanın 7,5 saati aşan kısımlarının o haftaya ait fazla çalışmaya eklenmesi gerektiği de gözetilmelidir...” sonucuna ulaşmaktadır.¹⁵⁷ Yargıtayın kararlarında yedi buçuk saati aşan çalışmaların fazla çalışma açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Hafta tatili ücretinin bir gün üzerinden hesaplandığı ve bir günün saat açısından kural olarak yedi buçuk saate denk geldiği düşünüldüğünde, karardaki yaklaşım isabetlidir. Zira aksi hâlde yedi

gününde yapılan çalışmanın fiili süresinin esas alınıp alınmayacağına ilişkin yaptığımız açıklamalar altında da yer verilmişti. İlgili başlık altında bu kararda Yargıtayın, hafta tatili günündeki çalışmayı fiilen çalışılan süre olarak nitelendirilmiş gibi gözüke de, esasen söz konusu çalışmayı fazla çalışmaya dahil ettiği açıklanmıştı. Kanaatimizce karara konu olan olayın içeriği net anlaşılmamakla birlikte, işçi tarafından hem hafta tatili ücreti hem de fazla çalışma ücreti talep edildiğinden ve haftanın altı günündeki çalışması haftalık kırkbeş saati aşmadığından fazla çalışma ücretinin reddine ancak hafta tatili ücretinin kabulüne karar verip, bunun fiili çalışma süresi üzerinden değil, günlük çalışma süresinden hesaplanması daha isabetli olurdu. Karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁵⁷ Y.9.HD., T.05.02.2019, E.2015/28639, K.2019/2690. Konuya ilişkin başka bir kararındaki ifadeler de benzer biçimde şu şekildedir: “...Somut uyuşmazlıkta, davacı fazla çalışma ücreti alacağı ile birlikte hafta tatili ücreti alacağını da talep etmiş ve Mahkemece her iki alacağın kabulüne karar verilmiştir. Hükme dayanak bilirkişi raporunda ise, davacının haftalık fazla çalışma süresi, haftanın yedi günü esas alınmak suretiyle belirlenmiştir. Oysa, davacının haftanın yedinci günündeki çalışması ile ilgili olarak, zaten hafta tatili alacağı hesaplanmış olup, bu sürenin yeniden fazla çalışma süresinde dikkate alınması mümkün değildir. Yapılacak iş, önce haftanın altı gününde çalışılan sürenin toplanması ve ardından şayet mevcut ise bu sürenin üzerine, hafta tatili günündeki çalışmada yedibuçuk saati aşan kısmın eklenmesi suretiyle, haftalık çalışma süresi ile haftalık fazla çalışma süresinin tespitidir. Mahkemece bu husus gözetilmeksizin yazılı şekilde mükerrer ödemeye sebebiyet verecek şekilde fazla çalışma ücretine hükmedilmesi hatalıdır...”; Y.22.HD., T.16.01.2018, E.2017/9667, K.2018/131. Benzer yöndeki diğer kararları için bkz. Y.9.HD., T.19.03.2012, E.2010/379, K.2012/8886; Y.9.HD., T.30.01.2014, E.2011/51929, K.2014/2555; Y.22.HD., T.18.01.2018, E.2017/9665, K.2018/681; Y.9.HD., T.31.10.2023, E.2023/13703, K.2023/16368. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

buçuk saati aşan çalışmalar değerlendirilmemiş olur. Ancak yukarıda “Hafta Tatili Ücretinin Hesaplamasında Dikkate Alınacak Günlük Ücretin Tespiti” başlığı altında da açıkladığımız üzere, tam süreli iş sözleşmesi ve maktu aylıkla çalışanlar için günlük yedi buçuk saatin esas alınması doğrudur. Bunun dışındaki durumlarda ise, farklı bir deyişle işçinin maktu aylıkla çalışmadığı hâllerde yedi buçuk saat yerine, kararlaştırılan günlük çalışma süresinin veya açıkça kararlaştırılmamışsa günlük ortalama çalışma süresinin esas alınması isabetlidir. Örneğin ilgili başlık altında yer verdiğimiz Yargıtay kararında¹⁵⁸ günde yedi saat çalışma süresi belirlenmiştir. Bu durumda somut olay bakımından yedi buçuk saati aşan değil, yedi saati aşan çalışmaların fazla çalışma açısından değerlendirilmesi isabetli olur.

G. Hafta Tatili Ücreti Açısından Faiz ve Zamanaşımı Süresi

Hafta tatili ücret alacağına ilişkin faiz açısından özel bir düzenleme yoksa da İşK m.34/1’de yer alan “*Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır.*” hükmü, hafta tatili ücret alacağı için de uygulama kabiliyetini haizdir.¹⁵⁹ Zira kanun koyucu, ücretin niteliğine ilişkin bir belirleme yapmadığından hükmün bütün ücret alacaklarını, bu noktada hafta tatili ücretini de kapsadığı kabul edilmelidir. Uygulama açısından özellikle önemli olan hususlar, faizin ne zaman işlemeye başlayacağı ve faiz türüdür.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, İşK m.34 gereği mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanır.¹⁶⁰ Buna mukabil hafta tatili ücret alacağı toplu iş sözleşmesinden doğabilir. Gerçekten de toplu iş sözleşmesi ile hafta tatili ücretinin miktarı açısından işçi lehine değişiklik

¹⁵⁸ Y.9.HD., T.25.05.2022, E.2022/5525, K.2022/6501; Y.9.HD., T.09.05.2022, E.2022/3893, K.2022/5643, kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁵⁹ Süzek, s. 395; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 360; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 1376; Odaman, s., 78.

¹⁶⁰ Yüksek Mahkeme bir kararında “...*Mahkemece hükmedilen fazla çalışma ve hafta tatili ücreti alacaklarının yasadan kaynaklanan alacaklar olduğu dikkate alınarak bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanması gerekirken en yüksek işletme kredisi faizine hükmedilmesi doğru değildir...*” sonucuna ulaşmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.21.02.2013, E.2010/45456, K.2013/6429, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

yapılmak suretiyle, ücretin miktarı artırılmış olabilir. Bu durumda Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu¹⁶¹ m.53/2 gereğince işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranı esas alınır.¹⁶²

Kanun'da faiz türleri belirttiğimiz şekilde düzenlenmesine rağmen, işçi farklı bir faiz türü için talepte bulunmuşsa hükmedilecek faiz türünün ne olacağı da açıklanmalıdır. Örneğin iş sözleşmesinden doğan hafta tatili ücret alacağı için işçinin mevduata uygulanan en yüksek faiz yerine, yasal faiz şeklinde talepte bulunması ya da toplu iş sözleşmesinden doğan hafta tatili ücret alacağı için yasal faiz ya da mevduata uygulanan en yüksek faiz biçiminde istemini ifade etmesi halinde hafta tatili ücret alacağına hangi faiz türünün uygulanması gerektiği belirlenmelidir. Bu vb. durumlarda taleple bağlılık ilkesi ile yasal düzenlemeler birlikte dikkate alınmalıdır. Başka bir ifadeyle, sadece taleple bağlılık ilkesi göz önünde bulundurularak doğrudan talep doğrultusunda karar verilmesi kanuni düzenlemeyle getirilen sınırı anlamsız kılacağından, faize ilişkin ilgili hükümler de esas alınmalıdır.¹⁶³

Faizin türü belirlendikten sonra faizin ne zaman işlemeye başlayacağı üzerinde de durulmalıdır. Tarafların iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde İşK m.32/5'teki kurala aykırı olmamak kaydıyla vade kararlaşmalarını mümkündür. Farklı bir ifadeyle, taraflarca hafta tatili ücretinin ödeneceği günün ayrıca özel olarak düzenlenmesi rastlanılan bir durum olmamakla birlikte, böyle bir belirleme -İŞK

¹⁶¹ RG., T.07.11.2012, S.28460.

¹⁶² Yargıtay konuya ilişkin bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “...Davacının talep ettiği alacakların bir kısmı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle anılan alacaklara TİS ile getirilen düzenlemeler uyarınca en yüksek işletme kredisi faizi uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...”; karar için bkz. Y.9.HD., T.22.02.2011, E.2009/43777, K.2011/49236, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁶³ Yüksek Mahkeme de kararlarında “...Davacı dava dilekçesinde kıdem tazminatı dışındaki alacaklar için yasal faiz istediğinden bu alacakların dava dilekçesi ile talep edilen bölümüne en yüksek banka mevduat faiz oranını geçmemek üzere yasal faizi ile tahsiline karar verilmesi gerekirken mahkemece talep aşularak, fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil alacağının dava dilekçesi ile talep edilen kısmına doğrudan en yüksek banka mevduat faizine hükmedilmiş olması hatalı olup bozma nedenidir...” sonucuna ulaşmaktadır; karar için bkz. Y.22.HD., T.18.01.2018, E.2017/9665,K.2018/681, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

m.32/5'deki esaslara aykırı olmadığı sürece- sorun teşkil etmez. Ancak taraflarca herhangi bir vadenin açıkça kararlaştırılmadığı ihtimâlde ücretin ödenme zamanının belirsiz olduğundan bahsetmek mümkün müdür? Bilindiği üzere, İşK m.32/5'te “*Ücret en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla taraflarca vade kararlaştırılmamışsa hafta tatili ücreti temel ücretle birlikte en geç ayda bir ödenmelidir. Örneğin ocak ayı ücreti, en geç ocak ayı sonunda ödenmelidir. Bununla birlikte uygulamada takip eden ayın ilk günlerinde yapılan ödemeler de Kanun'a aykırı kabul edilmemektedir. Sonuç olarak taraflarca vadenin kararlaştırılmadığı bir ihtimâlde, kanun koyucunun hükme bağladığı zamanda (İşK m.32) ödeme yapılması gerektiği ortadadır. Kısacası kanun koyucu, ücretin ödeme zamanına ilişkin aksi kararlaştırılabilir bir vade kabul etmiştir. Buna mukabil uygulamada bu sonuç kabul edilmemektedir. Yargıtay tarafından iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde açıkça vade olması halinde, söz konusu ödeme gününden itibaren faizin işlemeye başlaması gerektiği benimsenmiştir.¹⁶⁴

İş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça vade kararlaştırılmamışsa, faizin işlemeye başlaması için işçinin işvereni

¹⁶⁴ Yargıtayın konuya ilişkin genel yaklaşımının yer aldığı bir kararda “...*Dairemizin yerleşik uygulaması uyarınca, işçi muaccel alacaklarını ... belirtmek kaydıyla ihtarname ile işvereni temerrüde düşürebilir. Söz konusu ihtarnamede alacak miktarlarının belirtilmesi gerekmez. Dava tarihinden önce yürütülen arabuluculuk süreci sonucunda anlaşma yapılmadığına dair düzenlenen son tutanak bu bağlamda değerlendirildiğinde dava konusu alacakların dava tarihinden önce arabuluculuk aracılığıyla talep edilmesi karşısında davalı işverenin arabuluculuk son tutanak tarihi itibarıyla temerrüde düştüğünün kabulü gerekmektedir. Bu sonuç davalı işverenin usulüne uygun davet edilmesine rağmen arabuluculuk görüşmelerine katılmadığı durumlarda da geçerlidir. Dava ve islah dilekçelerinde dava konusu alacaklara temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmesi talep edilmiştir. Davacının alacaklarının hesaplandığı dönemi kapsayan toplu ... sözleşmelerinde talep edilen alacaklar yönünden açıkça bir ödeme günü kararlaştırılmamıştır. Davalının daha önce temerrüde düşürüldüğü de ispat edilemediğinden, İlk Derece Mahkemesince söz konusu hüküm altına alınan alacaklara arabuluculuk son tutanak tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde bilirkişi raporuna atıfla hüküm kurulması hatalıdır...*” şeklinde sonuca ulaşılmıştır; karar için bkz. Y.9.HD., T.04.10.2023, E.2023/8396, K.2023/13668, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

temerrüde düşürmesi gerektiği Yargıtayca kabul edilmektedir.¹⁶⁵ Bu noktada işverenin ne zaman temerrüde düşmüş sayılacağı değerlendirilmelidir. Hiç şüphesiz işveren, işçinin göndereceği ihtarname ile temerrüde düşer. Bu ihtarnamenin iş ilişkisi devam ederken gönderilmesi ise, bağımlılık ilişkisi nedeni ile çok karşılaşılan bir durum değildir. Dolayısıyla iş ilişkisi sona erdikten sonra işçinin ihtarname gönderebileceğini kabul etmek, daha gerçekçi bir beklentidir. Ancak iş ilişkisinin sona erdiği durumlarda da işçinin her zaman ihtarname göndermediği ve doğrudan yargılama sürecini başlattığı durumlarla da karşılaşmaktadır. Buna göre, işçi ihtarname keşide etmesizin arabuluculuk sürecini başlatmış ve dava açmış olabilir. Eğer arabuluculuk süreci başlatılmadan önce ihtarname gönderilmişse ihtarname tarihi, gönderilmemişse arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih faizin işlemeye başlayacağı tarih olarak esas alınır. Arabuluculuk anlaşamama tutanağında, üzerinde uzlaşmaya varılamayan alacak bakımından miktara ilişkin bir husus yer almayacağından -açılan davanın kısmi dava olup olmadığı göz önünde bulundurulmadan- alacağın tamamı bakımından tutanak tarihi esas alınarak faiz işletilmelidir. Örneğin işçinin ihtarname göndermediği, doğrudan arabuluculuk sürecini başlattığı ve anlaşmaya varılamaması üzerine 1.000 TL/brüt hafta tatili ücreti için dava açtığı bir olasılıkta, kısmi dava ile talep edilen 1.000 TL/brüt için arabuluculuk anlaşamama tutanağının esas alınması ve kalan kısım için de ıslah tarihinin dikkate alınması isabetli olmaz. Ulaşılan bu sonuç Yargıtayın önceki uygulaması ile de tutarlıdır. Zira Yüksek Mahkeme ihtarnamede miktar belirtilmemiş olması halinde, ihtarnamede alacağın türüne yer verilmiş olması şartıyla alacağın tamamı için faizin ihtarname tarihinde itibaren işletilmesine karar vermektedir.¹⁶⁶

Yukarıda kanuni esaslar ve Yargıtay uygulaması doğrultusunda faizin işlemeye başlayacağı tarih belirlenmişse de işçinin talebinin faizin işlemeye başlayacağı tarihe etkisi de değerlendirilmelidir. İşçinin hafta tatili ücret alacağının tahsilini istediği bir davada, “işverenin temerrüde

¹⁶⁵ Y.9.HD., T.05.11.2009, E. 2008/8261, K. 2009/30509; Y.9.HD., T.26.10.2010, E.2010/821, K.2010/30728; Y.9.HD., T.16.04.2012, E.2010/3827, K.2012/12916; Y.9.HD., T.31.03.2016, E.2016/6462, K.2016/8059; Y.9.HD., T.31.05.2022, E.2022/5987, K.2022/6841. Kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

¹⁶⁶ Y.9.HD., T.18.10.2005, E.2005/17577, K.2005/33829; Y.9.HD., T. 02.06.2020, E.2017/16600, K.2020/4664; kararlar için bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

düştüğü tarihten itibaren” faizin işlemlerini talep etmesi halinde yukarıdaki esaslar dikkate alınmalıdır. Ancak dava dilekçesinde işverenin temerrüde düştüğü tarih yerine, “dava tarihi” veya “ıslah tarihi” esas alınarak faiz işletilmesi talep edilmişse, artık taleple bağılılık gereği dava veya ıslah tarihi göz önünde bulundurulmalıdır. İhtarname gönderilmemiş olmasına rağmen ihtarname tarihinden itibaren faiz istenmişse, arabuluculuk anlaşamama tutanağının düzenlendiği tarihe göre faiz işletilmelidir.

Hafta tatili ücreti zamanaşımı bakımından ele alındığında bu hususta Kanun’da özel bir düzenleme yer almadığı görülmektedir; ancak İşK m.32’de ücret alacaklarında zamanaşımı süresinin beş yıl olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla ücret ve dönemselsel bir alacak niteliğinde olan hafta tatili ücreti için de beş yıllık süre kabul edilmelidir. İşçi tarafından açılan davanın türüne göre zamanaşımı süresinin kesildiği tarih değerlendirilmelidir. Belirsiz alacak davası açılmışsa, hafta tatili ücretinin tamamı için dava tarihinden itibaren zamanaşımı süresinin kesilir. Bu durumda yargılama sürecinde bedel artırımı yapılmışsa (talep belirli hâle getirilmişse) davalının bu artırmaya karşı zamanaşımı definde bulunması mümkün olmaz. Ancak kısmi dava açılmışsa, dava dilekçesinde talep edilen miktarla sınırlı olarak zamanaşımı süresinin kesildiği sonucuna ulaşılır. Açılan kısmi davada yargılama sürecinde ıslah yapılırsa ve davalı da zamanaşımı defî ileri sürerse, ıslahın yapıldığı tarihten beş yıl önce doğmuş ücret alacaklarının dava dilekçesinde belirtilen kısmı hariç olmak üzere zamanaşımına uğradığı kabul edilir.¹⁶⁷ Örneğin işçinin 11.10.2015-11.10.2023 tarihleri arasında çalıştığı ve 11.10.2024 tarihinde açılan belirsiz alacak davası ile 1.000 TL/brüt hafta tatili ücreti talep ettiği ve

¹⁶⁷ Konuya ilişkin Yüksek Mahkemenin bir kararında ulaştığı sonuç da şu şekildedir: “...Dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması durumunda, ıslah dilekçesinin tebliğini izleyen ilk oturuma kadar ya da ilk oturumda yapılan zamanaşımı defide ıslaha konu alacaklar yönünden hüküm ifade eder. Somut olayda; dava dilekçesinde 125 TL fazla çalışma ve 125 TL hafta tatili ücreti isteklerinde bulunulduktan sonra ıslah dilekçesi ile söz konusu istekleri 49.420,80 TL daha arttırılmıştır. ıslah sonrası davalının zamanaşımı defî üzerine alınan 03.09.2009 tarihli ek raporda ıslah tarihinden geriye doğru 5 yıllık dönem için hesaplanan fazla çalışma ve hafta tatili ücreti hesaplanırken dava dilekçesi ile istenen miktarların zamanaşımına uğramadığı dikkate alınmaması hatalıdır...”; karar için bkz. Y.9.HD., T.05.07.2012, E.2010/13048, K.2012/26630, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 04.02.2024).

davalının da zamanaşımı defini ileri sürdüğü bir olasılıkta, 11.10.2024 tarihinden beş yıl önce doğmuş hafta tatili ücret alacakları, buna göre 11.10.2019'dan önce doğmuş olan ücret alacakları zamanaşımına uğramış kabul edilir ve kalan alacağın tamamı bakımından da zamanaşımı süresinin kesildiği sonucuna varılır. Ancak örnekteki açılan dava kısmi dava olsaydı, yine 11.10.2019'dan önce doğan ücret alacaklarının zamanaşımına uğradığı fakat zamanaşımı süresinin talep edilen 1.000 TL/brüt için kesildiği ve kalan kısım için zamanaşımı süresinin işlemeye devam ettiği sonucuna varılacaktı. Bu durumda davacının talebini 11.10.2025 tarihinde ıslah ettiği ve davalının ıslaha karşı zamanaşımı defii ileri sürdüğü varsayımında, 11.10.2020 tarihinden önce doğmuş ücret alacaklarının dava dilekçesinde belirtilen kısmı (örnekte 1.000 TL/brüt) aşmamak kaydı ile zamanaşımına uğradığı tespit edilirdi.

VII. SONUÇ

Anayasa'nın 50. maddesiyle çalışanlar bakımından dinlenme hakkı anayasal güvenceye kavuşturulmuş olup hükümde ücretli hafta tatilinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda "*hafta tatili ücreti*" başlığını taşıyan İşK. m.46 ile hem "hafta tatili olarak dinlenme hakkı" hem bir sosyal ücret olarak "çalışılmadan hak kazanılan hafta tatili ücreti" düzenlenmiştir. Maddede hafta tatilinin hangi gün kullanılacağına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Her ne kadar konuya ilişkin Ulusal Bayram ve Genel Tatil Hakkında Kanun'da ve Türk Borçlar Kanunu'nda hafta tatilinin pazar günü kullanılacağına ilişkin düzenlemeler olsa da 4857 sayılı Kanun'da benimsenen esneklik anlayışı dikkate alınarak kanunda boşluk bulunmadığı ve kanun koyucunun bu hususta taraflara serbesti tanıdığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla işçiye hafta tatilinin herhangi bir gün kullandırılması mümkündür. Öte yandan İşK. m.46'da açıkça işçiye "*...yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili)*" verilmesi öngörüldüğü için hafta tatilin bölünerek ya da toplu kullandırılması mümkün olmaz. Bu yönde sözleşme hükümlerini de kesin hükümsüzdür. İşçi hafta tatili gününün tamamında iş görme borcunu yerine getirmese, örneğin bir saat çalışsa dahi hafta tatilini kullanmamış sayılır. Keza işçinin iş görme edimini ifaya hazır bir şekilde beklemiş (İşK m.66/c) olması da aynı sonucu doğurur.

İşK. m.46'da işçilerin hafta tatilini çalışarak geçirmesinin hukuki sonucuna yer verilmemiştir. Yargıtay yerleşik içtihatları ile bu durumda işçiye çalışmadan hak kazanacağı ücrete ilaveten o günün ücretinin %50

zamlı ödenmesi gerektiğine hükmetmektedir. Uygulamada işçinin hafta tatilinde çalışmaksızın hak kazanacağı ücret de hafta tatilinde çalıştırılması sebebiyle hak kazanacağı zamlı ücret de hafta tatili ücreti olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla hafta tatili ücretinin, çalışmadan hak kazanılan ücret ile bu ücrete ek olarak çalışma karşılığı talep edilecek olan zamlı ücret şeklinde iki yönü bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, hafta tatili ücreti, yine ücret niteliğinde olan ancak hak kazanma koşulları farklı olan ulusal bayram ve genel tatil ücreti ya da fazla çalışma ücreti vb. alacaklardan farklı bir işçilik alacağıdır.

Çalışmamızda ayrıntılı şekilde yer verdiğimiz üzere, uygulamada yirmi dört saat çalışma yirmi dört saat veya kırk sekiz saat ya da yetmiş iki saat dinlenme şeklinde geçen çalışmalar, kısmi süreli çalışmalar ve vardiyalı çalışmalar gibi özellik arz eden çalışma türlerinde hafta tatilinin tespitine ilişkin sorunlar doğmaktadır. Bu bağlamda hafta tatiline ilişkin dört hususa dikkat edilmelidir. Öncelikle iş sözleşmelerinde açıkça hafta tatilinin bir günden fazla olduğu düzenlenmemişse işçi haftada altı günden az çalışsa da hafta tatili bir gün kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra, işçinin haftada altı günden az çalışması yahut haftalık çalışma süresinin kırk beş saatten az olması hafta tatili hakkı bulunmadığı şeklinde bir kabule imkân tanımaz. Konu özellikle kısmi süreli çalışanlar bakımından önem arz etmektedir. Son olarak yirmi dört saatten az süren dinlenme sürelerinin hafta tatili olarak kabulü mümkün değildir ve işçilere yedi günlük zaman diliminde kesintisiz yirmi dört saat dinlenme hakkı tanınmadığı müddetçe ilgili hafta için hafta tatili kullandırılmış olmaz. İlgili husus da vardiyalı çalışmalar bakımından önemlidir. Hem sosyal ücret niteliğindeki hafta tatili ücreti hem de çalışma karşılığı hak kazanılan hafta tatili ücreti bu esaslara göre belirlenmelidir.

Hafta tatiline ilişkin çalışma olgusunu ispat yükü işçide ücretin ödendiğini ispat yükü ise işverendedir. Uygulamada genellikle çalışma karşılığı hak kazanılan hafta tatili ücreti ihtilaf konusu olmaktadır. Yargıtay işveren tarafından ücret alacaklarının ödendiğinin tanıkla ispat edilemeyeceğini ve kural olarak işçinin imzasını içeren bordrolar yahut banka kayıtları ile ispat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. İşçinin ispat yükü açısından ise tanık dahil her tür delile başvurulabilir. Yargıtay, kararlarında herkesçe bilinen vakıalara ve emsal davalara da önem arz atmaktadır. Tanık olarak dinlenebilecek kişilerin, hafta tatili ücreti talep eden işçi ile çalıştığı dönemle sınırlı olarak beyanlarına itibar edilebilir. Bunun yanı sıra, işverenle husumetli olan tanıkların beyanları da tek başına hükme esas alınmamalıdır. Keza hükme esas alınabilmesi için tanık beyanlarının içeriği somut olmalı ve beyanlar çelişkili olmamalıdır.

Yargıtaya göre, ücret bordrolarının ihtirazi kayıt olmaksızın işçi tarafından imzalanması ve söz konusu imzalı bordroların bazı hafta tatili günlerinin ücretine ilişkin tahakkuk içermesi halinde, bordroda görünenen daha fazla hafta tatilinde çalışıldığı ancak yazılı delille ispatlanabilir. Çalışma olgusunun, hukuki işlem değil, maddi vakıa olması; işçilerin bordrolara ihtirazi kayıt koymasını beklemenin normal hayat tecrübesine uygun olmaması; işçinin bordroyu imzalamasının sadece bordroda belirtilen tutarı aldığını kabul ettiği anlamını gelmesi gibi hususlar dikkate alınarak Yüksek Mahkemenin ilgili içtihadı doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.

Gerek sosyal ücret niteliğindeki hafta tatili ücreti gerekse çalışma karşılığı hak kazanılan hafta tatili ücretinin hesaplanması ücret belirleme esaslı ile yakından ilgilidir. Sosyal ücret niteliğindeki hafta tatili ücretinin nasıl belirleneceği Kanun'un "*Ücret Şekillerine Göre Tatil Ücreti*" başlıklı 49. maddesinde ele alınmıştır; ancak maddede maktu aylıkla çalışanlar bakımından ayrı bir hesaplama yöntemine yer verilmemiştir. Zira işçi maktu ücret ile çalışıyorsa sosyal ücret niteliğindeki hafta tatili ücreti, ücretinin içerisinde yer alır. İşçinin maktu aylıkla çalışmaması halinde ise, İşK. m.49'da geçen esaslar doğrultusunda günlük ücreti belirlenir; ancak işçinin saat ücreti ile çalışması ve İşK m.63'e göre günlük çalışma süresinin yedi buçuk saatten az olması halinde, günlük ücretin belirlenmesinde yedi buçuk saatin ya da fiili çalışma süresinin değil, taraflarca kararlaştırılan çalışma süresinin esas alınması doğru olur. Bunun yanı sıra hafta tatili ücreti çıplak ücret üzerinden hesaplanır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, Yargıtayın yerleşik içtihatları uyarınca hafta tatilinde çalışan işçiye çalışmadan hak kazanacağı ücrete ilaveten o günün ücretinin %50 zamlı ödenmesi gerekir. İşçinin ücretine çalışma karşılığı hak kazandığı hafta tatili ücretinin dahil olduğuna ilişkin sözleşme hükümleri de geçersizdir. İşçi hafta tatili gününde bir saat dahi çalışsa, hafta tatili gününün tamamında çalıştığı kabul edilerek çalışma karşılığı hak kazandığı hafta tatili ücreti hesaplanmalıdır. Zamlı hafta tatili ücretine esas günlük ücretin belirlenmesinde maktu aylıkla çalışan işçiler bakımından günlük çalışma süresi yedi buçuk saat olarak kabul edilmek suretiyle tespit yapılmaktadır. Bu yaklaşım kısmen yerindedir. Zira fazla çalışmanın söz konusu olmadığı durumlarda, işçinin hafta tatilinde yedi buçuk saatin üzerinde çalışması halinde yedi buçuk saatin esas alınması hak kaybına yol açmaktadır. Bu ihtimalde zamlı hafta tatili ücretine esas günlük ücret fiili çalışma süresine göre belirlenmelidir. Hafta tatili ücretinin dava konusu olması halinde hesaplamada iş ilişkisinin sona erdiği tarihteki ücret miktarı değil, çalışmasının geçtiği

ilgili dönemlerdeki ücret miktarları belirlenmelidir. Bunun yanı sıra, Yargıtay yerleşik içtihatlarında hafta tatilinde yapılan çalışmanın yazılı belgeler, işveren kayıtları veya kesin delillerle değil de tanıklarla ispatlanması durumunda hafta tatili ücretinden karineye dayalı makul indirim yapılması gerektiğine hükmetmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, hafta tatili ücreti ulusal bayram ve genel tatil ücreti ya da fazla çalışma ücreti vb. alacaklardan farklı bir işçilik alacağıdır. Kanun'da ulusal bayram ve genel tatil günlerinde de işçinin çalışmadan ücrete hak kazanacağı öngörülmüştür. İşçinin ilgili günlerde çalışması halinde ise kendisine, kanunlarda ulusal ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenmelidir (İşK. m.47). Hafta tatili günü ile ulusal bayram ve genel tatil gününün çakışması durumunda, işçi çalışma karşılığı olmayan ücret bakımından bir günlük ücrete hak kazanır. İşçinin söz konusu günde çalışması halinde ise, çalışmadan hak kazanılan ücretin miktarı bakımından fark yoksa da çalışma karşılığı istenecek ücretin hafta tatili günü açısından zamlı olması nedeniyle hafta tatili ücretine hükmetmek isabetli olur.

Hem fazla çalışmanın hem de hafta tatilinde çalışmanın söz konusu olduğu durumlarda mükerrer hesaplamaların önüne geçmek için işçinin fazla çalışma süresi altı günlük çalışması üzerinden belirlenir. Yargıtay bu ihtimalde hafta tatilindeki yedi buçuk saati aşan çalışmaların fazla çalışma açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. İşçi, hafta tatili gününde/günlerinde çalışmış olsa dahi açacağı davada sadece fazla çalışma ücreti talep edebilir. Sadece fazla çalışma ücretinin talep edildiği bir ihtimalde, haftalık çalışma süresinin kırk beş saatin üzerinde olup olmadığı yedi günlük çalışmaya göre tespit edilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işçinin ücretine çalışma karşılığı hak kazanacağı hafta tatili ücretinin dahil olduğuna ilişkin sözleşme hükümleri geçersizdir. Öte yandan Yargıtay kural olarak fazla çalışma ücreti bakımından bu yönde sözleşme hükümlerine, yılda iki yüz yetmiş saate kadar yapılan fazla çalışmalarla sınırlı olmak kaydıyla geçerlilik tanımaktadır. İş sözleşmesinde böyle bir hüküm bulunması ve işçinin davada hafta tatili ücreti talep etmeden yedi gün çalıştığını ileri sürerek salt fazla çalışma ücreti istemesi halinde, hesaplanan fazla çalışma süresinin hafta tatilindeki çalışmalarını da içerecek şekilde belirlenmesi, işçinin daha az hafta tatili ücretine hak kazanması yol açacaktır. Bu sebeple ilgili durumlarda her ne kadar hafta tatili fazla çalışma içinde değerlendirilse de hafta tatilindeki çalışmalar ayrıştırılmalı ve iki yüz yetmiş saate kadar yapılan fazla çalışmaların tespitinde dikkate alınmadan fazla çalışma ücreti hesaplanmalıdır.

İşK m.34/1'de yer alan “*Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır*” düzenlemesi, hafta tatili ücret alacağı için de uygulama kabiliyetini haizdir. Son olarak hafta tatili ücretinde zamanaşımının beş yıl olduğu ve ücrete hak kazanılmakla işlemeye başladığı belirtilmelidir. Hafta tatili ücretinde faize ve zamanaşımına ilişkin detaylara da çalışmamızda yer verilmiştir.

KAYNAKÇA

- ALP, Mustafa: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2019-2020, Ankara, 13-14 Kasım 2021, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 11-146.
- AYDIN, Ufuk: “Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.8, 2007, s. 41-54.
- ATALAY, Oğuz, PEKCANITEZ, Hakan: Usûl Medenî Usul Hukuku Cilt II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- BALKAN, Hakan: Bireysel İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- BAŞBUĞ, Aydın, YÜCEL BODUR, Mehtap: İş Hukuku, Çalışanların Hakları ve Sorunları, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- BAŞKURU, Kenan: 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Düzenlenen Ücret Alacakları Bakımından İspat Yükü ve Deliller, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- BAYCIK, Gaye: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, Ankara, 01-02 Aralık 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 7-356 (İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASI).
- BAYCIK, Gaye: “Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, 2014, s. 223-262.
- CENTEL, Tankut: “Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, 2006, s. 19-22.
- ÇELİK, Nuri, CANIKLIOĞLU, Nurşen, CANBOLAT, Talat, ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2023.
- ÇİL, Şahin: “Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,

Yargıtay Kararları Doğultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Hafta Tatili Ücreti

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, Cilt 74, 2016, s. 269-312.

DEMİR, Ender: “Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar IV, ed. Tankut Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 221-245.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2013, İstanbul, 21-22 Kasım 2014, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 7-146 (İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASI).

EKMEKÇİ, Ömer, YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

EKONOMİ, Münir: “Bölünemeyen Çalışma Şartlarından Hafta Tatili ve Diğer Tatiller”, Çalışma ve Toplum, S.68, 2022, s. 21-39.

ERTANHAN, Mesut: Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

GÖKTAŞ, Seracettin: “Yargıtay Uygulamasına Göre Hafta Tatili”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.30, 2013, s. 43-47.

KARAMAN, Mehmet Halis: “Karar İncelemesi: 4857 sayılı İş Kanunu m. 13. Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasası, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatili”, Çalışma ve Toplum, S.25, 2010, s. 269-300.

MERİÇ, Nedim: “Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma”, Legal İHSGHD, S.8, 2005, s. 1545-1580.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

ODAMAN, Serkan: Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.

- ÖZTÜRK, Berna: İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- ÖZVERİ, Murat: “Güvensizliğin Hukuku: Esneklik”, Sarper Süzek’e Armağan, I, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 277-295.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., ALTAY, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- SEVİMLİ, Ahmet: “Yargıtayın 2020 Yılı ve Sonrasındaki Kararlarında Kısmi Süreli İşçinin Hafta Tatili Hakkı (Karar İncelemesi)”, Çalışma ve Toplum, S. 76, 2023, s. 487-511.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2022.
- TAŞKENT, Savaş, EYRENCİ, Ömer, ULUCAN, Devrim, BASKAN, Şükriye Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.
- TOPÇUOĞLU, İlyas: “Haftalık Çalışma Süresi De Korunmaya Muhtaç Mıdır? Yoksa Vardiyalı Çalışma Düzenlemesi Ölü Mü Doğmuştur?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14, 2009, s. 159-171.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- UMAR, Bilge, YILMAZ, Ejder: İspat Yüğü, 2. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1980.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.
- “Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020 (İlke Kararları)”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 94, S.6, Kasım-Aralık 2020, s. 487-501.
- YILDIZ, Gaye Burcu: “Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu”, Sarper Süzek’e Armağan, I, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 203-231.

NÜKLEER SANTRAL ÇALIŞANLARININ İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Didem YARDIMCIOĞLU*

ÖZ

Nükleer santral çalışanlarının iyonlaştırıcı radyasyona maruz kalması önlenmesi gereken oldukça önemli bir risktir. Özellikle de nükleer tesislerde yaşanabilecek kazalar, patlamalar, yangınlar veya saldırılar sonucunda meydana gelebilecek radyoaktif sızıntılar hem çalışanları, hem de halkı ve çevrenin sağlık ile güvenliğini yakından etkilemektedir. Bu önemi nedeniyle nükleer güvenliğin sağlanmasına, gerek çalışanların gerekse halkın ve çevrenin korunmasına ilişkin çok sayıda uluslararası düzenleme yapılmıştır. Türk Hukukunda da nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik düzenlemelerin ülkemizin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler ile AB Direktifleri doğrultusunda hazırlandığı ve uyum içinde olduğu görülmektedir. Fakat nükleer santral çalışanlarının radyasyondan korunmasına ve iş sağlığı ile güvenliklerinin sağlanmasına ilişkin Almanya, Fransa ve ABD Hukukundaki düzenlemeler incelendiğinde mevzuatımızda önemli eksiklikler olduğu göze çarpmaktadır. Bunlara örnek olarak, güncelliğini yitirmiş hükümlerden oluşan yönetmeliklerin hala yürürlükte olması, yeni AB Direktiflerinin getirdiği standartlar kapsamında hükümlerin güncellenmemiş olması, konuya ilişkin

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: didem.yardimcioglu@dicle.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2890-5867.

Makalenin Gönderim Tarihi : 22.07.2024.

Makalenin Kabul Tarihi : 17.12.2024.

mevzuatın kolay anlaşılabilir ve ulaşılabilir bir yapıda olmayıp, aksine oldukça dağınık bir halde bulunmasının uygulama güçlüğü yaratması verilebilir. Henüz yapımı devam eden bir nükleer santral projesinin varlığı da göz önünde bulundurulduğunda, reaktörlerin çalışmaya başlamasından evvel mevzuattaki eksikliklerin hızlıca giderilmesi ve gerekli güncellemelerin yapılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda çalışmamızda nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğinin hem uluslararası hem de ulusal hukuk yönünden çerçevesi çizilerek, yabancı ülke hukukları göz önünde bulundularak, Türk Hukuku bakımından öneriler sunulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Nükleer enerji, nükleer güvenlik, iş sağlığı ve güvenliği hukuku, radyasyondan korunma, nükleer santral çalışanları.

LEGAL FRAMEWORK OF OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY OF NUCLEAR POWER PLANT WORKERS

ABSTRACT

Exposure of nuclear power plant workers to ionizing radiation is a very important risk that must be prevented. Radioactive leaks that may occur as a result of accidents, explosions, fires or attacks, especially in nuclear facilities, closely affect the health and safety of both workers, the public and the environment. Due to this importance, many international regulations have been made to ensure nuclear safety and to protect both workers, the public and the environment. In Turkish Law, it is seen that the regulations to ensure the occupational health and safety of nuclear power plant workers are prepared and in harmony with the international agreements to which our country is a party and the EU Directives. However, when the regulations in Germany, France and the USA regarding the protection of nuclear power plant workers from radiation and ensuring occupational health and safety are examined, it is evident that there are significant deficiencies in our legislation. Examples of these include the fact that regulations consisting of outdated provisions are still in force, the provisions have not been updated within the scope of the standards brought by the new EU Directives, the legislation on the subject is not in an easily understandable and accessible structure, on the contrary, it is quite dispersed, creating difficulties in implementation. Considering the existence of a nuclear power plant project that is still under construction, it becomes a necessity to quickly eliminate the deficiencies in the legislation and make the necessary updates before the reactors start operating. In this regard, our study aims to outline the occupational health and safety of nuclear power plant workers in terms of both international and

national law, and to present suggestions in terms of Turkish Law, taking into account the laws of foreign countries.

Keywords: Nuclear energy, nuclear safety, occupational health and safety law, radiation protection, nuclear power plant workers.

I. GİRİŞ

Dünyada nükleer enerjiye ilişkin ilk gelişme Fransız fizikçi Henri Becquerel'in 1896 yılında uranyumdaki radyoaktiviteyi keşfetmesi olarak kabul edilmektedir¹. 1898 yılında ise Pierre ve Marie Curie uranyum minerallerinde doğal olarak oluşan güçlü radyoaktif elementler olan polonyum ve radyumu keşfetmişlerdir. Bu keşifle beraber Marie Curie tarafından "radyoaktivite" terimi bilim dünyasına kazandırılmıştır². Daha sonrasında çok sayıda bilim insanı tarafından çeşitli deneyler ve gözlemler yapılmış, radyoaktivite hakkında her edinilen bilgi yeni bir keşfin kapılarını aralamıştır. 1905 yılında Albert Einstein'ın $E=mc^2$ denklemini ortaya koyması nükleer enerji açısından bir dönüm noktası olmuştur³. Alman kimyagerler Otto Hahn ve Fritz Strassmann tarafından, ilk adımları Lise Meitner ve Otto Frisch tarafından yapılan çalışmalarla atılmış olan, nükleer fisyon keşfedilmiş ve fisyon tepkimesi sonucu Einstein'ın denklemine uygun bir şekilde enerji açığa çıktığı saptanmıştır. Nükleer fisyon tepkimesinin keşfi beraberinde, İkinci Dünya Savaşı'nın da etkisiyle atom bombasının geliştirilmesi sürecini getirmiştir⁴. Üretilen atom bombalarının 6 Ağustos 1945 tarihinde Hiroşima'ya, 9 Ağustos 1945 tarihinde ise Nagazaki'ye atılması sonucunda meydana gelen yıkım tüm insanlık tarihini derinden etkilemiştir. Yıkımın büyüklüğü, nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla kullanılmasının bir gereklilik olduğunu gözler önüne sermiştir.

¹ Winfried Koelzer, Lexikon zur Kernenergie, KIT Scientific Publishing, Karlsruhe 2019, s. 164; Martin Volkmer, Kernenergie Basiswissen, Deutsches Atomforum e.V., Berlin 2013, s. 17.

² <https://www.britannica.com/science/atom/Structure-of-the-nucleus>, (02.06.2024).

³ Ahmet Kütükçüoğlu, Dünden Bugüne Türkiye'de Nükleer Enerji, Tekses Ofset Matbaacılık, Ankara 2020, s. 13.

⁴ <https://www.britannica.com/science/atom/Structure-of-the-nucleus>, (02.06.2024); OECD/Nuclear Energy Agency, Kernenergie heute, <https://www.oecd-nea.org/upload/docs/application/pdf/2019-12/6214-kernenergie-heute.pdf>, s. 14, (02.06.2024).

8 Aralık 1953 tarihinde Amerikan Başkanı Dwight D. Eisenhower'ın Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda yaptığı konuşmasında ortaya koyduğu “*sulh için atom*” programı doğrultusunda ülkemizde de gelişmeler yaşanmıştır. 1956 yılında İstanbul Üniversitesi (İÜ) ile İstanbul Teknik Üniversitesi (İTÜ), Çekmece Nükleer Araştırma ve Eğitim Merkezini kurmak ve bir araştırma reaktörü inşa etmek amacıyla bir araya gelerek İÜ-İTÜ Reaktör Komitesini hayata geçirmişlerdir⁵. Ardından 6821 sayılı Atom Enerjisi Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun 4 Eylül 1956 tarihli ve 9398 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve Başbakanlığa bağlı Atom Enerjisi Komisyonu Genel Sekreterliği oluşturulmuştur. 29 Temmuz 1957’de Birleşmiş Milletler bünyesinde Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (UAEA) kurulmuş, Türkiye de 7015 sayılı 26 Ekim 1956 tarihinde New York’ta İmzalanan Milletlerarası Atom Enerjisi Ajansı Statüsünün Tasdiki Hakkında Kanun ile UAEA’ya üye olmuştur⁶. Bunu takiben 1958 yılında İÜ-İTÜ Reaktör Komitesi lağvedilerek görevi Atom Enerjisi Komisyonuna devredilmiştir. İlerleyen süreçte nükleer enerjiye yönelik çeşitli kanunlar yürürlüğe girmiş ise de sistemin kurumsallaştırılması açısından en önemli adım 1982 yılında 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu⁷ ile Başbakanlığa bağlı Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun (TAEK) kurulması ile atılmıştır⁸.

2018 yılında TAEK tarafından yürütülmekte olan düzenleyici ve denetleyici faaliyetler, uluslararası gereklilikler de dikkate alınarak, 702 sayılı Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁹ kapsamında, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip ve yetkilerini bağımsız olarak kullanmak üzere kurulan Nükleer Düzenleme Kurumuna (NDK) geçmiştir. Ancak bu Kanun

⁵ Ahmet Bayülken, “Türkiye’de Nükleer Enerji”, <https://inis.iaea.org/collection/NCLCollectionStore/Public/41/103/41103131.pdf>, s. 171, (02.06.2024); Sinan Ülgen/Aaron Stein, “Atomun Kontrolüne Yönelik Çabalar ve Nükleer Teknoloji Transferi: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme”, Nükleer Enerjiye Geçişte Türkiye Modeli-II, EDAM, İstanbul 2012, s. 72.

⁶ RG., 22.06.1957, 9640.

⁷ RG., 13.07.1982, 17753.

⁸ Bayülken, s. 172; Ülgen/Stein, s. 72-73.

⁹ RG., 09.07.2018, 30473.

Hükmünde Kararname, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir¹⁰. Bunun üzerine NDK'nın hukuki altyapısı 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu¹¹ ve 95 sayılı Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹² ile tekrar oluşturulmuştur¹³. 2020 yılında ise 4 ve 57 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri¹⁴ ile Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu (TENMAK) kurulmuştur¹⁵. Böylece günümüzde mülga TAEK'in Ar-Ge ve diğer hizmet faaliyetlerini TENMAK, düzenleyici kontrol faaliyetlerini ise NDK sürdürmektedir¹⁶.

Ülkemizde elektrik enerjisi üretilmesi amacıyla nükleer santral kurulması çalışmalarının başlangıcı ise 1970'li yıllara dayanmaktadır. Gerçekten de 1973-1977 yıllarını kapsayan III. Beş Yıllık Kalkınma Planında, *“Üçüncü Plan döneminde tesisine başlanacak olan eğitim amaçlı prototip nükleer santral, uzun dönemde nükleer teknolojiye girişi sağlamak için nükleer enerji santrallerini planlama, projelendirme ve tesisinde yararlar sağlayacak, ayrıca elektrik enerjisi üretecektir”* denilmek suretiyle elektrik enerjisi üretiminde nükleer enerjiden faydalanılmak istendiği belirtilmiştir¹⁷. Ayrıca Kalkınma Planında, *“Türkiye Elektrik Kurumunun nükleer teknolojiye girişi sağlanacak ve nükleer enerji uzun dönem elektrik enerjisi üretiminde yurt içi kömür, petrol ve hidrolik kaynakların ihtiyaçları ekonomik şekilde karşılayamadığı dönemde işletmeye alınacak tarzda planlanacaktır”* düzenlemesi yer almıştır¹⁸. Bu doğrultuda nükleer santral sahası için fizibilite ve yer araştırmaları gerçekleştirilmiştir. Bu işlemler sonucunda nükleer santral kurulması için en uygun yerler Mersin-Akkuyu, Sinop-İnceburun ve Kırklareli-İğneada olarak belirlenmiştir. 1976 yılında da

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 30.12.2020, E. 2018/115 K. 2020/81, <https://www.resmigazete.gov.tr/09.03.2021>, (02.06.2024).

¹¹ RG., 08.03.2022, 31772.

¹² RG., 08.03.2022, 31772.

¹³ <https://www.ndk.gov.tr/ndk-hakinda>, (02.06.2024).

¹⁴ 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG., 15.07.2018, 30479; 57 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG., 28.03.2020, 31082.

¹⁵ <https://www.tenmak.gov.tr/kurumsal/hakkimizda.html>, (02.06.2024).

¹⁶ Nükleer Düzenleme Kurumu, Nükleer Düzenleme Kurumu Stratejik Planı 2021-2025, s. 10, <https://webim.ndk.gov.tr/file/223e70f4-fc12-43b4-807f-7721439fd6b1>, (02.06.2024).

¹⁷ T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Üçüncü Beş Yıllık Kalkınma Planı 1973-1977, s. 570.

¹⁸ T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, s. 578.

dönemin lisanslama otoritesi olan Atom Enerjisi Komisyonu, Mersin-Akkuyu için yer lisansı vermiştir¹⁹.

Günümüzde Mersin-Akkuyu'da bir nükleer santralin kurulmasına yönelik inşaat çalışmaları hala devam etmektedir. Bu duruma paralel olarak da gerekli mevzuat çalışmalarına hız verilmiştir. Nükleer enerji, çalışanların radyasyona maruz kalması nedeniyle zarar görebileceği, bu nedenle de gerek nükleer santrallerin kurulması ve işletilmesi gerekse işletimden kaldırılması sürecinde çalışanların özel olarak korunmasını gerektiren bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle nükleer santral çalışanlarının radyasyona karşı korunması, gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin titizlikle belirlenmesi ve alınması büyük önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, biz de çalışmamızda öncelikle nükleer enerji ve nükleer güvenlik kavramlarını açıklayacak, ardından nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin hem uluslararası belgelerde hem de Türk Hukukunda yer alan hukuki düzenlemeleri inceleyeceğiz. Buna ilave olarak çalışmamızda dünyanın en büyük nükleer enerji üreticisi Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile Avrupa Birliği (AB) üyesi ülkelerden nükleer enerji santrallerinin tamamını 2023 yılının Nisan ayında kapatan Almanya ve tam tersine nükleer enerjiyi destekleyerek yeni reaktörlerin inşası için harekete geçen Fransa'daki nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin hukuki düzenlemeleri ortaya koyarak Türk Hukuku bakımından önerilerde bulunacağız.

II. NÜKLEER ENERJİ VE NÜKLEER GÜVENLİK KAVRAMLARI

Nükleer enerji, Türk Dil Kurumu tarafından kısaca “*Atom çekirdeğinin parçalanmasından doğan enerji*” olarak tanımlanmaktadır²⁰. Nükleer enerji, proton ve nötronlardan oluşan atomun çekirdeğinden

¹⁹ Fuat Tiniş, “Türkiye’de Yapımı Süren ve Planlanan Nükleer Santraller”, <https://enerji.mmo.org.tr/wp-content/uploads/2019/02/Fuat-Tini%C5%9F-Makina-Y.M%C3%BChendisiODT%C3%9C-Mezunlar-Derne%C4%9Fi-Enerji-Komisyonu-%C3%9CyesiT%C3%BCrkiyede-Yap%C4%B1m%C4%B1-S%C3%BCren-ve-Planlanan-N%C3%BCkleer-Santraller.pdf>, (03.06.2024); Erinç Ercan/Horst Schneider, “Turkish Nuclear Legislation: Developments for a Nuclear Newcomer”, Nuclear Law Bulletin, No. 92, Vol. 2013/2, s. 48.

²⁰ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, (23.06.2024).

salınan bir enerji türü olup, bu enerji iki şekilde üretilebilir. Bunlardan ilki ve günümüzde elektrik üretimi için dünya genelinde yaygın olarak kullanılanı “filyon” olarak adlandırılmakta ve atom çekirdeğinin birkaç parçaya bölünmesi ile oluşmaktadır. Başka bir ifadeyle nükleer filyon, bir atom çekirdeğinin iki veya daha fazla küçük çekirdeğe bölünerek enerji açığa çıkardığı bir reaksiyondur. Bu reaksiyon her oluştuğunda, ısı ve radyasyon şeklinde bir enerji açığa çıkar. Kömür, gaz ve petrol gibi fosil yakıtlardan elde edilen ısınnın elektrik üretmek için kullanılmasına benzer şekilde, bir nükleer enerji santralinde ısı böylelikle elektriğe dönüştürülebilir²¹. Nükleer enerjinin üretiminde kullanılmakta olan ikinci yol ise “füzyon” yöntemi olup çekirdeklerin bir araya gelmesi ile elde edilmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki, füzyon yöntemi ile nükleer enerji ve elektrik üretimi henüz Ar-Ge aşamasında olup bu teknolojinin yaygınlaşması için geliştirilmesi gerekmektedir²². Nükleer enerji günümüzde dünya elektrik talebinin yaklaşık %16’sını karşılayan önemli bir enerji kaynağı olmasına rağmen, hem devlet müdahalesinin derecesi hem de halk tarafından dile getirilen korkular açısından diğer enerji kaynaklarına kıyasla özel bir konuma sahiptir. Bu özel konunun ortaya çıkmasına, nükleer enerjinin askeri kökeni ve silah amaçlı olası kullanımı; teknik karmaşıklık; nükleer atıkların uzun vadeli etkileri; karmaşık güvenlik önlemleri, yasal prosedürler ve sigorta gereklilikleri; potansiyel kazaların sonuçları; iyonlaştırıcı radyasyonun zararlı etkileri ve nükleer santrallerin inşasına yapılan yüksek yatırım seviyesi gibi birçok faktör sebebiyet vermektedir²³.

Nükleer güvenlik ise nükleer tesislerde uygun çalışma koşullarının sağlanmasını, kazaların önlenmesini ve kaza meydana gelmesi durumunda sonuçlarının hafifletilmesini kapsayan bir kavramdır²⁴. 2009/71/Euratom Direktifinin 3. maddesinin 2. paragrafında

²¹ Volkmer, s. 25; Koelzer, s. 106; IAEA, <https://www.iaea.org/newscenter/news/what-is-nuclear-energy-the-science-of-nuclear-power>, (23.06.2024).

²² Koelzer, s. 106; IAEA, <https://www.iaea.org/newscenter/news/what-is-nuclear-energy-the-science-of-nuclear-power>, (23.06.2024).

²³ OECD/Nuclear Energy Agency, s. 9-11.

²⁴ European Commission, https://energy.ec.europa.eu/topics/nuclear-energy/rules-and-implementation_en#:~:text=Nuclear%20safety%20covers%20ensuring%20proper.the%20consequences%20if%20they%20happen.&text=About%20a

da nükleer güvenlik kavramı, “*çalışanların ve halkın nükleer tesislerden kaynaklanan iyonlaştırıcı radyasyonlar sebebiyle ortaya çıkan tehlikelerden korunmasıyla sonuçlanan uygun çalışma koşullarının sağlanması, kazaların önlenmesi ve kaza sonuçlarının hafifletilmesi anlamına gelir*” şeklinde tanımlanmıştır²⁵. Radyasyon, atom altı parçacıklar veya elektromanyetik dalgalar şeklinde uzaya veya maddeye nüfuz eden bir enerjidir. Radyasyon kaynakları temel olarak doğal ve yapay radyasyon kaynakları olmak üzere iki kategoriye ayrılır. Örneğin doğal radyasyon kaynakları uzaydan gelen kozmik ışınlar ve yer kürede bulunan uranyum, toryum gibi elementler iken; yapay radyasyon kaynakları nükleer enerji ve bilimin gelişmesi sürecinde ortaya çıkan ve genellikle sağlık sektöründe kullanımı yaygın olan radyasyon kaynaklarıdır. Radyasyonun enerjisi, elektronları atomların elektron kabuğundan serbest bırakacak ve böylece onları iyonlaştıracak, başka bir anlatımla pozitif veya negatif olarak yükleyecek kadar yüksekse, iyonlaştırıcı radyasyondan söz edilir. Bu etkileşimden kaynaklanan iyonlar, etkilenen hücrelere zarar verebilecek kimyasal değişiklikleri tetikleyebilir olduklarından oldukça zararlıdır. Bu nedenle de halkın, çevrenin ve çalışanların radyasyondan korunması, nükleer enerji sektörünün en önemli güvenlik hedeflerinden biridir²⁶. Hakikaten de nükleer santraller aracılığıyla elektrik enerjisi üretiminde çalışanların iyonlaştırıcı radyasyona maruziyeti önlenmesi gereken oldukça önemli bir husustur. Özellikle de nükleer tesislerde yaşanabilecek kazalar, patlamalar, yangınlar veya saldırılar sonucunda meydana gelebilecek radyoaktif sızıntılar hem çalışanları, hem de halkı ve çevrenin sağlık ile güvenliğini yakından etkilemektedir. Hatta bu sızıntıların sınır aşan bir yapısı da bulunmakta ve hava gibi çeşitli yollarla taşınarak çevre ülkeleri de etkilemesi mümkün olabilmektedir. Görüleceği üzere yaşanacak nükleer bir kaza çok büyük bir alanı olumsuz etkileyebilme potansiyeline sahiptir. Nükleer enerji üretimi sonucunda açığa çıkan radyoaktif atıkların saklanması da ayrıca dikkat edilmesi gereken bir durumdur. Zira bu atıklar da çevre ve canlıların yaşamı için tehdit oluşturan bir nitelik

[%20fifth%20\(21.8%25\).in%202022%2C%20according%20to%20Eurostat\(23.06.2024\).](#)

²⁵ Direktif metni için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2009/71/oj>, (23.06.2024).

²⁶ OECD/Nuclear Energy Agency, s. 53-55.

taşımaktadır²⁷. İşte tüm bu nedenlerle nükleer güvenliğin sağlanması hayati öneme sahiptir. Bu önemi nedeniyle nükleer güvenliğin sağlanmasına, gerek çalışanların gerekse halkın ve çevrenin korunmasına ilişkin çok sayıda uluslararası düzenleme yapılmıştır²⁸. Bu düzenlemelerin incelenmesinin çalışma konumuzun temelini oluşturması nedeniyle faydalı olacağı kanaatindeyiz.

III. NÜKLEER SANTRAL ÇALIŞANLARININ GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN TEMEL ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

A. İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkında 115 Sayılı ILO Sözleşmesi

Türkiye'nin de tarafı olduğu 1 Haziran 1960 tarihli İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkında 115 Sayılı ILO Sözleşmesi²⁹ işçileri, çalışırken maruz kalabilecekleri iyonizan radyasyonlara karşı korumayı hedeflemektedir. Sözleşmenin m. 3 ve m. 5

²⁷ Nitekim dünyada ve Avrupa Birliği üyesi ülkelerde var olan günümüz teknolojisi ve bilgi birikimi ile nükleer atıkların depolanması ve imhası hususunda hala kesin bir çözüm bulunmadığı yönünde bkz., Suat Dursun, Avrupa Birliği'nin Enerji Politikası ve Türkiye, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Araştırma Dizisi No: 36, Ankara 2011, s. 190.

²⁸ Ayrıca Birleşmiş Milletler Atomik Radyasyonun Etkileri Bilimsel Komitesi (UNSCEAR), Uluslararası Radyolojik Koruma Komisyonu (ICRP), Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (IAEA), Avrupa Komisyonu (EURATOM Antlaşması aracılığıyla) ve OECD Nükleer Enerji Ajansı (NEA) gibi uluslararası kuruluşlar nükleer güvenliğin sağlanmasına ilişkin bilimsel ve kanuni çerçevenin oluşturulmasına önemli ölçüde katkıda bulunmaktadır. Bu kuruluşların çalışmaları ve yayınladıkları güvenlik standartları, nükleer enerjiye ilişkin hem uluslararası hem de ulusal olarak kabul edilen güvenlik standartları üzerinde önemli bir etkiye sahiptir, OECD/Nuclear Energy Agency, Work Management to Optimise Occupational Radiological Protection at Nuclear Power Plants, OECD Publications, 2009, s. 15.

²⁹ 07.03.1968 tarihli ve 1033 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Sözleşmenin, 25.07.1968 tarihli ve 12959 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 02.07.1968 tarihli ve 6/10300 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanması kararlaştırılmıştır.

hükümleri uyarınca, işçilerin sağlık ve güvenlikleri açısından iyonizan radyasyonlara karşı etkili bir şekilde korunmalarını sağlamak amacıyla gerekli her türlü tedbirin alınması; işçilerin bu radyasyonlara maruz kalışlarının mümkün olan en alt sınıra indirilmesi için her türlü gayretin gösterilmesi ve gereksiz maruziyetlerin önlenmesi gerekmektedir. Ayrıca Sözleşmenin m. 6 hükmü doğrultusunda taraf devletlere, işçilere organizma içi veya dışı kaynaklardan yönelebilecek iyonizan radyasyonların izin verilebilir azami dozlarının belirlenmesi, organizmaya girmesine cevaz verilebilecek radyoaktif maddelerin en üst miktarlarının tespit edilmesi, bu doz ve miktarların yeni bilgiler ışığında devamlı şekilde yeniden incelemeye tabi tutulması konularında sorumluluk yüklenmiştir. Bu belirlemelerin, doğrudan doğruya radyasyon işlerinde çalışan işçiler hakkında olduğu kadar doğrudan radyasyona maruz kalacak işlerde çalışmamakla birlikte, iyonizan radyasyonlara veya radyoaktif maddelere maruz kalma ihtimali olan mahallerde bulunan yahut bu mahallerden geçen işçiler hakkında da yapılması öngörülmüştür. Ancak Sözleşmenin m. 7 hükmünde, doğrudan doğruya radyasyona maruz kalabilecek işlerde çalışan işçiler için uygun seviyelerin belirlenmesinde yaş bakımından bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmektedir. Anılan madde hükmüne göre, 18 ve daha yukarı yaşlardaki işçiler ile 18 yaşından küçük işçiler açısından uygun olan doz seviyeleri m. 6 hükmüne göre tespit edilecektir. 16 yaşından küçük olan işçilerin ise iyonizan radyasyonlara sebep olan işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır (m. 7).

Sözleşmeye göre, “doğrudan doğruya radyasyon işlerinde çalışan bütün işçilere, bu işlerde çalıştırılmadan önce veya çalıştırıldıkları sırada, güvenlikleri ve sağlıklarının korunması için alınacak önleyici tedbirler ve bu tedbirlerin alınmasını gerektiren sebepler hakkında bilgi verilmeli; tespit edilen doz seviyelerine uyulup uyulmadığının doğrulanması amacıyla, iyonizan radyasyonlara ve radyoaktif maddelere ne dereceye kadar maruz kalındığı tayin edilmek üzere işçiler ve işyerleri kontrole” tabi tutulmalıdır (m. 9, 11). Doğrudan doğruya radyasyon işlerinde çalışan bütün işçiler, “bu işlerde çalışmadan önce veya çalışmaya başladıktan kısa bir süre sonra sağlık muayenesine tabi tutulmalı ve sonrasında da belirli aralıklarla bu sağlık muayeneleri” tekrarlanmalıdır (m. 12). Hiçbir işçi, “yetkili tıbbi görüşe aykırı olarak iyonizan radyasyonlara maruz kalmasını gerektirebilecek işlerde çalıştırılmamalı veya çalıştırmaya devam” ettirilmemelidir (m. 14).

B. Nükleer Güvenlik Sözleşmesi

17 Haziran 1994 tarihinde Viyana’da kabul edilen ve Türkiye’nin de tarafı olduğu Nükleer Güvenlik Sözleşmesinin³⁰ m. 1 hükmünde belirtildiği üzere bu Sözleşme, “ulusal tedbirlerin ve gerektiğinde güvenlikle ilgili teknik işbirliğini de içeren uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesi yoluyla yüksek derecede evrensel bir nükleer güvenlik elde etmek ve sürdürmek; bireyleri, toplumu ve çevreyi nükleer tesislerden gelen iyonlaştırıcı radyasyonun zararlı etkilerinden korumak için bu tesislerde potansiyel radyolojik tehlikelere karşı etkin bir korunma tesis etmek ve sürdürmek; radyolojik sonuçları olabilecek kazaları önlemek ve bu kazaların olması halinde meydana gelebilecek sonuçları hafifletmek” amacıyla hazırlanmıştır³¹. Sözleşme uyarınca taraf devletler kendi ulusal mevzuatları çerçevesinde “yasal, düzenleyici, idari ve diğer gerekli tedbirleri” alma yükümlülüğü altındadır (m. 4). Yine taraf devletler, üç yılda bir gerçekleştirilen Nükleer Güvenlik Sözleşmesi Gözden Geçirme Toplantılarından önce incelenmek üzere Sözleşme ile öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmek için aldıkları tedbirler hakkında rapor düzenlemek ve UAEA’na sunmakla sorumlu tutulmuştur (m. 5). Sözleşme uyarınca taraf devletlerin her biri “nükleer tesislerin güvenliğini kontrol etmek üzere yasal ve düzenleyici bir çerçeve” kuracak ve yürürlükte tutacaktır (m. 7). Sözleşmenin tarafı olan ülkemizde de bu doğrultuda 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu ile çeşitli yönetmelikler hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur. Ayrıca taraf devletlerin “yasal ve düzenleyici çerçevenin uygulanması ile görevlendirilmiş ve kendisine verilen sorumlulukları yerine getirmek için uygun yetki, güç, mali ve personel kaynakları sağlanmış bir yetkili kurum tesis veya tayin edeceği” düzenlenmiştir (m. 8). Belirtelim ki, bu doğrultuda ülkemizde yetkili kurum olarak Nükleer Düzenleme Kurumu faaliyet göstermektedir.

³⁰ Sözleşmenin, 14.01.1995 tarihli ve 22171 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 15.12.1994 tarihli ve 94/6376 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanması kararlaştırılmıştır.

³¹ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Gustavo Caruso, “IAEA’s Nuclear Safety and Nuclear Security Worldwide”, Luciano Maiani vd. (ed.), International Cooperation for Enhancing Nuclear Safety, Security, Safeguards and Non-proliferation–60 Years of IAEA and EURATOM, Springer Proceedings in Physics 206, 2017, s. 7-8.

C. Euratom Antlaşması

1 Ocak 1958 tarihinde yürürlüğe giren Roma Antlaşması, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun kurucu antlaşmasıdır. Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması da Roma Antlaşması ile aynı tarihte yürürlüğe girmiş olup Euratom Antlaşması adıyla anılmaktadır³². Euratom'un amacı, "nükleer enerjinin barışçıl saiklerle ve güvenli biçimde kullanılmasını sağlamak için üye devletlerin araştırma programlarını koordine etmek" olarak belirlenmiştir³³. Antlaşmanın m. 30 hükmünde Euratom'un, "halkın ve çalışanların sağlığının iyonlaştırıcı radyasyonun tehlikelerine karşı korunmasına yönelik temel standartları" belirleyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca Antlaşmanın m. 33 hükmünde, "her üye devletin belirlenen temel standartlara uyum sağlamak için uygun yasa, yönetmelik ve idari hükümleri kabul edeceği; öğretim, eğitim ve mesleki eğitim için gerekli önlemleri alacağı" belirtilmiştir.

D. 2009/71/Euratom Sayılı Nükleer Güvenlik Direktifi

2009/71/Euratom sayılı Konsey Direktifi, Avrupa Birliğine üye devletlere nükleer güvenliğe yönelik ulusal bir çerçeve oluşturma ve sürdürme yükümlülüğü getirmektedir³⁴. Belirtelim ki, 2011 yılında Japonya'da meydana gelen Fukushima nükleer kazası³⁵, riskin en aza

³² Antlaşma metni için bkz., <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/en/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/euratom-treaty>, (24.06.2024).

³³ https://www.ab.gov.tr/avrupa-birliginin-tarihcesi_105.html#:~:text=Avrupa%20Ekonomik%20Toplulu%C4%9Fu%20gibi%2C%20Avrupa,giren%20Roma%20Antla%C5%9Fmas%C4%B1%20ile%20kuruldu, (24.06.2024); Dursun, s. 37; AFAD, 2014-2023 Radyasyondan Korunma Standartlarının Güncellenmesi ve Güçlendirilmesi Yol Haritası Belgesi, Eylül 2014, s. 23.

³⁴ Direktif metni için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2009/71/oj>, (24.06.2024).

³⁵ 11 Mart 2011 tarihinde Japonya'nın Sendai şehrinden 130 km uzaklıkta meydana gelen 9.0 büyüklüğündeki deprem sonucu sahil kenarına kurulu Fukushima Nükleer Santrali 23 metrelik tsunaminin hedefi olmuştur. Tsunaminin yüksekliği sahile ulaştığında 15 metreye düşse de iki ayrı dalga şeklinde gelen tsunami dalgaları nükleer santralin türbin binasını 5 metre su altında bırakmıştır. Bunun sonucunda da santral kararması oluşmuş ve reaktörler ana soğutucu sistemden mahrum kalmıştır. Esasında deprem

indirilmesi ve nükleer güvenliğin en üst seviyelerine ulaşılabilmesi için gereken önlemlere dünya çapında dikkatleri yeniden çekmiştir. Bu doğrultuda tüm AB üyesi ülkelerde yer alan nükleer santrallerde risk ve güvenlik değerlendirmeleri (stres testleri) gerçekleştirilmiştir. İlave olarak, komşu ülkeler İsveç ve Ukrayna da stres testlerine dahil edilmiştir. Bu testler ile nükleer enerji santrallerinin lisanslarını alırken kullanılan güvenlik standartlarının deprem, su baskını, terör saldırıları gibi beklenmedik ve ekstrem olaylar için yeterli olup olmadığının kontrol edilmesi amaçlanmıştır³⁶. Fukushima nükleer kazası ve gerçekleştirilen stres testleri neticesinde 2009/71/Euratom Direktifi 2014 yılında 2014/87/Euratom sayılı Direktif ile değiştirilmiştir³⁷.

meydana geldiği esnada reaktörler başarılı bir şekilde kapatılmıştır. Fakat ilk üç ünite kapatılmasına rağmen %1.5 güç üretmeye devam etmiştir. Bu nedenle soğutulamayan santralin basınç kabında buhar ve Hidrojen oluşmaya başlamış; sıcaklık ve basıncın artışı ile yaşanan Hidrojen patlamaları neticesinde Fukushima Nükleer Santrali kazası meydana gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., <https://www.afad.gov.tr/kbrn/fukushima-daiichi-nukleer-santral-kazasi>, (24.06.2024); Stephen G. Burns, “The Impact of the Major Nuclear Power Plant Accidents on the International Legal Framework for Nuclear Power”, Nuclear Law Bulletin, No. 101, Vol. 2018/2, s. 21 vd.; Zeynep Başar/Nureddin Türkan, “Çernobil ve Fukuşima Nükleer Güç Santrali Kazalarının İş Sağlığı ve Güvenliği Perspektifinden Karşılaştırmalı Bir İncelenmesi”, OHS Academy İş Sağlığı ve Güvenliği Akademi Dergisi, C. 6, S. 2, 2023, s. 122-125; Abdülazim Yıldız/Ercan Köse, “Nükleer Santrallerde İş Kazaları”, EJONS International Journal on Mathematic, Engineering and Natural Sciences, C. 13, 2020, s. 102-103; Kütükçüoğlu, s. 31.

³⁶ European Commission, [³⁷ Direktif metni için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0087>, \(24.06.2024\).](https://energy.ec.europa.eu/topics/nuclear-energy/rules-and-implementation_en#:~:text=Nuclear%20safety%20covers%20ensuring%20proper,the%20consequences%20if%20they%20happen.&text=About%20a%20fifth%20(21.8%25),in%202022%2C%20according%20to%20Eurostat,(24.06.2024).</p></div><div data-bbox=)

E. İyonlaştırıcı Radyasyona Maruz Kalmaktan Kaynaklanan Tehlikelere Karşı Korunmaya Yönelik Temel Güvenlik Standartlarını Belirleyen 2013/59/Euratom Sayılı Direktif

İyonlaştırıcı Radyasyona Maruz Kalmaktan Kaynaklanan Tehlikelere Karşı Korunmaya Yönelik Temel Güvenlik Standartlarını Belirleyen 2013/59/Euratom sayılı Direktif, 5 Aralık 2013 tarihinde yürürlüğe girerek 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom ve 2003/122/Euratom sayılı Direktifleri yürürlükten kaldırmıştır³⁸. Direktifin amacı, m. 1 hükmünde “*bireylerin sağlığının iyonlaştırıcı radyasyondan kaynaklanan tehlikelere karşı korunmasına yönelik tek tip temel güvenlik standartlarını belirlemek*” olarak düzenlenmiştir. Direktife göre bireylerin iyonlaştırıcı radyasyona maruz kalması durumu mesleki, tıbbi veya kamusal bir maruziyet şeklinde gerçekleşebilir (m. 1). Direktifin 5. maddesiyle AB’ye üye tüm devletlere gerekçelendirme, optimizasyon ve doz sınırlaması ilkelerine dayanan bir radyasyondan korunma sistemi kurma, buna dair yasal gereklilikleri hayata geçirme ve uygun bir kontrol rejimi oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir. Direktif ile üye devletlerin, radyasyona mesleki, kamusal ve tıbbi maruziyet hallerine ilişkin doz kısıtlamaları getirmeleri de öngörülmüştür (m. 6). Ayrıca Direktifin 8. maddesinde 18 yaşın altındaki kişilerin “*maruz kalan çalışan*” olarak nitelendirilmelerine neden olabilecek herhangi bir işte görevlendirilmesi ve çalıştırılması yasaklanmıştır. Hemen belirtelim ki, “*maruz kalan çalışan/exposed worker*” terimi Direktifin 4. maddesinde, Direktif ile belirlenen doz limitlerini aşacak bir şekilde işyerinde radyasyona maruz kalan serbest meslek sahibi veya bir işverenin emrinde çalışan kişi olarak tanımlanmıştır.

Direktifin 10. maddesi uyarınca hamile ve emziren çalışanlar yüksek doz alımı açısından önemli risk içeren işlerde çalıştırılmayacaktır. Direktifte öğrenimleri sırasında radyasyon kaynaklarıyla çalışmak zorunda olan çıraklar ve öğrenciler açısından da doz sınırları öngörülmüştür. Bu doz sınırları belirlenirken “*18 yaş ve üzeri*” ile “*16 ila 18 yaş aralığı*” şeklinde iki ayrı yaş aralığı göz önünde bulundurulmuştur (m. 11). İlave olarak üye devletler, teşebbüslerin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili olan bir “*radyasyondan korunma uzmanı*”ndan tavsiye almalarını talep etme; “*radyasyondan korunma görevlisi*” ve

³⁸ Direktif metni için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/59/oj>, (24.06.2024).

“*tıbbi fizik uzmanı*” görevlendirme; beklenen yıllık dozların ve potansiyel maruziyetlerin olasılığı ve büyüklüğünün değerlendirilmesi sonucunda işyerlerini sınıflandırma; işyerlerinin radyolojik gözetimini sağlama; radyasyona maruz kalan çalışanları sınıflandırma; radyasyona maruz kalan çalışanların tıbbi gözetimini gerçekleştirme; tıbbi gözetim sonucu çalışanın söz konusu görev için uygun olmadığı tespit edildiğinde onu bu görevde çalıştırmama gibi önemli yükümlülükleri yerine getirmekle sorumlu tutulmuşlardır (m. 34, 36, 39, 40, 45, 47). Ayrıca Direktifte çalışanlar, “*işletmenin kendi çalışanı*” ve “*harici çalışan*” olmak üzere bir ayrım tabii tutulmuş ve “*harici çalışan, denetlenen ve kontrol edilen alanlardan sorumlu işletme tarafından istihdam edilmeyen, ancak çıraklar ve öğrenciler de dahil olmak üzere bu alanlarda faaliyet gösteren, radyasyona maruz kalan herhangi bir çalışan anlamına gelir*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 4/61). Bu ayrım Türk Hukuku açısından da benimsenmiş ve Nükleer Tesislerde Radyasyondan Korunma Yönetmeliği³⁹ ile Kontrollü Alanlarda Çalışan Harici Görevlilerin İyonlaştırıcı Radyasyondan Kaynaklanabilecek Risklere Karşı Korunmasına Dair Yönetmelik’te⁴⁰ aynı ayrım yer verilmiştir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA NÜKLEER SANTRAL ÇALIŞANLARININ İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNİN SAĞLANMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Anayasada Yer Alan Düzenlemeler

Anayasa m. 17/1 hükmüne göre, “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*”. Ayrıca Anayasa m. 56/1 hükmünde, “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*” düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla nükleer santral çalışanlarının iyonlaştırıcı radyasyona maruziyetinin önlenmesi yaşama hakkının bir gereği olduğu kadar, olası sızıntıların çevrede meydana getirebileceği tahribat göz önünde bulundurulduğunda kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkıyla da yakından ilgilidir.

Bu hükümlere ilave olarak, Anayasa m. 90/son hükmü doğrultusunda Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşme ve

³⁹ RG., 29.05.2018, 30435.

⁴⁰ RG., 18.06.2011, 27968.

protokoller de ulusal mevzuatımıza dahil kabul edilmektedir. Zira Anayasa m. 90/son hükmünün ilk cümlesine göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*”. Anayasa m. 90/1 hükmünde, “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır*” düzenlemesi yer almaktadır⁴¹. Anayasa m. 104/11 hükmünde ise uluslararası sözleşmeleri onaylama yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Dolayısıyla, bir uygun bulma kanunu ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanan uluslararası sözleşmeler, Anayasa m. 90/son hükmünün ilk cümlesi uyarınca “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş*” uluslararası sözleşmeler statüsünde kabul edilecektir⁴². Bu doğrultuda yukarıda incelemiş olduğumuz Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler de iç hukukumuzun bir parçasını oluşturmaktadır⁴³.

⁴¹ Ancak Anayasa m. 90/2 ve m. 90/3 hükümlerinde belirtilen uluslararası sözleşmelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onaylamayı bir kanunla uygun bulması gerekmeksizin doğrudan Cumhurbaşkanı kararı ile onaylanması mümkündür.

⁴² Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 53-54; Serkan Odaman, “Sosyal Hukuk Alanında Uluslararası Sözleşmeler Işığında Evrensel Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi”, *Legal İSGHD*, S. 3, 2004, s. 820; Didem Yardımcıoğlu, “İklim Değişikliğinin Çalışma Hayatına Etkileriyle Mücadele: Adil Bir Geçiş İçin Toplu İş Hukuku Düzenlemelerinden Yararlanılması”, *DEÜHFD*, C. 26, S. 1, 2024, s. 479-480; Ercan/Schneider, s. 33.

⁴³ Uluslararası sözleşme hükümlerinin iç hukuk normu haline gelmesine dair ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta, İstanbul 2021, s. 101; Şükran Ertürk, “Türkiye’de Sendikal Yaşam Türkiye’nin Onaylamış Bulduğu 87 ve 151 Sayılı Sözleşmeler Karşısındaki Durumu”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 727-728; E. Murat Engin, “İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine”, *SGD*, C. 5, S. 2, 2015, s. 9 vd.; Öner Eyrenci, “İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi ve Yargı Kararları”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, *İÜHFMD*, C. 1, Özel Sayı, 2016, s. 381 vd.; Ali Güzel/Deniz Ugan Çatalkaya, “Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuka Doğrudan (Self Executing) Etkisi ve Örnek Bir Yargıtay Kararı Üzerine”, *Çalışma ve Toplum*, C. 2, S. 81, 2024, s. 430 vd.

Bu noktada AB direktifleri karşısında Türkiye'nin durumuna da değinmek gerekmektedir. Belirtelim ki, her ne kadar Türkiye hali hazırda AB'ye üye bir devlet olmadığından AB Direktifleri doğrudan iç hukukumuzun bir parçasını oluşturmasa da ülkemiz “*müzakereci devlet*” statüsü taşıdığından mevzuatını AB Direktifleri ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle yukarıda incelemiş olduğumuz AB Direktifleri ile ulusal mevzuatımızın yakından bağlantısı bulunmakta, yapılacak mevzuat çalışmalarında bu Direktif metinlerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

B. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Yer Alan Düzenlemeler

Ulusal mevzuatımızda işverenin işçinin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama, buna yönelik önlemleri alma yükümlülüğünün hukuki dayanağını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK)⁴⁴ m. 417/2 hükmü ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun⁴⁵ m. 4 hükmü oluşturmaktadır. Hemen belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu hangi Kanuna tabi olduğuna bakılmaksızın iş sözleşmesi ile çalışan tüm işçilerin iş kazası ve meslek hastalığından işverenin sorumluluğunu düzenlerken; 6331 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikler işçilerin yanı sıra stajyerlerin, memurların, çırakların, sözleşmeli personelin, başka bir deyişle tüm çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini sağlamayı amaçlamaktadır⁴⁶.

⁴⁴ RG., 04.02.2011, 27836.

⁴⁵ RG., 30.06.2012, 28339.

⁴⁶ Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta, İstanbul 2023, s. 396; Süzek, İş Hukuku, s. 425; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion, Ankara 2022, s. 1434-1435; Nurşen Caniklioğlu, “Yorum”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal, İstanbul 2014, s. 535; Nurşen Caniklioğlu, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri”, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 2012, s. 31; Gülsevil Alpagut, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları”, Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 32; Erdem Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 106; Saim Ocak, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Taraplara Getirdiği

6331 sayılı Kanunun “Kapsam ve istisnalar” başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasında hangi faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı sayılmıştır. Sayılan bu faaliyet ve kişiler arasında nükleer santrallerde çalışanlar bulunmadığından 6331 sayılı Kanunun iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin hükümleri nükleer santrallerde çalışanlar hakkında da uygulanacaktır. Dolayısıyla 6331 sayılı Kanun uyarınca işverenler nükleer santral çalışanlarının, “iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik olarak mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil 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 yapmakla; işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlamakla; risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla; çalışana görev verirken,

Yükümlülükler”, Öz İplik-İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İş Sağlığı ve İş Güvenliği’ne Hukuki Bakış Paneli İstanbul 2012, Öz İplik-İş Eğitim Yayınları, İstanbul 2013, s. 113; Gaye Baycık, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s. 107-108; Haluk Hadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin, Ankara 2018, s. 81; Ömer Ekmekçi/Ayşe Köme Akpulat/Ayşe Ledün Akdeniz, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul 2022, s. 4-15; Hasan Fehim Üçışık, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ötüken, İstanbul 2021, s. 31; A. Murat Demircioğlu/Doğan Korkmaz/Hasan Ali Kaplan, Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Beta, İstanbul 2020, s. 7-8; Erdem Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 44; Fevzi Demir, “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında İşverenin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 20, Özel Sayı, 2014, s. 676-677; Sami Narter, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezaî ve Hukuki Sorumluluk, Adalet, Ankara 2014, s. 30-31; Levent Akin, İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 38; İbrahim Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezaî Sorumluluk, Seçkin, Ankara 2015, s. 99-100; Ercan Akyiğit, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Seçkin, Ankara 2020, s. 453; Emine Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 615; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2014, s. 322; Kadir Arıcı, Türk İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2022, s. 208; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan/Esra Başkan, İş Hukuku, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2020, s. 359.

çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önünde bulundurmakla; yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayatı ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri almakla” yükümlü olacaktır (m. 4). Bu doğrultuda işveren risk değerlendirmesi yapacak veya yaptıracak (m. 10); nükleer santrallerde çalışanların sağlık gözetimine tabi tutulmasını sağlayacak (m. 15); çalışanları işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar, ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler hakkında bilgilendirecek (m. 16); nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliği eğitimi almasını sağlayacak (m. 17); iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturacaktır (m. 22). Ayrıca işveren çalışanları arasından “iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve on ve daha fazla çalışanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde diğer sağlık personeli” görevlendirecektir⁴⁷. İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike

⁴⁷ İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 394 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1436 vd.; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, s. 147 vd.; Tankut Centel, “İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümü”, Çimento İşveren Dergisi, C. 27, S. 3, Mayıs 2013, s. 8 vd.; Murat Kandemir, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler, Legal, İstanbul 2017, s. 5 vd.; Caniklioğlu, İşveren Yükümlülükleri, s. 35 vd.; Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s. 43 vd.; Üçışık, s. 45 vd.; Sümer, s. 105 vd.; Ocak, s. 109 vd.; Levent Akın, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 20, Özel Sayı, 2014, s. 658 vd.; Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan, s. 69 vd.; Lütfi İnciroğlu, İş Sağlığı ve Güvenliği’nde Çalışan ve İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, 3. Baskı, Legal, İstanbul 2021, s. 49 vd.; Gizem Sarıbay Öztürk, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, Beta, İstanbul 2015, s. 16 vd.; Faruk Andaç, Türk İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Uygulaması, Legal, İstanbul 2022, s. 107 vd.; Özdemir, İş Sağlığı, s. 77 vd.; İbrahim Subaşı, “İşverenin İş Güvenliği Hizmetlerini Sağlama Yükümlülüğü”, I. İş Hukuku Kongresi, (ed. Çelik Ahmet Çelik/Sema Güleç Uçakhan/Hakan Tokbaş), Aristo, İstanbul 2022, s. 200 vd.; Alpagut, 6331 Sayılı, s. 33 vd.; N. Binnur Tulukecu, “İşverenin Risk Değerlendirmesi Yükümlülüğünün Hukuki Boyutu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 20, Özel Sayı, 2014, s. 717 vd.; Seda Arslan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel

Sınıfları Tebliğine ekli İşyeri Tehlike Sınıfları Listesine göre, “*nükleer reaktörlerin bakım ve onarımı; nükleer atıkların toplanması; nükleer enerji üretim santralleri inşaatı; uranyum, plütonyum ve toryum cevherlerinin zenginleştirilmesi (nükleer reaktörler için yakıt kartuşları dahil); nükleer yakıtların işlenmesi; nükleer reaktörler ve nükleer reaktör parçası imalatı (izotop ayırıcılar hariç)*” çok tehlikeli sınıfta yer almaktadır. Bu nedenle işverenlerin nükleer tesislerde iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekiminin yanı sıra diğer sağlık personeli de görevlendirmesi gerekecektir. Ayrıca çalışanlar arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması halinde, bu hizmetin tamamının veya bir kısmının ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınarak yerine getirilmesi de mümkündür (m. 6)⁴⁸.

TBK m. 417/2 hükmüne göre, “*İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve*

Yükümlülükleri”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 20, Özel Sayı, 2014, s. 774 vd.; Gülsevil Alpagut, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, TISK Yayını, Ankara 2012, s. 23-40; Şükran Ertürk, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İHD, S. 27, Eylül 2012, s. 14 vd.; Narter, s. 110 vd.; Aydın, s. 114 vd.; Kadir Arıcı, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Tes-İş Sendikası Yayını, 1999; Ömer Ekmekçi, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal, İstanbul 2005; Ali Ekin, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından), Yetkin Yayınları, Ankara 2010; Aydın Başbuğ, İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Şeker-İş Sendikası Yayını, Ankara 2013; Sarper Süzek, “İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 507 vd.; Akyiğit, s. 455 vd.; Senyen Kaplan, s. 642 vd.; Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan Yayınevi, Eskişehir/İstanbul 2020, s. 219 vd.; Arıcı, Türk İş Hukuku, 209 vd.; Eyrenci, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 368 vd.

⁴⁸ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, s. 154-162; Üçışık, s. 204-211; Sümer, s. 143-146; Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan, s. 160; Özdemir, İş Sağlığı, s. 82; Levent Akın, “İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Sorunlar ve Gelişmeler”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal, İstanbul 2014, s. 516-517; Alpagut, 6331 Sayılı, s. 37, 39; Demir, s. 677 vd.; Ebru Karabacak, “İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Dışarıdan Temini”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İÜHF, C. I, Özel Sayı, 2016, s. 501 vd.

gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür”. Benzer şekilde 6331 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendinde de işverenlerin, “*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”* yapacağı ifade edilmiştir. Her iki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere işverenlerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi alması bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bu önlemlerin neler olacağı ise bilimin, fennin, teknolojinin ve tecrübenin o anda ulaştığı duruma ve düzeye göre belirlenecektir⁴⁹. Bu nedenle işverenlerin bilimsel ve teknolojik ilerlemeler sonucunda ortaya çıkan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini sürekli izlemek ve bunları işyerlerinde uygulamak yükümlülüğü vardır. Öğretide de belirtilmiş olduğu üzere, “*işverenler ekonomik ve mali durumlarının yetersizliğini, tecrübesizliklerini, bilimsel ve teknik ilerlemeler konusundaki bilgisizliklerini, yeni yöntemlerin izlenmesinin ve uygulanmasının özel uzmanlık gerektirdiğini yahut benzer*

⁴⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 397; Süzek, İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri, s. 508; Süzek, İş Hukuku, s. 426; Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş, Ankara 1985, s. 180; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, s. 66-67; Özdemir, İş Sağlığı, s. 34; Senyen Kaplan, s. 642; “*...işverenler 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. İşverenler alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumluluklar konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. Anılan madde ile işverenlere, işçi sağlığı ve iş güvenliği kavramından kapsamlı olarak, her türlü önlemi almak yanında, bir anlamda objektif özen yükümlülüğü de öngörülmektedir. Bu itibarla işverenin, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi bir düşünce ile almaktan sarfinazar etmesi kabul edilemez”, Yarg. 10. HD., 22.02.2023, E. 2022/14141 K. 2023/1566, www.kazanci.com.tr, (29.06.2024); “*...işçiyi gözetim ödevi ve insan yaşamının üstün değer olarak korunması gereği; salt mevzuatta öngörülen önlemlerle yetinilmeyip, bilimsel ve teknolojik gelişimin ulaştığı aşama uyarınca alınması gereken önlemlerin de işveren tarafından alınmasını zorunlu kılmaktadır”, Yarg. 10. HD., 20.12.2022, E. 2022/13211 K. 2022/16297, www.kazanci.com.tr, (29.06.2024).**

işyerlerinde bu önlemlerin alınmadığını ileri sürerek” sorumluluktan kurtulamazlar⁵⁰. Gerekli her türlü önlemi almak yükümlülüğü sadece mevzuatta öngörülen önlemlerle sınırlı olarak anlaşılmamalı, işverenlerce bilim ve tekniğin gerektirdiği her türlü önlemin alınması gerekliliğini ortaya koyan bir yükümlülük olarak görülmelidir⁵¹. Dolayısıyla ulusal

⁵⁰ Süzek, İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri, s. 509; Süzek, İş Hukuku, s. 426; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, s. 66-67; Özdemir, İş Sağlığı, s. 34; “...işçilerin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan yön, iş güvenliği tedbirlerinin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenlerden istenip istenemeyeceği değil, aklın, ilmin, fen ve tekniğin, tedbirlerin alınmasını gerekli görüp görmediği hususlarıdır. Bu itibarla işverenler, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçilerin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi düşünceler ile almaktan çekinemeyeceklerdir. Çalışma hayatında süre gelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı da, işverenlerin önlem alma ödevini etkilemez. İşverenler, çalıştırdığı sigortalıların bedeni ve ruh bütünlüğünü korumak için yararlı her önlemi, amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve uygulatmakla yükümlüdürler”, Yarg. 10. HD., 22.02.2023, E. 2022/14141 K. 2023/1566, www.kazanci.com.tr, (30.06.2024).

⁵¹ Mahmut Kabakcı, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu, Beta, İstanbul 2009, s. 47; Süzek, İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri, s. 509; Süzek, İş Güvenliği Hukuku, s. 179-180; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, s. 67; Özdemir, İş Sağlığı, s. 34; Narmanlıoğlu, s. 322; “...işveren, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kaldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, tekniğin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önemi alma borcu içine girer. Bu önlemler konusunda işveren iş yerini yeni açması nedeniyle tecrübesizliğini, bilimsel ve teknik gelişmeler yönünden bilgisizliğini, ekonomik durumunun zayıflığını, benzer iş yerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten, çalışma hayatında süregelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı işverenin önlem alma borcunu etkilemez. İşverenlerce, iş güvenliği açısından yaşamsal önem taşıyan araç ve gereçlerin işçiler tarafından kullanılması sağlandığında, kaza olasılığının tamamen ortadan kalkabileceği de tartışmasız bir gerçektir”, YHGK,

mevzuatımızda nükleer santrallerde çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına dair özel düzenlemeler mevcut olmasaydı dahi işverenlerin TBK m. 417/2 hükmü ile 6331 sayılı Kanunun m. 4 hükmü uyarınca her türlü iş sağlığı ve güvenliği önlemini almakla yükümlü olacaklarını söyleyebilmek mümkündür.

Şüphesiz nükleer santrallerde çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında yalnızca işverenlerin alacağı önlemler rol oynamamaktadır. Çalışanların da alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymaları şarttır⁵². Hakikaten de bu durum, hem TBK m. 417/2 hükmünde “*işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür*” ifadesiyle, hem de 6331 sayılı Kanunun m. 19/1 hükmünde yer alan “*Çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye*

11.10.2022, E. 2021/21-15 K. 2022/1276, www.kazanci.com.tr, (30.06.2024).

⁵² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 411; Mollamahmutioğlu/Astarlı/Baysal, s. 1465 vd.; Eyrenci, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 401-403; Alpagut, 6331 Sayılı, s. 44; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, s. 435; Sümer, s. 187 vd.; Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s. 427; Üçışık, s. 216; Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan, s. 214; İnciroğlu, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 20 vd.; Andaç, s. 133-135; Özdemir, İş Sağlığı, s. 260-261; Demir, İş Sağlığı, s. 694; Akyiğit, s. 468; Güven/Aydın, s. 232. Ayrıca işçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymaması işin güvenliğini tehlikeye düşürüyorsa bu durum iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi sonucunu doğurabilir. Hakikaten de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında bu hususa, “*İş güvenliği hükümleri, işçi sağlığı ve güvenliğini korumaya yönelik titizlikle uyulması gereken kurallardır. Bu konuda işverenin alması gereken tedbirlerin yanında işçinin de yükümlülükleri vardır. İşçinin kasıtlı bir davranışı ya da görevini savsaması sonucu işin güvenliği yönünden bir tehlike meydana gelmesi durumunda, işveren açısından derhal haklı nedenle fesih hakkı ortaya çıkar. İşçinin bu konuda uyarılması veya hatırlatmada bulunulmasına gerek olmadığı gibi, belli bir zararın oluşması da gerekmez*” cümleleriyle değinmiştir, Yarg. 9. HD., 12.06.2023, E. 2023/10610 K. 2023/8946, Çalışma ve Toplum, C. 4, S. 79, 2023. Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bir inceleme için ayrıca bkz., Ulaş Baysal, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Beta, İstanbul 2019, s. 35-97.

düşürmemekle yükümlüdür” düzenlemesiyle ortaya konulmuştur. Ayrıca 6331 sayılı Kanunun m. 19/2 hükmünde öngörülen, “İşyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını kurallara uygun şekilde kullanmak, bunların güvenlik donanımlarını doğru olarak kullanmak, keyfi olarak çıkarmamak ve değiştirmemek; kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve korumak; işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermek; teftişe yetkili makam tarafından işyerinde tespit edilen noksanlık ve mevzuata aykırılıkların giderilmesi konusunda, işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmak; kendi görev alanında, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmak” yükümlülükleri nükleer santral çalışanları bakımından da geçerlidir.

6331 sayılı Kanunun m. 13 hükmü uyarınca nükleer santral çalışanlarının da tıpkı diğer çalışanlar gibi ciddi ve yakın tehlike durumunda çalışmaktan kaçınma hakkı bulunmaktadır⁵³. İş sözleşmesiyle çalışan nükleer santral çalışanlarının talep etmelerine rağmen gerekli iş

⁵³ Çalışmaktan kaçınma hakkı kapsamında ayrıntılı bilgi için bkz., M. Polat Soyer, “İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı-Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, Beta, İstanbul 2011, s. 680 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 412 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1452 vd.; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, s. 413-426; Sümer, s. 195 vd.; Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s. 413-421; Üçışık, s. 215-216; Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan, s. 208-214; İnciroğlu, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 43-44; Sarıbay Öztürk, s. 53 vd.; Andaç, s. 130-131; Özdemir, İş Sağlığı, s. 248-255; Alpagut, 6331 Sayılı, s. 44-45; Akın, İş Sağlığı, s. 667-668; Lütfi İnciroğlu, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 20, Özel Sayı, 2014, s. 809 vd.; Narter, s. 168 vd.; Aydın, s. 234 vd.; Baycık, s. 117-119; Melda Sur, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal, İstanbul 2005, s. 395 vd.; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, Fasikül, S. 30, 2012, s. 23 vd.; Senyen Kaplan, s. 713-718; Cevdet İlhan Günay, İş Hukukunun Temel Esasları, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 345; Güven/Aydın, s. 233-234; Fatih Uşan/Canan Erdoğan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s. 140; Arıcı, Türk İş Hukuku, s. 224.

sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı durumlarda iş sözleşmelerini feshetmeleri de mümkündür⁵⁴.

Hukumumuzda bu düzenlemelere ilave olarak, 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu gibi Kanun düzeyinde veya Nükleer Tesislerde Radyasyondan Korunma Yönetmeliği gibi yönetmelik düzeyinde nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu düzenlemelere aşağıda ayrıntılı olarak değineceğiz.

C. Çeşitli Özel Düzenlemeler

1. 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu

Ülkemizde inşa süreci devam eden Akkuyu Nükleer Santral projesi nedeniyle nükleer enerjiye ilişkin mevzuat çalışmalarına hız verildiği görülmektedir. Ayrıca ülkemizin hem tarafı olduğu uluslararası antlaşmalar uyarınca hem de müzakereci devlet statüsünde olması nedeniyle AB Direktifleri ile ulusal mevzuatını uyumlaştırması gerektiğinden bu antlaşma ve Direktiflere uygun yasal zemin oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu doğrultuda yürürlüğe giren 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu, *“barışçıl kullanım ilkesi esas alınarak, nükleer enerji ve iyonlaştırıcı radyasyona ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi sırasında çalışanların, halkın, çevrenin ve gelecek nesillerin iyonlaştırıcı radyasyonun olası zararlı etkilerinden korunmasına yönelik uygulanması gereken ilke ve esaslar ile tarafların sorumluluklarını, bu faaliyetler üzerinde düzenleyici kontrol yetkisini haiz Nükleer Düzenleme Kurumunun yetki ve sorumluluklarını ve nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkındaki hukuki sorumluluğu*

⁵⁴ İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumunda işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 414; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 1460-1461; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, s. 430-431; Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s. 422-424; Üçışık, s. 216; Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan, s. 203-204; İnciroğlu, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 46-48; Sarıbay Öztürk, s. 199-205; Andaç, s. 131-132; Özdemir, İş Sağlığı, s. 257-259; Akın, İş Sağlığı, s. 669; Narter, s. 173-174; Sümer, s. 200-201; Baycık, s. 119-121; Akyiğit, s. 473; Senyen Kaplan, s. 718-719; Güven/Aydın, s. 234; Uşan/Erdoğan, s. 140; Arıcı, Türk İş Hukuku, s. 224-225.

belirleme”yi amaçlamaktadır (m. 1). Kanunda Nükleer Düzenleme Kurumu, Kurumun denetim ve yerinde inceleme yapma yetkisi, nükleer zararlara ilişkin hukuki sorumluluk, nükleer sigorta havuzu kurulması ve nükleer zararların tazmini ile ceza hükümleri ve idari yaptırım konuları düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere, Nükleer Düzenleme Kanununda doğrudan çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmeyerek nükleer güvenliğe ilişkin genel ilkelerin belirlenmesi yolu tercih edilmiştir. Nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin özel düzenlemelere ise bu konudaki yönetmeliklerde yer verilmiştir.

2. Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği

24.03.2000 tarihli ve 23999 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Radyasyon Güvenliği Yönetmeliğinin amacı, *“iyonlaştırıcı radyasyon ışınlamalarına karşı kişilerin ve çevrenin radyasyon güvenliğini sağlamak”* olarak belirlenmiştir (m. 1). Yönetmelik yirmi yılı aşkın bir süredir yürürlüktedir. Ancak yönetmelik incelendiğinde çok sayıda maddesinin çeşitli tarihlerde değiştirildiği, yine çok sayıda maddesinin de farklı tarihlerde yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir. Radyasyondan korunmada temel güvenlik standartlarını ve doz sınırlarını belirleyen yönetmelik bu haliyle güncel gelişmelere yanıt verebilen bir durumda değildir. Bu konuların yeni bir yönetmelik ile güncel gelişmeler, tarafı olduğumuz uluslararası antlaşmalar ve uyum çalışmaları yürüttüğümüz AB Direktifleri doğrultusunda güncellenerek düzenlenmesi gerekmektedir.

3. Kontrollü Alanlarda Çalışan Harici Görevlilerin İyonlaştırıcı Radyasyondan Kaynaklanabilecek Risklere Karşı Korunmasına Dair Yönetmelik

Kontrollü Alanlarda Çalışan Harici Görevlilerin İyonlaştırıcı Radyasyondan Kaynaklanabilecek Risklere Karşı Korunmasına Dair Yönetmelik 18.06.2011 tarihli ve 27968 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmelikte *“harici görevli”* kavramının tanımı, *“Yetkilendirilen kişi ve çalıştırdığı kişiler dışında, kontrollü alanlarda geçici veya sürekli olarak kendi adına iş yürüten veya yüklenici tarafından çalıştırılan A-sınıfı çalışanı ifade eder”* şeklinde yapılmıştır (m. 4/1, c). Yönetmeliğin isminde de yer alan *“kontrollü alan”* terimi ile ifade edilmek istenen ise *“Radyasyona karşı*

korunma veya radyoaktif bulaşmanın yayılmasını önleme amacı ile özel kuralların uygulandığı ve erişimi kontrole tabi olan alan”dır (m. 4/1, ç). Sekiz maddeden oluşan bu kısa yönetmeliğin 5. maddesinde, harici görevlilerin radyasyondan korunmasını sağlamak için yetkilendirilen kişi ile yüklenicinin aralarında yapacakları yazılı bir anlaşma ile hangi hususları düzenlemeleri gerektiği ayrıntılı bir şekilde sayılmış; yönetmeliğin 6. maddesinde ise harici görevlilerin sorumlulukları düzenlenmiştir.

Belirtelim ki, yönetmeliğin 3. maddesinde, bu yönetmeliğin “4/12/1990 tarihli ve 90/641/Euratom sayılı *Kontrollü Alanlarda Çalışan Harici Görevlilerin İyonlaştırıcı Radyasyondan Kaynaklanabilecek Risklere Karşı Korunması isimli Konsey Direktifine paralel olarak*” hazırlandığı ifade edilmektedir. Fakat 90/641/Euratom sayılı Direktif, 5 Aralık 2013 tarihinde yürürlüğe giren 2013/59/Euratom sayılı Direktif ile değiştirilmiştir. Bu nedenle Direktifte yapılan değişiklikler doğrultusunda yönetmeliğin güncellenmesi gerekmektedir. Ayrıca Nükleer Tesislerde Radyasyondan Korunma Yönetmeliğinin 29 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmesi üzerine, aynı yönetmeliğin 58. maddesi ile Kontrollü Alanlarda Çalışan Harici Görevlilerin İyonlaştırıcı Radyasyondan Kaynaklanabilecek Risklere Karşı Korunmasına Dair Yönetmelik hükümlerinin artık nükleer enerji ile ilgili faaliyet gösteren tesislerde görevlendirilen harici çalışanlara uygulanmayacağı kararlaştırılmıştır. Böylece 2018 tarihli yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle birlikte 2011 tarihli yönetmelik hükümlerinin nükleer tesislerde çalışanlar hakkında uygulanması sona ermiştir.

4. Nükleer Tesislerde Radyasyondan Korunma Yönetmeliği

29.05.2018 tarihli ve 30435 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Nükleer Tesislerde Radyasyondan Korunma Yönetmeliği, “*nükleer tesislerin yer değerlendirme, tasarım, inşaat, işletmeye alma, işletme, işletmeden çıkarma ve sahanın düzenleyici kontrolden çıkarılması aşamalarında ve acil durumlarda çalışanların, halkın ve çevrenin iyonlaştırıcı radyasyonun zararlı etkilerinden korunmasına ilişkin uyulması gereken hususları*” düzenlemektedir (m. 2). Yönetmelik m. 21 hükmü uyarınca nükleer tesisin işletmeye alma, işletme, işletmeden çıkarma ve sahanın düzenleyici kontrolden çıkarılması aşamalarının tümünde radyasyondan korunmadan sorumlu bir “*radyasyondan korunma personeli*” çalıştırılması zorunlu tutulmuştur (m. 21/1). Yönetmeliğin “*İş sağlığı ve güvenliği*” başlığını taşıyan 23.

maddesine göre ise nükleer tesislerde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hususlarda 4857 sayılı İş Kanunu ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanacaktır (m. 23/1). Ayrıca “nükleer tesislerde görevli iş güvenliği uzmanları radyasyondan korunma personeli ile işbirliği içerisinde” çalışacaktır (m. 23/2). İş güvenliği uzmanı ile radyasyondan korunma personelinin etkili bir işbirliği içinde çalışması gerektiği hususu Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı’nın Nükleer Tesisler İçin Endüstriyel Güvenlik Kılavuzu’na (Industrial Safety Guidelines for Nuclear Facilities) da uygundur⁵⁵. Bu düzenlemelerin yanı sıra yönetmelikte radyasyonla çalışanların sorumlulukları (m. 24), kontrollü alanlarda uyulması gereken kurallar (m. 27), radyasyonla çalışanların sınıflandırılması (m. 29), radyasyonla çalışma izni (m. 30), kişisel koruyucu donanım (m. 31), sağlık gözetimi (m. 32, 33), radyasyondan korunma eğitimleri (m. 38), kayıt tutma ve raporlama yükümlülükleri (m. 42, 53), acil durum çalışanlarının radyasyondan korunması ve kılavuz değerler (m. 56) konuları da düzenlenmektedir.

V. NÜKLEER SANTRAL ÇALIŞANLARININ İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN ÇEŞİTLİ ÜLKE MEVZUATLARINDA YER ALAN DÜZENLEMELER

A. Alman Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler

1. Almanya’da Nükleer Enerjinin Gelişimi

Almanya’da elektrik üretiminde nükleer santrallerden faydalanılması hususu eskiye dayanan ve sürekli tartışılan bir konudur. 1955 yılında Batı Almanya Hükümeti tarafından bir Atom Bakanlığı (Bundesministerium für Atomfragen-BfA) kurulmuştur⁵⁶. Lisanslama ve nükleer güvenlikle ilgili temel düzenleme olan Atom Enerjisi Kanunu

⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., IAEA, Industrial Safety Guidelines for Nuclear Facilities, IAEA Nuclear Energy Series, Viyana 2018, s. 30.

⁵⁶ Günümüzde nükleer güvenlikle ilgilenen Bakanlık Federal Çevre, Doğanın Koruması, Nükleer Güvenlik ve Tüketicinin Korunması Bakanlığı (Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz)’dır. Bakanlığın resmi web sitesi için bkz., <https://www.bmuv.de/>, (06.07.2024).

(Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren-Atomgesetz/AtG) ise 1 Ocak 1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Atom Enerjisi Kanununun amacı § 1 AtG hükmünde, nükleer enerjinin ticari elektrik üretimi için kullanılmasına düzenli bir şekilde son vermek ve sona erme tarihine kadar sistemin düzenli çalışmasını sağlamak; nükleer enerjinin tehlikelerinden ve iyonlaştırıcı radyasyonun zararlı etkilerinden kişilerin canlarını, sağlıklarını ve mallarını korumak; nükleer enerji veya iyonlaştırıcı radyasyonun neden olduğu zararı telafi etmek; Federal Almanya Cumhuriyeti'nin iç veya dış güvenliğinin nükleer enerjinin kullanılması veya serbest bırakılması nedeniyle tehlikeye girmesini önlemek ve Federal Almanya Cumhuriyeti'nin nükleer enerji ve radyasyondan korunma alanındaki uluslararası yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlamak olarak belirlenmiştir⁵⁷.

1970'li yıllarda Almanya'da nükleer enerjiye ilgi, özellikle de yaşanan petrol krizi nedeniyle oldukça yüksekti. Ancak bu dönemde dahi nükleer enerji karşıtı çok sayıda protesto düzenlenmiştir⁵⁸. 1986 yılında Çernobil Nükleer Santrali'nde yaşanan kaza⁵⁹ ise nükleer enerjiye yönelik

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Koelzer, s. 16-17.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Elman Muradov, "Almanya'nın Nükleer Enerji Politikasını Etkileyen Faktörler", Öneri Dergisi, C. 10, S. 38, 2012, s. 106.

⁵⁹ 26 Nisan 1986 tarihinde Çernobil Nükleer Santrali'nde yeni voltaj düzenleyicisinin test edilmesi amacıyla bir deney yapılmış fakat bu deney bir felaket ile sonuçlanmıştır. Sıcak yakıt çubuklarının soğutucu su ile temas etmesi yakıt çubuklarının parçalanmasına ve aşırı buhar üretimi sonucu basıncın yükselmesine sebep olmuş, basıncın aşırı artışı sonucu reaktörün bin ton ağırlığındaki üst kapağı ayrılmış ve yakıt kanallarına zarar vermiştir. Aşırı buhar üretimi tüm çekirdeği kaplamış ve fisyon ürünlerinin atmosfere saçılmasıyla sonuçlanan bir buhar patlamasına neden olmuştur. İlk patlamadan birkaç saniye sonra ikinci bir patlama daha meydana gelmiş ve bu patlama neticesinde yakıt kanalları ile sıcak grafit çevreye dağılmış, yangınlar çıkmış ve ciddi miktarda radyasyon salınımı meydana gelmiştir. Çevreye dağılan çoğu madde enkaz üzerinde toplanmıştır ancak daha hafif maddeler rüzgar ve radyoaktif madde yüklü bulutlar ile taşınarak Ukrayna, Belarus, Rusya ile İskandinavya ve Türkiye'nin de içinde bulunduğu Avrupa'nın bir bölümüne taşınmıştır. Tüm bu yönleriyle Çernobil Nükleer Santrali kazası tarihe, nükleer enerjinin sivil amaçlı kullanımı sonucunda çevreye kayıtlı edilmiş en fazla miktarda radyoaktif madde salınan nükleer kaza olarak geçmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., <https://www.afad.gov.tr/kbrn/cernobil-nukleer-santral->

kuşuların artmasına ve nükleer enerjiden vazgeçilmesine yönelik düşüncenin oldukça güçlenmesine neden olmuştur. Buna rağmen nükleer enerji üretimi zaman zaman çeşitli tartışmalar yaşanmakla birlikte devam etmiştir. 2001 yılında Alman Hükümeti ile dört ana enerji şirketi arasında varılan uzlaşma sonucunda bir anlaşma imzalanmış ve şirketlerin nükleer reaktörlerin ömrünü 32 yıl ile sınırlandıracağı, bu süreyi dolduran reaktörlerin hizmet dışı kalacağı kararlaştırılmıştır. Aynı anlaşmada yeni nükleer santrallerin inşaatı da yasaklanmıştır. Böylece kademeli bir şekilde nükleer enerjiden çıkılması planlanmıştır. Hakikaten de anlaşmanın imzalanmasından sonra Stade ve Mülheim-Kärlich nükleer santralleri 2003 yılında, Obrigheim 2005 yılında, Brunsbüttel ve Krümmel nükleer santralleri ise 2007 yılında kapatılmıştır. 2010 yılında ise 1980 yılından önce inşa edilen reaktörlerin lisanslarının 8 yıl, 1980 yılından sonra inşa edilen reaktörlerin lisanslarının ise 14 yıl uzatılması yönünde yeni bir anlaşmaya varılmıştır. Bu anlaşmayla bağlantılı olarak 2010 yılında Atom Enerjisi Kanununda da değişiklikler yapılmıştır. Fakat 2011 yılının Mart ayında Fukushima Nükleer Santrali'nde meydana gelen kaza sonrasında lisans uzatma kararlarından vazgeçilerek 1980 yılı ve daha öncesinde faaliyete geçmiş bulunan tüm nükleer reaktörlerin kapatılmasına karar verilmiştir⁶⁰. Kazadan sonra Almanya'da çalışmakta olan tüm nükleer reaktörler doğal olayların yanı sıra güç kesintileri, soğutma sistemlerinde meydana gelebilecek arızalar, ihtiyati ve acil durum tedbirleri, uçak kazaları gibi nükleer tesislerin güvenliğini etkileyebilecek insan kaynaklı olaylar açısından da kontrolden geçirilmiştir. 2011 yılının Mayıs ayında Reaktör Güvenlik Komisyonu (Reaktor-Sicherheitskommission) tarafından tüm reaktörlerin (toplamda 17 adet) sağlam ve güvenli olduğu bildirilmiştir. Fakat buna rağmen Hükümet 2022 yılına kadar tüm reaktörleri kapatmaya karar vermiş ve Federal Meclis tarafından da bu karar kabul edilmiştir. Ancak Rusya-Ukrayna savaşı ve bununla bağlantılı olarak yaşanan enerji sıkıntısı Almanya'daki son üç nükleer reaktörün 2022 yılı sonunda kapatılması planını geciktirerek reaktörlerin 2023 yılının Nisan ayında kapatılmasına neden olmuştur. Gerçekten de ülkenin son nükleer reaktörleri Nisan

[kazasi](#), (06.07.2024); Burns, s. 11 vd.; Başar/Türkan, s. 121-122; Yıldız/Köse, s. 104; Kütükçüoğlu, s. 21.

⁶⁰ Thomas Mann, "The Legal Status of Nuclear Power in Germany", Nuclear Law Bulletin, No. 94, Vol. 2014/2, s. 44-45, 47; Nuclear Law Bulletin, "National Legislative and Regulatory Activities, Germany-General Legislation, Regulations and Instruments", No. 101, Vol. 2018/2, s. 79.

2023'te kapatılmıştır. Böylece günümüzde Almanya'da çalışır pozisyonda nükleer santral kalmamıştır⁶¹.

2. Alman Hukukunda Nükleer Santral Çalışanlarının Radyasyondan Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Alman Hukukunda, önceleri radyasyondan korunmaya ilişkin düzenlemeler Atom Enerjisi Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan 20 Temmuz 2001 tarihli Radyasyondan Korunma Yönetmeliği ile 30 Nisan 2003 tarihli X-Ray Yönetmeliğinde yer alıyordu. Bu düzenlemelerde halkın ve çalışanların radyasyondan korunmasına odaklanılmıştı. Fakat 5 Aralık 2013 tarihli 2013/59/Euratom sayılı Direktif doğrultusunda yeni mevzuat çalışmaları yapılması gereği duyulmuştur. Zira 2013/59/Euratom Direktifi, radyasyona maruziyet durumlarının mevcut, planlı ve acil maruziyet şeklinde üçe ayrılmasını öngörmektedir. Bu durum ise önceki, 96/29/Euratom sayılı Direktifte yer alan, uygulamalar, iş faaliyetleri ve müdahaleler şeklindeki ayrımı ortadan kaldırmıştır. Bu nedenle 2013/59/Euratom Direktifinin yürürlüğe girmesiyle birlikte ulusal mevzuatların güncellenmesi zorunluluğu doğmuştur. Yeni mevzuat çalışmalarına hız verilmesinde 2011 yılında meydana gelen Fukushima Nükleer Santrali kazasının da etkisi büyüktür. Bu doğrultuda 31 Aralık 2018 tarihinde İyonlaştırıcı Radyasyonun Zararlı Etkilerine Karşı Korunma Kanunu (Gesetz zum Schutz vor der schädlichen Wirkung ionisierender Strahlung-Strahlenschutzgesetz-StrlSchG) ve Radyasyondan Korunma Yönetmeliği (Verordnung zum Schutz vor der schädlichen Wirkung ionisierender Strahlung-Strahlenschutzverordnung-StrlSchV) yürürlüğe girmiştir⁶².

İyonlaştırıcı Radyasyonun Zararlı Etkilerine Karşı Korunma Kanunu, 2013/59/Euratom sayılı Direktif doğrultusunda radyasyondan korunmaya dair genel ilkeleri, mesleki ve kamusal maruziyet için doz sınırlarını, mevcut ve acil maruziyet durumları için geçerli olan referans seviyelerini, lisanslama ve tescil işlemlerini, radyasyondan korunma

⁶¹ World Nuclear Association, <https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-g-n/germany.aspx>, (06.07.2024); Muradov, s. 107.

⁶² Goli-Schabnam Akbarian, "New Framework for Radiation Protection Legislation in Germany", Nuclear Law Bulletin, No. 102, Vol. 2019/1, s. 71-73.

yöneticisinin ve radyasyondan korunma denetçisinin sorumlulukları ve görevlerini, acil durumlara hazırlık ve müdahaleyle ilgili hükümleri, işyerlerinde radona maruziyet ile ilgili düzenlemeleri içermektedir. Radyasyondan korunmaya ilişkin mevzuat ayrıntılı düzenlemeler içeren bir yapıya sahip olduğundan konunun yalnızca kanun düzeyinde ele alınması yeterli görülmemiş, bu alanda özel düzenlemeler getiren Radyasyondan Korunma Yönetmeliğine ihtiyaç duyulmuştur. Radyasyondan Korunma Yönetmeliğinde radyolojik sürveyans ile ilgili özel gereklilikler, tıbbi izleme de dahil olmak üzere mesleki maruziyet, radyasyon kaynaklarının emniyeti ve güvenliği, halkın ve çevrenin korunması, kişilerin tıbbi olan ve olmayan amaçlarla radyasyona maruz kalması, muafiyet ve izin seviyeleri, doz değerlendirmesi, raporlama ve bilgi verilmesi ile ilgili koşullar düzenlenmiştir⁶³.

Son olarak belirtelim ki, 2018 tarihli Radyasyondan Korunma Yönetmeliğinde 2 Nisan 2020 tarihinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler hamile ve emziren personelin radyasyondan korunmasına ilişkin olup, bu konudaki mevcut düzenlemeleri ayrıntılandırıp açıklamayı hedeflemektedir. Diğer değişiklikler ise Federal Radyasyondan Korunma Dairesi (Bundesamt für Strahlenschutz-BfS) tarafından masraf ve giderlerin tahsil edilmesiyle ilgilidir⁶⁴.

B. Fransız Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler

1. Fransa’da Nükleer Enerjinin Gelişimi

Fransa’da nükleer enerjinin gelişimi 1940’lı yıllara dayanmaktadır. Ar-Ge çalışmaları yapılması da dahil olmak üzere nükleer enerji politikasının tüm yönlerinden sorumlu olması amacıyla 1945 yılında Atom Enerjisi Komisyonu (Commissariat à l’énergie atomique-CEA) kurulmuştur. Komisyonun adı 2009 yılında Atom Enerjisi ve Alternatif Enerji Komisyonu (Commissariat à l’énergie atomique et aux énergies alternatives) olarak değiştirilmiştir. Fransa da tıpkı Almanya gibi 1970’li yıllarda yaşanan petrol krizinin ardından enerji ihtiyacını karşılamak için nükleer enerjiye ağırlık veren ülkelerden biridir.

⁶³ Akbarian, s. 73-74.

⁶⁴ Nuclear Law Bulletin, “National Legislative and Regulatory Activities, Germany-Nuclear Safety and Radiological Protection”, No. 104, Vol. 2020/1, s. 17.

Fransa'daki reaktörlerin büyük bölümü bu doğrultuda 1970'lerin sonlarından 1980'lerin başlarına kadar faaliyete geçmiştir. 2008 yılında bir Başkanlık Kararnamesi ile Nükleer Politika Konseyi (Conseil Politique Nucléaire-CPN) kurulmuştur. 2012 yılında enerji üretiminde nükleer enerjinin rolünün 2013 yılının Temmuz ayına kadar azaltılması planlanmış; 2014 yılının Ekim ayında ise “*Yeşil Büyüme İçin Enerji Geçişi Yasa Tasarısı*” ulusal meclis tarafından kabul edilerek Senatoya sunulmuştur. Tasarıda 2025 yılına kadar elektrik üretiminde nükleer enerjinin katkısının %50 oranında kalması sağlanarak sınırlandırılması amaçlanmıştır. Tasarı 2015 yılında onaylanmıştır⁶⁵. Ardından 2017 yılında, ülkenin enerji üretiminde nükleer enerjinin payının %50'ye düşürülmesi yönündeki 2025 hedefinin ertelendiği açıklanmış; Kasım 2018'de ülkenin yeni enerji planı taslağı, nükleer enerjinin payının %50'ye düşürülmesi için yeni hedef tarihinin 2035 yılı olduğunu ifade etmiştir. Planda, ülkedeki nükleer reaktörlerden 14'ünün 2035 yılına kadar, 4 ila 6'sının ise 2030 yılına kadar kapatılacağı belirtilmiştir. Ancak planda yeni nükleer reaktör inşa etme seçeneğinin de devam ettiğinin altı çizilmiştir. Tüm bu gelişmelerden sonra 2023 yılında Fransız Senatosu nükleer enerjiyi azaltma planından vazgeçerek, yeni nükleer tesislerin inşası ve mevcut tesislerin işletilmesine ilişkin prosedürleri hızlandırmayı hedefleyen bir yasa taslağını onaylamıştır. Buna göre Fransa'nın elektrik üretimindeki nükleer enerjinin payının 2035 yılına kadar %50'ye düşürülmesi hedefinin kaldırılması, bunun yerine 2050 yılına kadar %50'nin üzerinde tutulması ve 2050 yılına kadar 6 yeni reaktörün inşa edilerek faaliyete geçmesinin hedeflendiği kabul edilmiştir⁶⁶.

Belirtelim ki, Fransa'da 56 nükleer reaktör bulunmakta ve elektrik üretiminin yaklaşık %70'i nükleer enerjiden sağlanmaktadır. Fransa'da nükleer enerjinin ön planda tutulmasının nedeni doğalgazın nükleer enerjiye göre hiçbir ekonomik avantajının olmadığı, fiyatlarının oldukça değişken olduğu, yakın gelecekte yenilenebilir enerji

⁶⁵ Yeşil Büyüme İçin Enerji Geçişi Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Nuclear Law Bulletin, “National Legislative and Regulatory Activities, France-General Legislation”, No. 96, Vol. 2015/2, s. 80-81.

⁶⁶ World Nuclear Association, <https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-a-f/france.aspx>, (08.07.2024).

kaynaklarının ve enerji tasarrufu tedbirlerinin nükleer enerjinin yerini almasının mümkün olmayacağı düşüncelerine dayanmaktadır⁶⁷.

2024 yılı itibariyle Fransa'da, Almanya'nın aksine nükleer santrallerin kapatılması yerine nükleer reaktörlerin sayısının daha da artırılması çalışmaları sürdürülmektedir. Bu yönüyle Almanya ve Fransa, Avrupa Birliği ülkeleri arasında nükleer enerjiyi destekleyen ve desteklemeyen iki kutup oluşmasına neden olmaktadır. Bu nedenle nükleer enerjinin desteklenmesi ya da aksine sınırlandırılarak sonlandırılması noktasında AB üyesi devletler arasında ikiye bölünmüş bir yapı bulunmaktadır.

2. Fransız Hukukunda Nükleer Santral Çalışanlarının Radyasyondan Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Fransız Hukukunda radyasyondan korunma ile ilgili mevzuatın temeli Uluslararası Radyolojik Koruma Komisyonunun (International Commission on Radiological Protection-ICRP) tavsiyeleri, Uluslararası Atom Enerjisi Ajansının standartlarına ve özellikle de Euratom Direktifleri ile düzenlenerek AB düzeyinde kabul edilen kurallara dayanmaktadır. Radyasyondan korunma ile ilgili hükümler hem Halk Sağlığı Kanununda (Code de la santé publique) hem de “*İyonlaştırıcı radyasyona maruz kalma risklerinin önlenmesi (Prévention des risques d'exposition aux rayonnements ionisants)*” başlığıyla İş Kanununun (Code du travail) L. 4451 ila L. 4451-4 maddelerinde yer almaktadır⁶⁸. Ancak bu düzenlemeler zamanla güncellenerek değiştirilmiştir. 2011 yılında Fukushima Nükleer Santrali'nde meydana gelen kaza sonrasında Fransız nükleer santrallerinde stres testleri yapılmasına ilişkin Fransız Nükleer Güvenlik Otoritesi (Autorité de Sûreté Nucléaire-ASN) tarafından Aralık 2012 tarihli bir Eylem Planı açıklanmıştır⁶⁹. 2016 yılında, Yeşil Büyüme İçin Enerji Geçişi Kanunu doğrultusunda 10 Şubat

⁶⁷ World Nuclear Association, <https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-a-f/france.aspx>, (08.07.2024); Dursun, s. 22.

⁶⁸ OECD/NEA, Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries, Regulatory and Institutional Framework for Nuclear Activities-France, 2011, <https://www.oecd-nea.org/law/legislation/france>, s. 24, (08.07.2024).

⁶⁹ Nuclear Law Bulletin, “National Legislative and Regulatory Activities, France-Nuclear Safety and Radiological Protection”, No. 91, Vol. 2013/1, s. 116.

2016 tarihli ve 2016-128 sayılı Nükleer Maddelere İlişkin Çeşitli Hükümler Hakkında Yönetmelik (Ordonnance n° 2016-128 du 10 février 2016 portant diverses dispositions en matière nucléaire) yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik ile Çevre Kanununda, Halk Sağlığı Kanununda, Savunma Kanununda ve İş Kanununda nükleer enerji ile ilgili hükümlerde bazı değişiklikler yapılmış ve nükleer enerji sektöründeki işçilerin sağlığının korunmasının önemi teyit edilmiştir⁷⁰. Ayrıca 4 Haziran 2018 tarihli ve 2018-437 sayılı İşçilerin İyonlaştırıcı Radyasyondan Kaynaklanan Risklere Karşı Korunmasına İlişkin Karar yürürlüğe konulmuştur. Bu karar ile İş Kanununda işçilerin sağlık durumlarının izlenmesi, radyolojik acil durum, radyasyondan korunma organizasyonu, risk değerlendirmesi, önlemler ve önleme araçları, işçilerin istihdam koşulları, işçilerin bilgilendirilmesi ve eğitimi, radyasyona bireysel maruziyetin izlenmesi, işyerinin düzenlenmesi, iş ekipmanının doğrulanması, doz aşımı, işçilerin sınıflandırılması ve radyasyondan korunma danışmanı atanması gibi konularda önemli düzenlemeler yapılmıştır⁷¹. Daha sonra, 18 Ağustos 2021 tarihli ve 2021-1091 sayılı İşçilerin İyonlaştırıcı ve İyonlaştırıcı Olmayan Radyasyon Tehlikelerine Karşı Korunmasına İlişkin Kararname (Décret n° 2021-1091 du 18 août 2021 relatif à la protection des travailleurs contre les risques dus aux rayonnements ionisants et non ionisants) ile işçilerin radona maruz kalmaları durumunda almaları gereken bilgi veya eğitimin neleri içermesi gerektiği, işçilerin radyolojik acil durumdan kaynaklanan sürekli maruz kalma durumları gibi bazı konular hakkında özel hükümler sevk edilmiştir⁷².

⁷⁰ Nuclear Law Bulletin, “National Legislative and Regulatory Activities, France-General Legislation, Regulations and Instruments”, No. 97, Vol. 2016/1, s. 81.

⁷¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000036985602>, (08.07.2024).

⁷² Nuclear Law Bulletin, “National Legislative and Regulatory Activities, France-Nuclear Safety and Radiological Protection”, No. 108/109, Vol. 2022/1&2, s. 106; <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043947049>, (09.07.2024).

C. Amerikan Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler

1. Amerika Birleşik Devletleri'nde Nükleer Enerjinin Gelişimi

Dünyanın en büyük nükleer enerji üreticisi olan Amerika Birleşik Devletleri dünya çapındaki nükleer elektrik üretiminin yaklaşık %30'unu karşılamaktadır. Nükleer santraller ülkenin elektriğinin ise %20'sini üretmektedir. ABD'de günümüzde kullanılan nükleer santrallerin çoğu 1967 ile 1990 yılları arasında inşa edilmiştir. Bu durum ABD nükleer santrallerinin büyük bölümünün yaşlı santrallerden oluşması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle de elektrik üretiminde nükleer enerjinin payının düşmemesi için çalışamaz duruma gelecek reaktörlerin yerine yenilerinin yapılması bir zorunluluk olarak görülmektedir⁷³.

Amerika Birleşik Devletleri'nde nükleer enerjiye ilişkin temel kanun 1954 tarihli Atom Enerjisi Kanunu'dur. Bu Kanun ile Atom Enerjisi Komisyonu (Atomic Energy Commission-AEC) oluşturulmuştur. Daha sonra bu Komisyon lağvedilerek 1974 yılında ABD Nükleer Düzenleme Komisyonu (Nuclear Regulatory Commission-NRC) reaktörlerin, yakıt döngüsü tesislerinin, malzemelerin ve atıkların, aynı zamanda nükleer malzemenin diğer sivil kullanımlarının düzenlenmesinden sorumlu olmak üzere kurulmuştur⁷⁴. ABD'deki nükleer gelişmeler, 1979 yılında Three Mile Island kazasından⁷⁵ sonra

⁷³ Martin J. O'Neill, "Forging a Clear Path for Advanced Reactor Licensing in the United States: Approaches to Streamlining the NRC Environmental Review Process", Nuclear Law Bulletin, No. 105, Vol. 2020/2, s. 32, 34; World Nuclear Association, <https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-t-z/usa-nuclear-power.aspx>, (09.07.2024).

⁷⁴ İzak Atıyas/Deniz Sanin, "Nükleer Enerji İçin Düzenleyici Otorite: Ülke Deneyimleri ve Türkiye İçin Öneriler", Nükleer Enerjiye Geçişte Türkiye Modeli-II, EDAM, İstanbul 2012, s. 135. ABD Nükleer Düzenleme Komisyonu'na, Başkan tarafından aday gösterilen ve ABD Senatosu tarafından onaylanan beş Komisyon Üyesi başkanlık eder. Komisyon, politikaları formüle eden, düzenlemeler geliştiren, lisans sahiplerine emirler veren ve yasal konuları karara bağlayan bir kolektif organdır, Nuclear Law Bulletin, "National Legislative and Regulatory Activities, United States-General Legislation, Regulations and Instruments", No. 101, Vol. 2018/2, s. 89.

⁷⁵ Three Mile Island Nükleer Santrali, iki basınçlı su reaktörüne sahip bir nükleer santraldir. Kaza 28 Mart 1979 tarihinde, reaktör %97 güç ile çalışırken saat 04:00'te 2 numaralı reaktörde meydana gelen soğutma

büyük bir gerileme yaşamıştır. Bu dönemde birçok sipariş ve proje iptal edilmiş veya askıya alınmıştır. Bunun sonucunda da nükleer inşaat sektörü durgunluğa girmiştir. Fakat buna rağmen 1990 yılına gelindiğinde yüzde fazla ticari güç reaktörü işletmeye alınmış durumdaydı. 2022 yılının Ağustos ayında Enflasyonu Azaltma Kanunu ABD Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilmiş ve ABD Başkanı tarafından imzalanarak yasalaşmıştır. Kanundaki enerji hükümleri, hem mevcut büyük nükleer santraller hem de daha yeni gelişmiş reaktörler için yatırım ve vergi teşvikleri içermekte olup nükleer enerjinin desteklenmesini amaçlamaktadır⁷⁶.

2. Amerikan Hukukunda Nükleer Santral Çalışanlarının Radyasyondan Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Federal Düzenlemeler Kanununun (Code of Federal Regulations) “Çalışanlara yönelik bildirimler, talimatlar ve raporlar: denetim ve soruşturmalar (Notices, instructions and reports to workers: inspection and investigations)” başlıklı 19. bölümü, nükleer santral çalışanlarının radyasyondan korunmasına ilişkin önemli hükümler içermektedir. Bu hükümlere göre, mesleki olarak 1 yıl içerisinde belirlenen miktarın üzerinde doz alması muhtemel olan tüm çalışanlar radyasyonun ve/veya radyoaktif malzemenin depolanması, aktarılması veya kullanımı hakkında bilgi sahibi olmakla; radyasyona ve/veya radyoaktif maddeye maruz kalmayı en aza indirecek önlemler veya prosedürler ve kullanılan koruyucu cihazların amaçları ve işlevleri konusunda eğitilmiş olmakla; çalışanların radyasyona ve/veya radyoaktif malzemeye maruz kalmaktan korunmasına yönelik Komisyon düzenlemelerine uygun olarak verilecek

arızası neticesinde gerçekleşmiştir. Kaza sonucu 2 numaralı reaktörün çekirdeğinin bir kısmı erimiş, bir miktar radyoaktif gaz açığa çıkmıştır. Ancak yapılan çalışmalarda kaza sonucu çevreye salınan radyasyonun sağlığa etki ettiği düşünülen radyasyon seviyesinden çok daha düşük bir değerde olduğu belirlenmiştir. Kaza sonucu yaralanma veya olumsuz sağlık etkisi yaşandığına dair bir veri kayıtlara geçmemiştir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Burns, s. 8 vd.; <https://world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/three-mile-island-accident.aspx>, (09.07.2024); <https://www.afad.gov.tr/kbrn/three-mile-island-kazasi>, (09.07.2024); Yıldız/Köse, s. 102-103; Kütükçüoğlu, s. 18.

⁷⁶ World Nuclear Association, <https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-t-z/usa-nuclear-power.aspx>, (09.07.2024).

talimatlara uymakla ve radyasyona ve/veya radyoaktif malzemeye maruz kalmayı içerebilecek olağandışı bir olay veya arıza durumunda yapılan uyarılara uygun şekilde davranmakla yükümlü tutulmuştur. Ayrıca çalışanların, çalışma ortamlarında iş güvenliğine ilişkin bir sorun olduğunu düşünceleri durumunda Nükleer Düzenleme Komisyonundan denetim yapmasını isteme hakları da bulunmaktadır⁷⁷.

Federal Düzenlemeler Kanununun 20. bölümünde ise “*Radyasyona Karşı Korunma Standartları (Standards for Protection Against Radiation)*” başlığı altında çalışanlar için maruz kalınabilecek doz sınırları ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir. Ayrıca nükleer santral lisans sahiplerinin, çalışanlarının bireysel maruziyetlerine ilişkin NRC’ye yıllık rapor sunması yükümlülüğü bulunmaktadır. NRC bu tür radyasyona maruz kalma verilerini Radyasyona Maruz Kalma Bilgi ve Raporlama Sistemi (Radiation Exposure Information and Reporting System-REIRS) adı verilen veri tabanına kaydederek saklamaktadır⁷⁸.

Belirtelim ki, Amerikan İş Sağlığı ve Güvenliği İdaresi (Occupational Safety and Health Administration-OSHA) tarafından da çalışanların iyonlaştırıcı radyasyonun zararlı etkilerinden korunmasına ilişkin standartlar belirlenerek yayınlanmıştır. Fakat bu noktada dikkat edilmesi gereken husus NRC ile OSHA arasındaki iş bölümüdür. Zira hem NRC hem de OSHA, NRC tarafından lisanslı tesislerde iş sağlığı ve güvenliğine yönelik kural koyma yetkisine sahiptir. NRC’nin düzenlediği nükleer ve radyolojik güvenlik ile OSHA’nın düzenlediği endüstriyel güvenlik ve sağlık arasındaki sınırları belirlemek her zaman kolay olmadığından, iki kurum arası iş dağılımını netleştirmek amacıyla 2013 yılında NRC ile OSHA arasında “*Memorandum of Understanding between The U.S. Nuclear Regulatory Commission and The Occupational Safety and Health Administration*” isimli bir mutabakat metni oluşturulmuştur. Mutabakat metni OSHA tarafından belirlenen kuralların NRC tarafından düzenlenmeyen hususlarda çalışanların radyasyondan korunmasıyla sınırlı olacağına vurgu yapmaktadır. Bu doğrultuda OSHA, çalışanların NRC tarafından düzenlenmeyen radyasyon kaynaklarına maruziyetine dair kural koyma yetkisine sahip kılınmıştır. Mutabakat metninde NRC lisanslı nükleer tesislerde karşılaşılabilecek dört ana

⁷⁷ <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/cfr/part019/index.html>, (10.07.2024).

⁷⁸ <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/cfr/part020/index.html>, (10.07.2024).

tehlike türü bulunduğu belirtilmiştir. Bunlardan NRC'nin düzenleme alanına girenler üç adet olup; radyoaktif maddelerin ürettiği radyasyon tehlikeleri, radyoaktif maddelerin ürettiği kimyasal tehlikeler ile radyoaktif malzemelerin güvenliğini etkileyen ve dolayısıyla çalışanlar için yüksek radyasyon riski oluşturan tesis koşullarıdır. Örneğin, bu koşullar bir yangına veya patlamaya neden olabilir ve dolayısıyla radyoaktif maddelerin salınmasına veya güvensiz bir duruma sebebiyet verebilir. Bu konularda çalışanların korunmasına ilişkin hüküm sevk etme yetkisi NRC'ye verilmiştir. Lisanslı radyoaktif malzemelerin kullanımını gerektirmeyen mesleki tehlikelerle sonuçlanan tesis koşulları⁷⁹ ile NRC tarafından düzenlenmeyen radyasyon kaynaklarına⁸⁰ maruziyete ilişkin ise kural koyma yetkisi OSHA'ya aittir⁸¹.

NRC ile Amerikan Enerji Bakanlığı (U.S. Department of Energy-DOE) arasında da iş dağılımını belirlemeye yönelik bir mutabakat metni imzalanmıştır. Zira Atom Enerjisi Kanunu, bu Kanuna tabi tesislerde özel sektör çalışanlarının iş sağlığını ve güvenliğini sağlamaya yönelik düzenlemeler getirme yetkisini Bakanlığa vermiştir. Amerikan Enerji Bakanlığı araştırma laboratuvarları, reaktörler, hızlandırıcılar, nükleer malzeme ve silah üretim tesisleri ve nükleer malzeme ve radyoaktif atık depolama tesisleri dahil olmak üzere ülke çapında çok sayıda nükleer tesisin sahibi ve işletmecisidir. Bakanlık ayrıca bu sahaların bazılarında çevre temizleme operasyonlarıyla da ilgilenmektedir⁸².

Son olarak belirtelim ki, Amerikan Hukukunda çalışanların radyasyona karşı korunmasına ilişkin federal düzeyde düzenlemeler mevcut olduğu gibi eyalet düzeyinde de düzenlemeler bulunmaktadır⁸³. Çalışanların radyasyondan korunmasına ilişkin eyalet düzeyindeki

⁷⁹ Örneğin, çalışanların berilyum gibi radyoaktif olmayan toksik maddelere maruz kalması durumunda OSHA standartları uygulama alanı bulacaktır.

⁸⁰ Örneğin çalışanların x-ray ekipmanları, elektron mikroskopları, doğal olarak oluşan radyoaktif maddelere maruziyetleri durumunda OSHA standartları uygulama alanı bulacaktır.

⁸¹ Mutabakat metni ve düzenlemeler için bkz., <https://www.osha.gov/laws-regs/mou/2013-09-06>, (10.07.2024).

⁸² World Nuclear Association, <https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-t-z/usa-nuclear-power.aspx>, (10.07.2024).

⁸³ Örneğin New York eyaletinde çalışanların radyasyondan korunmasına ilişkin getirilmiş düzenlemeler için bkz., <https://www.law.cornell.edu/regulations/new-york/title-12/chapter-I/subchapter-A/part-38>, (11.07.2024).

kuralların federal düzeydeki kurallardan daha katı önlemler içermesi mümkündür⁸⁴.

VI. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ÖNERİLER

Türk Hukukunda nükleer santrallerde çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasına ilişkin düzenlemeler, genellikle Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler ile konuyla ilgili AB Direktifleri paralelinde hazırlanmıştır. Bu yönüyle mevzuatımızın uluslararası düzenlemelerle bir uyum problemi bulunmamaktadır. Fakat yukarıda incelemiş olduğumuz Alman, Fransız ve Amerikan Hukuklarındaki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda nükleer santrallerde çalışanların radyasyondan korunmasına ilişkin oldukça ayrıntılı düzenlemeler sevk edildiği, bu düzenlemelerin hukuki gelişmeler doğrultusunda güncellendiği, eklemeler ve değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında Türk Hukukunda nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, özellikle de radyasyondan korunmasına ilişkin olarak mevzuatımızda hala eksikliklerin ve güncellenmesi gereken hususların mevcut olduğu gerçeğiyle karşılaşılmaktadır. Örneğin, 2011 tarihli Kontrollü Alanlarda Çalışan Harici Görevlilerin İyonlaştırıcı Radyasyondan Kaynaklanabilecek Risklere Karşı Korunmasına Dair Yönetmelik, 4/12/1990 tarihli ve 90/641/Euratom sayılı Kontrollü Alanlarda Çalışan Harici Görevlilerin İyonlaştırıcı Radyasyondan Kaynaklanabilecek Risklere Karşı Korunması isimli Konsey Direktifi doğrultusunda hazırlanmış olmasına rağmen hala yürürlüktedir. Oysa 90/641/Euratom sayılı Direktif 5 Aralık 2013 tarihinde yürürlüğe giren 2013/59/Euratom sayılı Direktif ile değiştirilmiştir. Bu nedenle Direktifte yapılan değişiklikler doğrultusunda yönetmeliğin de güncellenmesi gerekmektedir.

Mevzuatımızda göze çarpan bir diğer husus ise çok eski tarihli, pek çok hükmü değiştirilmiş ya da yürürlükten kaldırılmış düzenlemelere rastlanması durumudur. Örneğin, 2000 tarihli Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği günümüzde de yürürlüktedir. Ancak bu yönetmeliğin çok sayıda maddesinin çeşitli tarihlerde değiştirildiği, birçok maddesinin de farklı tarihlerde yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir. Radyasyondan korunmada temel güvenlik standartlarını ve doz sınırlarını belirleyen

⁸⁴ <https://www.osha.gov/ionizing-radiation/standards#states>, (11.07.2024).

yönetmelik bu haliyle güncel gelişmelere yanıt verebilen bir durumda değildir. Bu konuların yeni bir yönetmelik ile güncel gelişmeler, tarafı olduğumuz uluslararası antlaşmalar ve uyum çalışmaları yürüttüğümüz AB Direktifleri doğrultusunda güncellenerek düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim yukarıda incelemiş olduğumuz ülke örneklerinde de mevzuatın dinamik bir şekilde güncellendiği ve teknolojik ve hukuki gelişmelerin gerisinde kalınmamasına özen gösterildiği görülmektedir.

Mevzuatımızda karşılaşılan bir başka olumsuz durum ise konuyla ilgili yönetmeliklerin dağınık olması ve kolay anlaşılabilir bir nitelik taşınamamasıdır. Örneğin Kontrollü Alanlarda Çalışan Harici Görevlilerin İyonlaştırıcı Radyasyondan Kaynaklanabilecek Risklere Karşı Korunmasına Dair Yönetmelik yürürlükte olup, içeriğinde bu yönetmeliğin nükleer santral çalışanlarına uygulanmayacağına dair bir hüküm içermemektedir. Bu nedenle de yönetmelik ilk bakışta nükleer santrallerdeki harici çalışanlara da uygulanacak gibi görünmektedir. Fakat 2018 tarihli Nükleer Tesislerde Radyasyondan Korunma Yönetmeliğinin 58. maddesinde, *“Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, 18/6/2011 tarihli ve 27968 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kontrollü Alanlarda Çalışan Harici Görevlilerin İyonlaştırıcı Radyasyondan Kaynaklanabilecek Risklere Karşı Korunmasına Dair Yönetmelik hükümleri, nükleer enerji ile ilgili faaliyet gösteren tesislerde görevlendirilen harici çalışanlara uygulanmaz”* düzenlemesi yer almaktadır. Bu nedenle de 2011 tarihli yönetmelik hükümlerinin artık nükleer santrallerdeki harici çalışanlar hakkında uygulanması mümkün değildir. Ancak bu bilginin düzenleniş yeri ve şekli dikkate alındığında gözden kaçırılmaya ve yanlış uygulamalara sebebiyet vermeye oldukça açık olduğu görülmektedir.

Nükleer enerji hem üretimi aşamasında hem de olası bir kaza durumunda oldukça tehlikeli sonuçlar doğurabilecek bir nitelik taşıdığından, bu alandaki çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin korunması için tıpkı yukarıda incelemiş olduğumuz Alman, Fransız ve Amerikan Hukuklarındaki gibi özel, ayrıntılı ve güncel düzenlemelerin yapılması şarttır. Ancak bu düzenlemelerin olabildiğince eksiksiz, günün teknolojik gelişmelerine ayak uyduran bir yapıda olmasının yanı sıra kolay anlaşılabilir ve ulaşılabilir olması da gerekmektedir. Ayrıca ülkemizde henüz yapımı devam eden bir nükleer santral projesi olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, reaktörlerin çalışmaya başlamasından evvel mevzuattaki bu eksikliklerin hızlıca giderilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu doğrultuda *“Radyasyondan Korunma Yönetmeliği Taslağı”* Nükleer Denetleme Kurumunun internet

sitesinde görüşe açılmıştır⁸⁵. Nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin ayrıntılı ve güncel düzenlemeler içeren bu yönetmeliğin yürürlüğe girmesi, yürürlükte olan yönetmeliklerde ise işaret etmiş olduğumuz aksaklıkların giderilmesi isabetli olacaktır.

VII. SONUÇ

Ülkemizde elektrik enerjisi üretilmesi amacıyla nükleer santral kurulması çalışmalarının başlangıcı 1970'li yıllara dayanmaktadır. Gerçekten de 1973-1977 yıllarını kapsayan III. Beş Yıllık Kalkınma Planında bu hususta düzenlemelere yer verilmiş ve Kalkınma Planı doğrultusunda nükleer santral kurulması için en uygun yerler Mersin-Akkuyu, Sinop-İnceburun ve Kırklareli-İğneada olarak belirlenmiştir. Günümüzde Mersin-Akkuyu'da bir nükleer santralin kurulmasına yönelik inşaat çalışmaları hala devam etmektedir. Bununla bağlantılı olarak da gerekli mevzuat çalışmalarına hız verilmiş bulunmaktadır.

Nükleer santraller aracılığıyla elektrik enerjisi üretiminde çalışanların iyonlaştırıcı radyasyona maruziyeti önlenmesi gereken oldukça önemli bir husustur. Özellikle de nükleer tesislerde yaşanabilecek kazalar, patlamalar, yangınlar veya saldırılar sonucunda meydana gelebilecek radyoaktif sızıntılar hem çalışanları, hem de halkı ve çevrenin sağlık ile güvenliğini yakından etkilemektedir. Bu önemi nedeniyle nükleer güvenliğin sağlanmasına, gerek çalışanların gerekse halkın ve çevrenin korunmasına ilişkin çok sayıda uluslararası düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelere örnek olarak İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkında 115 sayılı ILO Sözleşmesi, Nükleer Güvenlik Sözleşmesi, Euratom Antlaşması, 2009/71/Euratom sayılı Nükleer Güvenlik Direktifi, İyonlaştırıcı Radyasyona Maruz Kalmaktan Kaynaklanan Tehlikelere Karşı Korunmaya Yönelik Temel Güvenlik Standartlarını Belirleyen 2013/59/Euratom sayılı Direktif verilebilir.

Belirtelim ki, Anayasa m. 90/son hükmü doğrultusunda Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşme ve protokoller de ulusal mevzuatımıza dahil kabul edildiğinden Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler de iç hukukumuzun bir parçasını oluşturmaktadır. Ayrıca AB Direktifleri doğrudan iç hukukumuzun bir

⁸⁵ <https://www.ndk.gov.tr/duyurular/radyasyondan-korunma-yonetmeligi-taslagi-dis-goruse-acilmistir>, (14.07.2024).

parçası olmasa da ülkemiz “*müzakereci devlet*” statüsü taşıdığından mevzuatını AB Direktifleri ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle AB Direktifleri ile ulusal mevzuatımızın yakından bağlantısı bulunmakta, yapılacak mevzuat çalışmalarında bu direktif metinlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Hakikaten de nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik iç hukukumuzdaki düzenlemelerin ülkemizin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler ve AB Direktifleri doğrultusunda hazırlandığı görülmektedir.

Mevzuatımızda nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin temel düzenlemeler Anayasa ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda bulunmaktadır. Bu genel düzenlemelere ilaveten, bu konuda özel olarak 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Öte yandan Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği ve Nükleer Tesislerde Radyasyondan Korunma Yönetmeliği bu konuya ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Fakat nükleer santral çalışanlarının radyasyondan korunmasına ve iş sağlığı ile güvenliklerinin sağlanmasına ilişkin Alman, Fransız ve Amerikan Hukuklarındaki düzenlemeler incelendiğinde mevzuatımızda önemli eksiklikler olduğu göze çarpmaktadır. Bunlara örnek olarak, güncelliğini yitirmiş hükümlerden oluşan yönetmeliklerin hala yürürlükte olması, yeni AB Direktiflerinin getirdiği standartlar kapsamında hükümlerin güncellenmemiş olması, konuya ilişkin mevzuatın kolay anlaşılabilir ve ulaşılabilir bir yapıda olmayıp, aksine oldukça dağınık bir halde bulunmasının uygulama güçlüğü yaratması verilebilir.

Nükleer enerji hem üretimi aşamasında hem de olası bir kaza durumunda oldukça tehlikeli sonuçlar doğurabilecek bir nitelik taşıdığından bu alandaki çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için özel, ayrıntılı ve güncel düzenlemeler yapılması şarttır. Ancak bu düzenlemelerin olabildiğince eksiksiz, günün teknolojik gelişmelerine ayak uyduran bir yapıda olmasının yanı sıra kolay anlaşılabilir ve ulaşılabilir olması da gerekmektedir. Diğer yandan ülkemizde henüz yapımı devam eden bir nükleer santral projesi olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, reaktörlerin çalışmaya başlamasından evvel mevzuattaki bu eksikliklerin hızlıca giderilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu doğrultuda “*Radyasyondan Korunma Yönetmeliği Taslağı*” Nükleer Denetleme Kurumunun internet sitesinde görüşe açılmıştır. Nükleer santral çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin ayrıntılı ve güncel düzenlemeler içeren

bu yönetmeliğin yürürlüğe girmesi, yürürlükte olan yönetmeliklerde ise var olan aksaklıkların giderilmesi isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- AFAD: 2014-2023 Radyasyondan Korunma Standartlarının Güncellenmesi ve Güçlendirilmesi Yol Haritası Belgesi, Eylül 2014.
- AKBARIAN, Goli-Schabnam: “New Framework for Radiation Protection Legislation in Germany”, Nuclear Law Bulletin, No. 102, Vol. 2019/1, s. 71-80.
- AKIN, Levent: İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- AKIN, Levent: “İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Sorunlar ve Gelişmeler”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal, İstanbul 2014, s. 513-530.
- AKIN, Levent: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 20, Özel Sayı, 2014, s. 657-673. (İş Sağlığı)
- AKYİĞİT, Ercan: Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Seçkin, Ankara 2020.
- ALPAGUT, Gülsevil: “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, TİSK Yayını, Ankara 2012.
- ALPAGUT, Gülsevil: “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları”, Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan, İÜHF, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 31-45. (6331 Sayılı)
- ANDAÇ, Faruk: Türk İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Uygulaması, Legal, İstanbul 2022.
- ARICI, Kadir: İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Tes-İş Sendikası Yayını, 1999.
- ARICI, Kadir: Türk İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2022. (Türk İş Hukuku)
- ARSLAN, Seda: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 20, Özel Sayı, 2014, s. 767-807.

- ATİYAS, İzak/SANİN, Deniz: “Nükleer Enerji İçin Düzenleyici Otorite: Ülke Deneyimleri ve Türkiye İçin Öneriler”, Nükleer Enerjiye Geçişte Türkiye Modeli-II, EDAM, İstanbul 2012.
- AYDINLI, İbrahim: İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin, Ankara 2015.
- BAŞAR, Zeynep/TÜRKAN, Nureddin: “Çernobil ve Fukuşima Nükleer Güç Santrali Kazalarının İş Sağlığı ve Güvenliği Perspektifinden Karşılaştırmalı Bir İncelenmesi”, OHS Academy İş Sağlığı ve Güvenliği Akademi Dergisi, C. 6, S. 2, 2023, s. 116-130.
- BAŞBUĞ, Aydın: İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Şeker-İş Sendikası Yayını, Ankara 2013.
- BAYCIK, Gaye: “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s. 103-170.
- BAYSAL, Ulaş: Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Beta, İstanbul 2019.
- BAYÜLKEN, Ahmet: “Türkiye’de Nükleer Enerji”, <https://inis.iaea.org/collection/NCLCollectionStore/Public/41/103/41103131.pdf>, s. 171-180.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, Fasikül, S. 30, 2012, s. 23-38.
- BURNS, Stephen G.: “The Impact of the Major Nuclear Power Plant Accidents on the International Legal Framework for Nuclear Power”, Nuclear Law Bulletin, No. 101, Vol. 2018/2, s. 7-30.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: “Yorum”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal, İstanbul 2014, s. 531-543.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri”, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 2012. (İşveren Yükümlülükleri)
- CARUSO, Gustavo: “IAEA’s Nuclear Safety and Nuclear Security Worldwide”, Luciano Maiani vd. (ed.), International Cooperation

for Enhancing Nuclear Safety, Security, Safeguards and Non-proliferation—60 Years of IAEA and EURATOM, Springer Proceedings in Physics 206, 2017.

CENTEL, Tankut: “İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümü”, Çimento İşveren Dergisi, C. 27, S. 3, Mayıs 2013, s. 6-15.

ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Arcüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta, İstanbul 2023.

DEMİR, Fevzi: “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında İşverenin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 20, Özel Sayı, 2014, s. 675-703.

DEMİRCİOĞLU, A. Murat/KORKMAZ, Doğan/KAPLAN, Hasan Ali: Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Beta, İstanbul 2020.

DURSUN, Suat: Avrupa Birliği’nin Enerji Politikası ve Türkiye, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Araştırma Dizisi No: 36, Ankara 2011.

EKİN, Ali: İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından), Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

EKMEKÇİ, Ömer: 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal, İstanbul 2005.

EKMEKÇİ, Ömer/KÖME AKPULAT, Ayşe/AKDENİZ, Ayşe Ledün: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul 2022.

ENGİN, E. Murat: “İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine, SGD, C. 5, S. 2, 2015, s. 9-36.

ERCAN, Erinç/SCHNEIDER, Horst: “Turkish Nuclear Legislation: Developments for a Nuclear Newcomer”, Nuclear Law Bulletin, No. 92, Vol. 2013/2, s. 29-54.

ERTÜRK, Şükran: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İHD, S. 27, Eylül 2012, s. 13-24.

- ERTÜRK, Şükran: “Türkiye’de Sendikal Yaşam Türkiye’nin Onaylamış Bulunduğu 87 ve 151 Sayılı Sözleşmeler Karşısındaki Durumu”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 723-740.
- EUROPEAN COMMISSION, [https://energy.ec.europa.eu/topics/nuclear-energy/rules-and-implementation_en#:~:text=Nuclear%20safety%20covers%20ensuring%20proper,the%20consequences%20if%20they%20happen.&text=About%20a%20fifth%20\(21.8%25\).in%202022%2C%20according%20to%20Eurostat.](https://energy.ec.europa.eu/topics/nuclear-energy/rules-and-implementation_en#:~:text=Nuclear%20safety%20covers%20ensuring%20proper,the%20consequences%20if%20they%20happen.&text=About%20a%20fifth%20(21.8%25).in%202022%2C%20according%20to%20Eurostat.)
- EYRENCİ, Öner: “İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi ve Yargı Kararları”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İÜHF, C. 1, Özel Sayı, 2016, s. 381-396.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2020.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukukunun Temel Esasları, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan Yayınevi, Eskişehir/İstanbul 2020.
- GÜZEL, Ali/ÇATALKAYA, Deniz Ugan: “Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuka Doğrudan (Self Executing) Etkisi ve Örnek Bir Yargıtay Kararı Üzerine”, Çalışma ve Toplum, C. 2, S. 81, 2024, s. 423-458.
- IAEA, Industrial Safety Guidelines for Nuclear Facilities, IAEA Nuclear Energy Series, Viyana 2018.
- İNCİROĞLU, Lütfi: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 20, Özel Sayı, 2014, s. 809-822.
- İNCİROĞLU, Lütfi: İş Sağlığı ve Güvenliği’nde Çalışan ve İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, 3. Baskı, Legal, İstanbul 2021. (İş Sağlığı ve Güvenliği)
- KABAKCI, Mahmut: Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu, Beta, İstanbul 2009.

- KANDEMİR, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler, Legal, İstanbul 2017.
- KARABACAK, Ebru: “İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Dışarıdan Temini”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İÜHFM, C. I, Özel Sayı, 2016, s. 501-527.
- KOELZER, Winfried: Lexikon zur Kernenergie, KIT Scientific Publishing, Karlsruhe 2019.
- KÜTÜKÇÜOĞLU, Ahmet: Dünden Bugüne Türkiye’de Nükleer Enerji, Tekses Ofset Matbaacılık, Ankara 2020.
- MANN, Thomas: “The Legal Status of Nuclear Power in Germany”, Nuclear Law Bulletin, No. 94, Vol. 2014/2, s. 43-75.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion, Ankara 2022.
- MURADOV, Elman: “Almanya’nın Nükleer Enerji Politikasını Etkileyen Faktörler”, Öneri Dergisi, C. 10, S. 38, 2012, s. 105-111.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2014.
- NARTER, Sami: İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Adalet, Ankara 2014.
- NUCLEAR LAW BULLETIN, “National Legislative and Regulatory Activities, Germany-General Legislation, Regulations and Instruments”, No. 101, Vol. 2018/2, s. 78-81.
- NUCLEAR LAW BULLETIN, “National Legislative and Regulatory Activities, Germany-Nuclear Safety and Radiological Protection”, No. 104, Vol. 2020/1, s. 17.
- NUCLEAR LAW BULLETIN, “National Legislative and Regulatory Activities, France-General Legislation”, No. 96, Vol. 2015/2, s. 80-82.
- NUCLEAR LAW BULLETIN: “National Legislative and Regulatory Activities, France-General Legislation, Regulations and Instruments”, No. 97, Vol. 2016/1, s. 81-83.

- NUCLEAR LAW BULLETIN, “National Legislative and Regulatory Activities, France-Nuclear Safety and Radiological Protection”, No. 91, Vol. 2013/1, s. 116.
- NUCLEAR LAW BULLETIN: “National Legislative and Regulatory Activities, France-Nuclear Safety and Radiological Protection”, No. 108/109, Vol. 2022/1&2, s. 106.
- NUCLEAR LAW BULLETIN: “National Legislative and Regulatory Activities, United States-General Legislation, Regulations and Instruments”, No. 101, Vol. 2018/2, s. 89-90.
- NÜKLEER DÜZENLEME KURUMU: Nükleer Düzenleme Kurumu Stratejik Planı 2021-2025, <https://webim.ndk.gov.tr/file/223e70f4-fc12-43b4-807f-7721439fd6b1>.
- OCAK, Saim: “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Taraflara Getirdiği Yükümlülükler”, Öz İplik-İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İş Sağlığı ve İş Güvenliği’ne Hukuki Bakış Paneli İstanbul 2012, Öz İplik-İş Eğitim Yayınları, İstanbul 2013, s. 109-170.
- ODAMAN, Serkan: “Sosyal Hukuk Alanında Uluslararası Sözleşmeler Işığında Evrensel Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi”, Legal İSGHD, S. 3, 2004, s. 816-834.
- OECD/NEA: Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries, Regulatory and Institutional Framework for Nuclear Activities-France, 2011, <https://www.oecd-nea.org/law/legislation/france>.
- OECD/NUCLEAR ENERGY AGENCY: Kernenergie heute, <https://www.oecd-nea.org/upload/docs/application/pdf/2019-12/6214-kernenergie-heute.pdf>.
- OECD/NUCLEAR ENERGY AGENCY: Work Management to Optimise Occupational Radiological Protection at Nuclear Power Plants, OECD Publications, 2009.
- O’NEILL, Martin J.: “Forging a Clear Path for Advanced Reactor Licensing in the United States: Approaches to Streamlining the NRC Environmental Review Process”, Nuclear Law Bulletin, No. 105, Vol. 2020/2, s. 31-78.

- ÖZDEMİR, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014. (İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku)
- ÖZDEMİR, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020. (İş Sağlığı)
- SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem: İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, Beta, İstanbul 2015.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- SOYER, M. Polat: “İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı-Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, Beta, İstanbul 2011, s. 657-689.
- SUBAŞI, İbrahim: “İşverenin İş Güvenliği Hizmetlerini Sağlama Yükümlülüğü”, I. İş Hukuku Kongresi, (ed. Çelik Ahmet Çelik/Sema Güleç Uçakhan/Hakan Tokbaş), Aristo, İstanbul 2022, s. 200-263.
- SUR, Melda: “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal, İstanbul 2005, s. 395-414.
- SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000.
- SÜMER, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin, Ankara 2018.
- SÜZEK, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Savaş, Ankara 1985.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, Beta, İstanbul 2021. (İş Hukuku)
- SÜZEK, Sarper: “İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 507-528. (İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri)
- T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Üçüncü Beş Yıllık Kalkınma Planı 1973-1977.
- TİNİŞ, Fuat: “Türkiye’de Yapımı Süren ve Planlanan Nükleer Santraller”, <https://enerji.mmo.org.tr/wp-content/uploads/>

[2019/02/Fuat-Tini%C5%9F-Makina-Y.M%C3%BChendisiO
DT%C3%9C-Mezunlar-Derne%C4%9Fi-Enerji-Komisyonu-
%C3%9CyesiT%C3%BCrkiyede-Yap%C4%B1m%C4%B1-
S%C3%BCren-ve-Planlanan-N%C3%BCkleer-Santraller.pdf.](#)

TULUKCU, N. Binnur: “İşverenin Risk Değerlendirmesi Yükümlülüğünün Hukuki Boyutu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 20, Özel Sayı, 2014, s. 711-747.

UŞAN, Fatih/ERDOĞAN, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2021.

ÜÇİŞİK, Hasan Fehim: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ötügen, İstanbul 2021.

ÜLGEN, Sinan/STEIN, Aaron: “Atomun Kontrolüne Yönelik Çabalar ve Nükleer Teknoloji Transferi: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme”, Nükleer Enerjiye Geçişte Türkiye Modeli-II, EDAM, İstanbul 2012.

VOLKMER, Martin: Kernenergie Basiswissen, Deutsches Atomforum e.V., Berlin 2013.

YARDIMCIOĞLU, Didem: “İklim Değişikliğinin Çalışma Hayatına Etkileriyle Mücadele: Adil Bir Geçiş İçin Toplu İş Hukuku Düzenlemelerinden Yararlanılması”, DEÜHFD, C. 26, S. 1, 2024, s. 467-511.

YILDIZ, Abdülazim/KÖSE, Ercan: “Nükleer Santrallerde İş Kazaları”, EJONS International Journal on Mathematic, Engineering and Natural Sciences, C. 13, 2020, s. 93-111.

<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2009/71/oj>

<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/59/oj>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0087>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-g-n/germany.aspx>

<https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-a-f/france.aspx>

Didem YARDIMCIOĞLU

<https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-t-z/usa-nuclear-power.aspx>

<https://world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/three-mile-island-accident.aspx>

https://www.ab.gov.tr/avrupa-birliginin-tarihcesi_105.html#:~:text=Avrupa%20Ekonomik%20Toplulu%C4%9Fu%20gibi%2C%20Avrupa,giren%20Roma%20Antla%C5%9Fmas%C4%B1%20ile%20kuruldu

<https://www.afad.gov.tr/kbrn/cernobil-nukleer-santral-kazasi>

<https://www.afad.gov.tr/kbrn/fukushima-daiichi-nukleer-santral-kazasi>

<https://www.afad.gov.tr/kbrn/three-mile-island-kazasi>

<https://www.bmuv.de/>

<https://www.britannica.com/science/atom/Structure-of-the-nucleus>

<https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/en/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/euratom-treaty>

<https://www.iaea.org/newscenter/news/what-is-nuclear-energy-the-science-of-nuclear-power>

<https://www.law.cornell.edu/regulations/new-york/title-12/chapter-I/subchapter-A/part-38>

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043947049>

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000036985602>

<https://www.ndk.gov.tr/duyurular/radyasyondan-korunma-yonetmeligi-taslagi-dis-goruse-acilmistir>

<https://www.ndk.gov.tr/ndk-hakkinda>

<https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/cfr/part019/index.html>,

<https://www.osha.gov/ionizing-radiation/standards#states>

<https://www.osha.gov/laws-regs/mou/2013-09-06>

<https://www.resmigazete.gov.tr/09.03.2021>

<https://www.tenmak.gov.tr/kurumsal/hakimizda.html>.

TRAFİK SİGORTASI GENEL ŞARTLARINA GÖRE ÖLÜM DIŞINDAKİ BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI TALEP EDİLEBİLECEK TEMİNATLAR

İlknur ULUĞ CİCİM*

ÖZ

Ülkemizdeki en yaygın zorunlu sigorta türü olan Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ile işletenin karayolunda motorlu araç işlettiği esnada meydana gelen kaza sonucu zarara uğrattığı üçüncü kişilerin maddi ve bedensel zararları teminat altına alınır. Uygulamada kısaca Trafik Sigortası olarak adlandırılan bu sigortada son yıllarda yapılan mevzuat ve genel şart değişiklikleri, sigortacının edim yükümlülüğünün kapsamını önemli ölçüde etkilemiştir. Bu çalışmada, Trafik Sigortası Genel Şartları A.5 maddesinde belirtilen teminatlardan ölüm dışındaki sağlık giderleri ve sürekli sakatlık teminatları incelenecektir. Sağlık giderleri kapsamında tedavi ve bakıcı giderleri, sakatlık teminatı kapsamında ise geçici ve sürekli iş göremezlik durumları, güncel mevzuat ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Trafik sigortası, trafik sigortası genel şartları, bedensel zararlar, tedavi giderleri, sakatlık teminatı.

* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: ilknuruluk@akdeniz.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5419-8302.

Makalenin Gönderim Tarihi : 16.05.2024.

Makalenin Kabul Tarihi : 20.12.2024.

INSURANCE COVERAGE FOR NON-FATAL BODILY INJURIES UNDER THE GENERAL CONDITIONS OF COMPULSORY MOTOR VEHICLE LIABILITY INSURANCE

ABSTRACT

Compulsory Motor Vehicle Liability Insurance, which is the most common type of compulsory insurance in our country, provides coverage for material and bodily injuries caused to third parties as a result of accidents occurring during the operation of motor vehicles on highways. This insurance, commonly known as Traffic Insurance in practice, has undergone significant changes in recent years, both in legislative provisions and in general insurance conditions that are part of the insurance contract, affecting the scope of the insurer's obligations towards the injured party. This study will examine health expenses and permanent disability coverage, excluding death coverage, among the coverages specified in Article A.5 of Traffic Insurance General Conditions. Within the scope of health expenses coverage, treatment and caregiver expenses, and within the scope of disability coverage, temporary and permanent disability conditions will be evaluated in light of current legislation and Supreme Court decisions.

Keywords: Traffic insurance, traffic insurance general terms, bodily injuries, treatment expenses, disability coverage.

I. GİRİŞ

Trafik sigortası olarak kısaltılan “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” günümüzde trafikte olan araç sayısının çok fazla olması ve trafik kazalarının meydana gelmesi halinde ortaya çıkan maddi zararların büyük olması nedeniyle de sorumluluk sigortaları içinde büyük öneme sahip bir sigorta dalıdır. Trafik sigortası 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun (KTK) Sekizinci Kısımında “Hukuki Sorumluluk ve Sigorta” ana başlığı altında 91-101. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu kapsamda motorlu araç işletenlerin sorumluluklarının karşılanması amacıyla motorlu araç işletenlerin sigorta yaptırması zorunlu tutulmuş ve böylelikle zarar görenlerin de

uğrayacakları zararlar teminat altına alınmıştır. Bu nedenle trafik sigortasında zarardan sorumlu şahısla beraber zarar gören kişilerin korunması prensibi bulunmaktadır¹.

KTK m. 91’de, “İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur” şeklinde bir düzenleme vardır². KTK 99 maddesinde ise, bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğraması durumunda ortaya çıkan zararlarda sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü ele alınmıştır. Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar ise KTK’ daki usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak KTK düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır (KTk m. 90).

KTk’ daki düzenlemelerin yanında, trafik sigortasının zorunlu bir sorumluluk sigortası olduğu dikkate alındığında, Türk Ticaret Kanunu (TTK)’nun Sigorta Hukuku Kitabı ile özellikle sorumluluk sigortalarına ilişkin hükümlerin (m. 1473-1486) de doğrudan uygulama alanı bulacağı görülmektedir. Zorunlu mali sorumluluk sigortası, motorlu araç işletenin, üçüncü kişilere verdiği bedensel ve eşya zararlarından dolayı malî ve hukukî sorumluluğunu güvence altına alması nedeniyle, bir zarar sigortası ve aynı zamanda pasif sigortadır Sigorta ettiren ile sigortacı arasında

¹ Samim ÜNAN, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku*, C.II, Zarar Sigortaları, İstanbul, 2016, s.411; Rauf KARASU, *Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, Ankara, 2016, s.21; Güven VURAL, *Trafik Sigortası*, Ankara, 1981, s.14; Emre Can BOZKURT, *Zorunlu Trafik Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İleri Sürebileceği Savunmalar*, Ankara, 2022, s.13.

² KTK m. 85/f.1. hükmünde, “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar” düzenlemesi yer almaktadır.

karşılıklı ve birbirine uygun bir irade açıklamasıyla kurulan bu sigorta sözleşmesi, bir sigorta poliçesine bağlanır³.

Motorlu bir aracın karayollarında işletilmesi esnasında, bir kimsenin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracın işletenin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler içinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan sorumluluk sigortası türüne kısa adıyla “Trafik Sigortası” denilmektedir⁴. Trafik sigortası hem sigorta ettirenin üçüncü kişileri uğrattığı zararlar sebebiyle kendi malvarlığındaki azalmayı önlemeyi hem de zarara uğrayan üçüncü kişilerin bu zararlarının giderilmesini amaçlamaktadır. Dolayısıyla, trafik sigortasının sigorta ettiren ve onun eylemleri sebebiyle zarara uğrayanların menfaatlerinin dengelendiği suigeneris bir sigorta türü olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Trafik sigortası ile sadece sigorta konusu motorlu aracın işletilme halindeyken sebep olduğu kazalarda meydana gelen zararlar teminat altına alınmaktadır. Bu bakımdan, maddi zararlar ve bedeni zararlar trafik sigortası teminatı kapsamındadır. Manevi zararlar ise sigorta kapsamında değildir⁵.

Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (KZMSSGŞ)⁶ A.3.’de sigortanın kapsamı şu şekilde düzenlenmektedir: “Sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında,

³ Işıl ULAŞ, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, Ankara, 2012, s.876; Zahit İMRE, “Motorlu Taşıt Araçlarının Mecburi Mesuliyet Sigortası ve Kapsamı”, *V. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası*, Ankara, 1975, s. 263; Düzgün Ülgen ASLAN, “Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları İle Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 14, Aralık 2019, s.156.

⁴ Ahmet Çelik ÇELİK, *Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta, Hukuk ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2017, s.536; ULAŞ, s.875.

⁵ ÇELİK, *Tazminat ve Sigorta*, s.536; KARASU, s.21; Vural SEVEN, *Zorunlu Trafik Sigortası’nda Esas Alınacak Sağlık Kurulu Raporu Hakkında Değerlendirme, Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk*, Kıbrıs, 2019, s.350-351.

⁶ Ülkemizde Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları 2/2/2016 tarihli ve 29612 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan değişiklik ile yürürlüğe girmiştir. Bu genel şartların değerlendirmesi hakkında bkz. Rayegan KENDER, “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik Sigortası) Sigortası Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, Ocak 2017, s. 8-47.

üçüncü şahısların ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre sigortalıya düşen hukuki sorumluluk çerçevesinde bu Genel Şartlarda içeriği belirlenmiş tazminatlara ilişkin talepleri, kaza tarihi itibarıyla geçerli zorunlu sigorta teminat limitleri dahilinde karşılamakla yükümlüdür.

Sigortanın kapsamı üçüncü şahısların, sigortalının Karayolları Trafik Kanunu çerçevesindeki sorumluluk riski kapsamında, sigortalıdan talep edebilecekleri tazminat talepleri ile sınırlıdır. Genel şartlar sigorta teminat türlerini, maddi zararlar teminatı, sağlık giderleri teminatı, sürekli sakatlık teminatı ve destekten yoksun kalma (ölüm) teminatı olmak üzere dört gruba ayırmıştır. Bu teminatların karşıladığı zararlar, maddi zararlar bedensel zararlar olarak sınırlandırılabilir. Bedensel zararları, kişinin ruhsal veya bedensel bütünlüğüne yönelik ihlallerden kaynaklanan zararlar olarak tanımlanmaktadır. Bunu hem somatik hem de psikik zararlar dahildir. Örneğin protezler beden bir parçası kabul edildiği için bunlara zarar verilmesi de bedensel zarar niteliğindedir.⁷

TBK m 49/1 hükmü uyarınca kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zararın ölüm veya diğer bir bedensel zarar olması ihtimali, "IV. Özel durumlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlık altında yer alan "b. Bedensel zarar" başlıklı TBK m 54'te tazmin edilecek bedensel zararların neler olduğu sayılmıştır. TBK m. 54, bedensel zararları, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar şeklinde düzenlenmektedir. Ancak düzenlemede geçen "özellikle" kelimesinden, bu sayının sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. TBK 54.madde hükümde bedensel zarar terimi kullanılmışsa da, burada ifade edilen husus, kişinin beden bütünlüğünün ihlali dolayısıyla uğradığı malvarlığı zararlarıdır⁸.

⁷ Samim ÜNAN, "Ölüm Dışındaki Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşlanması", *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, s.159; ÇELİK, Tazminat ve Sigorta, s.537.

⁸ Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku*, C.II, İstanbul, 2014, s.92; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2012, s.744-745; Gökhan ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.V/1,2, Ankara, 2019, s.160.

Çalışmamızda ölüm dışındaki bedensel zararlar olarak ifade ettiğimiz, sağlık giderleri teminatı ve sürekli sakatlık teminatından doğan sigortacının sorumluluğunun kapsamı, Trafik Sigortası Genel Şartları ve Yargıtay Kararları ışığında incelenecektir.

II. TRAFİK SİGORTASINDA BEDENSEL ZARARLARDAN DOLAYI SİGORTACININ SORUMLULUĞU

Sigortacının sorumluluğu rizikonun gerçekleşmesi ile başlamakta ve tazminat ödeme ile sonuçlanmaktadır. Rizikonun gerçekleşmesinin sigortacı bakımından doğurduğu esas sonuç tazminat ödeme borcudur. Tazminat ödeme borcu sigorta ettirenin prim ödeme borcunun karşılığıdır. Sigortacının tazminat ödeme borcunu ilişkin esaslar TTK m.1427 hükmünde düzenlenmiştir⁹. Sigortacı zarar ve ziyan talebinde bulunan üçüncü kişilerle doğrudan doğruya temasa geçerek anlaşma hakkını haizdir. Ancak sigortacının yazılı izni olmadıkça, sigortalı tazminat talebini kısmen veya tamamen kabule yetkili olmadığı gibi zarar görenlere herhangi bir tazminat ödemesinde de bulunamaz (Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (KZMSSGŞ) B.2). Trafik sigortalarında sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü KTK m.91'in göndermesiyle, sigorta ettiren işleten tarafından motorlu aracın işletilmesi sonucunda ortaya çıkan maddi zararlar ile kişinin yaralanması veya ölmesi gibi bedensel zararlara ilişkindir.

Sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü ile ilgili KTK 99.maddesi ve KZMSSGŞ A.3'e göre, sigortacının kaza tarihi itibarıyla geçerli zorunlu sigorta limitiyle sınırlı sorumlu olacağı esası açıklanmıştır.

Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları, teminat tutarları ile tarife ve talimatları Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tespit edilir ve Resmi Gazetede yayımlanır. Zarar görenlerin sigortacıya açacakları davada esas alınması gereken limit miktarının tespitini Mahkeme resen yapmak zorundadır¹⁰. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları

⁹ Emine YAZICIOĞLU/ Zehra ŞEKER ÖĞÜZ, *Sigorta Hukuku*, İstanbul, 2021, s.164-165.

¹⁰ ULAŞ, s. 978; KARASU, s.85.

Hakkında Yönetmeliğin 24. Maddesi uyarınca, bu Yönetmelik ile belirlenen teminat tutarları yürürlükteki bütün sigorta sözleşmelerine herhangi bir ek prim alınmaksızın uygulanır.

KTK 96/1 hükmüne göre ise, “Zarar görenlerin tazminat alacakları, sigorta sözleşmesinde öngörülen sigorta tutarından fazla ise zarar görenlerden her birinin sigortacıya karşı yöneltebileceği tazminat talebi, sigorta tutarının tazminat alacakları toplamına olan oranına göre indirim tabi tutulur”¹¹. Ayrıca kişinin bedenine gelen zararlarda tedavi giderlerinin ödenmesi koşulları KTK 98. maddesinde, diğer tazminat ve giderlerin ödenmesi esasları ise KTK 99. maddede açıklanmış bulunmaktadır.

TTK m. 1459 gereği sorumluluk sigortalarında da geçerli olan gerçek zararın giderilmesi ilkesi uyarınca, sigortacı motorlu aracın üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı, poliçede gösterilen meblağın tamamını değil üçüncü kişilerin maruz kaldığı gerçek zararı ödemekle yükümlüdür¹². Bu ilke trafik sigortaları içinde geçerlidir.

III. TRAFİK SİGORTASI GENEL ŞARTLARINDA BEDENSEL ZARAR HALİNDE TALEP EDİLEBİLECEK TEMİNATLAR

Trafik sigortalarında sigortacının bedensel zararlar halinde sorumlu olduğu sigorta teminat türleri Trafik Sigortası Genel Şartları A.5. üç gruba ayrılmıştır:

“b) Sağlık Giderleri Teminatı: Üçüncü kişinin trafik kazası dolayısıyla bedenene eski haline dönmesini teminen protez organ bedelleri de dahil olmak üzere yapılan tüm tedavi giderlerini içeren teminattır. Kaza nedeniyle mağdurun tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ile trafik kazası nedeniyle çalışma

¹¹ KTK 96/1. Maddesindeki hükme uygulamada “garameten” bölüştürme denilmektedir. Ancak bu ilke çerçevesinde yapılan ödemeler üçüncü kişilerin zararını karşılamıyorsa, karşılanmayan zararlardan araç işleten şahsen sorumlu olur, ULAŞ, 983-984; KARASU, s. 85.

¹² Gerçek zararın ödenmesi ilkesini düzenleyen TTK 1459.maddesi, zorunlu sorumluluk sigortaları için uygulanan TTK 1486/1.f ile koruyucu hükümler arasına alınmıştır.

gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler sağlık gideri teminatı kapsamındadır. Sağlık giderleri teminatı Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğunda olup ilgili teminat dolayısıyla sigorta şirketinin ve Güvence Hesabının sorumluluğu 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98 inci maddesi hükmü gereğince sona ermiştir.

c) (Değişik:RG-20/3/2020-31074) (2) (Değişik ibare:RG-4/12/2021-31679)Sakatlanma Teminatı: Üçüncü kişinin sürekli sakatlığı dolayısıyla ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları karşılamak üzere, bu (Değişik ibare:RG-4/12/2021-31679) Genel Şartların Ek 2'sinde yer alan esaslara göre belirlenen tazminatları içeren teminattır. (Değişik cümle:RG-4/12/2021-31679) Trafik kazası nedeniyle mağdurun geçici iş göremezliği ve sürekli sakatlığı bu teminattan karşılanır. (Değişik cümle:RG-4/12/2021-31679)Mağdurun tedavi sürecinin tamamlanması sonrasında sakatlık oranının ve geçici iş göremezlik süresinin belirlenmesinde, Kurul Raporu dikkate alınır. (Mülga cümle:RG-4/12/2021-31679). (Mülga cümle:RG-4/12/2021-31679) Tazminat ödemesinde, ilgili (Değişik ibare:RG-4/12/2021-31679) kurum ve kuruluşlarca tanzim edilecek trafik kazasına ilişkin belgelerde illiyet bağı ile ilgili tespitin yer alması durumunda bu tespitin aksini ispat sigorta şirketine aittir. Sigortacı söz konusu rapor hakkında ilgili mevzuat uyarınca itiraz usulüne başvurduğunda mağdurun itiraz üzerine yaptığı belgelenmiş harcamalarını bu teminat kapsamında karşılamakla yükümlüdür. (Ek cümle:RG-4/12/2021-31679) Geçici iş göremezlik süresi ve sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan ve tıbben gerekli olan sürekli bakıcı giderleri de bu teminat kapsamındadır. (Ek cümle:RG-4/12/2021-31679)Söz konusu Tazminat miktarlarının tespitinde sakat kalan kişi esas alınır.

ç) Destekten Yoksun Kalma (Ölüm) Teminatı: Üçüncü kişinin ölümü dolayısıyla ölenin desteğinden yoksun kalanların destek zararlarını karşılamak üzere bu (Değişik ibare:RG-4/12/2021-31679) Genel Şartların Ek-3'ünde yer alan esaslara göre belirlenen tazminatları içeren teminattır. Söz konusu tazminat miktarının tespitinde ölen kişi esas alınır”.

Trafik Sigortası Genel Şartlarında üç ayrı tazminat türü olup her biri ayrı bir meblağ içermektedir. Bunlar, ölüm ve yaralanma nedeniyle

maddi tazminat, tedavi giderleri ve hasar tazminatıdır. Genel şartlarda teminat türleri konusunda ayrıntılı açıklamalar yapıldığı görülmektedir¹³.

A. Sağlık Giderleri Teminatı

Sağlık giderleri teminatı Genel Şartlar A.5' e göre, üçüncü kişinin trafik kazası dolayısıyla bedenen eski haline dönmesini teminen protez organ bedelleri de dahil olmak üzere yapılan tüm tedavi giderlerini içeren teminattır.

Tedavi giderleri ise beden bütünlüğünü eski hâle getirmeye yönelik masraflardır. Tedavi giderleri sadece hastane süresiyle sınırlı olarak hesaplanmaz. Burada süre bakımından bir sınırlama söz konusu olmaksızın, zarar verici eylemle uygun illiyet bağı içindeki tüm tedavi masrafları ve diğer masraflar talep edilebilir¹⁴.

Tedavi giderleri, sağlık giderleri teminatı kapsamındadır. Sağlık giderleri teminatı ise Sosyal Güvenlik Kurumunun (SGK) sorumluluğunda olup ilgili teminat dolayısıyla sigorta şirketinin ve Güvence Hesabının sorumluluğu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98 inci maddesi hükmü gereğince sona ermiştir.'(A.5./b)

¹³ Trafik Sigortası Genel Şartlarında teminat türleri konusunda ayrıntılı açıklamalar yapılırken yasanın emredici hükümlerine aykırı biçimde ödeme koşulları belirlendiği, adeta sigorta şirketlerinden tazminat almanın olanaksız hale getirildiği ileri sürülmüştür, Bkz., ÇELİK, Tazminat ve Sigorta, s.538.

¹⁴ ÜNAN, 'Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşılanması', s.159-160, Serap AMASYA, "Sorumluluk Sigortalarında Bedensel Zararlar Teminatı Hakkında Genel Değerlendirme", *Akitdışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre*, Ankara, 2018, s. 547; Tedaviye giderlerine örnek olarak şunlar sayılmıştır. İlk müdahale sonrasında yapılan sağlık hizmet bedelleri dışındaki bakım ve bakıcı gideri, yol ve ulaşım harcamaları, muayene, tetkik, röntgen, laboratuvar incelemesi konsültasyon cerrahi veya tıbbi müdahale, yoğun bakım, ameliyat, pansuman, iyileşme süresince kullanılacak ilaç, kan, tıbbi ve cerrahi malzeme, protez, yatak, hemşirelik hizmetleri, rehabilitasyon ile fizik tedavi ve yahut kaplıca tedavisi, özel giysi, çamaşır, ayakkabı, vs tedavi için gerekli araç veya malzemelerin tümü için yapılan bütün harcamalar, Bkz. ANTALYA, s.163; EREN, s. 745; OĞUZMAN/ÖZ, s.93; Hasan Seyyid ÖZTÜRK, *Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası*, Sigorta Davaları, Ankara, 2022, s.1116

Trafik kazalarından kaynaklanan bedensel zararlarda, işletenin sorumlu olduğu tedavi masrafları SGK tarafından karşılanmaktadır. “Sağlık hizmet bedellerinin ödenmesi” başlıklı KTK m.98 birinci ve ikinci fıkralarında aşağıdaki düzenlemeye yer vermiştir:

“Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır.

Trafik kazalarına sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda; sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabınca tahsil edilen katkı paylarının % 15’ini aşmamak üzere, münhasıran bu teminatın karşılığı olarak Hazine Müsteşarlığınca sigortacılık ilkeleri çerçevesinde maktu veya nispi olarak belirlenen tutarın tamamı sigorta şirketleri ve 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 14 üncü maddesinde düzenlenen durumlar için Güvence Hesabı tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılır. Söz konusu tutar, ilgili sigorta şirketleri için sigortacılık ilkelerine göre ayrı ayrı belirlenebilir. Aktarım ile sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer”.

KTK m. 98’in metni incelendiğinde SGK’nın sadece “Sağlık Hizmetleri Ödemesi” nden yani “Resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri”nden sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bunun dışında kalan tedaviye yönelik giderlerden kusurlu araç şoförü, araç işleteni ve trafik sigortacısının (yoksa Güvence Hesabı) sorumluluğu devam edecektir¹⁵.

Burada yalnızca tedavi masrafları ile sınırlı bir düzenleme yapılmış olduğu görülmektedir. Bedensel zarar kapsamındaki diğer kayıplar (tedavi masrafı dışındaki masraflar; örneğin, kazaya uğrayan kişinin yakınlarının yolculuk masrafları), çalışma gücünün yitirilmesinin yol açtığı kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmış olmasından doğan kayıplar sigorta şirketi tarafından Trafik Sigortası teminat limitleri içinde kalmak şartıyla zarar görene KTK 98.m uyarınca karşılanacaktır¹⁶.

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik m.3 /f bendi uyarınca,

¹⁵ ÖZTÜRK, s.1117.

¹⁶ ÇELİK, Tazminat ve Sigorta, s.541; ULAŞ, s. 1000-1001.

“Sigorta teminatları” deyimi “trafik sigortası kapsamında sağlanan maddi teminat ile tedavi gideri, sakatlanma ve ölüm teminatları” anlamına gelmektedir. Sakatlanma zararları için tedavi masraflarından ayrı bir teminat kategorisi öngörülmüştür

Sonuç olarak KTK 98’de sadece sağlık hizmetlerinden bahsedilirken genel şartlarda bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ve trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen ve tamamen azalmasına bağlı giderlerden de SGK’nın sorumlu olduğu düzenlenmiştir¹⁷. SGK’nın sorumluluğuna bırakılan giderler ise, hastane ve diğer sağlık kuruluşlarında gerçekleştirilen tedavi giderleridir. Zarar görenlerin bunun dışında kalan (yani hastane sağlık hizmetleri dışında kalan) bakıcı, protez ve tedaviyi bağlı sair giderler tedavi teminatları kapsamında kabul edilip sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından karşılanmaya devam etmesi benimsenmiştir¹⁸.

Bu nedenle KTK 98’de belirtilen sağlık hizmetlerinden nelerin anlaşılması gerektiği ayrıca düzenlenmeli ya da genel şartlarda değişiklik yapılmalıdır. Çünkü uygulamada kapsamı farklı görünen bu düzenleme karışıklıklara sebebiyet vermektedir¹⁹.

Yargıtay’ın 2918 sayılı KTK’nun 6111 sayılı yasanın 59. maddeyle değişik 98. maddesine dayanarak tedavi giderlerinden doğan sorumluluğun SGK’ya geçmiş olduğu doğrultusunda kararları olduğu gibi, Yargıtay’ın, tedavi gideri kapsamında değerlendirilen tüm giderlerin SGK’nın sorumluluğunda olduğu ve tedavi giderlerinin tamamı yönünden sigortacının sorumluluğunun sona erdiği görüşünde olmadığı kararları da bulunmaktadır.²⁰

¹⁷ Bkz. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 3/1 (22), 63.m., Sağlık Uygulama Tebliği.

¹⁸ Bkz. Y.17.HD. 24.01.2013 E.2012/362 K. 2013/578, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, Erişim tarihi: 30.09.2024.

¹⁹ Merve SOYTÜRK, *Zorunlu Trafik Sigortasında Bedensel Zararlar Yönünden Zenginleşme Yasası İlkesi ve Gerçek Zararın Belirlenmesi*, Ankara, 2022, s.58.

²⁰ Y.17.HD.10.02.2015 T.2013/15416 E. 2015/2380 K. göre: “Yasa lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere sigorta şirketlerinin yükümlüğü sadece “trafik kazaları nedeniyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer resmi ve özel sağlık kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri” yönünden sona erecek olup bu kurumlar tarafından karşılanmayan ulaşım, yemek, refakatçi ücreti gibi sair tedavi giderleri, bakıcı giderleri ve geçici iş

Yargıtay'ın, tedavi gideri kapsamında değerlendirilen tüm giderlerin SGK'nın sorumluluğunda olduğu ve tedavi giderlerinin tamamı yönünden sigortacının sorumluluğunun sona erdiği görüşünde olmadığı anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın yıllar içinde müstakar hâle gelen içtihatlarıyla “diğer tedavi giderleri” olarak kabul ettiği giderlerin kapsamı ise, yalnızca sağlık kuruluşlarındaki tedavi masraflarından ibaret değildir. Sağlık kuruluşlarındaki tedavi masraflarının dışında kalan diğer masraflar bakımından Yargıtay, sigortacının sorumluluğunun devam ettiği görüşündedir²¹.

Bütün bu gelişmelere rağmen, 04.12.2021 tarihli ve 31679 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Trafik Sigortası Genel Şartlarına ilişkin en son değişiklikte A.5./b sağlık giderleri teminatı bendinde konuya ilişkin hiçbir değişiklik yapılmadığı görülmektedir²².

B. Bakıcı Giderleri Teminatı

Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A.5/ b bendi gereğince, kaza nedeniyle mağdurun tedavisine başlanılmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderlerini sağlık giderleri teminatı içinde kabul ederken, A.5. c bendi ise, kaza nedeniyle mağdurun tedavisinin tamamlanması sonrasında yetkili bir hastaneden alınacak özürlü sağlık kurulu raporu ile sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan bakıcı giderlerini bu teminat limitleri sınırlı olmak koşuluyla sürekli sakatlık teminatı kapsamında değerlendirmiştir. Bunu göre, genel şartların hükümleri uyarınca, sürekli sakatlık raporu alınıncaya kadar ortaya çıkan bakıcı giderleri sağlık giderleri teminatı

göremezlik zararları halen tedavi giderleri teminatından ödenmek üzere davalı sigorta şirketinin sorumluluğundadır”, benzer Y. 17. HD'nin 12752/7497 13.06.2019 diğer bir kararında, “KTK m 98 kapsamında kalan tedavi giderleri yönünden SGK'nın, Kanun kapsamı dışında kalan giderlerden ise sigortacının sorumlu tutulması gerektiğini” belirtmiştir, Benzer kararlar için bkz. <https://legalbank.net/belge/y-17-hd-e-2013-15416-k-2015-2380-t-10-02-2015/2278362/>, Erişim tarihi: 30.09.2024.

²¹ Kübra ŞAMLI YETİŞ, “Geçici İş Göremezlik Zararlarının Zorunlu Trafik Sigortası Teminatı Kapsamında Olup Olmadığının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 78, Sayı 4, 2020, s.1775.

²² KENDER, s.8-49

kapsamında iken, sürekli sakatlık teminatı alındıktan sonra ortaya çıkan ve hayat boyu sürecek bakıcı giderleri sürekli sakatlık teminatından karşılanacaktır. Bu durum zarar görenlerin aleyhine olacaktır. Çünkü sürekli sakatlık teminatını ödeyen sigortacı limiti aşacaktır ve bakıcı giderleri ödenmemiş olacaktır. Poliçede belirlenen limiti aşan zararların araç işletenin şahsi sorumluluğuna dayanılarak tazmin edilebileceği ve uygulamada araç işletenin ihtiyari mali sorumluluk sigortası yaptırılarak bu sorumluluktan kurtulabilir.²³

C. Geçici İş Göremezlik Teminatı

Bedensel zarara uğrayan kimsenin kalıcı bir sakatlığının olup olmadığı ve bunun varsa ne oranda olduğunun yetkili sağlık kurullarınca belirlenmesinden önceki tedavi süresine geçici iş göremezlik denilmektedir²⁴.Geçici iş göremezlikten doğan zararı TBK.54.

²³ Yargıtay 17. HD 04.07.2018 Tarih, 2015/13067 E., 2018/6765 K. sayılı kararı: “*Sigorta poliçesinde (ZMMS) belirtilen motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan kaza nedeniyle sigorta şirketi zarar görenlerin tedavisi için ödenen giderleri zorunlu olarak teminat altına alır. Sigorta şirketinin, işleten ve sürücünün yasadan ve sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü, 6111 sayılı yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. Buna karşın bakıcı giderleri 6111 sayılı yasa kapsamında bulunmamaktadır.*”bkz. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN, *Bedensel Zararlarda Bakıcı Giderleri Tedavi Gideri Midir Sorunu, Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk*, KIBRIS, 2019, s. 393; Yargıtay 17. HD 24.01.2013 Tarih, 2012/362 E., 2013/578 K. sayılı kararı; “*2918 sayılı Yasanın değişik 98.maddesine göre, tedavi giderlerinden sorumluluk Sosyal Güvenlik Kurumuna geçmiş ise de Yasa kapsamı dışında kalan giderlerden sigorta şirketinin sorumlu tutulması gerekir. Bakıcı giderlerinin tedavi gideri kapsamında davalı sigorta şirketinden tahsilinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır*”. Bkz. ÇELİK, s.230, Dipnot 63, Güvence Hesabının da aynı şekilde bakıcı giderlerinden tedavi gideri kapsamında sorumlu olduğu da yine Yargıtay’ca kabul edilmiştir. Yargıtay 17. HD 11.05.2012 Tarih, 2011/7758 E., 2012/6081 K. sayılı kararına göre, “*2918 sayılı KTK’nın 6111 sayılı yasanın 59.maddesiyle değişik 98.maddesine göre tedavi giderleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacak ise de kazazedelerin bunun dışında kalan bakıcı veya tedaviye bağlı sair harcamaları, sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabı tarafından karşılanmaya devam edecektir.*”, GÜLEÇ, s. 393.

²⁴ ÇELİK, s.383; SOYTÜRK, s. 64.

maddesinde gösterilen bedensel zararlardan kazanç kaybı veya çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar içerisine dahil etmek mümkündür. Geçici iş göremezlikten doğan zararın kapsamına zarar görenin tedavi süresince ve iş göremediği süre boyunca uğramış olduğu kayıplar girecektir²⁵.

Ancak Genel Şartlar A.5. çerçevesinde değerlendirdiğimizde geçici iş göremezlik nedeniyle uğranılan malvarlığı zararlarının sigorta kapsamında yer alan teminat türlerinden hangisine dahil olduğu ve bu zarardan dolayı sigortacını sorumluluğunun ne şekilde olacağı açık ve net değildi²⁶. Genel Şartlar A.5'e eklenen c bendinin başlığı 'Sürekli Sakatlık Teminatı' iken 'Sakatlanma Teminatı' olarak değiştirilmiş ve söz konusu bentte trafik kazası nedeniyle mağdurun geçici iş göremezliği ve sürekli sakatlığı bu teminattan karşılanacağı açıkça düzenlenmiştir²⁷.

Geçici iş göremezlik, esasen çalışma gücünün geçici bir süre kaybedilmesini ifade eder. Geçici iş göremezlik süresi boyunca, çalışma gücünün geçici kaybı nedeniyle zarar gören kişinin elde ettiği gelirden mahrum kalması söz konusu olursa, bunun tazmini gerekecektir²⁸. Bu nedenle geçici iş göremezlik süresinin belirlenmesi gerekir. Geçici iş göremezlik süresi, yalnızca tıbbi tedavi süresi ile sınırlı değildir. Mağdurun tedavi sürecinin tamamlanması sonrasında geçici iş göremezlik süresinin belirlenmesinde, Kurul Raporu dikkate alınır.

²⁵ Çalışma gücünün azalmasından doğan zararın belirlenmesinden önce zarar verenin kazancı belirlenir. Zarar gören tamamen iyileşmiş, çalışma gücündeki azalma sona ermişse, zarar; zarar görenin iyileşme anına kadar çalışmamasından doğan kazanç kaybından ibarettir. Bu zarar niteliği itibarıyla fiilen yoksun kalınan kar olup, geçici nitelikte ve geçmişe ilişkindir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.95; ANTALYA, s.167; EREN, s.747.

²⁶ ŞAMLI, s.1176.

²⁷ Örneğin, Y17.HD. 03.12.2020 T., 2019/6271 E., 2020/8104 K. sayılı kararında "... geçici iş göremezlik talepleri yönünden sigorta şirketlerinin sorumluluğu devam ettiği için davacının talep ettiği geçici iş göremezlik dönemi için aktüerya raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Bu kararda Genel şartlardaki düzenlemeye değinilmemiş olduğunu görmekteyiz. <https://legalbank.net/belge/y-17-hd-e-2019-6271-k-2020-8104-t-03-12-2020/3952447/>, Erişim tarihi: 14.10.2024.

²⁸ AMASYA, s.553.

Y.4. HD 14.06.2022 tarihli E: 2021/15766 K: 2022/8718 kararında bu konuda görüşünü şu şekilde belirtmiştir: “*Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir. Sağlık Kurul Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre, kazadan sonra olduğu belirtilen travma sonrası stres bozukluğu nedeniyle davacıda kalıcı maluliyet bulunup bulunmadığı, kaza ile illiyet bağının olup olmadığı, maluliyet oranına etki edip etmediği, belirtilen travma sonrası stres bozukluğunun süreklilik arz edip etmediği ve sürekli değilse ne kadar süre devam edeceği konusunda Adli Tıp Kurumu veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümlerinden içerisinde psikiyatri uzmanı da bulunan bir heyetten açıklayıcı, denetime elverişli rapor alınması hususlarına dikkat edilmesi gerekir*”.²⁹

18 yaşından küçükler yönünden geçici iş göremezlik dönemi hakkında verilen bir kararda; “*Yargıtay 17. HD'nin 2019/2939 E. , 2019/9776 K. incelendiğinde; “Davacı ... kaza tarihinde henüz 17 yaşında olup, gelir getiren bir işte çalıştığına iddia ve ispat edilemediği, dolayısıyla tedavi müddeti boyunca mahrum kaldığı herhangi bir kazancı olmadığından, mahkemece geçici iş göremezlik zararı bulunmadığının gözetilmemesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir*” denilmektedir³⁰.

Geçici iş göremezlikten kaynaklanan zarar, çalışan kişiler bakımından kazanç kaybı olarak gerçekleşebilirken, özellikle ev hanımları, yaşlı kişiler ve çocuklar gibi kazancı olmayan kişiler bakımından geçici güç (efor) kaybı olarak gerçekleşmektedir. Geçici iş göremezlik tazminatı hesaplanırken de çalışan kişilerin elde ettikleri kazançlar esas alınırken, çalışmayan ev kadınları, yaşlılar ve çocuklar için asgari ücret esas alınmaktadır³¹.

Yargıtay 17. HD 2017/3674 E., 2019/10324 K. ilamı incelendiğinde; “*Yargılama sırasında alınan 22.01.2016 günlü raporda, davacının vücut çalışma gücünü %2.1 oranında kaybettiği belirlenmiş, aktüerya bilirkişi raporunda ise davacının kaza tarihinde 15*

²⁹ <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2021-15766-k-2022-8718-t-14-06-2022-trafik-kazasından-kaynaklanan-cismani-zarar-nedeniyle-m/4321646/>, Erişim tarihi: 30.09.2024.

³⁰ <https://legalbank.net/belge/y-17-hd-e-2019-2939-k-2019-9776-t-22-10-2019/3520173/>, Erişim tarihi: 30.09.2024.

³¹ ÇELİK, Tazminat ve Sigorta, s.384-385; SOYTÜRK, s. 66-67.

yaşında olması nedeniyle gelir elde etmeye başlamadığı bildirilerek tazminat hesaplaması 18 yaşından itibaren yapılmıştır. Yalnızca meslek sahipleri ve çalışıp kazanç elde etmekte olanların değil, uğranılan kaza nedeniyle oluşan maluliyet nedeniyle günlük işlerini yapamayan veya yapmakta zorlanan diğer kişilerin de maddi tazminat(efor tazminatı) talep edebileceğinin kabulü gerekmekte olup, olay sırasında 15 yaşında olan davacının maluliyeti nedeniyle kaza tarihinden itibaren maddi tazminat isteyebileceği hususu gözetilerek, aktüerya bilirkişisinden bu doğrultuda ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” denilmekle aktif çalışma dönemi öncesi kazazedenin maluliyetin hesaplanması gerektiği belirtilmiştir³².

Y.17.HD. E: 2019/6367, K: 2020/7545, 24.11.2020 tarihli kararında Sosyal Güvenlik Kurumundan alınan geçici iş göremezlik ödemelerinin geçici iş göremezlik zararından mahsup edilerek ödenmesi gerektiği belirtilmiştir :“*Dava, trafik kazasından kaynaklı cismani zarar nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, hükme esas alınan hesap bilirkişi raporunda ise davacının geçici iş göremezlik zararı hesabında davacının Sosyal Güvenlik Kurumundan aldığı ödemeler gözetilmeden hesaplama yapılmıştır. Bu yönüyle hatalı şekilde düzenlenen bilirkişi raporunun hükme esas alınması eksik inceleme olup eksik inceleme ile karar verilemez. Bu durumda mahkemece, davacının geçici olarak çalışmadığı dönemde Sosyal Güvenlik Kurumundan aldığı geçici iş göremezlik ödemeleri araştırılıp, tespit edilecek ödemelerin geçici iş göremezlik zararından mahsup edilerek hesaplanması için denetime elverişli bilirkişi raporu alındıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, Bölge Adliye Mahkemesi’nce de bu hususa yönelik davalı vekilinin istinaf başvurusunun reddine karar verilmesi isabetli değildir*”³³.

Y.4. HD E: 2022/422 K: 2023/5853, 2023 tarihli kararında ise, tazminat hesaplamalarında progresif rant formülünün kullanılması gerektiği belirtilmiştir: “*Dava, kaza nedeniyle yaralanmaya dayalı geçici ve sürekli iş göremezlik tazminatının istemine ilişkindir. İşgücü kaybı*

³² <https://legalbank.net/belge/y-17-hd-e-2017-3674-k-2019-10324-t-07-11-2019/3657950/>, Erişim tarihi: 30.09.2024.

³³ <https://legalbank.net/belge/y-17-hd-e-2019-6367-k-2020-7545-t-24-11-2020-trafik-kazasından-kaynaklı-cismani-zarar-nedeniyle-madd/4037341/>, Erişim tarihi 30.09.2024.

tazminatı hesabında, yeni ... Genel Şartları ekindeki cetvellerin kullanılması mümkün olmadığından ve %1,8 teknik faiz uygulaması da anılan cetvellerle getirildiğinden, artık uygulanması mümkün değildir. Tazminat hesaplamasının, %1,8 teknik faiz uygulanmadan yapılması gereklidir ki, Uyuşmazlık Hakem Heyeti tarafından esas alınan rapor bu yönüyle yeterli bir rapor değildir. Davacının talebi dikkate alınarak TRH 2010 Tablosuna göre muhtemel bakiye ömür süresinin belirlenmesi, %1,8 teknik faiz uygulanmadan ve işleyecek devre bakımından "progresif rant" formülü kullanılarak tazminat hesaplamasının yapılması gerektiği dikkate alınmak suretiyle, birlikişiden ek rapor alınıp oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekir"³⁴.

IV. SAKATLANMA TEMİNATI

A. Genel Olarak

Trafik sigortalarında bir motorlu aracın işletilmesi nedeniyle oluşan trafik kazası sonucu üçüncü kişilerde sürekli sakatlık nedeniyle ileride uğranılacak maddi zararlarda sigorta teminatı kapsamındadır. Sürekli sakatlık tazminatı, kazazedenin tüm tedavilere rağmen, kaza öncesindeki sağlık ve vücut bütünlüğünü elde edemeyerek meydana gelen genel vücut çalışma gücü kaybıdır. Çalışma gücünün kaybı TBK m. 54/ 3. bendinde düzenlenmiştir. Çalışma gücü kaybı kısmen yani azalma şeklinde olabileceği gibi, tam yani yitirilme şeklinde de olabilir ³⁵. Çalışma gücünün kaybı günümüzde artık güç kaybı veya efor kaybı olarak da kabul edilmektedir. Çalışma gücünün kaybında asıl olan kazanç kaybı veya azalması değil kazanma gücünün kaybı ve azalması olduğu ileri sürülmektedir³⁶.

³⁴ <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2022-422-k-2023-5853-t-03-05-2023-kaza-nedeniyle-yaralanmaya-dayali-gecici-ve-surekli-is-go/5033492/>, Erişim tarihi 30.09.2024.

³⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.167; ÇELİK, Tazminat ve Sigorta, s.386; SOYTÜRK, s. 72; Sema GÜLEÇ UÇAKHAN, Farklı Hesap Yöntemlerinin Uygulanmasının Adil Yargılanma Hakkını İhlali, Türkiye Barolar Birliği Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar, *Uluslararası Kongre*, Ankara, 2018, s.971.

³⁶ Ahmet Çelik ÇELİK, Ölümelerde ve Bedensel Zararlarda Tazminat Hesapları, Türkiye Barolar Birliği Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta

Trafik Sigortası Genel Şartlar A.5./c bendine göre; üçüncü kişinin sürekli sakatlığı dolayısıyla ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları karşılamak üzere, aynı Genel Şartların Ek 2'sinde yer alan esaslara göre belirlenecek tazminatları içeren bir teminatır³⁷. Ek.2'ye göre; Trafik kazası nedeniyle mağdurun geçici iş göremezliği ve sürekli sakatlığı bu teminattan karşılanır. Mağdurun tedavi sürecinin tamamlanması sonrasında sakatlık oranının ve geçici iş göremezlik süresinin belirlenmesinde, Kurul Raporu dikkate alınır. Geçici iş göremezlik süresi ve sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan ve tıbben gerekli olan sürekli bakıcı giderleri de bu teminat kapsamındadır. Ayrıca sürekli sakatlık tazminatının zarar gören kişinin bireysel özelliklerine göre hesaplanacağı, tazminatın toplu olarak ödeneceği, hesaplamalarda TRH 2010 tablosunun dikkate alınacağı, hesaplamalarda iskonto (teknik faiz) oranının %1,8 olarak dikkate alınacağı, vergilendirilmiş gelirin belgelendirilmesi durumunda belirtilen gelir aksi halde asgari ücrete göre hesaplama yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Kurul raporu hakkında değerlendirme yapılırken; sakatlık ölçütü sınıflandırılması ve özürülere verilecek sağlık kurulu raporlarına ilişkin mevzuat doğrultusunda hazırlanacak sağlık kurulu raporu dikkate alınır.

Bedensel Zararlar, *Uluslararası Kongre*, Ankara, 2018, s. 998; SOYTÜRK, s. 72; Yargı kararlarında da efor kaybına değer atfedilmekte ve buna uygun kararlar verilmektedir. Y.17.HD.03.03.2015 T.,2013/17213 E.,2015/3818 K. Sayılı kararı için bkz. <https://legalbank.net/belge/y-17-hd-e-2013-17213-k-2015-3818-t-03-03-2015/2267083/>, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

³⁷ Ek 2: Sakatlık tazminatları hesaplaması (Değişik: RG-4/12/2021-31679), Geçici iş göremezlik ve sürekli sakatlık tazminatları, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 90. maddesi uyarınca aşağıda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanır: Madde 1 – (1) Sakatlık tazminatları, bu Genel Şartlarda düzenlenen usul ve esaslara göre mağdurun bireysel özellikleri dikkate alınarak hesaplanır.

(2) Geçici iş göremezlik tazminatı, Kurul Raporunda tespit edilen geçici iş göremezlik süresi boyunca mağdurun sakatlık oranının %100 olduğu varsayımıyla hesaplanır. Kurul Raporunda tespit edilen geçici iş göremezlik süresi boyunca mesleğine bakılmaksızın herkes için geçici iş göremezlik tazminatı hesaplanır.

(3) Sürekli sakatlık tazminatı, varsa geçici iş göremezlik süresinin bittiği tarihten itibaren Kurul Raporunda tespit edilen sürekli sakatlık oranı üzerinden hesaplanır.

Tazminat ödenmesinde, ilgili sağlık hizmet sunucularınca tazmin edilecek trafik kazasına ilişkin belgelerde illiyet bağı ile ilgili tespitin yer alması durumunda bu tespitin aksini ispat, sigorta şirketine aittir. Sigortacı söz konusu rapor hakkında ilgili mevzuat uyarınca itiraz usulüne başvurduğunda mağdurun itiraz üzerine yaptığı belgelenmiş harcamaları bu teminat kapsamında karşılamakla yükümlüdür³⁸.

B. Sürekli İş Göremezlik Zararının Hesabında Dikkat Edilecek Unsurlar

Zarar görene sürekli iş göremezlik tazminatının ödenebilmesinin ön koşulu zarar görenin malul kalmasıdır. Bu nedenle zararın hesaplanması içinde zarar görenin maluliyet oranının belirlenmesi gerekir. Diğer bir hususta zarar görenin gelir durumudur. Zararın belirlenmesinde dikkat edilecek son husus da zarar görenin çalışma ve yaşam süresidir. Sürekli sakatlık tazminatının hesaplanmasında Genel Şartlarda 20/3/2020 tarihli ve 31074 sayılı Resmi Gazetede yapılan değişikliklerle beraber sigorta şirketleri lehine bir takım daha hükümler eklenmiştir. Ancak aleyhine tazminat davası açılan bir sürücü, işleten ve sigorta şirketi için farklı hesaplama yöntemi benimsenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin 17.7.2020 tarihinde 2019/40 E. 2020/40 K. sayılı kararı ile Karayolları Trafik Kanunu'nun 90. maddesinin birinci cümlesinde yer alan "...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda..." ibaresi ile ikinci cümlesindeki "...ve genel şartlarda..." ibaresinin ve 92. maddesinin (i) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiş ve Yargıtay tarafından artık zararın ve zararın kapsamının 2918 sayılı KTK.nın ve 6098 sayılı TBK.nın haksız fiile ilişkin hükümlerine ve Yargıtay uygulamalarına göre belirlenmesi gerekeceği içtihat edilmiştir.³⁹

1. Maluliyet Oranı

Trafik kazası sonucu zarar görende kalıcı sakatlık durumu ortaya çıkmışsa, sigortacıya tazminat için başvurduğunda yapılması gereken ilgili sağlık kurullarından maluliyet oranını belirleyen bir rapor almak gerekmektedir. Maluliyet oranları belirlenirken ilgili yönetmeliklerde yer

³⁸ ASLAN, s.166.

³⁹ Karar için bkz. ÖZTÜRK, s.1124.

alan kriterler göz önünde bulundurulur. Zarar gören kişinin maluliyet oranının belirlenmesinde eskiden bu yana farklı tüzük ve yönetmelikler kullanılmıştır⁴⁰.

Aşağıda Sakatlık Tespit Tüzük ve Yönetmelikleri ve geçerlilik tarihleri verilmiştir:

- 11.10.2008 tarihinden önce Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü,
- 11.10.2008 tarihi ile 31.08.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü Ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği,
- 01.09.2013 tarihi ile 31.05.2015 tarihleri arasında Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği,
- 01.06.2015 tarihi ile 20.02.2019 tarihleri arasında Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurul Raporları Hakkında Yönetmeliği,
- 20.02.2019 tarihinden sonra Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik,
- 20.02.2019 tarihli Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik.

Maluliyet oranını belirlenmesinde hangi yönetmeliğin uygulanacağını tespit etme ile ilgili Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.06.2021 tarihli 2021/3089 Esas 2021/3441 Kararında kaza tarihine göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir:

“Haksız fiil sonucu çalışma gücünde kayıp olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının tespiti açısından maluliyetin varlığı ve oranının doğru bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlemenin ise Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşlarının çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikâyetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden kaza tarihi 11.10.2008 tarihinden önce ise Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü, 11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri

⁴⁰ ÇELİK, Tazminat ve Sigorta, s.569; SOYTÜRK, s.77.

Yönetmeliği, 01.09.2013 – 01.06.2015 tarihleri arası Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği, 01.06.2015 – 20.02.2019 tarihleri arası Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurul Raporları Hakkında Yönetmelik, 20.02.2019 tarihinden sonra Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.” şeklinde belirtilmektedir⁴¹.

2. Gelir Durumu

Zarar görenin gelir durumu da sürekli iş göremezlik dolayısıyla uğradığı zararı hesaplamada önem arz etmektedir. Çalışan kişiler bakımından zararın belirlenmesinde dikkate alınacak gelir, zararın meydana geldiği andaki gelirdir. Bu gelire zarar görenin ileriki yıllarda elde edeceği gelir artışlarında eklenmelidir. Zararın belirlenmesinde işçilerin bordrolarındaki ücretler gerçeği yansıtmıyorsa yaptıkları işe, kıdeme ve ustalık durumlarına göre gerçek kazanç araştırması yapılmalıdır⁴².

Bir işi veya kazancı bulunmayan çocuklar ev kadınları ve yaşlılar yönünden dikkate alınacak olan gelir durumu belirlemede ölçüt genelde asgari ücretlerin geçim indirimsiz net tutarıdır. Bu konuda Y.17.HD.15.10.2020 T, 2020/405E.,2020/5729 K.’da :

“..İş göremezlik zararının hesabında, davacının gelirinin doğru biçimde belirlenmesi, tazminatın doğru tespitinde önemli bir yer tutmaktadır. Çalışma hayatının aktif çalışma dönemi ve emeklilik dönemi olan pasif devre olarak ayrılması ve pasif devrede zararın asgari geçim

⁴¹ Karar için bkz. <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2021-3089-k-2021-3441-t-22-06-2021/4154747/>, Erişim Tarihi: 01.10.2020; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2021/3089 E. 2021/3441 K. 22/06/2021 tarihli kararında benzer bir hüküm vermiştir, ÖZTÜRK, s.1125.

⁴² Gelir durumunun araştırılması hakkında bkz. Türkiye İstatistik Kurumu resmi internet sitesi “Kazanç Bilgisi Sorgulama”, <https://data.tuik.gov.tr/Search/Search?text=kazan%C3%A7%20bilgi%20sorgulama&dil=1>, Erişim tarihi: 01.10.2024, Zarar gören meslek değiştirecekse, yeni meslekteki muhtemel geliri ve gelir artışları bulunur. Zarar veren çocuksa, çocuğun fikri ve fiziki yetenek özelliklerine, ana babasının sosyal ve ekonomik durumu açısından yönelebileceği muhtemel mesleğe göre ilerinde kazanacağı muhtemel gelir, o nitelikte ortalama bir çocuk örnek alınarak tespit edilir. EREN, s. 748.

indirimsiz asgari ücret düzeyinde bir zarar olacağıının kabulünün gerektiği Dairemizin yerleşmiş içtihatlarından. Pasif devre zararının hesaplanması sırasında esas alınan ücret, bir çalışmanın karşılığı değil, ekonomik bir değer taşıyan yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesinin karşılığıdır. Hal böyle olunca da ücretle fiilen çalışanlara uygulanmak için getirilen asgari geçim indiriminin, ücretli bir çalışmanın söz konusu olmadığı pasif dönem (devre) zararının hesaplanmasında dikkate alınmayacağı açıktır. Zira, asgari geçim indirimi (AGİ), ücretin eki olmadığından, tazminat alacaklarının hesaplanmasına esas ücrete dahil edilemez.” denilmektedir⁴³.

3. Çalışma ve Yaşam Süresi

Zarar hesaplamada dikkat edilecek son hususta zarar görenin çalışma ve yaşam süresidir. Yaşam süreleri ortalama ömür tabloları ile tespit edilmektedir. Ülkemizde Sosyal Güvenlik Mevzuatında 1931 tarihli PMF (Population Masculine et Feminine) esas alınmıştır. Bu kadın ve erkekler için oluşturulmuş bir tablodur. Ancak Trafik Sigortası Genel Şartlar Ek 7’de tazminat hesaplamalarında TRH 2010 hayat tablolarının kullanılacağı belirlenmiştir⁴⁴.

Yargıtay son kararlarında TRH 2010 hayat tablolarını esas aldığıı görmektedir. Örneğin, Y.17.H D. E: 2020/2598 K: 2021/34, 14.01.2021 tarihli kararında:

“ Gerçek zarar miktarı; hak sahiplerinin ve desteğin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır. Desteğin veya hak sahiplerinin bakiye ömürleri daha önceki yıllarda Fransa’dan alınan 1931 tarihli "PMF" cetvelleri ile saptanmakta ise de; Başbakanlık

⁴³ Gelir Vergisi Kanunu 32 m.’de düzenlenen asgari geçim indirimi 7348 sayılı kanunla değişik 3.m. ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla Yargıtay’ın bu ölçütü asgari ücret olarak düşünülmemelidir.

⁴⁴ Bkz. (RG-4/12/2021-31679 tarihli ve sayılı, Ek 7: Tazminat Hesaplamalarında Esas Alınacak Hayat Tabloları, Ek-2 ve Ek-3 uyarınca yapılan tazminat hesaplamalarında, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 90 ıncı maddesi uyarınca TRH 2010 Erkek, TRH 2010 Kadın tablolar esas alınır, <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=20752&mevzuatTur=Teblig&mevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla "TRH 2010" adı veriler. "Ulusal Mortalite Tablosu" hazırlanmış olup, Sosyal Kurumu'nca da ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tabloların uygulanmasına geçilmiştir. Gerçek zarar hesabı özü itibarıyla varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda diğer kurumlar ile Yargıtay Daireleri arasında tazminat hesabında birliğin sağlanması açısından ve yine bu tablonun ülkemize özgü ve güncel verileri içermesi de göz önüne alındığında Dairece de 2020 yılı Aralık ayı itibarı ile tazminat hesaplarında bakiye ömrün belirlenmesinde TRH 2010 tablosunun esas alınmasının güncellenen ülke gerçeklerine daha uygun olacağına karar verilmiştir. Buna göre temyiz edenin sıfatına göre, davacı tarafından kararın temyiz edilmediği de dikkate alınarak, kazanılmış haklar gözetilerek (tazminata esas alınan gelir, esas alınan asgari ücret yılı, işlemiş/işleyecek dönem tarihleri gibi) davacının ve desteğin muhtemel bakiye yaşam süresinin TRH 2010 Yaşam Tablosu'na göre belirlenmesi suretiyle tazminat miktarının hesaplanması için bilirkişiden ek rapor alınarak oluşacak sonuca göre karar verilmek üzere kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir." denilmektedir⁴⁵

Çalışma süresi ise, yaşam sürelerinde olduğu gibi bir tabloya bağlanmış değildir. Çalışma süresi olağan işlerde 60-65 yaşa kadar, ağır işlerde 50 yaşa kadar kabul edilmiştir. 5754 sayılı Kanununun 16. maddesi ile değiştirilen SSGSSK m. 28 hükmü ile kademeli geçiş öngörülmüştür.

Trafik Sigortası Genel Şartlar Ek 2'de "Sakatlık Tazminat Hesaplanması" 5.m /1.f 'ya göre şu şekildedir: "Geçici iş göremez olan veya sürekli sakat kalan kişinin aktif ve pasif dönemleri aşağıdaki esaslar çerçevesinde belirlenir:

a) Mağdurun aktif yaşamı 18 yaşında başlar ve 65 yaşında biter. 18 ila 65 yaş arası dönem mağdurun aktif dönemi, 18 yaş öncesi ve 65 yaş sonrası ise pasif dönemdir. Mağdur hesap tarihi itibarıyla pasif dönemde olmasına rağmen çalışmaya devam ediyorsa hesap tarihinden itibaren iki yıl daha aktif dönemde olduğu, sonrasında pasif döneme

⁴⁵ <https://legalbank.net/belge/y-17-hd-e-2020-2598-k-2021-34-t-14-01-2021-trafik-kazasi-nedeniyle-destekten-yoksun-kalma-tazminati-/3976884/>, Erişim tarihi: 01.10.2024.

geçeceği kabul edilir. Özel kanunlarla çalışma süreleri ayrıca belirlenen mesleklere ilişkin hükümler saklıdır.

b) Mağdurun 18 yaşından küçük olmasına rağmen çalıştığı ve gelir elde ettiğinin belgelendirilmesi halinde aktif dönem hesabı yapılır.

c) Kaza tarihinde 65 yaşından küçük olan ve emekli olduğu bilinen kişiler için;

1) Hesap tarihi itibarıyla çalıştığıın belgelendirilmesi halinde 65 yaşına kadar aktif dönemde olduğu,

2) Hesap tarihi itibarıyla çalışmıyorsa pasif dönemde olduğu, kabul edilir.”

4. Yaşam Boyu Bakım Giderleri

Bakıcı ya da bakım gideri, maddi tazminat kavramına dahil olan, kişinin muhtaçlık durumu olması durumunda yaşamını sürdürebilmesi için üçüncü bir kişinin yardımına, bakımına duyduğu gereksinimi ifade eden parasal gideri ifade eder. Zarar gören kişinin, önemli derecede malul olması karşısında üçüncü bir kişinin yardımına ihtiyaç duyması sonucunda tazminatın talep edilmesi mümkündür. Yargılama sırasında zarar gören kişiye ait tedavi evrakları üzerinden yapılacak bilirkişi ya da Adli Tıp Kurumu incelemesi neticesinde bakıcıya ihtiyaç duyulup duyulmayacağıın tespiti gereklidir. Evrak üzerinden tespit mümkün değilse zarar gören kişinin ilgili kuruma sevki ile tespit yapılacaktır. Bakıcı gideri bakımından üzerinde durulması gereken en önemli hususlardan birisi, talebin sağlık gideri teminatından mı yoksa sakatlık teminatından mı karşılanacağı hususudur⁴⁶.

Trafik Sigortası Genel Şartları A.5/c bendine 04.12.2021 tarihli değişiklikle eklenen cümle gereğince, geçici iş göremezlik süresi ve sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan ve tıbben gerekli olan sürekli bakıcı giderleri sakatlanma teminatı kapsamındadır (RG-4/12/2021-31679). Zarar görenin tedavisi tamamlandıktan sonra yaşam boyu bakım ihtiyacında olması durumunda, bunun alınan sağlık kurulu raporunda açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Yaşam boyu bakıma karar verilmesi için maluliyet oranı % 100 olmak zorunda değildir.

⁴⁶ ÖZTÜRK, s.1125.

Bu hususlar Genel Şartlar Ek2: Sakatlık Tazminatı Hesaplaması m.8/1 de düzenlenmiştir⁴⁷. “Sürekli sakatlığa bağlı sürekli bakıcı gideri, bakıcı tutulduğunun belgelendirilememesi halinde bekâr ve çocuksuz kişiler için geçerli AGİ dâhil net asgari ücret üzerinden, bakıcı tutulduğunun belgelendirilmesi durumunda ise brüt asgari ücret üzerinden olmak üzere 20/2/2019 tarihli ve 30692 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Çocuklar için Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelikte kısmî bağımlı olarak tanımlanan ve Kurul Raporuna göre %50 ve üzerinde engel oranına sahip kişiler için %50 oranında, tam bağımlı olarak tanımlanan kişiler için ise %100 oranında “Dönem Başı Ödemeli Tam Hayat Anüitesi” (âx) ile hesaplanır. x sürekli bakıcı gideri ihtiyacı bulunan mağdurun hesap tarihindeki yaşını temsil eder”.

Yaşam boyu bakım giderleri, genel şartlarda sakatlanma teminatı içerisinde düzenlenmesine rağmen, Yargıtay’ın yerleşmiş kararlarına göre tedavi giderleri teminatından karşılanır. Bakıcı giderleri hakkında Yargıtay 4. HD, E: 2021/14845 K: 2021/2469 ve 07.06.2021 tarihli kararında sürekli bakıcı giderleri zararının poliçedeki tedavi giderleri teminatından karşılanması gerektiğine karar vermiştir: Bu kararda;

“Dava, trafik kazası sonucu oluşan cismani zarar nedeniyle sürekli bakıcı gideri zararından oluşan maddi tazminat istemine ilişkindir. Davacı taraf, sürekli bakıcı giderinin tedavi gideri teminatından karşılanması gerektiğini iddia ederek bakiye tazminat isteminde bulunmuş; davalı sigortacı ise, bakıcı giderine ilişkin zararın da sakatlık teminatı kapsamında kaldığını ve anılan teminata ilişkin limitin tüketildiğini savunmuştur. Bu itibarla taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının sürekli bakıcı gideri zararının, davalı tarafından düzenlenen ZMSS poliçesindeki sakatlık teminatı kapsamında mı yoksa tedavi gideri teminatı kapsamında mı olduğu ve davalının davadan önce ödediği bedel ile sorumluluğunun son bulup bulmadığı noktasında toplanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili iptal kararı gereği, ZMSS Genel Şartları'nın A.5-c maddesine göre bakıcı giderlerinin sürekli sakatlık teminatı kapsamında kabul edilmesinin mümkün olmadığı, sürekli bakıcı gideri zararının, AYM iptal kararı da

⁴⁷ Bkz. Değişik:RG-4/12/2021-31679, Genel Şartlar Ek 2: Sakatlık Tazminatı Hesaplaması, <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=20752&mevzuatTur=Teblig&mevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

dikkate alınarak Dairemizin önceki yerleşik uygulamaları gereği, tedavi giderleri teminatında yer aldığı hususları hep birlikte ele alındığında, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmenin doğru olmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan hukuki ve maddi vakıalar karşısında, davaya konu edilen sürekli bakıcı gideri zararının, poliçedeki tedavi giderleri teminatından karşılanması gerektiği dikkate alınmak suretiyle karar verilmesi gerekmektedir” denilmektedir.⁴⁸

Kanaatimizce, yaşam boyu bakım gideri, her ne kadar sürekli iş göremezlik dönemi boyunca gerçekleşecek olan bir gider olsa da, niteliği itibariyle zarar görenin sağlık durumu bağlı olarak gelişen bir gider olması dolayısıyla tedavi giderleri teminatından olduğunun kabul edilmesi gerekir. Ayrıca yaşam boyu bakıma muhtaç olan zarar görenin, sürekli iş göremezlik tazminatının da yüksek olması muhtemeldir. Bu anlamda yaşam boyu bakım giderini, sürekli sakatlık teminatından karşılamak zarar görenin aleyhine olabilir. Sürekli iş göremezlik tazminatı sürekli sakatlık tazminatını aştığı hallerde, artık bu limitten yaşam boyu bakım giderinin ödenmesi ihtimali kalmayacaktır. Dolayısıyla limiti aşan bakıcı giderleri ödenmemiş olacaktır⁴⁹.

V. SONUÇ

Zorunlu Trafik Sigortasına ilişkin başlıca düzenlemeler KTK ve Trafik Sigortası Genel Şartlardır. İlgili mevzuatta yapılan değişiklikler ile bu iki düzenlemenin birbiri ile çatışır nitelikteki hükümleri belirsizliklere sebep olmaktadır. Bu belirsizliklerde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda sigorta şirketi ile zarar gören tarafın farklı iddialarda bulunmalarına yol açmaktadır. Ayrıca Yargı Kararlarının da sık sık değiştiğini de görmekteyiz.

⁴⁸ Karar için bkz: <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2021-14845-k-2021-2469-t-07-06-2021-trafik-kazasi-sonucu-olusan-cismani-zarar/4156368/>, Erişim tarihi: 01.10.2024; Benzer bir karar için bkz. Y. 17.H D 10.07.2014 T. ,2014/11739 E., 2014/11205, <https://legalbank.net/belge/y-17-hd-e-2014-11739-k-2014-11205-t-10-07-2014/1647238/>, Erişim Tarihi: 5.11.2024; Y.17. HD. 10.11.2016 T., 2014/12645 E., 2016 /10378 K.’da yaşam boyu bakım giderinin sürekli maluliyet teminatı içinde değerlendirilmesi gerektiğine dair karşı oy yazılmıştır. Bkz. SOYTÜRK, s.112.

⁴⁹ KARASU, s.94.

Trafik kazası tedavi sürecinde masraflar yapan zarar görenin tedavi masraflarına ilişkin KTK 98.maddesi ve Genel Şartlar A.5.b bendinde üçüncü kişinin trafik kazası dolayısıyla bedenen eski haline dönmesini teminen yapılan tüm tedavi giderleri, bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ve trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen ve tamamen azalmasına bağlı giderlerden SGK'nun sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Trafik kazası tedavi sürecinde masraflar yapan zarar görenin tedavi masraflarına ilişkin KTK 98. maddesi ve Genel Şartlar A.5.b bendinde üçüncü kişinin trafik kazası dolayısıyla bedenen eski haline dönmesini teminen yapılan tüm tedavi giderleri, bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ve trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen ve tamamen azalmasına bağlı giderlerden SGK'nun sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Uygulamada sigorta şirketleri Genel Şartlardaki düzenlemeye dayanarak KTK 98.maddesinin tüm tedavi giderlerini kapsadığını ileri sürülmüşlerdir. Ancak ilgili hüküm sağlık hizmetleri bedelleri bakımından SGK'nın sorumlu olduğunu öngörmüştür. Bakıcı giderleri ve geçici iş göremezlik zararları sağlık hizmetleri bedellerini kapsamaz. Geçici iş göremezlik zararına ilişkin sorumluluğun sigorta şirketlerinde olduğu anlaşılmaktadır.

Sürekli iş göremezlik zararının belirlenmesinde maluliyet oranının hangi kişi ve/veya kurumlar tarafından hangi kurallar çerçevesinde belirleneceği ve bundan doğan zararın nasıl hesaplanacağı sorunları önemli tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmaların son bulması için, yasal düzenleme yapılması, yargı kararları ile çözüm getirilmesi, ikincil mevzuatta yapılacak düzenlemelerle yetinilmesi gibi çözümler önerilebilir. İkincil mevzuat (ilgili yönetmelikler, tüzükler gibi) özellikle sakatlığın tazminat tutarının belirlenmesine olan etkisi bakımından önem taşıyacaktır. Sırasıyla sakatlığın oranını ve bu orandaki bir sakatlığın, zarar görenin kazanç elde etme olanağını ne ölçüde azaltmış olabileceğini saptama lüzumu gündeme gelecektir. Sakatlığın varlığını ve oranını saptama alanında ilk sorun, bunun hangi kurum tarafından yapılacağıdır. Bu hususta Adli Tıp Kurumu'na veya Üniversitelere (özellikle bunların Adli Tıp Anabilim Dallarına) görev düşmektedir. İkinci olarak, varlığı belirlenen sakatlığın hangi zarara yol açmış olduğu araştırılacaktır. SGK kendi uygulamalarında esas olacak ayrıntılı bir düzenleme getirirse, belirli bir meslek mensubunun, hangi sakatlığa hangi ölçüde maruz kaldığı takdirde, kazanma gücünde ne oranda azalma olacağı büyük ölçüde takdire bağlı olmaktan çıkacak ve yeknesak bir uygulamaya

kavuşacaktır. Üçüncü aşamada, zarar görenin fiilen ne kadar kayba uğradığı o zarar görenin özellikleri (ne kadar kazandığı, başka işi yapma olanağı vb.) dikkate alınarak hesaplanmalıdır. Varsayıma dayalı unsurlarda, takdire dayalı belirlemelere gereksinim olabilecektir⁵⁰.

Yaşam boyu bakıcı giderine hükmedilmesi durumunda ise, bu giderin sigortacının sorumluluğu kapsamında olduğu ve tedavi giderleri teminatından karşılanması gerektiği kabul edilmiştir. Yargıtay'ın yerleşik kararlarında da aynı şekilde kabul gördüğünü görmekteyiz. Ancak yaşam boyu bakıma muhtaç olan zarar görenin sürekli iş göremezlik tazminatının da yüksek meblağda olması muhtemeldir. Bu anlamda yaşam boyu bakım giderini sürekli sakatlık teminatından karşılamak zarar görenin aleyhine olacaktır. Bu nedenle yaşam boyu bakıcı giderlerinin tedavi giderleri teminatından karşılanması uygun olacaktır.

⁵⁰ ÜNAN, Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşlanması, s.198.

KAYNAKÇA

- AMASYA, Serap, ‘Sorumluluk Sigortalarında Bedensel Zararlar Teminatı Hakkında Genel Değerlendirme’, Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar, *Uluslararası Kongre*, Ankara, 2018, s.542-596.
- ANTALYA, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.V/1,2, Ankara 2019
- ASLAN DÜZGÜN, Ülgen, “Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları İle Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 14, Aralık 2019, s. 156.
- BOZKURT, Emre Can, *Zorunlu Trafik Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İleri Sürebileceği Savunmalar*, Ankara, 2022.
- BOZKURT, Emre Can, *Zorunlu Trafik Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İleri Sürebileceği Savunmalar*, Ankara, 2022.
- ÇELİK, Ahmet Çelik, Ölümelerde ve Bedensel Zararlarda Tazminat Hesapları, Türkiye Barolar Birliği Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar, *Uluslararası Kongre*, Ankara, 2018. (Akit Dışı Sorumluluk)
- ÇELİK, Ahmet Çelik, Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta, Hukuk ve Ceza Sorumluluğu, Ankara, 2017. (Tazminat ve Sigorta)
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2012, s.744-745.
- GÜLEÇ UÇAKHAN, Sema, Farklı Hesap Yöntemlerinin Uygulanmasının Adil Yargılanma Hakkını İhlali, Türkiye Barolar Birliği Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar, *Uluslararası Kongre*, Ankara, 2018.
- İMRE, Zahit, “Motorlu Taşıt Araçlarının Mecburi Mesuliyet Sigortası ve Kapsamı”, *V. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası*, 1975, Ankara, s. 263.
- KARASU, Rauf, *Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, Ankara, 2016.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku*, C.II, İstanbul, 2014.

ÖZTÜRK, Hasan Seyyid, *Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası, Sigorta Davaları*, Ankara, 2022.

RAYEGÂN, Kender, “Karayolları Motorlu Araçla Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Yeni Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XIII, Sayı 1, 2016, s.8-47.

SOYTÜRK, Merve, *Zorunlu Trafik Sigortasında Bedensel Zararlar Yönünden Zenginleşme Yasağı İlkesi ve Gerçek Zararın Belirlenmesi*, Ankara, 2022.

ŞAMLI YETİŞ, Kübra, “Geçici İş Göremezlik Zararlarının Zorunlu Trafik Sigortası Teminatı Kapsamında Olup Olmadığının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 78, Sayı 4, 2020.

ULAŞ, Işıl, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, Ankara, 2012.

ÜNAN, Samim, “Ölüm Dışındaki Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşılanması”, *Sigorta Hukuku Sempozyumları 2018*, s. 215-256. (Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşılanması).

ÜNAN, Samim, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku*, C.II, Zarar Sigortaları, İstanbul, 2016.

VURAL, Güven, *Trafik Sigortası*, Ankara, 1981

YAZICIOĞLU, Emine/ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, *Sigorta Hukuku*, İstanbul, 2021.

Diğer Kaynaklar

<https://www.legalonline.com.tr/>.

KAVRAMSAL AÇIDAN ÇIPLAK GEMİ KİRA SÖZLEŞMESİ

Duygu TURGUT GÜNEL*

ÖZ

Gemi kira sözleşmeleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun m. 1119-1130 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Gemi kira sözleşmeleri, çıplak gemi kira sözleşmesi (bareboat charter) ve demise charter (charter with demise) şeklinde ikiye ayrılır. Bu çalışmada özellikle uluslararası alanda daha çok uygulama alanına sahip olan çıplak gemi kira sözleşmesi ele alınacaktır. Çıplak gemi kira sözleşmesinin tanımı, unsurları, kurulması, navlun sözleşmelerinden farkları incelenecektir. Ayrıca, İngiliz deniz hukuku çerçevesinde yapılan analizle, bu sözleşme türünün kiraya veren ve kiracı arasındaki ilişkiyi nasıl şekillendirdiği ile deniz ticaretindeki rolü ortaya konulacaktır. Bu açıdan, çıplak gemi kira sözleşmesi kavramının daha iyi anlaşılmasına katkı sağlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çıplak Gemi Kira Sözleşmesi, deniz ticareti hukuku, tanımı, unsurları ve kuruluşu.

* Öğr. Gör., Akdeniz Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, E-Mail: duyguturgut@akdeniz.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-8435-5906.
Makalenin Gönderim Tarihi : 05.05.2024.
Makalenin Kabul Tarihi : 18.12.2024.

CONCEPTUAL ASPECTS OF BAREBOAT CHARTER

ABSTRACT

Ship charter agreements are regulated between Articles 1119-1130 of the Turkish Commercial Code No. 6102. Charter agreements are divided into two types: bareboat charter and charter with demise. This study will particularly focus on bareboat charter agreements, which have a more extensive application in international maritime practice. The definition, elements, formation, and distinctions from contracts of affreightment of bareboat charter agreements will be examined. Furthermore, through an analysis within the framework of English maritime law, this study will demonstrate how this type of contract shapes the relationship between the owner and the charterer, as well as its role in maritime commerce. In this respect, the study will contribute to a better understanding of the concept of bareboat charter agreements.

Keywords: Bareboat Charter, maritime trade law, definition, elements and formation.

I. GİRİŞ

Gemi kira sözleşmeleri, gemi sahibinin mülkiyet hakkını saklı tutmasına rağmen, niteliği gereği kendisine ait olan birçok sorumluluğun kiracı tarafından üstlenildiği özgün bir kiralama şeklini temsil eder. Bu sözleşme türü farklı ihtiyaçlar doğrultusunda kullanılır. Devletler, özellikle savaş zamanlarında, askeri veya lojistik amaçlarla ihtiyaç duydukları gemileri hızlı bir şekilde temin etmek için bu sözleşme türünü tercih ederler. Gemi işletmecileri tarafından ise mevcut filolarını takviye etmek, gemi üzerinde tam operasyonel kontrol sağlamak, mülkiyetin getirdiği yükümlülüklerden kaçınmak ve standart charter sözleşmesi kısıtlamalarından bağımsız olmak amacıyla kullanılır¹. Gemi kira sözleşmeleri ayrıca bir gemi finansman aracı olarak da işlev görür. Bu durumda, kira bedeline hem sermaye maliyeti (inşa/satın alma) hem de faiz yansıtılır. Finansman mekanizması olarak kullanımında kiracı, ticari

¹ SCRUTTON, Thomas Edward, Charterparties and Bills of Lading, EDER, B./ BENNET, H. /BERRY, S./FOXTON, D. / SMITH, C.F., Sweet&Maxwell, 23rd ed., London, 2015, s. 4.

riskleri üstlenerek tam operasyonel hakları elinde bulundurur, mülkiyet ise yalnızca teminat olarak kiraya verende kalır^{2 3}.

Gemi kira sözleşmesinde gemiyi işletme ve bundan kâr elde etme amacına yönelik ticari risk kiracıda iken; geminin belirli bir bedelle inşa edilmesi veya satın alınması ve sabit kira bedeli karşılığında kiraya verilmesine ilişkin finansal risk gemi sahibine (kiraya verene) aittir⁴.

Açıklanan bu sebeplerle, gemi kira sözleşmesi deniz ticareti sözleşmesi alanında yaygın olarak kullanılan bir sözleşme türüdür. Bu sözleşme, ilk kez mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (ETTK) 890. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde, sicile kayıtlı gemilerin kiralanmasında, mülga 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (ETBK) gayrimenkul kiralalarına ilişkin hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanacağını belirtmekteydi⁵. Ancak uygulamada, gemi kira sözleşmesi ile zaman çarteri sözleşmelerinin hukuki nitelikleri karışıklığa neden olmaktaydı. Bu nedenle, 2012 yılında yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) gemi kira sözleşmeleri ayrıca düzenlenmiştir. Mevzuat olarak 1966 tarihli Fransız Kanunu ile 1991 tarihli Hollanda Deniz Ticaret Kanunu'nun gemi kira sözleşmeleri ile ilgili hükümleri dikkate alınmış, anlatım tarzı mülga 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 248. maddesiyle de uyumlu hale getirilmiştir⁶.

II. GEMİ KIRA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE TARAFLARI

A. Çıplak Gemi Kira Sözleşmesinin Tanımı ve Tarafları

Genel olarak gemi kira sözleşmesinin özünü oluşturan ve gemi sahibinin temel yükümlülüğünü belirleyen unsur, geminin kullanım

² SCRUTTON, s. 4.

³ Her ne kadar kaynak metinde demise charter ifadesi kullanılmış olsa da burada açıklanan kullanım alanları çıplak gemi kira sözleşmeleri için de geçerlidir. Türk hukukundaki düzenleme ve terminoloji farklılıkları ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁴ SCRUTTON, s. 4.

⁵ YAZICIOĞLU, Emine, Kender- Çetingil Deniz Ticaret Hukuku, Gözden Geçirilmiş 16 Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 315.

⁶ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı: 96, Ankara, 2007.

hakkının geçici olarak kiracıya devredilmesidir. Bu devir işlemi, gemi kira sözleşmesinde belirtilen koşullara uygun bir şekilde gerçekleştirilir. Burada önemli olan nokta, gemi sahibinin mülkiyet hakkı korunurken, geminin fiili kontrolü ve kullanım hakkının kiracıya bırakılmasıdır. Gemi kira sözleşmesinde yer alan şartlar, bu kullanımın çerçevesini ve sınırlarını belirler⁷. Ayrıca, kiraya veren geminin mülkiyet hakkından vazgeçmese de kiracı, bu sözleşmede genellikle “geçici malik” (owner pro hac vice) olarak tanımlanır⁸.

Türk Ticaret Kanunu 1119. maddesinin 1. fıkrasına göre, ” kiraya verenin belli bir süre için geminin kullanılmasını, kira bedeli karşılığında kiracıya bırakmayı üstlendiği sözleşme” şeklindeki tanım ile gemi kira sözleşmelerinin ilk türü olan çıplak gemi kirasından (bareboat charter) bahsedilmiştir. Bu tanım TBK’nın adi kira sözleşmelerinin tanımı⁹ ile benzer bir yapıya sahip olduğu izlenimi uyandırır da aslında oldukça farklı bir yapıya sahiptir¹⁰.

Çıplak gemi kira sözleşmesinde, gemi kiracıya tamamen boş, donanımsız, diğer bir deyişle “çıplak” bir şekilde kiracıya teslim edilir. Bu teslim içinde gemide mürettebat bulunmaz ve temel ihtiyaçlar (yakıt, kumanya ve su yoktur) karşılanmamış durumdadır. Hatta, geminin teslim noktasına ulaşması için bir miktar yakıt kullanılmış ise, bu durum özel olarak ele alınır. Gemi sahibi, bu yakıtın karşılığını ayrıca talep edebilir

⁷ SÖZER, Bülent, Deniz Ticaret Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Değiştirilmiş 6.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 399.

⁸ GEBB, Sheldon A., “Demise Charter: A Conceptual and Practical Analysis,” Tulane Law Review, Vol. 49, N. 4, 1974-1975, s. 764.

⁹ TBK.m. 299: “Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”.

¹⁰ Adi kira sözleşmelerinde TBK.m.301 hükmü uyarınca, kiraya veren, kiralanan şeyi sözleşmede öngörülen amaca uygun şekilde, kira süresi boyunca kullanılmaya elverişli durumda bulundurmakla yükümlüdür (Ayrıntılı bilgi için bkz. ACAR, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, Yenilenmiş ve Geliştirilmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 108-111). Buna karşılık, TTK.m.1123 uyarınca, gemi kira sözleşmesinde kiraya veren, sözleşme süresince gemiyi denize elverişli durumda bulundurmakla yükümlü değildir.

ya da gemi kira sözleşmesi sona erdiğinde, kiracının gemiyi aynı miktarda ve türde yakıtla geri vermesi şartını koyabilir¹¹¹².

Kiracılar, kira süresi boyunca geminin zilyedi haline gelirler ve kendi seçtikleri kaptan ve gemi adamlarını istihdam ederler. Kaptan ve gemi adamları kiracıların emir ve talimatı altında çalışır. Bu nedenle, iş sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükler de doğal olarak kiracıya aittir. Böylece, kiracılar geminin zilyetliğini ve kontrolünü doğrudan ellerinde bulundururlar¹³.

Görüldüğü üzere, gemi kira sözleşmesinin tarafları bir yanda gemiden kazanç sağlamak amacıyla gemiyi kiraya veren gemi sahibi (donatan), diğer yanda ise gemiyi kiralayan (kiracı) arasında kurulur. Bu sözleşme ile kiracı gemiyi kendi ihtiyaçları doğrultusunda hazırlama ve kullanma esnekliğine sahip olurken aynı zamanda tüm operasyonel sorumlulukları da üstlenir. Bundan dolayı, dış ilişkide “*gemi işletme müteahhidi*” olarak donatan sayılır^{14 15}. Böylece, geminin tüm kontrolü belli bir süre için gemi işletme müteahhidine geminin teçhizatı ile devredilmiştir. Bu durumda, teknik ve ticari yönetim konusunda artık

¹¹ SÖZER, s. 399.

¹² İngiliz hukukundaki bareboat charter kavramı, Türk hukukunda çıplak gemi kira sözleşmesi olarak karşılık bulmuştur. Ancak bu çevirinin hukuki ilişkinin özünü doğru bir şekilde yansıttığı kanaatinde değiliz. “Çıplak” terimi, geminin kaptan ve gemi adamları olmadan ve operasyonel giderlerin (teknik ve ticari giderlerin) kiracıya ait olarak kiralınması anlamındadır. Bu geminin fiziksel durumunu değil, geminin mürettebatsız/adamsız olarak teslim edildiğini ifade eder. Bu nedenle, “mürettebatsız/adamsız gemi kirası” şeklinde çevrilmesi, hukuki ilişkinin özünü daha doğru yansıtacaktır. Ancak, mevzuatta ve doktrinde çıplak gemi kira sözleşmesi olarak adlandırılmıştır. Bu nedenle, çalışmada bu terim kullanılacaktır. (Benzer görüş için bkz. ATAMER, Kerim, Deniz Ticareti Hukuku I, C. I, I. Bası, İstanbul, 2017, s. 815-816)

¹³ SÖZER, s. 399-340, ÜLGNER, M. Fehmi, Çarter Sözleşmeleri (Genel Hüküm ve Sefer Çarteri Sözleşmeleri), C. I, Der Yayınları, İstanbul 2000, s. 35, DAVIS, Mark, Bareboat Charters, Second Edition, Informa Professional, London, 2005, s. 1.

¹⁴ ÜLGNER, C. I, s. 34, ÖNDER, Salih, Gemi Kira Sözleşmeleri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, s. 30.

¹⁵ Eğer kiracı gemiyi deniz ticaretinde kullanmazsa örneğin, yüzen ev, hastane, otel ve restoran vb. kullanılırsa kiracı gemi işletme müteahhidi sıfatına sahip değildir (ÜLGNER, C. I, s. 36.) .

gemi sahibinin bir yetkisi bulunmaz ve söz konusu yetkiler gemi işletme müteahhidine (bareboat charterer) aittir¹⁶.

B. Demise Charter Sözleşmesinin Tanımı ve Tarafları

Gemi kira sözleşmelerinin ikinci türü, TTK.m.119/f.2 hükmünde şu şekilde açıklanmıştır: “*Kiraya verenin, gemi ile gemi adamlarını da kiracının emrine vermeyi üstlenmesi, sözleşmenin niteliğini değiştirmez.*” TTK.m.119/f.2’de, Anglo-Amerikan hukuku kökenli olan demise charter sözleşmesi (charter by demise) olarak adlandırılan bu sözleşmenin açık bir tanımına yer verilmemiştir. Oysaki, ilgili maddenin gerekçesinde, gemi ile gemi adamlarının birlikte kiralanmasının tanımlandığı açıklanmıştır¹⁷. Bu hükümde, gemi adamlarının kiracının emrine verilmesi ve iş sözleşmesinin devredilmesinin, gemi kiralama sözleşmesinin türünü değiştirmeyeceği vurgulanmıştır.

Demise charter sözleşmesinin tarafları, gemiyi donatılmış şekilde kiraya veren gemi sahibi ile kiracı arasında kurulur. Bu sözleşmede gemi sahibi, gemiyi gemi adamlarıyla birlikte kiracının emrine verir ve kiracı, kaptan ile gemi adamlarının işvereni sıfatını kazanır. Uygulamada çıplak gemi kira sözleşmesine eklenen “ yönetim klozu “ (management agreement) kaydıyla demise charter sözleşmesi kurulur¹⁸. Bu sözleşmede kaptan kiracının emri altındadır, gemi adamları kiracının işçisidir ve gemi kiracının yönetimi ve kontrolü altında faaliyet gösterir¹⁹. Bunun yanı sıra, kiraya veren yönetim klozu kaydıyla, geminin bakımı ve tamiri, gemiyi donatmak, gemi adamlarıyla iş sözleşmesi yapmak gibi birtakım görevleri kiracının temsilcisi sıfatıyla yapar ve bu sıfatla yapmış olduğu işlerin karşılığında işletme ücreti (management fee) almaya hak kazanır²⁰.

Yapılan bu açıklamalar doğrultusunda, demise charter sözleşmesi: “ *Geminin donatılmış bir şekilde, diğer bir deyişle gemi, gemi*

¹⁶ LIGHT ALGANTÜRK, Didem, “CMI Tarafından Gemi İşletme Müteahhidinin (Bareboat Charterer) Tesciline İlişkin Yapılan Çalışmalar ve Değerlendirme”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 8, Güz 2005/2, s. 153, ÖNDER, s. 30, ÜLGNER, C. I, s. 34, SÖZER, s. 406.

¹⁷ YAZICIOĞLU, s. 316.

¹⁸ ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, Gemi Yönetimi Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 10, ÜLGNER, C. I, s. 35.

¹⁹ GEBB, s. 765.

²⁰ GEBB, s. 765, ÖNDER, s. 88, YAZICIOĞLU, s. 316.

adamları, yakıtı ve kumanyası ile kiracının emrine verildiği bir sözleşmedir.” şeklinde tanımlanabilir²¹. Anlaşıldığı üzere, demise charter ile iş sözleşmesinin devri de gerçekleşir. Demise charter sözleşmelerinde gemi adamlarının iş sözleşmelerinin nasıl devredileceği konusunda Türk Ticaret Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu²²’nda açık bir hüküm yoktur. Bu kanun boşluğuna, en uygun olan TBK.m.429 hükmünün tatbiki gerekir. TBK.m.429’da iş sözleşmelerinin sürekli devri hali düzenlenmiştir. Bu hükmün geçici iş sözleşmesi devirlerinde de uygulanması icap eder²³. Bundan dolayı, demise charter sözleşmelerinde iş sözleşmelerinin kiracıya devri için gemi adamlarının yazılı onaylarının alınması gerekir²⁴ ²⁵. Devir işlemi sonunda devralan (kiracı), tüm hak ve borçlarıyla birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı olur. Ayrıca, bu şekilde bir devir sözleşmesinde devredenle devralan arasında külli halefiyet ilişkisi kurulur²⁶.

Bu durumu destekleyen TTK.m.1127 hükmüne göre, demise charter sözleşmesinde, yani geminin gemi adamları ile kiracının emrine verildiği kira sözleşmesinde, gemi adamlarının çalıştırılmasından doğan bütün borç ve yükümlülüklerden kiraya veren ile kiracının müteselsilen sorumlu olduğu öngörülmüştür²⁷.

Çıplak gemi kira sözleşmesi ile demise charter sözleşmelerinin temel özelliği, geminin zilyetliğinin geçici bir süreyle kiracıya devredilmesidir. Bu ortak özellik her iki sözleşme türünün de özünde

²¹ ÖNDER, s. 88, YAZICIOĞLU, s. 316.

²² RG, T. 29.04.1967, S. 12586.

²³ YAZICIOĞLU, s. 316, ÖNDER, s. 88.

²⁴ ATAMER, s. 804, Aksi görüş olarak, Türk hukuk doktrininde bazı yazarlar, demise charter sözleşmelerinde gemi adamlarının iş sözleşmelerinin devri için yazılı onay alınmasına gerek olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, mevcut iş sözleşmeleri yalnızca geçici bir süre için (çıplak gemi kiralama süresi boyunca) devredildiğinden, gemi adamlarının yazılı onayları aranmaz (KULA DEĞİRMENCİ, Nil, Maritime Law in Turkey, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 141.) .

²⁵ Sözer'e göre, “*gemi adamlarının gemi maliki (kiralayan) ile olan iş sözleşmelerini feshetmeleri ve kiracı ile yeni iş sözleşmeleri akdetmeleri daha uygun olacaktır*” (SÖZER, s. 404) .

²⁶ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2015, s. 560, Yazıcıoğlu, s. 317.

²⁷ YAZICIOĞLU, s. 317.

birer gemi kiralama sözleşmesi olduğunu gösterir²⁸. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'nun 1119. maddesinin 2. fıkrası, bu durumu teyit etmiştir. Buna göre, gemi sahibinin sadece gemiyi değil, aynı zamanda gemi adamlarını da kiracının yönetimine bırakması, sözleşmenin niteliğini değiştirmez²⁹
³⁰.

III. ÇIPLAK GEMİ KİRA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Gemi kira sözleşmeleri; gemi, kullanım hakkının geçici süre ile devri, kira bedeli ve taraflar arasında anlaşma olmak üzere dört unsuru vardır.

A. Gemi

Gemi kira sözleşmelerinde sözleşmenin konusu geminin kiralaması olduğu için öncelikle gemi kavramını incelemek gerekir. TTK.m.931 /f.1'e göre, "*Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzmeye özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç,*

²⁸ AKSOY, Sami, "Taşıma Hukukunda Fiili Taşıyıcı", Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, İstanbul, 2007, s. 14. <https://tez.yok.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 15.10.2024)

²⁹ Aksi görüş için bkz. ŞEKER, 44-45, YAZICIOĞLU, s. 316.

³⁰ İngiliz hukukunda çıplak gemi ve demise charter arasında fark olmamasına rağmen hem İspanyol hem de İtalyan hukukunda "Demise charter ve bareboat charter" şeklinde iki tür gemi kira sözleşmesi bulunur. Her iki durumda da gemi denize elverişli durumda ve gerekli ekipman ve malzemelerle donatılmış olarak teslim edilmelidir. Ancak, her iki tür arasındaki temel fark gemi adamları (mürettebat) etrafında dönmektedir. Böylece İspanyol veya İtalyan hukuklarına göre, eğer kiracı gemiyi mürettebatsız alırsa, çıplak gemi kiralaması söz konusu olacaktır. Buna karşılık, geminin zilyetliğinin devrine ek olarak, kiracı gemi sahibinin mürettebatla yaptığı iş sözleşmelerini devralırsa, demise charter söz konusu olur. Demise charter uygulamada çok sık kullanılmaz (yatçılık hariç). Bu nedenle, denizcilik endüstrisinde en sık kullanılan sözleşme çıplak gemi kiralamasıdır (GASCÓN, A. Gilabert, "Insurance Related Problems In Bareboat Charter Agreements", Journal of Shipping and Trade, 6 (12), 2021, s. 3-4. <https://doi.org/10.1186/s41072-021-00093-3> (Erişim Tarihi: 16.10.2024)

kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa bile gemi sayılır^{31,32.} İlgili hüküm doğrultusunda, bir su aracının gemi olarak nitelendirilebilmesi için, öncelikle tahsis edildiği amaç suda hareket etmesini gerektirmelidir.

Bir yere devamlı suretle demirlenme, karaya oturtulma veya karada bulundurma suretiyle lokanta, otel veya diğer herhangi bir şekilde işletilen su araçları tahsis edildiği amaç suda hareket etmesini sağlamadığından gemi tanımının kapsamı dışındadır³³. Bundan dolayı, bu tür sabit duran araçların kiralanması, hukuki açıdan gemi kira sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Bu araçların kiralanması durumunda, gemi kira sözleşmelerine özgü hükümler yerine, genel kira hükümleri veya ilgili araç türüne göre özel düzenlemeler uygulanır³⁴.

Doktrinde geminin pek küçük olmaması kriteri, teknik ve dayanıklılık ölçüleri bakımından geminin deniz tehlikelerine karşı dayanıklı boyutlara sahip olması³⁵ veya normal bir deniz yolculuğunu güvenle tamamlayabilecek nitelikte bulunması³⁶ gerektiği ileri

³¹ 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanununun 816. maddesinde gemi: “*Tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılması, denizde hareket etmesi imkânına bağlı bulunan ve pek küçük olmayan her türlü tekne.*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bu konudaki eleştiriler özellikle kanun metninde “tekne” ve “denizde” kelimelerinin kullanılmış olması üzerine yoğunlaşmıştır. Bu terimlerin geminin spesifik özelliklerini tam olarak yansıtmadığı için geminin hukuki niteliğini belirlemede yetersiz kaldığı doktrin tarafından ileri sürülmüştür (ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZER, Bülent, Gemi, Geminin Mütemmim Cüzü ile Teferruatı ve Bunların Finansal Kiralama Sözleşmesi İle Temini Halinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 5 vd.).

³² İngiliz Deniz Ticareti Kanunu’nun (Merchant Shipping Act) tanımlar bölümünün 313(1)’ de gemi şu şekilde tanımlanır: “*seyrüseferde kullanılan her türlü araç.*” <https://www.legislation.gov.uk/> (Erişim Tarihi: 14.10.2024). Gemi tanımları hakkında daha fazla bilgi için bkz. ATAMER, s. 625 vd.

³³ KALPSÜZ, Turgut, Deniz Ticaret Hukuku Giriş Gemi, Birinci Cilt, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1971, s. 81, ÖNDER, s. 26.

³⁴ ÖNDER, s. 26.

³⁵ TEKİL, Fahiman, Deniz Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 68, TOPSOY, Fevzi, Deniz Ticaret Hukuku I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, 19, SÖZER, Gemi, s. 51.

³⁶ ÖNDER, s. 27, KALPSÜZ, s. 77, SÖZER, Gemi, s. 51.

sürülmüştür.TTK.m.957/f.1’de belirlenen 18 gross tonilato sınırı, gemi siciline tescil için bir ölçüt oluşturur. Bu sınırı aşan deniz araçları “pek küçük olmayan” gemi olarak kabul edilir. Buna göre, sandallar, küçük yelkenliler ve filikalar gibi su araçları, TTK kapsamında gemi vasfına sahip değildir³⁷. Buna karşılık, 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkındaki Kanunu³⁸ 1. maddesinin (B) bendinde verilen gemi tanımında, geminin “pek küçük olmaması” vasfına dikkat edilmemiş, aracın kürekten başka şeyle hareket edebilmesi yeterli görülmüştür³⁹. Bu durum, Türk hukukunda geminin boyut kriterinin mutlak bir nitelik taşımadığını gösterir. Ayrıca, söz konusu farklılık Türk hukukunda denizcilik faaliyetleri ve deniz araçlarına ilişkin düzenlemelerdeki uyumsuzluklardan sadece birini teşkil eder⁴⁰.

Gemiler tahsis edildikleri amaç bakımından ticaret gemileri ve ticari olmayan gemiler şeklinde ikiye ayrılır. TTK.m. 931/f.2 hükmüne göre, “*suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsil edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın “ticaret gemisi” sayılır.*”

Bu hüküm doğrultusunda, bir geminin ticaret gemisi olarak kabulü için denizde kazanç elde etme amacıyla tahsis edilmesi veya fiilen böyle bir amaç için kullanılması gerekir. Bu şartlardan birinin varlığı, bir geminin ticaret gemisi sayılması için yeterlidir⁴¹. Bu nedenle, geminin ticaret gemisi olarak kabulünde, gemiyi kullananların malik olup olmaması veya tacir sıfatını taşıyıp taşıyamaması önemli değildir. Bir kamu tüzel kişinin suda ekonomik menfaat sağlama amacıyla gemiyi kullanması durumunda da gemi ticaret gemisi sayılır⁴².

Suda ekonomik menfaat sağlama, doğrudan veya dolaylı bir şekilde olabilir. Örneğin, römorkaj veya kurtarma hizmetleri vb. denizde kazanç getiren bir iş olarak kabul edilir. Çıplak gemi kiralama sözleşmeleri de doğrudan ekonomik menfaat sağlayan faaliyetler arasında sayılabilir⁴³.

³⁷ ATAMER, s. 663, TOPSOY, s. 19.

³⁸ RG, T. 10.06.1946, S. 6333.

³⁹ TOPSOY, s. 19, SÖZER, s. 30.

⁴⁰ ÖNDER, s. 27, Sözer, 30. Geminin bu vasfına ilişkin mevzuatlardaki çelişkiler için ayrıntılı bilgi bkz. SÖZER, s. 30, ATAMER, s. 662 -664.

⁴¹ ATAMER, s. 679, SÖZER, Gemi, s. 12-13.

⁴² YAZICIOĞLU, S. 52, ATAMER, s. 679, SÖZER, Gemi, s. 14.

⁴³ YAZICIOĞLU, s. 52.

TTK.m.931/f.2 kapsamı dışında kalan gemiler, ticari nitelikte sayılmayan gemilerdir. Bu ayrım, TTK.m.935 uyarınca, deniz ticaretine ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından önemlidir⁴⁴. Buna karşılık, ticaret gemisi niteliğine sahip olmayan bir geminin, geçici suretle olsa ticari amaçla, yani gelir elde etme amacıyla kullanılması halinde, gemi münhasıran kullanıldığı o süre içinde ticaret gemisi sayılır⁴⁵.

Kural olarak, çıplak gemi kiralama sözleşmesi ticari amaç güden her türlü gemi için geçerlidir. TTK.m.931/f.2 uyarınca, deniz ticaretinde kullanılma şartı, geminin kazanç elde etme amacıyla işletilmesini ifade eder. Bu nedenle, ticari amaçla işletilmeyen bir gemi, gemi kiralama sözleşmesinin konusu olamaz⁴⁶. Ancak TTK'daki gemi kiralama sözleşmesi hükümleri emredici nitelik taşımadığından, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde taraflar, ticaret gemisi niteliği taşımayan bir gemi için de bu hükümlerin uygulanmasını kararlaştırabilirler⁴⁷.

Çıplak gemi kira sözleşmesinde geminin sahip olması gereken önemli niteliklerden biri de denize elverişlilik⁴⁸. TTK.m.1123/f.1 hükmüne göre, gemi kira sözleşmesinde kiraya veren, gemiyi sözleşmede belirtilen tarihte ve yerde denize elverişli ve sözleşmede öngörülen amaca uygun bir şekilde kiracıya teslim etmekle yükümlüdür. Çıplak gemi kira sözleşmesinde, TTK.m.932/f.1 kapsamında geminin denize elverişli olması icap eder. Ancak, navlun sözleşmeleri bakımından getirilen kriter

⁴⁴ YAZICIOĞLU, s. 53, SÖZER, s. 40.

⁴⁵ SÖZER, s. 40, SÖZER, Gemi, s. 13, Aksi görüş için bkz. YAZICIOĞLU, s. 52.

⁴⁶ ÜNAN, Samim, “Bareboat and Time Charters in the New Turkish Code of Commerce (a short comparison to German draft dated 2011)”, in Recent Developments in Maritime Law, Papers Submitted to the Joint Seminars of the German and Turkish Maritime Law Associations, Held in Hamburg on 25 August 2011 and in İstanbul on 6 October 2011, Turkish Maritime Law Association & Germany Maritime Law Association, İstanbul, 2012, s. 25.

⁴⁷ ÖNDER, s. 28.

⁴⁸ İngiliz hukukuna göre “denize elverişlilik” kavramı şu şekilde açıklanmıştır: “Gemi, basiretli bir gemi sahibinin, seferin muhtemel tüm koşullarını göz önünde bulundurarak, seferin başlangıcında gemisinde bulunmasını gerekli göreceği denize elverişliliğe sahip olmalıdır. Denize elverişliliğin tespitinde kullanılan temel ölçüt şu soruyla belirlenir: Basiretli bir gemi sahibi, durumdan haberdar olsaydı, gemisini sefere göndermeden önce bu eksikliğin giderilmesini talep eder miydi? ” (DAVIS, s. 21) .

yola (TTK.m.932/f.2) ve yüke elverişlilik (TTK.m.932/f.3) çıplak gemi kira sözleşmelerinde aranmaz. Bunun nedeni, çıplak gemi kira sözleşmesinde geminin yönetimi ve zilyetliğinin kiracıya geçmesidir. Böylece, geminin denize elverişli olup olmadığının tespiti, geminin teslimi sırasında geminin kullanım amacı ve alanına uygun olarak yapılacak yolculuklar dikkate alınarak belirlenir⁴⁹⁵⁰.

B. Gemi Kullanım Hakkının Geçici Olarak Devri

Daha önce de belirtildiği üzere, çıplak gemi kira sözleşmesinde kiraya veren, kiracıya belli bir süreliğine geminin kullanım hakkını devreder. Bunun anlamı, sözleşme uyarınca kullanım hakkına sahip olabilmesi için geminin zilyetliğinin kiracıya devredilmesi gerekir.

Bu sözleşme uyarınca, kişisel hakka dayalı olarak dereceli zilyetlik tesis edilir. Kiracının bu ilişkideki zilyetliği kişisel hakka dayalı fer'i zilyet, kiraya veren zilyetliği ise asli zilyettir. Kiracı, bu hakkını doğrudan doğruya kullandığı için aynı zamanda doğrudan (vasitasız) zilyettir; kiraya veren ise dolaylı (vasıtalı) zilyet olur⁵¹. Bununla birlikte, gemi üzerindeki hakimiyet kaptan aracılığıyla sağlandığında, kaptan başkası adına zilyet sıfatını taşıırken, aynı zamanda gemi üzerinde

⁴⁹ YAZICIOĞLU, s. 320, ÖNDER, s. 121-122. Aksi bir görüş için bkz. SÖZER, s. 405.

⁵⁰ Geminin denize elverişli olup olmadığı hususu, her somut olayın özel koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir mesele olarak kabul edilir. Bu yaklaşım, The Arianna davasında açıkça görülmektedir. Söz konusu davada, gemi limandayken altı tank temizleme makinesini eş zamanlı çalıştırırken, aynı anda diğer limanlara gönderilecek kargoyu ısıtma kapasitesine sahip değildi. Ancak, geminin ticari faaliyet şekli göz önüne alındığında, bu teknik özelliğe hiç ihtiyaç duyulmasına gerek yoktu. Hâkim Webster J, kargonun güvenliği, emniyeti veya bütünlüğü üzerinde hiçbir etkisi olmayan bir eksikliğin, geminin mutlaka denize elverişsiz olduğu anlamına gelmeyeceğine hükmetti. Denize elverişliliğin değerlendirilmesinde, var olan eksikliğin önemine bakılır (DAVIS, s. 21.) .

⁵¹ ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 6.Bası, Ankara 2012, s. 150-151, OĞUZMAN, M. Kemal/SELİCİ, Özer/ ÖZDEMİR-OKTAY, Saibe, Eşya Hukuku, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 57-58.

dolaysız (vasitasız) zilyetliğe sahip olur; kiracı ve kiraya veren ise dolaylı (vasıtalı) zilyet konumundadır⁵².

Şunu da belirtmek gerekir ki, asli zilyet olmak için eşyanın maliki olmak şart değildir. Asli zilyetlik için malik gibi davranmak yeterlidir. Bu bakımdan kendisine ait olmayan bir eşyayı başkasına kiralayan kişi de malik gibi hareket etmiş olur⁵³. Bu durumda alt kiraya veren asli zilyet olur, alt kiracı ise fer'i zilyet konumuna geçer. TTK'da asıl kiracının gemi alt kira sözleşmesi (subchartering) yapma yetkisine sahip olup olmadığı konusunda açık bir düzenleme bulunmaz⁵⁴. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun 1130. maddesi uyarınca, “*gemi kira sözleşmeleri hakkındaki bölümde hüküm bulunmayan hallerde, Türk Borçlar Kanunu'nun adı kira sözleşmelerine ilişkin hükümleri, nitelikleri elverdiği ölçüde uygulanır.*” Bu doğrultuda, çıplak gemi kira sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, TBK.m.322'de yer alan şartlara uygun olarak asıl kiracı gemiyi alt kiraya verme hakkına sahip olur^{55 56}.

Gemi zilyetliğinin devri çeşitli yöntemlerle gerçekleşir. Bunlar arasında geminin doğrudan kiracıya teslimi veya gemi üzerinde fiili hakimiyet kurmayı sağlayan araçların teslimi yer alır. Fiili hakimiyet sağlayan araçlar, gemiyi temsil eden belgeleri, geminin kullanılmasına özgülenmiş anahtarları ve benzer nitelikteki diğer araçları kapsar⁵⁷. Bunlara örnek olarak elektronik erişim kartları, gemi kontrol sistemlerinin şifreleri, uzaktan kumanda cihazları, gemi jurnali ve seyir

⁵² ÜNAL/BAŞPINAR, s. 153, OĞUZMAN/SELİCİ/ÖZDEMİR- OKTAY, s. 61.

⁵³ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 151, OĞUZMAN/SELİCİ/ÖZDEMİR- OKTAY, s. 57-58.

⁵⁴ TTK'nın çıplak gemi kira sözleşmesine ilişkin hükümlerinin ana kaynağı olan Fransız hukukunda alt kiraya açıkça izin verilmesine rağmen, TTK'da bu konuda özel bir hüküm bulunmaz (ÜNAN, s. 29).

⁵⁵ ÜNAN, s. 29, AKSOY, s. 12. Daha fazla bilgi için bkz. ÖNDER, s. 233 vd., ACAR, s. 478 vd.

⁵⁶ İngiliz Hukukunda, kiracı, kira sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça gemiyi alt kiraya verebilir. Gemi sahibi genellikle gemiyi kimin yöneteceği ve işleteceği konusuyla ilgilendiğinden, sözleşmede kiracının gemi sahibinin açık yazılı izni olmaksızın gemiyi alt kiraya veremeyeceği veya gemideki menfaatini devredemeyeceği belirtilmelidir (GEBB, s. 783.).

⁵⁷ ÖNDER, s. 29.

defteri vb. belgeler sayılabilir. Bu araçların teslimi ile kiracı gemi üzerinde fiili kontrolü elde eder ve zilyetlik devredilmiş olur.

Geminin zilyetliğinin kiracıya devredilmesi halinde kiraya verenin donatan sıfatı sona erer. Kiracı gemiyi kendi adına çalıştırması halinde gemi işletme müteahhidi olarak kabul edilir. Ayrıca, TBK.m.1061/f.2 uyarınca, kiracı üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılır⁵⁸. Çıplak gemi kira sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması, yani zilyetliğin kiracıya devredilmesi sonucunda geminin teknik ve ticari yönetimi de devredilmiş olur^{59 60}.

1. Teknik Yönetim Kavramı

Çıplak gemi kira, kiracı “geçici malik” (owner pro hac vice) kabul edildiğinden geminin teknik yönetimi kira süresince ona aittir. Geminin teknik yönetimi kavramının içeriği hakkında TTK’da herhangi bir açıklama bulunmaz⁶¹. Bununla birlikte, deniz ticareti hukuku doktrininde ve uluslararası denizcilik uygulamalarında geminin teknik

⁵⁸ LIGHT ALGANTÜRK, s. 153, ÖNDER, s. 30, AKSOY, s. 13.

⁵⁹ GEBB, s. 764,768,784, ÜLGENER, C. I, s. 34, Önder, s. 30, LIGHT ALGANTÜRK, s. 153, GASCÓN, s. 4.

⁶⁰ Çıplak gemi kiralama sözleşmelerinde kiracı, geminin işletilmesinden ve ortaya çıkabilecek tüm zararlardan sorumlu hale gelir. Gemi sahibi, geminin kontrolünü, zilyetliğini ve navigasyonunu tamamen kiracıya devreder. Mahkemeler bu tür sözleşmeleri oldukça dikkatli inceler ve gemi sahiplerine ağır ispat yükü getirir. Çünkü mahkemelerde çıplak gemi kirasına karşı bir ön yargı vardır. Gemi sahipleri, geleneksel olarak bu sözleşme türünü, üçüncü kişilere karşı oluşabilecek şahsi sorumluluklardan korunmak için bir kalkan olarak kullanmışlardır. Sözleşme usulüne uygun yapıldığında, kiracı geçici malik (owner pro hac vice) statüsünü kazanır ve geminin denize elverişli olmasından sorumlu olur. Mahkemeler sözleşmenin geçerliliğini tespit ederken hem sözleşme maddelerini hem de tarafların eylemlerini birlikte değerlendirir. Bu değerlendirmede temel kriter, gemi sahibinin tüm yetki ve kontrolü gerçekten kiracıya devredip devretmediğidir (CHITTY, John W., “Bareboat Charters: Can a Shipowner Limit Liability to Third Parties - Answers for Owners Attempting to Navigate the Unsettled Waters in the Eleventh Circuit“, Georgia State University Law Review, Vol. 25, No. 2, 2008, s. 481-482.) . <https://heinonline.org/> (Erişim Tarihi: 17.10.2024)

⁶¹ ŞEKER ÖĞÜZ, s. 65.

yönetimi, geminin seyrine ilişkin fiiller ve geminin seyri dışında kalan teknik yönetim faaliyetleri olmak üzere iki farklı açıdan ele alınır⁶².

Bu ayırımın tarihsel kökeni, 1893 tarihli ABD Harter Kanunu 192. bölümüne dayanmaktadır⁶³. Söz konusu ayırım, 1924 tarihli Brüksel Konvansiyonu (Lahey Kuralları) ile uluslararası düzeyde kabul edilmiştir⁶⁴. Bu düzenlemelerin etkisiyle taşıyanın sorumluluktan kurtulduğu haller olarak teknik kusur (fault in navigation /nautical fault) ve yangın istisnası ortaya çıkmıştır. Türk hukukunda bu istisna hali ilk olarak ETTK'nın 1062. maddesinin 2. fıkrasında yer almış, daha sonra ise TTK.m.1180'de aynen düzenlenmiştir⁶⁵.

Türk Ticaret Kanunu 1180 maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “*geminin seyrine veya başkaca teknik yönetimine ilişkin hareketin veya yangının sonucu doğan zararlardan*” taşıyan sadece kendi kusurundan sorumlu kılınmıştır. Bu hüküm doğrultusunda, teknik kusur geminin seyri (navigation of the ship) ve diğer teknik yönetime ilişkin ortaya çıkan hukuka aykırı fiiller şeklinde nitelendirilir⁶⁶. Teknik yönetimle bağlantılı bu hüküm uyarınca, geminin seyrine ilişkin fiiller, geminin denizdeki hareketine ilişkin sevk ve yönetim fiilleridir. Bu kapsamda, rota belirlenmesi, seyir planlaması ve seyir güvenliğinin sağlanması vb. işlemler yer alır⁶⁷. Geminin seyri dışında kalan teknik yönetim faaliyetleri ise gemi teknesinin bakımı ve onarımı, geminin fiziki güvenliğinin sağlanması, zorunlu belgelerin (borda evrakı) temini, güncel tutulması ve gemide bulundurulması, gemi adamlarının istihdamı, yönetimi ve eğitimi,

⁶² ÇAĞA, Tahir, Deniz Ticaret Hukuku II: Navlun Sözleşmesi, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995, s. 140-141, YETİŞ ŞAMLI, Kübra, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Tesliminden Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 95, ÜLGNER, M. Fehmi, Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri, Der Yayınları, İstanbul, 1991, s. 32, YAZICIOĞLU, s. 398.

⁶³ ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegan, Deniz Ticareti Hukuku: Navlun Sözleşmesi, C. II, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 156, SÖZER, s. 554, YETİŞ ŞAMLI, s. 93.

⁶⁴ ÇAĞA/KENDER, s. 156, YETİŞ ŞAMLI, s. 91. Daha fazla ayrıntılı bilgi için bkz. YAZICIOĞLU, s. 386 vd.

⁶⁵ Yetiş Şamlı, s. 93, SÖZER, s. 552.

⁶⁶ ÜLGNER, s. 75, SÖZER, s. 554.

⁶⁷ SÖZER, s. 555, YETİŞ ŞAMLI, s. 95, TEKİL, 189, Yazıcıoğlu, s. 398, ÇAĞA, s. 140, ÇAĞA/KENDER, s. 156, ŞEKER ÖĞÜZ, s. 65, ÜLGNER, s. 77.

yakıt, yağ ve diğer işletme malzemelerinin temini, navigasyon ekipmanlarının etkin kullanımı ve bakımı, gemi adamlarının can güvenliğinin sağlanması ve gerekli önlemlerin alınması, geminin klas kuruluşu gerekliliklerine uygunluğunun sağlanması ve geminin bayrak devleti düzenlemelerine uyumunun sağlanması vb. işlemleri kapsar⁶⁸.

Örneğin, *International Packers London Ltd v Ocean Steam Ship Co Ltd davasında*, kötü hava koşullarıyla karşılaşıldığında gemi adamlarının ambar kapaklarındaki kilit çubuklarını kullanmaması nedeniyle bir ambara deniz suyu girmesi durumu incelenmiştir. Mahkeme, taşıyanın bu savunmaya dayanabileceğine karar vermiştir. Kilit çubukları, “açık konumdaki uygun şekilde sabitlenmiş bir ambarı oluşturan tüm donanımın” bir parçası olarak kabul edilmiştir. Kritik olan, kilit çubuklarının uygun kullanımının, denizde gemilerin güvenliğini sürdürmeye yönelik olan Yükleme Sınırı Kuralları (Load Line Rules) tarafından zorunlu kılınmış olması gerçeğiydi. Bu kuralların amacı gemi güvenliğini sağlamak olduğundan, kilit çubuklarının kullanımı teknik yönetim kapsamında değerlendirilmiştir. Gemi adamlarının ihmalinin, olayın koşullarında, aslında geminin güvenliğini riske atmamış olması, taşıyanın bu istisnaya dayanmasını engellemiştir⁶⁹.

Belirtmek gerekir ki, geminin seyri dışında kalan teknik yönetim faaliyetleri ile geminin seyrine ilişkin fiillerin ayırt edilmesi önemli değildir. Bu noktada, asıl önemli olan geminin başlangıçtaki elverişli olması amacıyla yapılması gerekenler ile teknik ve ticari kusur teşkil eden tedbirlerin birbirlerinden ayırt edilmesidir. Bu durumda yolculuğun başlangıç anı dikkate alınarak, yolculuğun başlanmasından sonra geminin menfaatine, korunmasına ve güvenliğine yönelik yapılması gereken tüm faaliyetler geminin seyri dışında kalan teknik yönetim faaliyetleri kapsamındadır^{70 71}.

⁶⁸ ÜLGENER, M. Fehmi, *Çarter Sözleşmeleri*, C. II, Der Yayınları, İstanbul 2016, s. 155-156, WILLINGALE, Malcolm, *Ship Management*, Third Edition, Hong Kong, 1998, s. 14-20, YETİŞ ŞAMLI, s. 95, ŞEKER ÖĞÜZ, s. 65-66, SÖZER, s. 557, ÖNDER, s. 30-31, ÜLGENER, s. 80-81.

⁶⁹ BAUGHEN, Simon, *Shipping Law*, 8th ed., Routledge, London and New York, 2023 s. 124-125. Benzer yönde bir mahkeme kararı için bkz. SÖZER, s. 563-564.

⁷⁰ ÇAĞA, s. 141, YAZICIOĞLU, s. 398, SÖZER, s. 557, YETİŞ ŞAMLI, s. 96.

2. Ticari Yönetim Kavramı

Çıplak gemi kira sözleşmesinde geminin ticari yönetimi kiracıya devredilir. TTK'da geminin ticari yönetiminin kapsamı açıklanmamıştır. Çıplak gemi kira sözleşmesinde kiracıya devredilen ticari yönetim, kiracının gemi operasyonlarını, taşımacılık faaliyetlerini, risk yönetimini ve yasal yükümlülükleri kendi menfaati doğrultusunda yönetmesini ve gemiyi işletmesini kapsar⁷².

Ticari yönetim, kiracının gelir elde edeceği her türlü faaliyeti içerir ve kiracıya kendi ad ve hesabına sözleşme yapma yetkisi verir. Kiracı, gemiyi kullanım amacına uygun olarak ticaret yapma yetkisine ve geniş bir hareket alanına sahiptir. Ancak, kiracının bu yetkisi gemiyi kullanma koşulları, sözleşme şartları ve ilgili kanuni düzenlemelerle sınırlıdır⁷³.

⁷¹ Ancak, yakın tarihli bir mahkeme kararı bu geleneksel yaklaşımı sorgulamaktadır. CMA CGM Libra davası, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin 2021 yılında verdiği önemli bir karardır. Dava, Xiamen limanından ayrılırken karaya oturan CMA CGM Libra adlı gemi ile ilgilidir. Kazanın nedeni, kaptan ve ikinci zabit tarafından limandan ayrılmadan önce hazırlanan hatalı seyir planı olarak tespit edilmiştir. Mahkeme, hatalı seyir planının Lahey Kuralları'nın 3. (I) maddesinin, ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir. Ayrıca, geminin denize elverişlilik niteliği ile gemi adamlarının seyir eylemi arasında bir ayırım yapılmasını reddetmiştir. Önemli bir husus olarak, mahkeme Lahey Kuralları'nın 4. maddesinin 2 (a) 'da yer alan, "teknik kusur" (nautical fault) istisnasının, seferden önce ve seferin başlangıcında geminin denize elverişsiz hale gelmesine neden olan seyir ihmalinden kaynaklanan zarar veya hasar iddialarına karşı bir savunma teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Bu karar, deniz ticaret hukukunda önemli etkilere sahiptir. İlk olarak, denize elverişlilik kavramının kapsamını genişleterek, uygun seyir planlamasını da bu kavram içerisine dahil etmiştir. İkinci olarak, sefer öncesi hazırlıkların tüm aşamalarında gerekli özenin gösterilmesinin önemini vurgulamıştır. Üçüncü olarak, "teknik kusur" istisnasının uygulanma alanını sınırlandırmıştır. Son olarak, taşıyanların sefer başlamadan önce meydana gelen seyir hatalarından dolayı sorumluluğunu artırmıştır (BAUGHEN, s. 16).

⁷² ZHANG, Pengfei/ TANG, Lijun, Ship Management Theory and Practice, Routledge, London and New York, 2022, s. 42, WILLINGALE, s. 21, ÖNDER, s. 32, ŞEKER ÖĞÜZ, s. 86.

⁷³ ŞEKER ÖĞÜZ, s. 86, DAVIS, s. 4-5.

Bu yetki kapsamında kiracı, yolculuk çarteri (voyage charter), zaman çarteri (time charter) veya kırkambar sözleşmesi (bill of lading contact/liner) gibi deniz ticaretine ilişkin sözleşmeler de yapabilir. Hangi yükün taşınacağı, hangi limanlardan alınıp hangi limanlara götürüleceği, yükün korunması ve taşınması gibi hususlar doğrudan ticari yönetim kapsamında yer alır⁷⁵.

Kiracının sahip olduğu teknik ve ticari yönetim yetkisinin kesin sınırlarını çizmek kolay değildir. Bu zorluğu kabul eden kanun koyucu, yükün menfaati gereği alınan önlemlerin geminin teknik yönetimine dahil sayılmayacağını, dolayısıyla ticari yönetime ilişkin olacağını kabul etmiştir (TTK m.1180/f.1, c.2). Hatta, kanun koyucu daha da ileri giderek TTK m.1180/f.2'de, bir olayın/fiilin teknik ya da ticari yönetime ilişkin olup olmadığı konusunda tereddüt halinde, ortaya çıkan zararın ticari yönetim kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁶.

Örneğin, *Gosse Millerd Ltd v Canadian Govt Merchant Marine Ltd. davasında*, geminin yükleme sırasında açık bırakılan ambarlarının yağmur nedeniyle yüke zarar vermesi, “geminin yönetimindeki ihmal” olarak değerlendirilmemiştir. Çünkü, asıl sorunun yük koruması için kullanılan brandaların yanlış kullanımı olarak tespit edilmiştir ve ticari yönetim kapsamında değerlendirilmiştir. Benzer şekilde, *The Eternity davasında* da geminin inert gaz sistemindeki izolasyon valflerinin kapatılmaması veya bakımının yapılmaması, “yük yönetimindeki ihmal” olarak değerlendirilmiş, yani ticari yönetim kapsamına girdiği kabul edilmiştir⁷⁷. Son olarak, *The Iron Gippssland davasında*, bir tankerdeki inert gaz sisteminin yönetimi, ticari yönetim kapsamında değerlendirilmiştir. Bu kararda, sistemin öncelikli amacının kargo yönetimi olduğu, dolayısıyla ticari yönetim alanına girdiği, ancak aynı

⁷⁴ Gemi sahiplerinin de geminin işletilmesini denetleme hakkı vardır. Örneğin, kiracıların onarım ve bakım yükümlülüklerini yerine getirmemesi, sigortaların yapılmaması vb. hallerde gemiyi geri çekme hakkı bulunur (DAVIS, 3) .

⁷⁵ ULUĞ, İlknur, “Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1-2, 2012, s. 10-11. <https://dergipark.org.tr/> (Erişim Tarihi: 16.09.2024), ÖNDER, s. 31-32, ÜLGNER, C.II, s. 156, ŞEKER ÖĞÜZ, s. 86.

⁷⁶ ÇAĞA/KENDER, s. 158, ÇAĞA, s. 142, TEKİL, s. 189-190, YAZICIOĞLU, s. 399, YETİŞ ŞAMLI, s. 98-100, SÖZER, s. 563, ÖNDER, s. 32-33, ULUĞ, s. 11.

⁷⁷ BAUGHEN, s. 124.

zamanda bu kargoyla ilişkili olumsuz sonuçlara karşı geminin nihai korunmasını da sağladığı belirtilmiştir⁷⁸. Bu karar, teknik ve ticari yönetim arasındaki sınırın her zaman açık olmadığını ve bazı sistemlerin veya uygulamaların her iki alana da hizmet edebileceğini gösterir. Ancak, öncelikli amacın ticari faaliyet olduğu durumlarda, bunun ticari yönetim kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgular⁷⁹.

C. Kira Bedeli

TTK.m.1119/f.1'e göre, kiracı, geminin zilyetliğinin devredilmesi karşılığında kiraya verene kira bedeli ödemekle yükümlüdür. Çıplak gemi kira sözleşmesinin unsurlarından birisi de kira bedelidir. Taraflar kira bedelini serbestçe (TBK.m. 26) tespit edebilseler de bu sözleşme özgürlüğünün sınırı TBK .m.27-28 hükümleri ile çizilir⁸⁰. Kural olarak, kira bedeli parayla ödenir. Ancak, TTK.m.1119/f.1 hükmünde "kira bedeli" şeklinde geniş bir ifadeye yer verilmiş olması, bedelin para yerine misli ya da misli olmayan eşya şeklinde de kararlaştırılabileceğini gösterir. Kira bedeli olarak para ile başka bir edimin kararlaştırılması da mümkündür. Bu halde, tipik kira sözleşmesinin niteliği değişerek bir karma sözleşme ortaya çıkar⁸¹. Bunun yanı sıra, kira bedeli konusunda taraflar, kiracının gemi işletmesinden elde ettiği brüt veya net ekonomik kazancın belirli bir yüzdesi ya da oranı üzerinde de anlaşabilirler⁸².

Kira bedelinin belli veya belirlenebilir niteliğe sahip olması, kira sözleşmesinin esaslı unsurunu oluşturduğundan, bedelin belirlenmesi sözleşmenin kuruluş aşamasında gerçekleştirilmelidir. Diğer bir ifadeyle,

⁷⁸ BAUGHEN, s. 125.

⁷⁹ BAUGHEN, s. 125, ÖNDER, s. 33, ÇAĞA, s. 142, TEKİL, s. 190, SÖZER, s. 563, YAZICIOĞLU, s. 399.

⁸⁰ ALTAŞ, Hüseyin, Hasılat ve Şirket Kirası, Yetkin Yayınları, 2009, s. 50, GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK.m.299-356), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, GÖKYAYLA, Emre, "Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 19, ACAR, s. 72, ÖNDER, 34.

⁸¹ ALTAŞ, s. 50, GÜMÜŞ, s. 34, GÖKYAYLA, s. 19, ACAR, s. 276, ÖNDER, 34.

⁸² ALTAŞ, s. 328, ÖNDER, 34, GÖKYAYLA, s. 19, GÜMÜŞ, s. 35.

kira bedelinin tespiti ileri bir tarihe bırakılmamalıdır⁸³. Bununla birlikte, uygulamada tarafların kira bedelini kesin olarak belirlemeden sözleşmeyi fiilen icra etmeye başladıkları görülür. Tarafların sonradan tespit edilen bedel üzerinde anlaşmaları halinde, sözleşme belirlenen bu bedel üzerinden geçerli olarak varlığını sürdürür. Tarafların kira bedeli konusunda anlaşamamaları halinde ise, hâkim dürüstlük kuralı çerçevesinde geçmiş kira dönemlerine ilişkin bedeli tespit eder. Ancak, bu ihtimalde dahi sözleşme kurulmuş sayılmaz “yok” hükmündedir⁸⁴.

D. Anlaşma

Çıplak gemi kira sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Bu sözleşme, adi kira sözleşmesi gibi rızai bir akit yapısına sahiptir⁸⁵. Türk Borçlar Kanununun 2. maddesinin, birinci fıkrasına göre, “*taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.*” Bu hüküm uyarınca, sözleşmenin esaslı noktaları ile ikinci derecedeki (yan) noktaları arasında ayırım yapıldığı görülür.

Çıplak gemi kira sözleşmesinin esaslı noktaları, geminin teknik ve ticari yönetiminin devri ile kira bedeli konusudur. Bu konular üzerinde taraflar anlaşma sağlamışsa, kira sözleşmesi kurulmuş olur⁸⁶. Buna karşılık, taraflar arasında sözleşmenin esaslı noktalarına yönelik bir anlaşma sağlanamadığı takdirde, henüz kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilemez⁸⁷.

Ayrıca, taraflar sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmalarına rağmen ikinci derece noktaları konusunda anlaşamazlarsa,

⁸³ ALTAŞ, s. 50-51, GÜMÜŞ, s. 36.

⁸⁴ ALTAŞ, s. 50-51, GÜMÜŞ, s. 36.

⁸⁵ GÜMÜŞ, s. 30, ALTAŞ, s. 46-47, ÖNDER, s. 79.

⁸⁶ ALTAŞ, s. 47, GÜMÜŞ, s. 34-36, KOCAAĞA, Köksal, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar“, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 79, 2008, s. 75, KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 83, ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, C. V/1,1, Geliştirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 299.

⁸⁷ KILIÇOĞLU, s. 83, ANTALYA, s. 298, KOCAAĞA, s. 76.

TBK m.2/f.2'ye göre, hâkim yapılan işin niteliğini dikkate alarak sözleşmeye müdahale eder ya da boşlukları doldurur⁸⁸. Çıplak gemi kira sözleşmelerinde sözleşmenin ikinci derece noktaları, geminin teslim edileceği yer ve zamanı, geminin kullanım amacı ve şekli, kira bedelinin ödeme şekli ve zamanı, geminin bakım ve onarım sorumluluklarının paylaşımı, sigorta yükümlülükleri, geminin iade koşulları gibi konuları kapsar⁸⁹. İkinci derece noktalar, sözleşmenin temel yapısını etkilemese de tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespitinde oldukça önemli bir yere sahiptir.

IV. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ VE SİCİLE ŞERHİ

A. Sözleşmenin Şekli

Türk Borçlar Hukuku'nda geçerli olan şekil serbestliği ilkesi çıplak gemi kiralama sözleşmesinde de geçerlidir (TBK.m.12/f.1). Taraflar istedikleri bir şekilde sözleşme yapabilirler, ancak uygulamada genellikle yazılı şekil tercih edilir⁹⁰. Ayrıca, TTK.m.1120'e göre, *“gemi kira sözleşmesinin taraflarından her biri, giderini vermek koşuluyla, sözleşme şartlarını içeren ve gemi kira charter partisi olarak adlandırılan bir gemi kira senedi düzenlenmesini ve kendisine verilmesini isteyebilir.”* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu hüküm doğrultusunda, taraflardan her birinin gemi kira senedini isteme hakkı vardır. Bir tarafın bunu talep etmesi halinde diğer taraf bu yükümlülüğü yerine getirmek zorundadır. Çoğunlukla gemi kira senedi kiracı tarafından talep edilir ve kiraya veren tarafından sözleşme şartlarını içerecek şekilde düzenlenir⁹². Gemi kira senedinin işlevi, gemi kira sözleşmesinin kurulduğunu gösteren bir ispat aracıdır. Bu niteliği gereği, senedin kiracı ve kiraya veren tarafından imzalanması zorunludur⁹³.

⁸⁸ KILIÇOĞLU, s. 84, ANTALYA, s. 299, KOCAAĞA, s. 76.

⁸⁹ ÖNDER, s. 36.

⁹⁰ ÖNDER, s. 36, YAZICIOĞLU, s. 317, SÖZER, s. 401, KULA DEĞİRMENCİ, s. 142, ÜNAN, s.26.

⁹¹ Fransız hukukunda, bir yıldan uzun süren çıplak gemi kira sözleşmelerinin yazılı bir şekilde yapılması öngörülmüştür (ÜNAN, s. 26) .

⁹² ÖNDER, s. 36, YAZICIOĞLU, s. 317, SÖZER, s. 401, TOPSOY, s. 281, KULA DEĞİRMENCİ, s. 143.

⁹³ ÜNAN, s. 26, ÖNDER, s. 38, YAZICIOĞLU, s. 318.

Bununla birlikte, gemi kira senedinin sözleşmenin esaslı ve ikinci derece noktalarını tam olarak içermemesi, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez⁹⁴.

TTK.m.1120'nin kenar başlığında “gemi kira senedi” ibaresi kullanılmasına rağmen, madde metninde hem “gemi kira senedi” hem de “gemi kira charter partisi” ifadelerine yer verilmesi hukuki belirsizliğe yol açmaktadır⁹⁵. Türk deniz ticareti hukukunda charter parti (charter party) terimi, zaman ve yolculuk charteri sözleşmelerinde kullanılmaktadır. Bu sözleşmelerde bir geminin belirli bir süre veya yolculuk için tahsis edilmesi söz konusudur ve kanun sistematığında bu sözleşmeler farklı yerde düzenlenmiştir. Gemi kira sözleşmesi ise hukuki niteliği bakımından bu sözleşmelerden tamamen farklıdır. Bu nedenle, madde metninde “charter parti” teriminin kullanılması, gemi kira sözleşmelerinin de charter sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde hukuki nitelendirmede karışıklığa neden olabilir. Bu bağlamda, söz konusu belge için yalnızca “gemi kira senedi” teriminin kullanılması hem kavramsal netlik hem de hukuki terminoloji açısından daha isabetli olacaktır.

1. Çıplak Gemi Kirası Sözleşmelerinde Standart Sözleşme Formlarının Kullanımı: BARECON Standart Sözleşmelerin Tarihi Gelişimi

Çıplak gemi kira sözleşmelerinde şekil şartı bulunmamakla birlikte, günümüzde çıplak gemi kira sözleşmeleri için standart formlar kullanılır. 1970'lerin ortalarına kadar, çıplak gemi kirası sözleşmeleri için standart bir form yoktur⁹⁶. İkinci Dünya Savaşı sırasında aceleyle geliştirilmiş bazı eski devlet formları da dahil olmak üzere, çeşitli özel formlar kullanılmıştır. 1974 yılında, Baltic and International Maritime Council⁹⁷ (BIMCO) tarafından çıplak gemi kirası için kullanılmak üzere: “*Hizmette olan gemilerin çıplak kira sözleşmeleri için (mevcut ipotekli veya ipoteksiz) BARECON A ile özellikle ipotekle finanse edilen yeni inşa gemiler için BARECON B*” formları şeklinde iki belge hazırlandı⁹⁸.

⁹⁴ ÖNDER, s. 39.

⁹⁵ YAZICIOĞLU, s. 318, SÖZER, s. 401, ÖNDER, s. 38.

⁹⁶ Uygulamada ilk gemi kirası tip sözleşmesi “Shelldemise” formu idi (ÜLGNER, C. I, s. 34).

⁹⁷ Baltık ve Uluslararası Denizcilik Konseyi.

⁹⁸ ÜLGNER, C. I, s. 34, DAVIS, s. 19, GASCÓN, s. 5, SÖZER, s. 400.

Her iki belge de kısa sürede dünya çapında tanınırlık kazandı ve açıkça tasarlandıkları amaç olan operasyonel belgeler olarak piyasada etkin bir rol oynadı. 1989'da BIMCO'nun Belge Komitesi, sadece yeni inşa gemilere uygulanacak isteğe bağlı hükümler içeren BARECON 89 formunu oluşturarak iki formu birleştirdi⁹⁹. BARECON 89 formu, kullanıma sunulmasından bu yana popülerlik açısından öncüllerinin yerini almış ve operasyonel kiralarda kullanılmaktaydı¹⁰⁰.

1999 yılında BIMCO, BARECON 89 formunu modernize etmeye karar verdi ve inceleme sürecinde, BARECON 89 formunun gözden geçirilmesinden sorumlu BIMCO Alt Komitesi, sözleşmenin sona erdirilmesi ve yeniden zilyetliğin ele geçirilmesine ilişkin özel hükümlerin getirilmesini de içeren daha kapsamlı bir revizyon yapmaya karar verdi. "BARECON 2001" kod adlı yeni form, Kasım 2001'de BIMCO'nun Belge Komitesi tarafından kabul edildi ve BARECON 89'un tatbiki 31 Aralık 2001 tarihinden itibaren sona erdi¹⁰¹.

Bu son değişikliğinden on altı yıl sonra BIMCO tarafından en son BARECON standart formu 2017 yılında hazırlandı. BARECON 2017 olarak adlandırılan bu yeni form, güncel ticari uygulamaları yansıtmak ve hukuki konulardaki gelişmeleri içermek için oluşturuldu. 2017 Aralık ayında yayınlanan bu yeni formun hazırlanmasının temel nedeni, İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin Ocean Victory davasında verdiği kararı¹⁰². 2017 Mayıs ayında verilen bu karar, BARECON 89 formunun sigorta maddesiyle ilgiliydi. Yeni form önceki formların yapısını korumakla birlikte, sigorta maddesindeki değişikliklerin yanı sıra kira süresi, gizli kusurlar, teslim şartları, gemiyi tanıma ve denetim, yolsuzlukla mücadele ve ambargo, satın alma hakkı ve bakım gibi konularda yeni düzenlemeler getirmiştir¹⁰³¹⁰⁴.

⁹⁹ ÜLGENER, C. I, s. 34, DAVIS, s. 19, GASCÓN, s. 5, SÖZER, s. 400.

¹⁰⁰ DAVIS, s. 19, GASCÓN, s. 5.

¹⁰¹ DAVIS, s. 19- 20, GASCÓN, s. 5.

¹⁰² GASCÓN, s. 5.

¹⁰³ GASCÓN, s. 6. Ayrıca bkz. <https://www.wfw.com/wp-content/uploads/2019/04/WFW-Briefing-BARECON-2017.pdf>. (Erişim Tarihi: 23.09.2024)

¹⁰⁴ İngiliz hukukunda, çıplak gemi kirası sözleşmelerinin yorumlanması, genel İngiliz hukuku ilkelerine göre yapılır. Sözleşmeler yorumlanırken mahkemeler öncelikle tarafların gerçek niyetlerini ulaşılmaya çalışır ve kelimelerin açık, olağan anlamlarını esas alır. Ancak, ticari teamüller veya

B. Sicile Şerh

Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, taraflar, çıplak gemi kira sözleşmelerinin sicile tescilini isteyebilirler (TTK.m.1121/f.1). Bu hükme göre, sözleşmede sicile şerhi istemediğini açıkça belirtmeyen tarafın rızası olmadan, diğer taraf sözleşmenin sicile şerhini tek başına talep edebilir¹⁰⁵. Buna karşılık, uygulamada özellikle kiracının veya gemi sahibi olmayan kiraya verenin sözleşmenin sicile şerh talebinde bulunması halinde sicil memurunun tek taraflı bir iradeye dayanarak şerh işlemini gerçekleştirmesi pek de kolay gözükmez¹⁰⁶. Sicil memuru, şerh işlemini gerçekleştirebilmek için öncelikle gemi kira sözleşmesine ilişkin ispat aracı olan gemi kira senedinin ya da sözleşmenin aslının ibrazını isteyebilir. Aksi halde, sicil memurunun hukuki sorumluluğu doğabilir¹⁰⁷. TTK.m.1121/f.1 hükmünün aynen (lafzen) uygulanması pratikte sakıncalı sonuçlar ortaya çıkarabilir. Bundan dolayı, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin sicile şerhi taraflarca ya da yalnızca gemi sahibi tarafından talep edilebilir. Sadece kiracı tarafından sözleşmenin sicile şerhi sözleşmenin yazılı bir şekilde yapılmasına ya da en azından gemi kira senedin sicil memuruna ibrazıyla gerçekleşir¹⁰⁸.

Şerhin yapılacağı sicil ile ilgili TTK.m.1121/f.1 hükmünde, Türk Gemi Sicili veya 941. maddenin üçüncü fıkrası gereğince Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı nezdinde tutulan özel bir sicilden bahsedilmiştir. Türk deniz ticareti hukukuna göre üç farklı sicil vardır:

sözleşmenin amacı farklı bir anlam gerektiriyorsa, bu durum dikkate alınır. Sözleşmenin yorumlanmasında, sözleşmenin yapıldığı zamandaki koşullar ve olayın özelliği önemlidir. 1997 yılı İngiliz hukukunda ticari sözleşmelerin yorumlanması açısından önemli bir yıldır. Özellikle Investors Compensation Scheme Ltd davası ile sözleşme yorumlama ilkeleri netlik kazanmıştır. Bu ilkelere göre kelimeler doğal ve olağan anlamlarıyla değerlendirilir, dilin kullanımında açık bir hata varsa bu dikkate alınır. Ancak, hâkimler tarafların mantıksız veya imkânsız niyetlerini dikkate almaz. Bu temel prensipler çıplak gemi kira sözleşmelerinin yorumlanmasında da göz önünde tutulur (DAVIS, s. 10-11).

¹⁰⁵ SÖZER, s. 401, YAZICIOĞLU, s. 319, ÖNDER, s. 73.

¹⁰⁶ SÖZER, s. 401, ÖNDER, s. 73. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, s. 149.

¹⁰⁷ ÖNDER, s. 74.

¹⁰⁸ ÖNDER, s. 74.

Bunlar, Gemi Sicili¹⁰⁹, Yapı Halindeki Gemilere Özgü Sicil ve Türk Uluslararası Gemi Sicilidir (TUGS)¹¹⁰.

Anılan maddenin ilk fıkrasında bahsedilen Türk Gemi Sicili'nin hangi sicil olduğu belirsizdir. Zira, TTK'da bu isimle bir sicil düzenlenmemiştir. Kanunda sicil türünün açıkça belirtilmemesinden dolayı, burada hem TTK.m.954 ve devamında düzenlenen Gemi Sicil'nin hem de Türk Uluslararası Gemi Sicili'nin (TUGS) anlaşılması gerekir. Bu yorum, maddenin amacı ve uygulanabilirliği açısından daha uygun olacaktır¹¹¹. Ancak, 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu¹¹² ve bu kanunun uygulanması kapsamına gemi yat ve özel maksatlı, özel yapılı gemilerin sicil işlemlerine ilişkin esasları belirlemek ve uygulanması amacıyla çıkarılan Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliğinin¹¹³ 12. maddesinde, "*çıplak gemi kiralama sözleşmesi kapsamındaki gemiler ve yatlar TUGS'ye tescil edilemez*" şeklinde bir düzenleme getirilmiştir¹¹⁴. Bu düzenleme doktrin tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Çünkü, ilgili yönetmeliğin böyle bir sınırlama getirmesi kanun yapma tekniğine ve aynı zamanda normlar hiyerarşisi ilkesine ters düşer¹¹⁵. TUGS Kanunu'nun 4. ve 5. maddelerinde sayılan gemilerin çıplak gemi kira sözleşmelerine konu olması halinde TUGS'a şerhi mümkün görülmelidir. Bundan dolayı, çıplak gemi kira sözleşmeleri TTK.m.954 vd. maddelerine göre tutulan Gemi Sicili'ne, TUGS'a ve TTK'nın 941/f.2'deki şartları sağlayan hallerde Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca tutulacak özel sicile şerh edilebilir¹¹⁶.

Çıplak gemi kira sözleşmesinde şerhin etkisi, sonraki gemi sahiplerine, kiracının gemi kira sözleşmesindeki koşullar çerçevesinde, gemiyi kullanmasına izin vermek zorunluluğunu yükler (TTK.m.1121/f.2) . Bu durumda, yeni gemi sahiplerinin tasarruf yetkisi kısıtlanır. Çünkü, yeni gemi sahibi gemiyi devraldığında şerhten

¹⁰⁹ TTK.m.954 vd. düzenlenen gemi sicili bazı mevzuatlarda örneğin, TUGS Kanununda Milli Gemi Sicil şeklinde adlandırılmıştır.

¹¹⁰ KURT, Hayrettin, Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 274, YAZICIOĞLU, s. 97.

¹¹¹ SÖZER, s. 402, ÖNDER, s. 75, YAZICIOĞLU, s. 319, TOPSOY, s. 282.

¹¹² RG, T. 21.12.1999, S. 23913.

¹¹³ RG, T. 23.06.200, S. 24088.

¹¹⁴ LIGHT ALGANTÜRK, s. 162, ÖNDER, s. 75.

¹¹⁵ LIGHT ALGANTÜRK, s. 162.

¹¹⁶ ÖNDER, s. 75-76.

kaynaklanan bir yükümlülük altına girer ve kiracının gemiyi tahsis amacına uygun olarak sözleşme hükümleri çerçevesinde dilediği gibi kullanmasına izin vermek zorundadır¹¹⁷. TTK.m.1121/f.2 hükmünün zıt kavram yoluyla yorumlanması halinde, gemi siciline şerh edilen çıplak gemi kira sözleşmesinin şartlarıyla yeni gemi sahibi bağlı olduğuna göre, sözleşme şerh edilmediği sürece yeni gemi sahibinin sözleşmeye uymak zorunda olmadığı sonucuna varılabilir¹¹⁸. Ancak, bu sonuç yeni sahibin sözleşmenin tarafı olacağını öngören Türk Borçlar Kanunu 310. maddesi ile ilgili hükmüyle bağdaşmaz¹¹⁹. Zira, kanun koyucu bilinçli olarak bu durumu düzenlememiştir. Böylece, çıplak gemi kira sözleşmesinin sicile şerh edilmezse, satış kira sözleşmesini bozar ilkesi (Kauf bricht Miete) geçerli olur ve yeni gemi sahibi çıplak gemi kira sözleşmesine bağlı olmaz^{120 121}.

Son olarak, TTK.m.1121/f.1 hükmüne atfen TTK.m.941/f.3'te yer alan ve uygulamada "kiracı sicili" olarak adlandırılan özel sicil, TMK.m.7 anlamında resmi bir sicil olmayıp bir defter niteliğine sahiptir.

¹¹⁷ ÜNAN, s. 26, ÖNDER, s. 77.

¹¹⁸ ÜNAN, s. 26.

¹¹⁹ SÖZER, s. 402-403, ÖNDER, s. 77, ÜNAN, s. 27.

¹²⁰ ÖNDER, s. 77, ÜNAN, s. 27.

¹²¹ Çıplak gemi kirası kayıt sisteminin modern anlamdaki kökeni 1951 tarihli Alman Bayrak Kanunu'na (German Law of the Flag Act 1951) dayanır. Bu sistem başlangıçta II. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında Alman gemilerinin müsadere edilmesini önlemek amacıyla geliştirilmiştir. Daha sonra Panama, Filipinler, Meksika, Liberya ve Kıbrıs gibi ülkelerde de yaygın olarak kullanılmıştır. Bu sisteme en son katılan ülkelerden biri İngiltere'dir (ODEKE, Ademuni, "The National and International Legal Regime of Bareboat Charter Registrations", Ocean Development & International Law, Vol. 28, No. 4, 1997, s. 336). İngiliz hukukunda çıplak gemi kirası kayıt sistemi 1995 tarihli Deniz Ticaret Kanunu (Merchant Shipping Act 1995) ve 1993 tarihli Deniz Ticareti (Gemi Sicili) Yönetmeliği (Merchant Shipping (Registration of Ships) Regulations) ile düzenlenmiştir. Son yıllarda özellikle paralel tescil uygulaması önem kazanmıştır. Bu uygulamada, gemi sahipleri geminin asıl bayrak devletindeki kaydını geçici olarak askıya alarak çıplak kiracıların kira süresi boyunca gemiyi kendi bayrakları altında tescil etmelerine imkân sağlar. Uluslararası bir sözleşme ile düzenlenmemiş olan bu uygulama, özellikle vergi avantajları ve düşük mürettebat maliyetleri nedeniyle tercih edilmekle birlikte gemi ipoteği açısından bazı hukuki belirsizliklere sebebiyet verir (DAVIS, s. 202-203).

TTK.m.942/f.2'deki şartları yerine getiren yabancı gemilere Türk bayrağı çekme izni verildiği takdirde bu gemilerin bayrak çekme hakkının izlenmesi için yabancı gemiler ve bunların kiralınmasına dair kayıtların tutulduğu bir defterdir. Bu nedenle, gemi mülkiyetinin devrinde bu şerhin yeni malike ileri sürülebilmesi pek de mümkün değildir¹²².

V. ÇIPLAK GEMİ KİRALAMA SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN HUKUKİ NİTELİK VE UYGULANACAK HUKUK

A. Çıplak Gemi Kira Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Türk Ticaret Kanunu 1119. maddesinin birinci fıkrasına göre, çıplak gemi kira sözleşmesi kiraya verenin bir kira bedeli karşılığında sözleşmenin konusu olan geminin kullanım hakkını belirli bir süre boyunca kiracıya devrini sağlayan iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir¹²³. Bunun yanı sıra, çıplak gemi kira sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir ki sözleşmenin konusu olan geminin kullanım hakkı bir bedel karşılığında kiracıya devredilir¹²⁴.

Çıplak gemi kira sözleşmesi TBK sistematigindeki kullandırma amacı güden sözleşmelerden biri olan kullanım ödöncü (ariyet) sözleşmesinden, ivazlı (karşılıklı) olması bakımından; tüketim ödöncü (karz) sözleşmesinden ise sözleşmenin konusunun tüketilmeyen şey (gemi) olması bakımından ayrılır¹²⁵. Ayrıca, çıplak gemi kira sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Zira, kiraya verenin asli edim yükümlülüğü sözleşme süresi boyunca gemiyi kiracının zilyetliğine bırakması ve buna katlanmasını gerektirir¹²⁶.

Çıplak gemi kira sözleşmesinin en önemli özelliği taraflara sadece kişisel (şahsi) nitelikli haklar sağlar. Bu yönüyle, aynı hak

¹²² YAZICIOĞLU, s. 319, SÖZER, s. 402, ÖNDER, s. 76.

¹²³ GÜMÜŞ, s. 30-31, ALTAŞ, s. 46, ÖNDER, s. 79.

¹²⁴ ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre K. , Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024, s. 197, GÜMÜŞ, s. 31, ALTAŞ, s. 46, ÖNDER, s. 79.

¹²⁵ ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 197.

¹²⁶ EREN, Fikret/ DÖNMEZ, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 167, ALTAY, s. 47, GÜMÜŞ, s. 31.

niteliğindeki intifa ve oturma hakkı gibi şahsi irtifaklardan ayrılır. Bu nedenle, sözleşmeden doğan haklar yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilir¹²⁷. Bu sözleşme tarafların ihtiyaçları doğrultusunda belirli veya belirsiz süreli bir şekilde yapılabilir¹²⁸.

B. Çıplak Gemi Kira Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

TTK'da yer alan çıplak gemi kira sözleşmesine ilişkin hükümler (TTK.m.1119-1130) emredici nitelikte olmayıp düzenleyici niteliğe sahiptir. Bundan dolayı, taraflar TTK.m.1119-1130'da düzenlenen konularda, hükümlerin düzenleyici niteliği gereği farklı sözleşme kuralları belirleyebilirler. Ancak, taraflar bu düzenlemeleri TBK.m.26 ve m.27'de yer alan sözleşme özgürlüğünün sınırları çerçevesinde yapmalıdır. TTK'da düzenlenmeyen konularda ise TTK.m.1130 uyarınca, "çıplak gemi kira sözleşmesinin niteliğine" uygun düştüğü ölçüde, TBK'nın adi kira sözleşmelerine ilişkin hükümleri uygulanır^{129 130}. Çıplak gemi kira sözleşmesinin niteliğine uygun olmayan ve TBK'nın sistematigi de dikkate alındığında, "konut ve çatılı işyeri kiralari" (TBK.m.339-378) ile "ürün kirasi" (TBK.m.357-378) hükümlerinin çıplak gemi kira sözleşmesine uygulanması mümkün değildir. Bu doğrultuda, çıplak gemi kira sözleşmesine yalnızca "kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler" (TBK.m.299-338) uygulanır¹³¹.

Çıplak gemi kira sözleşmesine uygulanacak hukuk sözleşme serbestisi ilkesi (TBK.m.26) çerçevesinde taraflarca belirlenebilir. Ancak, çıplak gemi kira sözleşmesine uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmesi için sözleşmenin yabancılik unsuru içermesi şarttır. Bu konuda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku

¹²⁷ ALTAY, s. 47, ÜNAL/BAŞPINAR, s. 91.

¹²⁸ ALTAY, s. 47, GÜMÜŞ, s. 42, ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 208.

¹²⁹ ÖNDER, s. 80, YAZICIOĞLU, s. 315.

¹³⁰ TTK.m.1130'daki, " *Bu bölümde hüküm bulunmayan hâllerde Türk Borçlar Kanununun adi kira sözleşmeleri hakkındaki hükümleri nitelikleri elverdiği ölçüde uygulanır*" şeklindeki düzenlemenin ifade biçimi eleştiriye açıktır. Zira, burada önemli olan, adi kira sözleşmesi hükümlerinin değil, gemi kira sözleşmesinin niteliğinin esas alınmasıdır. Bu nedenle, hükmün " *gemi kira sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde adi kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı*" şeklinde düzenlenmesi daha isabetli olurdu (YAZICIOĞLU, s. 315).

¹³¹ YAZICIOĞLU, s. 316.

Hakkında Kanun'un¹³² (MÖHUK) 1. maddesine göre, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun tespiti bu Kanunla düzenlenmiştir. Dolayısıyla, çıplak gemi kira sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması halinde MÖHUK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK'ta bir hukuki ilişkinin ne zaman yabancılık unsuru taşıyacağı belirtilmediğinden, yabancılık unsurunun tespiti Türk mahkemelerince her somut olayın özelliğine göre yapılır¹³³.

Çıplak gemi kira sözleşmesinde yabancılık unsuru, kiracının veya kiraya verenin yabancı olması, geminin yabancı bayrak taşıması, sözleşmenin kurulduğu yerin yabancı bir ülkede olması ya da geminin kullanılacağı yerin yabancı bir ülke olması gibi durumlardan kaynaklanabilir¹³⁴. MÖHUK.m.1 hükmü gereğince, yabancılık unsuru taşıyan çıplak gemi kira sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti için öncelikle bu sözleşmelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi (vasıflandırılması) gerekir. Bundan dolayı, hâkim somut olayın özelliğini ve milletlerarası özel hukuk adaletini de dikkate alarak Türk hukukuna (lex fori'ye) göre çıplak gemi kira sözleşmesini vasıflandıracaktır¹³⁵.

MÖHUK'ta kira sözleşmelerine ilişkin özel düzenleme sadece taşınmazların kiralanmasına yönelik MÖHUK.m.25'te yer almaktadır. Bu maddeye göre, taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna (lex rei sitae) göre tayin edilir¹³⁶. Taşınmazlar dışındaki kira sözleşmeleri ise, MÖHUK.m.24'teki genel düzenlemeye tabidir¹³⁷. TTK.m.931'de, gemi taşınır bir eşya olarak kabul edildiğinden¹³⁸, çıplak gemi kira

¹³² RG, T. 12.12.2007, S. 26728.

¹³³ ÖNDER, s. 81.

¹³⁴ SARGIN, Bengi, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Gemi Kira Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 206, 2022, s. 227, TOKER, Ali Gümrah, "Yabancı Unsurlu Teminat Mektubuna Uygulanacak Hukuk" , Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Özel Sayı, 2010, s. 1021.

¹³⁵ SARGIN, s. 229, TOKER, s. 998.

¹³⁶ SARGIN, s. 230.

¹³⁷ SARGIN, s. 230, TOKER, s. 1021.

¹³⁸ SÖZER, Gemi, s. 9, YAZICIOĞLU, s. 53, TEKİL, s. 41, KANER, İnci Deniz, Deniz Ticaret Hukuku I-II, Filiz Kitapevi, 4. Baskı, İstanbul, 2021, s. 19.

sözleşmesine uygulanacak hukuk da MÖHUK.m.24 çerçevesinde tespit edilir¹³⁹.

MÖHUK.m.24/f.1, c.1'e göre, “ *sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir.*” şeklindeki düzenleme ile çıplak gemi kira sözleşmesinin taraflarına irade serbestisi ilkesi çerçevesinde hukuk seçimi yapma imkânı tanınmıştır. Bu durumda, taraflar aksini kararlaştırmadıkça MÖHUK.m.2/f.4'e göre, seçilen hukukun emredici ve emredici olmayan maddi hukuk kuralları uygulanırken seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmaz¹⁴⁰.

Taraflar, çıplak gemi kira sözleşmesine hangi hukukun uygulanacağını seçerken bunu iki şekilde yapabilir: Bu seçim ya sözleşmenin içinde bir madde olarak yer alır ya da ayrı bir sözleşme içinde düzenlenir. Bu bağlamda, BIMCO tarafından hazırlanan BARECON 2017 standart formunun 33. maddesi sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda taraflara alternatif seçenekler sunar. Bu seçenekler; İngiliz hukuku, ABD deniz hukuku/New York eyalet hukuku, Singapur/İngiliz hukuku veya tarafların mutabık kalacakları başka bir ülke hukuku olarak düzenlenmiştir¹⁴¹.

BARECON 2017 standart formunda tarafların hukuk seçimi ile ilgili iradeleri yer almasına rağmen hukuk seçimi ile ilgili kısımda açık bir beyanları yoksa, MÖHUK.m.24/f.1, c.2'ye göre, sözleşme hükümlerinden ve halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen zımni hukuk seçimi dikkate alınır¹⁴². Sözleşme hükümlerinden anlaşılabilen hukuk seçimine örnek olarak, BARECON 2017'de kullanılan belirli bir hukuk sistemine özgü kavramlar, teknik terimler veya o hukuk sisteminin sözleşmeye ilişkin düzenlemelerine yapılan atıflar vb. gösterilebilir. Somut olayın koşullarından anlaşılabilen zımni hukuk seçimine ise, tarafların daha önceki gemi

¹³⁹ SARGIN, s. 230.

¹⁴⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK. m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 30, S.1, s. 30.

¹⁴¹ Bkz. BARECON, 2017, m.33 (a), (b), (c) ve (d). <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/barecon-2017> (Erişim Tarihi: 26.10.2024)

¹⁴² SARGIN, s. 232.

kira sözleşmelerinde belirli bir hukuku seçmiş olmaları veya sözleşmenin kuruluşu sırasında belirli bir hukuk sisteminin esas alınması örnek olarak verilebilir¹⁴³.

Ayrıca, MÖHUK.m.24/f.2'ye göre, taraflar seçilen hukukun sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda, taraflar tek bir hukuk seçip seçtikleri hukukun sadece bir konuda uygulanacağını ya da sözleşmeyi konulara ayırıp farklı hukukların uygulanmasını seçebilirler¹⁴⁴. Böylece, birden fazla hukuk uygulama alanı bulacaktır. Sözleşmede hukuk seçimi yapılmamış diğer konularda ise MÖHUK.m.24/f.4'te yer alan objektif kritere göre hukuk seçimi tespit edilecektir¹⁴⁵.

Görüldüğü üzere, sözleşme serbestliği ilkesi gereğince taraflar, sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Doktrinde, kısmi hukuk seçiminin sözleşmenin bütünlüğünü bozmayacak şekilde ve sadece birbirinden bağımsız değerlendirilebilecek hususlar için yapılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁶. Örneğin, çıplak gemi kira sözleşmesinde taraflar geminin bakım ve onarımına ilişkin yükümlülükler için bir hukuk sistemini; sigorta yükümlülükleri için başka bir hukuk sistemini seçebilirler.

Taraflar çıplak gemi kira sözleşmesine uygulanacak hukuku sözleşmenin başında veya sözleşme devam ederken seçebilirler. Hatta seçtikleri hukuku daha sonra değiştirebilirler (MÖHUK.m.24/f.3, c.1). Başlangıçtaki hukuk kurallarına uygun olarak kurulan ya da geçerli olan sözleşmenin yeni seçilen ya da değiştirilen hukuk kurallarına göre geçersiz hale gelmesi kabul edilmez. Sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla geçerli olduğu hukuk, sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği bakımından esas alınmaya devam eder. Daha sonra yapılan hukuk seçimi veya değişikliği sadece sözleşmenin hükümlerine uygulanır¹⁴⁷.

Örneğin, sözleşme kurulduğu sırada şekil ve esas bakımından Türk hukukuna uygun olarak yapılmışsa, daha sonra İngiliz hukukunun seçilmesi sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz kılmaz. Bu durumda,

¹⁴³ SARGIN, s. 232, ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 44, TOKER, s. 1030.

¹⁴⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 41, TOKER, s. 1033.

¹⁴⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 41.

¹⁴⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 42.

¹⁴⁷ TOKER, s. 1034- 1035.

sözleşme kuruluş ve geçerlilik açısından Türk hukukuna tabi kabul edilir. Sadece, sözleşmenin hükümleri örneğin, tarafların hak ve borçları yeni seçilen İngiliz hukuku kurallarına tabi olacaktır.

Sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan hukuk seçimi, üçüncü kişilerin kazanılmış hakları saklı kalmak kaydıyla, kural olarak sözleşmenin başlangıcından itibaren etkili olur (MÖHUK.m.24/f.3,c.2). Bu hüküm doğrultusunda, sözleşme kurulduktan sonra yapılan hukuk seçiminin geriye yönelik etkisi, sözleşmeyle ilgili üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını olumsuz etkilememelidir. Eğer sonradan yapılan hukuk seçimi bu hakları ihlal ediyorsa, üçüncü kişilerin hakları korunmalıdır¹⁴⁸. Daha açık bir ifadeyle, sonradan yapılan hukuk seçimi veya değişikliği üçüncü kişilerin sözleşmesel sorumluluklarını ağırlaştırıyorsa bu kişilerin hakları korunur. Örneğin, gemi üzerinde ipotek hakkına sahip bir alacaklı başlangıçta Türk hukukuna tabi olan sözleşmeye güvenerek ipotek hakkını elde etmişse, daha sonra sözleşmeye uygulanacak hukuk değiştirilerek başka bir hukuk seçilirse, bu değişiklik ipotekli alacaklının hakkını olumsuz etkilememelidir. Üçüncü kişinin ipotek hakkı, Türk hukukuna tabi olmaya devam etmelidir. Aynı şekilde, sigortacılar da çıplak gemi kira sözleşmesi ile yakından ilgili üçüncü kişilerdir. Sözleşmenin kurulduğu sırada yürürlükte olan hukuka göre prim alacaklarını teminat altına almış olan sigortacının bu hakları da sonradan yapılan hukuk seçimi veya değişikliğinden olumsuz etkilenmemelidir. Sonuç olarak, çıplak gemi kira sözleşmelerinde uygulanacak hukukun seçimi veya değiştirilmesi, üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını korumalı, onları daha olumsuz bir hukuki rejime tabi kılmamalıdır.

Taraflar açıkça veya zımnen sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemişlerse objektif bağlama kuralı, MÖHUK.m.24/f.4 hükmü uygulanır¹⁴⁹. Buna göre, “ *Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak halin bütün*

¹⁴⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 32.

¹⁴⁹ SARGIN, s. 235-236, TOKER, s. 1036.

şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tabi olur.”

Buna göre, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemişlerse o sözleşmeye en sıkı bağlantısı bulunan hukuk uygulanır ve en sıkı bağlantının tespitinde “karakteristik edim” kriteri esas alınır¹⁵⁰. Yabancılık unsuru taşıyan çıplak gemi kira sözleşmelerinde karakteristik edim geminin zilyetliğinin kiracıya devredilmesidir ve bu asli edim yükümlülüğünü yerine getirecek olan kişi de kiraya verendir¹⁵¹. Buna göre, kiraya verenin, sözleşmenin kuruluşu sırasında mutat meskeni; ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde edim borçlusunun işyeri; ancak karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişkisi bulunan işyeri hukuku; yoksa yerleşim yeri hukuku yakın bağlantılı hukuk olarak kabul edilir. Ancak, birden fazla işyerinin varlığı halinde, sözleşmenin kuruluşunda ya da sözleşmede kararlaştırılan edimin yerine getirilmesinde etkin bir role sahip olan işyeri hukuku uygulanır¹⁵².

Yabancılık unsuru taşıyan çıplak gemi kira sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit eden hâkim, MÖHUK.m.2/f.1 gereğince re’sen tatbik eder. Ancak, hâkim tarafından yabancılık unsuru taşıyan çıplak gemi kira sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti yapılamazsa, Türk hukuku uygulanır (MÖHUK.m.2/f.2). Ayrıca, MÖHUK.m.5’te düzenlenen kamu düzeni istisnasına göre, seçilen yabancı hukukun çıplak gemi kira sözleşmesine uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, seçilen hukuk uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır¹⁵³.

Son olarak, MÖHUK.m.47’e göre, çıplak gemi kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için taraflar, yabancı bir mahkemeyi yetkili kılabilirler. Bu yetki sözleşmesinin yazılı bir şekil yapılması gerekir. Ancak, yabancı mahkeme kendisini yetkisiz kabul ederse veya yetki anlaşması Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise uyuşmazlık Türk mahkemelerinde görülür¹⁵⁴. BARECON 2017’nin 33. maddesinde, taraflar için Londra, New York, Singapur veya karşılıklı

¹⁵⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 55, SARGIN, s. 236.

¹⁵¹ TOKER, s. 1037, ÖNDER, s. 84, SARGIN, s. 235-236.

¹⁵² ÖNDER, s. 84.

¹⁵³ ÖNDER, s. 85.

¹⁵⁴ ÖNDER, s. 85.

anlaşacakları başka bir yer olmak üzere seçimlik tahkim yerleri öngörülmüştür.

VI. ÇIPLAK GEMİ KİRA SÖZLEŞMESİ İLE NAVLUN SÖZLEŞMELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

A. Yolculuk (Sefer) Çarteri Sözleşmesi

Navlun sözleşmesinin bir alt türü olan yolculuk çarteri sözleşmesi (voyage charter) , “ *gemi sahibinin (taşıyanın/donatanın), geminin tamamını belirli bir sefer veya seferler için ya da belirli bir süre için başkasının kullanımına tahsis etmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir*” şeklinde tanımlanabilir¹⁵⁵¹⁵⁶. Bu sözleşmeye göre, bir taraftan taşıyan gemisini tahsis etmeyi ve buna bağlı olarak konulan yükü taşımaya taahhüt eder; taşıtan (çarterer) ise bunun karşılığında navlun ödeme borcu altına girer^{157 158}.

Yolculuk çarteri sözleşmesinde, zaman çarteri sözleşmesinin aksine, geminin ticari yönetimini kullanma hakkı taşıyana aittir ve buna bağlı oluşan riskleri de bir başkasına (taşıtana) devredemez. Bununla birlikte, geminin zilyetliği ve teknik kontrolü de taşıyana aittir¹⁵⁹.

¹⁵⁵ SCRUTTON, s. 2., ÜLGNER, C. I, s. 153.

¹⁵⁶ Yolculuk çarteri, gemi sahibinin (taşıyanın/donatanın) navlun ve (uygun olduğunda) sürestarya ücreti karşılığında bir veya birden fazla belirlenmiş seferi gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir (COOKE, Julian/YOUNG, Timothy/TAYLOR, Andrew/ KIMBALL, John D. /MARTOWSKI, David/ LAMBERT, LeRoy/ASHCROFT, Michael/ STURLEY, Michael, Voyage Charters, 4 rd. Edition, Informa Law, London, 2014, s. 3).

¹⁵⁷ ÜLGNER, C. I, s. 153, SCRUTTON, s. 3.

¹⁵⁸ Yolculuk çarteri sözleşmesinin tarafları gemi sahibi ve taşıtandır. Ancak, sözleşmede “gemi sahibi” olarak tanımlanan tarafın, geminin sicile kayıtlı gemi sahibinden başka biri olması oldukça yaygındır. Örneğin, bir gemiyi sicile kayıtlı gemi sahibinden zaman çarteri ile tahsis eden bir kişi (çarterer) , bu gemiyi yolculuk çarteri ile alt taşımaya verebilir ve yolculuk çarteri bakımından görünüşte donatan (disponent owner) olur. Benzer şekilde, bir yolculuk çarter sözleşmesinde çarterer başka biriyle alt taşıma sözleşmesi yapabilir ve bu durumda yolculuk çartereri görünüşte donatan sayılır (COOK, et al. , s. 70).

¹⁵⁹ SCRUTTON, s. 3.

Yolculuk çarteri sözleşmesinde, taşıyanın ilk yükümlülüğü gemisini doğru bir şekilde tanımlamalıdır. Ancak, yolculuk çarteri sözleşmesinde geminin tanımı her zaman esaslı bir şart olarak kabul edilmez¹⁶⁰¹⁶¹.

Yolculuk çarteri sözleşmesinde yer alan gemi tanımının ilk olarak çarter sözleşmesinin akdedildiği ana ilişkin olduğu görülür. Bu bağlamda, geminin yalnızca sözleşmenin akdedildiği tarihte mi tanımlamaya uygun olması gerektiği, yoksa yükleme tarihinde veya sefer müddeti boyunca da bu uygunluğun devam edip etmeyeceği meselesi ortaya çıkar¹⁶². Bu husustaki İngiliz hukuku içtihatlarına bakıldığında, söz konusu tanımlama unsurunun niteliğine göre farklılık arz ettiği görülür¹⁶³. Yeknesak bir yaklaşımın mümkün olması halinde, Isaacs v. McAllum davasında benimsenen prensibin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu prensibe göre, gemi tanımlaması sözleşmenin yapıldığı tarihteki durumu göstermekle birlikte, donatanın daha sonra gemide, taşıtana vereceği hizmetleri olumsuz yönde etkileyecek değişiklikleri yapamayacağı örtülü olarak kabul edilmelidir¹⁶⁴.

¹⁶⁰ PLOMARITOU, Evi, A Review of Shipowner's & Charterer's Obligations in Various Types of Charter, Journal of Shipping and Ocean Engineering, No 4, 2014, s. 308. <https://www.davidpublisher.com/> (Erişim Tarihi: 27.10.2024)

¹⁶¹ Yolculuk çarter sözleşmesinde yer alan gemi tanımlamasının sözleşmenin bir şartını teşkil ettiği varsayımı altında, bu şartın esaslı şart olup olmadığı sorunu ortaya çıkar. Diana Prosperity davasında tahsis olunan, gemi tanımlamasının her unsurunun esaslı şart teşkil ettiğini ve bu sebeple herhangi bir sapmanın tahsis olunana sözleşmeyi feshetme hakkı doğuracağını iddia etmiştir. Bu iddia Lordlar Kamarası tarafından reddedilmiş olup Lord Wilberforce, Cargo Ships El-Yam v. Invotra ve Hongkong Fir Shipping v. Kawasaki Kisen Kaisha davalarında benimsenen yaklaşımı kabul etmiştir. Söz konusu yaklaşım, doğrudan fesih hakkı doğuran katı kuralların kabulü yerine, ihlalin veya sapmanın mahiyeti ve ağırlığının nazara alınması kabul etmiştir (COOK, et al., s. 80).

¹⁶² COOK, et al. , s. 81, SÖZER, s. 395.

¹⁶³ Geminin sürat ve yakıt sarfiyatına ilişkin beyanların sadece sözleşmenin akdi anında değil, teslim anında da geçerli olduğuna hükmedilmiştir. Buna mukabil, geminin klas derecesine ilişkin beyanların münhasıran çarter sözleşmesinin tarihine matuf olduğuna ve geminin klas derecesini muhafaza etmek için makul tedbirleri alma yahut istisna edilen tehlikeler haricinde klas derecesini koruma yönünde zımni bir yükümlülük tesis etmediğine karar verilmiştir (COOK, et al., s. 81).

¹⁶⁴ COOK, et al., s. 81, SÖZER, s. 395.

Yolculuk çarter sözleşmelerinde, sözleşmenin konusunu teşkil eden geminin ismen belirlenmesi önem arz eder. Bu bağlamda “sonradan belirlenecek gemi” (to be nominated) kaydının bulunmadığı veya donatana ikame hakkının tanınmadığı hallerde çarter sözleşmesinin münhasıran isimlendirilen gemi için akdedildiği kabul edilir. Bu nedenle, taşıtan çarter sözleşmesinde belirlenen gemi ile aynı özelliklere sahip olan başka bir gemiyi kabul etmek zorunda değildir¹⁶⁵. Bununla birlikte, sözleşmede ismi belirtilen gemi ile ifa esaslı olmakla beraber, geminin isminin sadece kullanılacak gemiyi teşhis etmenin bir vasıtası olduğu ve geminin esaslı niteliğini belirtmek için kullanılmadığı hallerde, donatan geminin ismini değiştirmesi durumunda gemiyi sözleşme kapsamında yükleme için hazır etme hakkına sahiptir¹⁶⁶.

Yolculuk çarteri sözleşmesinde taşınacak yükün cinsi ve miktarı spesifik olarak belirlenmişse, bu durum sözleşmenin esaslı unsuru olarak kabul edilir ve taşıyan, sözleşmede belirlenmiş olan yük dışında başka bir yükü taşımakla yükümlü değildir¹⁶⁷. Bununla birlikte, sözleşmede yer alan hükümler çerçevesinde, taşıtan yükü taşıma ve muhafaza koşullarına uygun bir biçimde taşıyana teslim etmekle yükümlüdür¹⁶⁸. Yükün türü ve durumu, tüm koşullar altında makul olma kriterine tabidir. Bu açıdan, geleneksel ticari uygulamalar esas alınır. Böylece, tarafların temel yükümlülükleri taşıyanın normal ekipman ve özelliklere sahip olan bir gemiyi sağlamasını, taşıtanın ise geminin mevcut özelliklerine uygun yükü teslim etmesini gerektirir. Sözleşmede yer alan genel tanımlamalar, standart ticari uygulamalar çerçevesinde yorumlanır ve özel gereksinimler açıkça belirtilmelidir¹⁶⁹.

Yolculuk çarteri sözleşmelerinde kullanılan “Lawful merchandise” kavramı iki unsurdan oluşmaktadır: Birinci unsur olan “Lawful” kavramı, yükün; yükleme ve boşaltma limanlarında yürürlükte olan yerel mevzuata, geminin bayrağının tabi olduğu hukuka ve taşıma sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuka aykırılık teşkil etmeksizin yüklenebilir, taşınabilir ve boşaltılabilir nitelikte olmasını ifade ederken;

¹⁶⁵ COOK, et al., s. 81, SÖZER, s. 395.

¹⁶⁶ Bu konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. COOK, et al., s. 81.

¹⁶⁷ Bkz. TTK. m.1144.

¹⁶⁸ SÖZER, s. 396.

¹⁶⁹ COOK, et al., s. 174.

ikinci unsur olan “Merchandise” kavramı ise yükleme limanından mutata olarak sevk edilen türdeki malları kapsayacak şekilde yorumlanır¹⁷⁰.

Yolculuk charteri sözleşmesinde taşıyan, geminin kapasitesinin tamamını veya belirli bir bölümünü, muayyen bir sefer için taşıtana tahsis eder ve bunun karşılığında, taşınan yükün miktarına göre hesaplanan veya kimi durumlarda götürü usulde belirlenen navlun bedeline hak kazanır. Bu sözleşme tipinde yükleme ve boşaltma süreçleri özel önem taşır; navluna dahil olan starya süresi ve bu sürenin aşılması halinde ödenmesi gereken sürastarya ücreti sözleşmenin önemli unsurlarındandır¹⁷¹. Sözleşmede FIOST (Free In Out and Stowed/Trimmed) klotunun varlığı halinde, taşıtan navlun bedelinin yanı sıra yükleme, boşaltma ve istif masraflarını da üstlenmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, sözleşme “liner terms” (layner şartları) veya “gross terms” (brüt şartlar) esasına göre de düzenlenebilir; bu hallerde yükleme ve boşaltma masrafları navlun bedeline dahildir ve bu giderler taşıyan tarafından karşılanır¹⁷².

Yolculuk charteri sözleşmesinde taşıyan, TTK.1141 hükmü çerçevesinde denize, yola ve yüke elverişli bir gemi sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük hem yükleme başlamadan önce hem de yolculuk süresince devam eder¹⁷³.

Yapılan bu açıklamalar doğrultusunda, çıplak gemi kira sözleşmesi ile yolculuk charteri sözleşmesinin karşılaştırıldığında, yolculuk charteri sözleşmesinde bir taşıma taahhüdü¹⁷⁴; çıplak gemi kira sözleşmesinde ise gemiyi kullandırma taahhüdü söz konusudur¹⁷⁵. Bu temel farklılık, geminin kullanım serbestisi üzerinde de etkisini gösterir. Şöyle ki, çıplak gemi kira sözleşmesinde kiracı, gemiyi ticari menfaatleri doğrultusunda serbestçe kullanabilirken¹⁷⁶, yolculuk charteri sözleşmesinde ise gemiye uygun belli bir yükün taşınması amacıyla kullanılır¹⁷⁷. Çıplak gemi kira sözleşmesinde geminin zilyetliği kiracıya

¹⁷⁰ COOK, et al., s. 174.

¹⁷¹ SCRUTTON, s. 3.

¹⁷² PLOMARITOU, s. 313.

¹⁷³ SÖZER, s. 415 vd., YAZICIOĞLU, s. 345 vd.

¹⁷⁴ ÜLGNER, C. I, s. 57, YAZICIOĞLU, s. 333, TOPSOY, s. 315, SÖZER, s. 390.

¹⁷⁵ YAZICIOĞLU, s. 318, SÖZER, s. 399.

¹⁷⁶ ÜNAN, s. 27, YAZICIOĞLU, s. 318.

¹⁷⁷ ÜLGNER, C. I, s. 78.

devredildiğinden geminin ticari ve teknik yönetimi kiracıya aittir¹⁷⁸. Yolculuk çarteri sözleşmesinde, geminin zilyedi geminin ticari ve teknik idaresi kendisine ait olan taşıyan sıfatıyla gemi sahibine aittir¹⁷⁹. Yolculuk çarteri sözleşmesinde gemi adamları taşıyanın emrinde çalışmaya devam ederken, çıplak gemi kira sözleşmesinde gemi adamları kiracının emri altında çalışmaya başlar. Yolculuk çarteri sözleşmesinde taşıyan eşyanın zıya ve hasarından sorumlu iken, çıplak gemi kira sözleşmesinde kiracı gemiyi işletmeden doğan sorumluluğu bulur.

Yolculuk çarteri sözleşmesinde taşıyan, gemiyi başlangıçtaki denize elverişli durumunu sefer boyunca korumakla yükümlü iken¹⁸⁰, çıplak gemi kira sözleşmesinde kiraya veren, gemiyi sözleşmenin başlangıcında öngörülen kullanım amacına uygun TTK.m.932/f.1 kapsamında denize elverişli bir şekilde teslim etmekle yükümlüdür^{181 182}.

B. Kırkambar Sözleşmesi

Navlun sözleşmesinin bir diğer alt türü olan kırkambar sözleşmesi (bill of lading contract/liner) taşıyan, bir navlun karşılığı ayırt edilmiş eşyayı denizde taşımaya üstlenir (TTK.m.1138/f.1, b.(b) .) . Buna

¹⁷⁸ GEBB, s. 765, ÜLGNER, C.I, s. 34-35, LIGHT ALGANTÜRK, s. 153, SCRUTTON, s. 4-5, ODEKE, s. 333.

¹⁷⁹ ÜLGNER, C. I, s. 78.

¹⁸⁰ KANER, s. 313-315, TOPSOY, s. 324, PLOMARITOU, s. 309, COOK, et al., s. 233 vd.

¹⁸¹ YAZICIOĞLU, s. 320, ÖNDER, s. 122, ÜNAN, s. 27, SCRUTTON, s. 3, CHITTY, s. 485.

¹⁸² Geminin denize elverişliliği duruma göre değişkenlik göstermekle birlikte genel olarak geminin kira sözleşmesinde öngörülen amaca uygun olarak makul bir şekilde denize elverişli olmasını gerektirir. Bununla birlikte, sözleşmenin tarafları olan gemi sahibi (kiraya veren) ve çıplak gemi kiracısı, sorumlulukları uygun gördükleri şekilde paylaşırma konusunda tam bir takdir yetkisine sahiptir. Bu durum, çıplak gemi kira sözleşmesi üçüncü kişilere karşı olan yükümlülüğün kapsamını değiştiremezken, kiraya veren ve kiracının denize elverişli bir gemi sağlama yükümlülüğünden kaynaklanan her türlü sorumluluğu kendi aralarında devretmelerine imkân tanır (<https://www.wfw.com/wp-content/uploads/2019/04/WFW-Briefing-BARECON-2017.pdf>) (Erişim Tarihi: 15.10.2024) .

göre, kırkambar sözleşmesinin unsurları, belirlenmiş veya ayırt edilmiş bir eşya (yük), deniz yoluyla taşınma, navlun ve anlaşmadır¹⁸³.

Kırkambar sözleşmesinde bir geminin tahsis edilmesi ya da ismen belirlenmesi şart değildir¹⁸⁴. Kırkambar sözleşmesinde belirtilen geminin isminden bağımsız olarak taşıyan yükü sözleşmede belirtilen gemi dışında başka bir gemiyle taşıma hakkını saklı tutar¹⁸⁵. Önemli olan yükün güvenli ve zamanında tesliminin sağlanmasıdır. Ayrıca, kırkambar sözleşmelerinde kullanılan gemiler, genellikle düzenli hat taşıyıcısının kendi işletmesindeki gemiler olabileceği gibi, düzenli hat taşıyıcısının zaman çarteri veya gemi kira sözleşmesiyle kullandığı gemiler de olabilir¹⁸⁶.

TTK.m.1138/f.1’de kullanılan “ayırt edilmiş” yükünün anlamı, yükün miktar, sayı, ölçü ya da ağırlığının belirtilmiş olması anlamındadır¹⁸⁷. Kırkambar sözleşmelerinde tarafların deniz yoluyla yükün taşınması konusunda anlaşmaları yeterlidir. Dolayısıyla, bu sözleşmede ön planda olan gemi değil, cins ve miktar olarak belirlenmiş yüküdür¹⁸⁸.

Kırkambar sözleşmesinde taşıyan, TTK.m.1141 hükmü uyarınca gemiyi denize, yola ve yüke elverişli bir şekilde hazır bulundurmaktan sorumludur. Söz konusu yükümlülük yüklemenin başlangıcından yolculuğun sonuna kadar kesintisiz devam eder¹⁸⁹.

Kırkambar sözleşmesi ve yolculuk çarteri sözleşmesi, deniz ticareti hukukunda yer alan iki önemli navlun sözleşmesi türüdür. Bu iki sözleşme türü arasındaki en temel farklılık, geminin ferdileşmesi ve

¹⁸³ CUMALIOĞLU, Kırkambar Sözleşmesinde Taşıyanın Gemiyi Belirlemesinin Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2008, s. 72.

¹⁸⁴ CUMALIOĞLU, s. 80, KENDER, Rayegan/ÇETİNGİL, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, Gözden Geçirilmiş On Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 109.

¹⁸⁵ CUMALIOĞLU, s. 80, SÖZER, s. 368, YAZICIOĞLU, s. 334.

¹⁸⁶ CUMALIOĞLU, Emre, Kırkambar Sözleşmesi, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011, s. 20.

¹⁸⁷ SÖZER, s. 368, YAZICIOĞLU, s. 334, KENDER/ÇETİNGİL, s. 109, TOPSOY, s. 317, KANER, s. 304.

¹⁸⁸ KENDER/ÇETİNGİL, s. 109, SÖZER, s. 369.

¹⁸⁹ CUMALIOĞLU, s. 77, SÖZER, s. 415 vd., YAZICIOĞLU, s. 345 vd.

tahsis edilmesi konusunda ortaya çıkar¹⁹⁰. Kırkambar sözleşmesi, yapısal özellikleri bakımından yolculuk çarteri sözleşmesi ile benzer niteliklere sahip olduğundan, bu sözleşmenin çıplak gemi kira sözleşmesi ile karşılaştırılması gereksiz tekrara yol açacaktır. Dolayısıyla, kırkambar sözleşmesi ile çıplak gemi kira sözleşmesi arasındaki farklar için yolculuk çarteri sözleşmesine ilişkin açıklamalar geçerlilik arz eder.

C. Zaman Çarteri Sözleşmesi

Türk Ticaret Kanunu 1131. maddesine göre, “ *zaman çarteri sözleşmesi, tahsis edenin, donatılmış bir geminin ticari yönetimini belli bir süre için ve bir ücret karşılığında tahsis olunana bırakmayı üstlendiği sözleşmedir.*¹⁹¹” Bu tanım doğrultusunda, zaman çarteri sözleşmesinin (time charter) tarafları tahsis eden (taşıyan/gemi sahibi/gemi işletme müteahhidi)¹⁹²¹⁹³ ve tahsis olunan (taşitan/çarterer)¹⁹⁴ olarak belirlenmiştir.¹⁹⁵ Bu sözleşmede tahsis edenin asli edim borcu, geminin ticari yönetiminin¹⁹⁶ belirli bir süre için tahsis olunana devredilmesiyle sınırlıdır¹⁹⁷.

Zaman çarteri sözleşmesinde çarterer, gemi üzerinde ne zilyetlik hakkına ne de mülkiyet hakkına sahiptir. Bunun yerine, çarterer sözleşmede belirlenen sınırlar dahilinde, tahsis edenin gemisini hangi

¹⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. CUMALIOĞLU, s. 70-71.

¹⁹¹ İngiliz hukukundaki zaman çarteri sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “*Gemi sahibi, belirli bir süre boyunca ve belirlenmiş bir bölge dahilinde, çartererin taleplerine uygun bir şekilde safra seferleri ve yüklü seferler gerçekleştirmek amacıyla gemiyi çartererin kullanımına sunmayı taahhüt ettiği bir sözleşmedir*” (COGHLIN, Terence/ BAKER, Andrew W. / KENNY, Julian/ KIMBALL, JOHN D. K/ BELKNAP, THOMAS H. , Time Charters, Informa Law, 7th ed. , New York, 2014, s. 1) .

¹⁹² SÖZER, s. 375.

¹⁹³ Zaman çarteri sözleşmesinde, gemiyi tahsis eden tarafın mutlaka geminin gerçek sahibi (sicile kayıtlı donatan) olması gerekmez. Görünüşte donatanlar da (disponent owner) bu sözleşmeyi yapabilir (COGHLIN, et al., s. 63).

¹⁹⁴ SÖZER, s. 373.

¹⁹⁵ TTK'nın zaman çarteri sözleşmesi taraflarını “tahsis eden ve tahsis olunan” olarak hukuki vasıflandırmasının doğru olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. ÜLGNER, C. II, s. 7.

¹⁹⁶ Ayrıca, bkz. TTK.m.1134/f.1.

¹⁹⁷ SÖZER, s. 372, ÜNAN, s. 30.

amaçla kullanacağını konusunda yönlendirme hakkına sahiptir¹⁹⁸. Gemi, tahsis edenin zilyetliğinde kalmaya devam eder; kaptan ve gemi adamları da tahsis edenin çalışanları olarak görevlerini sürdürürler¹⁹⁹. Çartererin sahip olduğu hak, yalnızca geminin ticari anlamda kazanç kapasitesini kullanma hakkıyla sınırlıdır. Bu nedenle, ihmalkâr bir üçüncü kişinin gemiyi zarara uğratması halinde, çarterer üçüncü kişiye karşı haksız fiil davası açma hakkına genel olarak sahip değildir²⁰⁰.

Zaman çarteri sözleşmesinde, çarterer geminin ticari yönetimini kontrol ettiğinden, aldığı kararların sonuçlarından ve kendi emirlerine uyulmasından kaynaklanan sorumluluk hallerinden tahsis edene karşı sorumludur. Nitekim, zaman çarteri sözleşmelerinin çeşitli standart formlarında²⁰¹, bu tür sorumluluk hallerini düzenleyen özel hükümler mevcuttur²⁰².

Zaman çarter sözleşmesi, ismi belirtilen geminin ticari hizmetlerine ilişkin yapılan bir sözleşmedir. Taraflar arasında başka bir geminin temin edebileceği konusunda bir anlaşma (ikame klozu)²⁰³ yoksa, aynı özelliklere sahip başka bir gemi olsa dahi, çarterer başka bir gemiyi kabul etmek zorunda değildir. Dolayısıyla, çarter sözleşmesinde ismi belirtilen bir geminin sözleşmenin amaçları doğrultusunda kullanılamaz hale geldiğinde çarter sözleşmesi ifa imkansızlığı nedeniyle sona erer²⁰⁴.

Zaman çarteri sözleşmesinde, çarterer açısından geminin teknik özellikleri de büyük önem taşır. Zira, ticari girişiminin başarısı doğrudan gemiye bağlıdır. Geminin ticari yönetimini üstlenen çarterer başlangıçta geminin hızını²⁰⁵, yükleme kapasitesini²⁰⁶ ve yakıt tüketimini²⁰⁷ dikkate

¹⁹⁸ COGHLIN, et al., s. 1-2.

¹⁹⁹ COGHLIN, et al., s. 1-2, SÖZER, s. 377.

²⁰⁰ COGHLIN, et al., s. 1-2.

²⁰¹ Zaman çarteri sözleşmesinde kullanılacak olan standart formlara başlıca örnek olarak, NYPE (New York Produce Exchange Form) ve BALTIME gösterilebilir (ÜLGENER, C.II, s. 10.).

²⁰² WILSON, John F., Carriage of Goods By Sea, 7th ed. , Great Britain, 2010, s. 85, ÜLGENER, C.II, s. 10.

²⁰³ İkame klotunun yorumlanması hakkında bkz. COGHLIN, et al., s. 1-2.

²⁰⁴ COGHLIN, et al., s. 61.

²⁰⁵ New York tahkimlerinde geminin hız taahhüdüne uygunluğunun tespitinde, geminin çarter süresi boyunca gösterdiği performans dikkate alınır. The Seamaid kararında hakem heyeti, hız iddiasının değerlendirilmesinde iki kriter belirlemiştir. İlk olarak, geminin iyi hava koşullarının hâkim olduğu

almalıdır²⁰⁸. Öte yandan, kaptan ve gemi adamları, tahsis edenin çalışanları olmalarına rağmen, kaptan, zaman charteri sözleşmesi hükümleri çerçevesinde chartererin geminin ticari yönetimine ilişkin vereceği tüm talimatlara uymak zorundadır (TTK.m.1134/f.2) .

Çarterer, geminin ticari yönetiminden doğan, yakıt masrafları dahil tüm giderleri de karşılamak zorundadır (TTK.m.1135/f.1)²⁰⁹. Bu kapsamda, chartererin geminin ticari yönetimine ilişkin verdiği talimatların ifası sırasında ortaya çıkan giderler de yer alır. Ticari yönetime ilişkin giderlere örnek olarak liman ücretleri, pilotaj giderleri, römorkör ücretleri, kanal geçiş ücretleri, yükleme-boşaltma masrafları, demirleme ücretleri, terminal masrafları, acentelik ücretleri, liman rıhtım ücretleri, fener ve tahlisiye resimleri, gümrük masrafları, yük elleçleme giderleri, konşimento masrafları verilebilir. Teknik yönetime ilişkin giderler ise tahsis eden tarafından karşılanır. Bunlar, gemi adamlarının ücret ve iase masrafları, geminin teknik bakım-onarım masrafları, klas kuruluşu sorvey ücretleri vb. teknik işletme giderleridir²¹⁰.

Geminin ticari yönetimi charterere bırakılmış olsa da geminin teknik yönetimi, zilyet olan tahsis edene aittir²¹¹ . Ayrıca, TTK.m.1133/f.1,b.(b) uyarınca, tahsis eden sözleşme süresince gemiyi

günlerde charter sözleşmesinde taahhüt edilen hıza ulaşp ulaşmadığına bakılır. İkinci olarak, hava koşulları ve akıntılar dikkate alınarak geminin tüm sefer boyunca gösterdiği ortalama hızın charter sözleşmesindeki tanıma uygunluğu değerlendirilir. Hakem heyetinin çoğunluğu, normal şartlarda her iki kriterin de kullanılması gerektiğini kabul etmektedir. The Stove Vulkan kararında hakem heyeti, hız taahhüdünün ihlalinin tespitinde geminin tam yüklü olduğu ve hava koşullarının kuvveti 4 veya daha az olduğu günler ile kuvveti 5 ve 6 olan rüzgarların gemiye eşlik ettiği günlerdeki ortalama hızın, geminin gerçek kapasitesini ortaya çıkaracağı belirtilmiştir (COGLIN, et al., s. 85).

²⁰⁶ bkz. COGLIN, et al., s. 71.

²⁰⁷ bkz. COGLIN, et al., s. 73.

²⁰⁸ WILSON, s. 85.

²⁰⁹ Alman Ticaret Kanunu'nda açıkça düzenlenen tahsis edenin üstleneceği giderler sabit giderler-değişken giderler şeklinde iki kategoriye ayrılmıştır (ÜNAN, s. 31.) .

²¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. YAZICIOĞLU, s. 327,329.

²¹¹ Bkz. TTK. m. 1131/f.2.

denize, yola (yakıt hariç) ve sözleşmenin amacına uygun şekilde bulundurmakla yükümlüdür²¹²²¹³.

Zaman çarteri sözleşmelerinde terminolojik bir ikilem bulunmaktadır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde, tahsis edilene ödenecek bedel için hem ‘hire’ (kira) hem de ‘freight’ (navlun) terimleri kullanılmıştır. TTK.m.1136/f.1’de, bu kavramsal belirsizliği gidermek amacıyla ‘tahsis ücreti’ terimi kullanılmıştır²¹⁴.

Zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliğinin navlun sözleşmesi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Tartışmanın temel nedenlerinden biri sözleşmenin TTK sistematigi içindeki düzenleme yeridir. Kanun sistematiginde zaman çarteri sözleşmesi, gemi kira sözleşmesi ile navlun sözleşmesi (kırkambar ve yolculuk çarteri sözleşmesi) arasında, bağımsız bir deniz ticareti sözleşmesi olarak düzenlenmiştir²¹⁵.

Doktrindeki ilk görüşe göre, zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliği navlun sözleşmesidir. Bu görüşü savunanlardan **Çağa/Kender’e göre**²¹⁶, “gemi belirli bir zaman için tutulur ve navlun zaman ölçüsüne göre tayin olunur. Bu tür sözleşmede çarterer kaptan ve gemi adamlarına karşı ticari alanda sınırlı bir talimat yetkisi vardır. Gemi sahibi tarafından yükün taşınması ön plana olduğundan navlun sözleşmesi olarak kabul edilir.” **Sözer’e göre**²¹⁷, “ zaman çarter sözleşmesi belli bir yükün, belli noktalar arasında taşınmasını öngörür, zaman çarteri sözleşmesi bir taşıma taahhüdü içerdiği için navlun sözleşmesi olarak kabul edilir²¹⁸.” **Ülgener’e göre**²¹⁹, “ zaman çarteri öyle bir sözleşmedir

²¹² Zaman çarteri sözleşmesi, navlun sözleşmesi niteliğinde ise tahsis eden aynı zamanda gemiyi yüke elverişli halde de bulundurmakla yükümlüdür (SÖZER, s. 373).

²¹³ İngiliz hukukunda, zaman çarteri sözleşmesinde tahsis edenin denize elverişlilik yükümlülüğü sözleşmede açıkça belirtilmemiş olsa bile sözleşmenin doğası gereği var olduğu kabul edilir. Ayrıca, geminin her açıdan donatılmış olması yükümlülüğü, denize elverişliliğin ötesinde bir yükümlülük yaratır: gemi aynı zamanda yerine getireceği özel hizmete de uygun olmalıdır (COGHLIN, et al., s. 160-161).

²¹⁴ ÇALIK, Ahmet, “Çarter Sözleşmeleri ve Yeni Yasal Düzenlemelerin Uygulamada Yaratacağı Yeni Sorunlar” , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S. 2, 2012, s. 445.

²¹⁵ ÜLGNER, C. II, s. 6, SÖZER, s. 372.

²¹⁶ ÇAĞA/KENDER, s. 8.

²¹⁷ SÖZER, s. 371.

²¹⁸ Benzer görüş için bkz. YAZICIOĞLU, s. 326.

ki, onunla taşıyan zaman esaslı üzerinden ödenecek olan navlun karşılığında, gemiyi yük taşınması için belirli bir süre taşıtana tahsis etmeyi ve bu amaçla geminin ticari kontrolünü devretmeyi taahhüt eder.”

Doktrinde ikinci görüş, zaman çarteri sözleşmesinin bir navlun sözleşmesi olmadığını savunmaktadır. Bu görüşü savunanlardan *Kaner'e göre*²²⁰, “*taşınacak eşya borcun konusuna dahil olmadığı için eşya taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Zaman çarteri sözleşmelerinde denizde eşya taşıma amacı sözleşmenin konusu değil, sözleşmenin saikini teşkil eder.*” *Çalık'a göre*²²¹, “*gemi zilyetliğinin fiilen devredilmemesine rağmen, İngilizce sözleşme metinlerde 'let' kiralama teriminin kullanılması ve ödenen bedelin 'hire' (kira) olarak ifade edilmesi ve uygulamada 'delivery', 'redelivery' gibi teslimle ilişkin terminolojinin tercih edilmesi*²²², *zaman çarteri sözleşmesinin atipik niteliğini ortaya çıkarmaktadır*²²³.”

Kanaatimizce²²⁴, zaman çarteri sözleşmesinde geminin tahsis amacı genellikle yük taşınmasına ilişkindir. Bundan dolayı, zaman çarteri sözleşmesi esas itibarıyla bir navlun sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekir. Şunu belirtmek gerekir ki, eğer gemi yük taşıma dışında; sondaj çalışması, kurtarma hizmetleri, balık avlanması gibi farklı gelir getirici

²¹⁹ ÜLGNER, C. II, s. 10.

²²⁰ KANER, s. 11.

²²¹ Çalık' göre, açıklanan bu nedenler zaman çarteri sözleşmesinin navlun sözleşmesi olarak kabul edilmesini zorlaştırır (ÇALIK, s. 445.). Ancak, zaman çarteri sözleşmesi bir navlun sözleşmesi olarak kabul edilseydi, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları azaltacaktı ve kırkambar ve yolculuk çarteri sözleşmelerinin tabi olduğu emredici hükümlere tabi olacaktı. Oysaki, zaman çarteri sözleşmesinde taraflara tam bir sözleşme özgürlüğü tanınmıştır (ÇALIK, s. 446-447).

²²² Zaman çarteri sözleşmelerinde genellikle gemi kira sözleşmelerinde kullanılan terimlere (let, hire, delivery and redelivery) yer verilmesine rağmen, çarter sözleşmesinin hukuki niteliği tespit edilirken bu terimler hiçbir şekilde kesin/belirleyici olarak kabul edilemez (DAVIS, s. 2).

²²³ Benzer görüş için bkz. ÖNDER, s. 101 vd.

²²⁴ Yargıtay'ın zaman çarteri sözleşmesini navlun sözleşmesi olarak nitelendirdiği kararı için bkz. Yarg. 11. HD, T. 22.09.2022, E. 2021/5125, K. 2022/6217. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 31.10.2024)

²²⁵ İngiliz hukukunda, zaman çarteri sözleşmesi bir navlun sözleşmesi olarak kabul edilir (DAVIS, s. 2).

faaliyetler için kullanılıyorsa, bu tür sözleşmeler navlun sözleşmesi olarak kabul edilemez²²⁶. Bu durumda, zaman çarteri sözleşmesi karma sözleşmesi olarak kabul edilir ve bir hukuki ihtilaf halinde, kira, istisna veya hizmet sözleşmelerinden hangisine daha yakınsa, o sözleşmenin ilgili hükümleri uygulanır²²⁷.

Sonuç olarak, zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliği değerlendirildiğinde, bu sözleşmenin kira sözleşmesi olmadığı açıktır²²⁸. Bu sonuca ulaşmamızın çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Birincisi, çıplak gemi kira sözleşmesinde bir taşıma taahhüdü bulunmaz²²⁹, zaman çarteri sözleşmesinde genellikle taşıma taahhüdü bulunur²³⁰. İkincisi, çıplak gemi kira sözleşmesinde geminin zilyetliği kiracıya devredilirken²³¹, zaman çarteri sözleşmesinde geminin zilyetliği, teknik yönetimi elinde bulunduran tahsis edende kalır²³². Üçüncüsü, zaman çarteri sözleşmesinde geminin sadece ticari yönetimi çartererde olmasına rağmen²³³, çıplak gemi kira sözleşmesinde geminin hem ticari hem de teknik yönetimi kiracıdadır²³⁴. Son olarak, zaman çarteri sözleşmesi bir navlun sözleşmesi olarak kabul edildiğinde, tahsis eden sözleşme süresince gemiyi denize, yola (yakıt hariç), yüke ve sözleşmenin amacına uygun olacak bir şekilde bulundurmaya yükümlüdür²³⁵, çıplak gemi kira sözleşmesinde ise kiraya veren gemiyi denize elverişli ve sözleşmede öngörülen amaca uygun bir şekilde teslim etmekle yükümlüdür²³⁶.

VII. SONUÇ

Çıplak gemi kira sözleşmesi, deniz ticaretinde özellikle üç temel amaç için “ finansman aracı olarak, filolarını genişletmek isteyen gemi işletmeleri tarafından ve özellikle savaş zamanlarında devletler tarafından” kullanılır. Bu sözleşme türünde gemi sahibi finansal riski

²²⁶ SÖNMEZ, s. 373; YAZICIOĞLU, s. 375, dpnt. 471.

²²⁷ SÖZER, s. 377. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜLGNER, C. I, s. 52.

²²⁸ COGHLIN, et al., s. 1-2; DAVIS, s. 2.

²²⁹ SÖZER, s. 405; DAVIS, s. 1.

²³⁰ DAVIS, s. 2; ÜLGNER, C. II, s. 10.

²³¹ DAVIS, s. 2, ÜNAN, s. 26; COGHLIN, et al. , s. 2.

²³² DAVIS, s. 2; COGHLIN, et al. , s. 1-2.

²³³ COGHLIN, et al., s. 1-2; ÜLGNER, C. II, s. 8, ÜNAN, s. 30.

²³⁴ DAVIS, s. 2-3; ÜLGNER, C.II, s. 34-35.

²³⁵ ÜLGNER, C. II, s. 8; SÖZER, s. 373; ÜNAN, s. 30.

²³⁶ SÖZER, s. 405; YAZICIOĞLU, s. 320.

üstlenirken, kiracı ticari riski üstlenmektedir. Bu risk dağılımı, sözleşmenin ekonomik açıdan etkin bir şekilde işlemlerini sağlamaktadır.

Çıplak gemi kira sözleşmesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ilk kez bağımsız ve ayrıntılı bir şekilde TTK.m.1119-1130 maddeleri arasında düzenlenen önemli bir deniz ticareti sözleşmesidir. Çıplak gemi kira sözleşmesinin en belirgin özelliği, geminin zilyetliğinin ve buna bağlı olarak teknik ve ticari yönetiminin kiracıya devredilmesidir. Bu devir neticesinde kiracı, TTK.m.1061 uyarınca gemi işletme müteahhidi olarak donatan sıfatına sahip olur.

Çıplak gemi kira sözleşmesi (bareboat charter) ve demise charter (charter with demise) arasındaki temel ayrım, gemi adamlarının durumunda ortaya çıkmaktadır. Çıplak gemi kira sözleşmesinde gemi tamamen 'çıplak' olarak (aslında gemi adamsız) teslim edilirken, demise charter'da gemi adamlarıyla birlikte teslim edilmektedir. Ancak, TTK.m.1119/f.2 hükmü uyarınca, gemi adamlarının da kiracının emrine verilmesi sözleşmenin niteliğini değiştirmez. Her iki durumda da kiracı, geminin hem ticari hem de teknik yönetimini üstlenmektedir.

Çıplak gemi kira sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen, rızai ve ivazlı bir sözleşme olduğu görülmektedir. Sözleşmenin şekli bakımından, TTK herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Bununla birlikte, uygulamada BARECON gibi standart formların kullanımı yaygındır. Bu formların en güncel versiyonu olan BARECON 2017, özellikle Ocean Victory mahkeme kararının ardından sigorta düzenlemeleri başta olmak üzere önemli değişiklikler getirmiştir.

Çıplak gemi kira sözleşmesinin sicile şerhi, TTK.m.1121 uyarınca ihtiyari olup, uygulamada önemli sorunlar ortaya çıkar. Kanunda bahsedilen "Türk Gemi Sicili" kavramının hangi sicili ifade ettiği belirsizdir ve TUGS Yönetmeliği'nin çıplak gemi kira sözleşmelerinin TUGS'a tescilini engelleyen düzenlemesi normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil eder. Sicile şerh, kiracının haklarını korumak açısından önemli bir işleve sahiptir; zira şerh edilmemesi halinde "satış kira sözleşmesini bozar" ilkesi geçerli olur. Ayrıca, TTK.m.1121 atfıyla TTK.m.941/f.3'te düzenlenen ve uygulamada "kiracı sicili" olarak adlandırılan özel sicil, TMK.m.7 anlamında resmi bir sicil olmayıp sadece bir defter niteliğindedir. Bu nedenle, gemi mülkiyetinin devrinde bu şerhin yeni malike ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Gelecekte yapılacak yasal düzenlemelerde, sicil türlerinin daha net belirlenmesi ve TUGS mevzuatındaki kısıtlamaların yeniden değerlendirilmesi gerekir.

Çıplak gemi kira sözleşmesinde, TTK'da alt kiraya ilişkin özel bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte TTK.m.1130 hükmü uyarınca, TBK'nın kira sözleşmelerinin genel hükümleri, gemi kira sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde tatbik edilir. Bu durumda, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, TBK.m.322 çerçevesinde kiracının gemiyi alt kiraya verme hakkı bulunur.

Çıplak gemi kira sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması halinde uygulanacak hukukun tespiti özel önem taşır. Bu noktada MÖHUK hükümleri çerçevesinde öncelikle tarafların hukuk seçimi, bunun bulunmaması halinde ise karakteristik edim borçlusunun (kiraya verenin) işyeri hukuku esas alınmaktadır. BARECON 2017 formunda da taraflara hukuk seçimi konusunda çeşitli alternatifler sunulmaktadır.

Çıplak gemi kira sözleşmesinin en temel özelliği, geminin zilyetliğinin kiracıya devredilmesi ve buna bağlı olarak hem ticari hem de teknik yönetimin kiracıya geçmesidir. Bu özellik, sözleşmeyi diğer deniz ticareti sözleşmelerinden, özellikle navlun sözleşmelerinden ayıran en önemli unsurdur. Zira, zaman çarteri sözleşmesinde yalnızca ticari yönetim devredilirken, yolculuk çarteri ve kırkambar sözleşmelerinde ise herhangi bir yönetim yetkisinin devri söz konusu değildir.

Sonuç olarak, çıplak gemi kira sözleşmesinin kavramsal çerçevesinin doğru anlaşılması, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların çözümü açısından büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, sözleşmenin unsurları, hukuki niteliği ve navlun sözleşmelerinden farkları iyi analiz edilmeli, uluslararası niteliği göz önünde bulundurularak uygulanacak hukuk konusunda gerekli özen gösterilmelidir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, Yenilenmiş ve Geliştirilmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- AKSOY, Sami, “ Taşıma Hukukunda Fiili Taşıyıcı” , Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, İstanbul, 2007.
- ALTAŞ, Hüseyin, Hasılat ve Şirket Kirası, Yetkin Yayınları, 2009.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, C. V/1,1, Geliştirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, 9.bası, Ankara 2012.
- ATAMER, Kerim, Deniz Ticareti Hukuku I, C. I, I. Bası, İstanbul, 2017.
- BAUGHEN, Simon, Shipping Law, 8th ed. Routledge, London and New York, 2023.
- CHITTY, John W. , “ Bareboat Charters: Can a Shipowner Limit Liability to Third Parties - Answers for Owners Attempting to Navigate the Unsettled Waters in the Eleventh Circuit ” Georgia State University Law Review, Vol. 25, No. 2, 2008, ss. 477-502. <https://heionline.org/> (Erişim Tarihi: 17.10.2024)
- COGHLIN, Terence/ BAKER, Andrew W. / KENNY, Julian/ KIMBALL, JOHN D. K/ BELKNAP, THOMAS H. , Time Charters, Informa Law, 7th ed. , New York, 2014. (COGHLIN, et al.)
- COOKE, Julian/YOUNG, Timothy/TAYLOR, Andrew/ KIMBALL, John D. /MARTOWSKI, David/ LAMBERT, LeRoy/ASHCROFT, Michael/ STURLEY, Michael, Voyage Charters, 4th ed., Informa Law, London, 2014. (COOKE et al.)
- CUMALIOĞLU, Emre, Kırkambar Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- CUMALIOĞLU, Kırkambar Sözleşmesinde Taşıyanın Gemiye Belirlemesinin Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2008, s. 65-98.
- ÇAĞA, Tahir, Deniz Ticaret Hukuku II: Navlun Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

- ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegan, Deniz Ticareti Hukuku: Navlun Sözleşmesi, C. II, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ÇALIK, Ahmet, “ Çarter Sözleşmeleri ve Yeni Yasal Düzenlemelerin Uygulamada Yaratacağı Yeni Sorunlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, ss.443-450.
- DAVIS, Mark, Bareboat Charters, Second Edition, Informa Professional, London, 2005.
- EREN, Fikret/ DÖNMEZ, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- GASCÓN, A. Gilabert, “ Insurance Related Problems In Bareboat Charter Agreements, “, Journal of Shipping and Trade, 6 (12), 2021, ss. 1-18. <https://doi.org/10.1186/s41072-021-00093-3> (E.T: 16.10.2024)
- GEBB, Sheldon A., “ Demise Charter: A Conceptual and Practical Analysis,” Tulane Law Review , Vol. 49, N. 4, 1974-1975, s. 764-784.
- GÖKYAYLA, Emre, “Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, ss.18-51.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK.m.299-356), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- KALPSÜZ, Turgut, Deniz Ticaret Hukuku Giriş Gemi, Birinci Cilt, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1971.
- KANER, İnci Deniz, Deniz Ticaret Hukuku II Navlun Sözleşmeleri, Filiz Kitapevi, 4. Baskı, İstanbul, 2021.
- KENDER, Rayegan/ÇETİNGİL, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, Gözden Geçirilmiş On Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

- KOCAAĞA, Köksal, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi , S. 79, 2008, s. 73-102.
- KULA DEĞİRMENCİ, Nil, Maritime Law In Turkey, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- KURT, Hayrettin, Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2.
- LIGHT ALGANTÜRK, Didem, “CMI Tarafından Gemi İşletme Müteahhidinin (Bareboat Charterer) Tesciline İlişkin Yapılan Çalışmalar ve Değerlendirme”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 8, Güz 2005/2, s. 149-172.
- ODEKE, Ademuni, The National and International Legal Rengime of Bareboat Charter Registrations, Ocean Development & International Law, Vol. 28, No. 4, 1997, s. 329-367.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİCİ, Özer/ ÖZDEMİR-OKTAY, Saibe, Eşya Hukuku, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- ÖNDER, Salih; Gemi Kira Sözleşmeleri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Mayıs 2016.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK. m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 30, S.1, s. 27-62.
- PLOMARİTOU, Evi, A Review of Shipowner's & Charterer's Obligations in Various Types of Charter, Journal of Shipping and Ocean Engineering, No. 4, 2014, s. 307-321. <http://www.david.publisher.org> (Erişim Tarihi: 27.10.2024)
- SARGIN, Bengi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Gemi Kira Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 206, 2022, s. 201-246.
- SCRUTTON, Thomas Edward, Charterparties and Bills of Lading, EDER, B./ BENNET, H. /BERRY, S./FOXTON, D. / SMITH, C.F., Sweet&Maxwell, 23rd ed. , London, 2015.
- SÖZER, Bülent, Deniz Ticaret Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.

- SÖZER, Bülent, Gemi, Geminin Mütemmim Cüzü ile Teferruatı ve Bunların Finansal Kiralama Sözleşmesi İle Temini Halinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, Gemi Yönetimi Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- TEKİL, Fahiman, Deniz Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2001.
- TOKER, Ali Gümrah, “Yabancı Unsurlu Teminat Mektubuna Uygulanacak Hukuk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 991-1052.
- TOPSOY, Fevzi, Deniz Ticaret Hukuku I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ULUĞ, İlknur, “Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1-2, 2012. <https://dergipark.org.tr/> (Erişim Tarihi: 16.09.2024)
- ÜLGENER, M. Fehmi, Çarter Sözleşmeleri (Genel Hüküm ve Sefer Çarteri Sözleşmeleri), C. I, Der Yayınları, İstanbul 2000.
- ÜLGENER, M. Fehmi, Çarter Sözleşmeleri, C. II, Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- ÜLGENER, M. Fehmi, Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri, Der Yayınları, İstanbul, 1991.
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2012.
- ÜNAN, Samim, “Bareboat and Time Charters in the New Turkish Code of Commerce (a short comparison to German draft dated 2011)”, in Recent Developments in Maritime Law, Papers Submitted to the Joint Seminars of the German and Turkish Maritime Law Associations, Held in Hamburg on 25 August 2011 and in İstanbul on 6 October 2011, Turkish Maritime Law Association & Germany Maritime Law Association, İstanbul, 2012, s. 25-32.
- YAZICIOĞLU, Emine, Kender- Çetingil Deniz Ticaret Hukuku, Gözden Geçirilmiş 16 Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- YETİŞ ŞAMLI, Kübra, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Tesliminden Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024.

ZHANG, Pengfei/ TANG, Lijun, Ship Management Theory and Practice, Routledge, London and New York, 2022.

WILSON, John F., Carriage of Goods By Sea, 7th ed., Great Britain, 2010.

WILLINGALE, Malcolm, Ship Management, Third Edition, Hong Kong, 1998.

Diğer Kaynaklar

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

<https://www.legislation.gov.uk/>

<https://www.wfw.com/wp-content/uploads/2019/04/WFW-Briefing-BARECON-2017.pdf>.

KARAR İNCELEMESİ

**COVID-19 PANDEMİ SÜRECİNDE İDARENİN MASKE
TAKMA TEDBİRİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARININ
HUKUKİ DEĞERLENDİRİLMESİ (YARGITAY 19. CEZA
DAİRESİ 2020/4354 E., 2020/14250 K., 09.11.2020 T.)**

Ayşegül KARACA DEDEOĞLU*

ÖZ

Covid-19 Pandemisi ile dünyada ve Türkiye’de idare tarafından temel hak ve hürriyetleri sınırlayan birçok tedbir alınmıştır. Bu tedbirlerden biri de hasta olsun ya da olmasın herkesin kamusal alanda maske takma zorunluluğu idi. Bu tedbire riayet etmeyenlere ise idari para cezası uygulanmıştır. Bu çalışmada bir kabahatlinin idari para cezasının iptaline ilişkin yargıya başvurusu ve cezayı iptal ettirmesinin akabinde Adalet Bakanlığı’nın kanun yararına bozma başvurusu ile Yargıtay özel dairesinin bu konuya ilişkin kararı, Anayasa’da temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemesi, sağlık mevzuatı ve idare hukuku açısından incelenmiştir. İdarenin hasta olmayanlara maske takma tedbiri uygulaması her ne kadar kamu sağlığını korumayı amaçlayan gerekli olduğu söylenen bir tedbir olsa da bu uygulama kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına bir müdahale olduğu, bu müdahalenin ancak kanunla yapılabileceği, idarenin düzenleyici işlemleri ile bu gibi temel haklara müdahale edemeyeceği ve tespiti yapılmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Karabük Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Sağlık Yönetimi Bölümü, E-Mail: aysegulkaraca@karabuk.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5777-948X.

Karar İncelemesinin Gönderim Tarihi : 05.02.2024.

Karar İncelemesinin Kabul Tarihi : 31.12.2024.

Covid-19 Pandemi Sürecinde İdarenin Maske Takma Tedbirine İlişkin Yargıtay Kararının Hukuki Değerlendirilmesi (Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2020/4354 E., 2020/14250 K., 09.11.2020 T.)

Anahtar Kelimeler: Sağlık hukuku, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, maske takma zorunluluğu, Covid-19.

ANALYSIS LEGAL OF THE DECISION OF THE COURT REGARDING THE MEASURE TO WEAR THE ADMINISTRATION'S MASK DURING THE COVID-19 PANDEMIC PROCESS (COURT OF CASSATION 19TH CRIMINAL CHAMBER, 2020/4354 E., 2020/14250 K., 09.11.2020 T.)

ABSTRACT

With the Covid-19 Pandemic, many measures have been taken by the administration in the world and in Turkey to limit fundamental rights and freedoms. One of these measures was that everyone was obliged to wear a mask in public spaces, whether they were sick or not. Administrative fines were imposed on those who did not comply with this measure. In this study, after a criminal's application to the judiciary for the cancellation of the administrative fine and having the penalty annulled, the Ministry of Justice's application for reversal in the interest of law and the decision of the special chamber of the Supreme Court on this issue are examined in terms of the Constitution's regulation on the limitation of fundamental rights and freedoms, health legislation and administrative law. has been examined. Although the administration's practice of wearing a mask for those who are not sick is a measure that is said to be necessary to protect public health, this practice is an intervention in the right to protect and develop the material and spiritual existence of the person, this intervention can only be made by law, and such fundamental rights are violated by the regulatory procedures of the administration. It has been determined that he cannot intervene.

Keywords: Health law, limitation of fundamental rights and freedoms, wearing the mask, covid-19.

I. OLAY VE İNCELEMeye TABİ UYUŞMAZLIK KONUSU

Bolu ili' nde 20/05/2020 tarihinde işlek bir caddeye giriş yapmak isteyen bir vatandaş, bekçiler tarafından maske takma zorunluluğunu

ihlal ettiği gerekçesiyle 03/04/2020 tarihli Bolu ili Umumi Hıfzıssıhha Meclisi Kararı'nın 8. maddesi ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesi gereğince kolluk görevlileri tarafından 392.00 TL idari para cezası uygulanmış bu karara karşı vatandaş, “maske takma zorunluluğu olduğunu bilmediğini ve bu konuya ilişkin kendisine herhangi bir uyarı da yapılmadığı” ndan bahisle Bolu İl Emniyet Müdürlüğü tarafından aleyhine tanzim edilen 20/05/2020 tarihli 2020/898 sayılı idari yaptırım kararının kaldırılmasına ilişkin Bolu Sulh Ceza Hâkimliği' ne müracaat etmiştir.

II. MERCİLERİN KONU HAKKINDAKİ ÇÖZÜM TARZI

A. Sulh Ceza Hakimliği'nin Kararı

Sulh Ceza Hakimliği, Anayasa' nın 13'ncü maddesi gereği temel hak ve hürriyetlerin, Anayasa'nın ilgili maddelerinde yazılı sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabileceğini; maske takma zorunluluğuna dayanak olarak gösterilen 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 72'nci maddesinde salgın hastalıklara ilişkin tedbirlerin düzenlendiği, bu tedbirlerin hiçbirinde maske takma zorunluluğunun olmadığını, öte yandan sağlığın korunmasının Anayasa' nın 56'ncı maddesine göre devletin ödevi olduğu, maske takma zorunluluğunun hukuki dayanağı var kabul edilse dahi, bilimsel olarak bir kişinin tek kullanımlık bir maskeyi en fazla 4 saat süreyle takabileceği, Anayasa' nın 2. maddesinde yazılı olduğu üzere, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak kişilere ekonomik külfet yükleyen maske takma tedbirine hükmeden devletin, herkese günde üç adet maske temin etme zorunluluğu olduğundan bahisle idari para cezasının kaldırılmasına karar vermiştir.

B. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Kanun Yararına Bozma İhbarnamesi

Adalet Bakanlığı, Sulh Ceza Hakimliğince idari para cezasının iptal edilmesinin akabinde, sağlıklı bireylerin kamusal alanda maske takma tedbirine uymalarını sağlamak için kanun yararına bozma istemi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na müracaat etmiş ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, “Kanun Yararına Bozma İhbarnamesi” ile “5442 sayılı Kanunun 11-C ve 66'ncı maddesi gereği en büyük mülki idare amirinin “kamu esenliğinin sağlanması” için gerekli tedbirleri alabileceği, alınan bu tedbirlere aykırı davranılması durumunda

Covid-19 Pandemi Sürecinde İdarenin Maske Takma Tedbirine İlişkin Yargıtay Kararının Hukuki Değerlendirilmesi (Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2020/4354 E., 2020/14250 K., 09.11.2020 T.)

Kabahatler Kanunu'nun 32'nci maddesi gereği idari yaptırıma tabi tutulacağı, ayrıca Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 64 ve 282'nci maddeleri de Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda yazılı yasaklara aykırı davranışlarda idari para cezası verilebileceği; bu bağlamda Bolu Valiliği Umumi Hıfzıssıhha Meclisinin usulüne uygun bir şekilde aldığı maske takma zorunluluğu kararına aykırı hareket edilmesi neticesinde Kabahatler Kanunu 32'nci maddeye göre değil 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 282'nci maddeye uygulanacağı, Bolu Sulh Ceza Hakimliğinin gerekçesinin ise herhangi bir bilimsel veriye dayanmayan soyut ve sübjektif değerlendirmeden ibaret olduğu, idari para cezası karar tutanağına karşı yapılan itirazın reddine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın “Kanun Yararına Bozulması” isteminde bulunmuştur” bahisle Adalet Bakanlığının müracaatını Yargıtay Özel Dairesine göndermiştir.

C. Özel Daire Kararı

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 09/11/2020 Tarih ve 2020/4354 Esas, 2020/14250 Karar Sayılı Kararı ile “Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 27'de Umumi Hıfzıssıhha Meclislerine bulaşıcı ve salgın hastalıkların izalesi için durumun şartlarına göre gereken tedbirleri alma yetkisini verdiğini, m. 28 ile de Umumi Hıfzıssıhha Meclisleri tarafından belirlenen tedbirlerin icrasında en büyük mülki idare amiri tarafından icra edileceği düzenlendiğinden Vali ve Kaymakamların Umumi Hıfzıssıhha Meclisleri tarafından bulaşıcı ve salgın hastalıkların kontrolü için önerdiği tedbirleri uygulamada yetkili olduğunu ve 5442 Sayılı Kanunu'nun 66/1. maddesinde Valilerce kanunların verdiği yetkiye istinaden çıkarılan emirlere riayet etmeyenler hakkında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nu 32. maddesi gereği idari yaptırım uygulanabileceğini belirtmiştir. Ancak bunun içinde öncelikle söz konusu tedbirin il genelinde ilanının yapılması gerektiği ve usulüne uygun ilan edilmemişse idari para cezasının şartları oluşmaması nedeniyle ortadan kaldırılmasına; şayet ilan, usulüne yapılmış ise bu kez de kolluğun yetkisinin sadece tutanak tutmaktan ibaret olduğunu ve idari para cezası işleminin Valilik tarafından tesis edilebileceğinden cihetle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309/4-A maddesi uyarınca **“kanun yararına bozulmasına”** oy çokluğu ile 14.12.2020 tarihinde karar vermiştir.

D. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Daire Kararına Karşı İtirazı

Yargıtay Özel Daire'nin bu kararı üzerine 12/01/2021 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı "Somut uyuşmazlığın Daire tarafından Kanun Yararına Bozma İhbarnamesi 'nin dışına çıkılarak tüm yönleriyle incelendiği, "idare tarafından getirilen maske takma mecburiyetinin ihlal edilmesi halinde "emre aykırı davranış" tan dolayı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun m.32 gereği değil 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282. maddesi gereği idari para cezası uygulanacağı ve bu idari para cezasının "mahalli mülki amir" tarafından olmasa bile kolluk güçleri tarafından verilmesi halinde bu hususun yetki tecavüzü olmadığına, sadece tali nitelikte ve sonuca etkisiz usul noksanlığı/sakatlığı olduğuna ve kolluğun düzenlediği idari para cezası karar tutanağındaki eksik hususların tamamlanmasının idarenin takdir yetkisinde olduğundan Kanun çerçevesinde alınan kararların ilanın zorunlu olmadığı" bahisle Yargıtay Özel Daire'nin ilamının kaldırılmasını talep etmiştir.

E. İtiraz Üzerine Özel Daire'nin Kararı

Özel Daire, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine 25/01/2021 tarih ve 2021/627 Esas- 2021/ 465 Karar sayılı ilamı ile 14/12/2020 gün ve 2020/5699 Esas- 2020/19579 Karar sayılı ilamında; "somut uyuşmazlığın 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmakla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Kanun Yararına Bozma İhbarnamesi içeriği yerinde görülerek Bolu Sulh Ceza Hakimliğinin 07/07/2020 tarihli, 2020/1915 D-İş Sayılı Kararının CMK' nın 309/4-c maddesi uyarınca aleyhe sonuç doğurmamak ve yeniden yargılamayı gerektirmemek üzere, kanun yararına bozulmasına oy çokluğu ile karar vermiştir."

F. Çözülmesi Gereken Hukuki Meseleler

Anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerin olağan dönemlerde nasıl sınırlandırılacağı ve sınırlamanın sınırlarının neler olduğunun belirlenerek idarenin kamusal alanda herkesi maske takmaya zorlaması Anayasa ile güvence altına alınmış hangi temel hakkın sınırlaması olduğunun tespit edilerek idarenin kamusal alanda COVID-19 virüsünün etekte etmediği kişilere de maske takmaya zorlama tedbirinin

sağlık mevzuatında düzenlenip düzenlenmediğinin tespit edilmesi gereklidir. Ayrıca sağlık mevzuatı dışında idarenin kamu sağlığını koruma amacıyla hasta olmayan kişilere de düzenleyici işlemlerle kamusal alanlarda maske takma zorunluluğu getirip getiremeyeceği ve bu yükümlülüğe aykırı davranışın yaptırımının Kabahatler Kanunu'yla mı yoksa Hıfzıssıhha Kanunu olacağı çözülmesi gereken ikinci hukuki sorundur.

III. HUKUKİ İNCELEME

2019 Yılı Aralık başında, Çin' in Hubei Bölgesinin başkenti Vuhan' da ortaya çıkan ve COVID-19 olarak adlandırılan yeni bir korona virüsü tespit edilmiş ve insandan insana bulaşan bu virüs, Ocak 2020 ortasında artış göstererek 11 Mart 2020' de Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından COVID-19 küresel salgın ilan edilmiştir.¹ Bu salgını kontrol altında tutmak amacıyla Türkiye'de ve dünyada çeşitli tedbirler alınmış, sadece enfekte olanlara değil olmayanlara da yönelik temel hak ve hürriyetleri sınırlayan çeşitli yükümlülükler getirilmiştir.² Bu yükümlülüklerden birisi de kamusal alanda sağlıklı bireylerin de maske takma yükümlülüğü idi. O dönemde kamusal alanda maske takmayanlara idari para cezası uygulanmaktaydı.³

¹ <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>
Erişim Tarihi: 15.05.2022.

² Hasta olmayanların da maske takma zorunluluğu, belirli mesleklerin icrasının durdurulması, uzaktan ve esnek çalışma, şehirler arası seyahat sınırlaması, 20 yaş altı ve 65 yaş üstü kişilerin sokağa çıkma kısıtlaması, hafta sonu tüm ülkede sokağa çıkma yasağı, eğitimin uzaktan online yapılması, camilerin kapatılması, sivil toplum kuruluşlarının faaliyetini durdurulması vb.

³ Söz konusu idari para cezaları 03/11/2022 tarih ve 7420 Sayılı Kanun'un geçici 4. maddesi ile iptal edilmiş ve tahsil edilen idari para cezalarının iade edilmesi öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: (1) 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamında COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde yayılmasını önlemek amacıyla 11/3/2020 tarihinden itibaren bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar verilen ve bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla ilgisine tebliğ edilmemiş olan idari para cezaları tebliğ edilmez, tebliğ edilmiş olanların tahsilinden vazgeçilir. Bu

İdarenin sağlıklı bireyleri maske takma tedbirine zorlamasına ilişkin Yargıtay'ın bu kararı; 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın⁴ temel hak ve hürriyetlerin sınırlamasına ilişkin düzenlemesi kamu sağlığını düzenleyen 1590 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁵ (UHK)⁶ ve diğer sağlık mevzuatı ile 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu⁷, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁸ çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmiştir.

A. Devletin Sağlığı Koruma Yükümlülüğü

1982 Anayasası'nın 5'inci⁹ ve 17/1' inci¹⁰ maddeleri gereği devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığının gelişmesi ve ayrıca yaşaması için gerekli şartları hazırlama yükümlülüğü bulunmaktadır. 1982 Anayasası 56' ncı maddesinde ise sağlık herkese tanınmış bir hak olarak kabul edilmiş ve devlete de sağlığı korumaya ilişkin çeşitli pozitif

maddenin yürürlük tarihinden önce işlenen söz konusu kabahatler için idari para cezası verilmez, (İptal ibare: Anayasa Mahkemesinin 5/4/2023 Tarihli ve E: 2023/44, K: 2023/71 Sayılı Kararı ile.) (2) (Ek: 14/7/2023-7456/24 md.) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tahsil edilen idari para cezaları, 31/12/2024 tarihine kadar tahsilatı yapan idari birime yapılacak başvuru üzerine Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek usul ve esaslara göre iade edilir.

⁴ Bu Anayasa, Kurucu Meclis tarafından 18/10/1982'de halkoylamasına sunulmak üzere kabul edilmiş ve 20/10/1982 tarihli ve 17844 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış; 7/11/1982'de halkoylamasına sunulduktan sonra 9/11/1982 tarihli ve 17863 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yeniden yayımlanmıştır (Bundan sonra Anayasa olarak anılacaktır).

⁵ R. G. 6/5/1930, Sayı.1489.

⁶ Bundan sonra UHK olarak anılacaktır.

⁷ R.G. 18/6/1949, Sayı. 7236.

⁸ R.G. 31/3/2005, Sayı. 25772 (Mükerrer).

⁹ Bkz. Anayasa madde 5 – Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

¹⁰ Bkz. Anayasa 17 Madde 17 – Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

edimler yüklemiştir.¹¹ Ayrıca Türkiye'nin de taraf olduğu ve Anayasa'nın 90'uncu maddesi gereği iç hukuka dahil olan Avrupa Sosyal Şartı'nda¹², Sözleşme 'ye taraf olan devletlere salgın hastalıklarla mücadele etmeye yönelik pozitif yükümlülük yüklenmiştir.¹³ Yine aynı şekilde ülkemizin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde de (ESKHS)¹⁴ salgınla mücadeleye

¹¹ Bkz. Anayasa madde 56 – “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir”.

¹² Avrupa Sosyal Şartı, temel sosyal hakları koruyan medeni ve siyasi hakları güvenceye alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni takviye eden bir Avrupa Sözleşmesi'dir. Avrupa Konseyi' ne üye devletler, 1950'de AİHS'ni imzaladıktan on bir yıl sonra 18 Ekim 1961'de Avrupa Sosyal Şartı'nı (European Social Charter- ASS) Torino'da imzalamış ve Sözleşme 1965 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme çeşitli Protokollerle takviye edildikten sonra 1996 yılında Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GG-ASS) kabul edilmiş ve 1999 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 18 Ekim 1961 tarihinde imzalamış ve 16 Haziran 1989 tarihinde onaylamıştır.

¹³ Bkz. Avrupa Sosyal Şartı madde 11- Sağlığın korunması hakkı

Akit Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle iş birliği içinde, diğer önlemlerin yanı sıra,

1. Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak;

2. Sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak;

3. Kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf> Erişim Tarihi: 16.05.2021.

¹⁴ ESKHS, BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilerek 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmış ve 3 Ocak 1976 tarihinde

ilişkin Sözleşme' ye taraf olan devletlere çeşitli yükümlülükler yüklenmiştir.¹⁵ Yine Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi'nin 12. maddesinin 14 No'lu Genel Yorumunda,¹⁶ Sözleşme 'ye taraf devletlerin, salgın hastalıkları önleme ve tedavi etme gibi sağlık hakkını yerine getirmeyi “çekirdek yükümlülük” olarak değerlendirmiş ve taraf

yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 yılında imzalamış, 18 Haziran 2003 tarihinde onaylamış olmakla birlikte Sözleşmeyi onaylayan son Avrupa Konseyi üyesidir.

¹⁵ Bkz. ESKHS “madde 12/1; Bu Sözleşme' ye taraf devletler, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler.

2. Bu Sözleşme' ye taraf devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirler şu amaçlara yönelik olacaktır:

(a) Ölüm doğum ve çocuk ölümleri oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak;

(b) Çevresel ve sınai sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi;

(c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;

(d) Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması.” Bkz.

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm2_2016089ss0148.pdf Erişim Tarihi: 16.05.2023.

¹⁶ Madde 12.2 (c): Hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü hakkı: 16. Bkz ESKH Komitesi'nin 14 No'lu Genel Yorumu “Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü” (Madde 12.2 (c)), başta HIV/AIDS olmak üzere cinsel yolla bulaşan hastalıklar ile cinsel sağlık ve üreme sağlığını olumsuz yönde etkileyen diğer sorunlar gibi, davranışla ilgili sağlık sorunlarına yönelik önleyici programları ve eğitim programlarının oluşturulmasını; ve çevre güvenliği, eğitim, ekonomik kalkınma ve cinsiyet eşitliği gibi iyi sağlığını belirleyici etmenlerinin ileriye götürülmesini gerektirmektedir. Tedavi hakkı, kaza, salgın hastalık ve diğer benzeri sağlığı tehdit eden koşulların söz konusu olduğu durumlar için acil tıbbi bakım sisteminin oluşturulmasını ve olağanüstü hallerde afet yardımı ve insani yardımın sağlanmasını içermektedir. Hastalıkların kontrolü ile, Devletlerin, diğer şeylerin yanı sıra, epidemiyolojik tarama ve ayırtırmaya dayalı veri toplamanın kullanılması ve geliştirilmesiyle ilgili teknolojileri sağlama konusundaki tekil ve ortak çabalarına ve bağışıklama programlarının ve bulaşığı hastalıklarının kontrolüne yönelik diğer stratejilerin uygulanması ve yaygınlaştırılması atıfta bulunmaktadır. Bkz. <https://ihop.org.tr/ekonomik-sosyal-ve-kueltuereel-haklar-komitesi/> Erişim Tarihi: 16.05.2023.

Covid-19 Pandemi Sürecinde İdarenin Maske Takma Tedbirine İlişkin Yargıtay Kararının Hukuki Değerlendirilmesi (Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2020/4354 E., 2020/14250 K., 09.11.2020 T.)

devletlerin “*mali yetersizlikleri*” ni ileri sürerek bu yükümlülüklerden kaçınamayacağını belirtmiştir.¹⁷ 1982 Anayasası’nın 65’inci maddesi bu kapsamda değerlendirildiğinde salgın hastalıklarla mücadele edilirken devletin mali yetersizliğini gerekçe göstererek salgın hastalıkları önleme ve tedavi etme yükümlülüğünden kaçınamayacağını söyleyebiliriz.¹⁸

B. Kamusal Alanda Maske Takma Zorunluluğunun Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Değerlendirilmesi

Hürriyet sözcüğü Arapça kökenli bir sözcük olup “*özgürlük, soyluluk, nefsin tutkularından kurtulma; bir kişi, zümre veya kurumun kanunî haklarını koruma ve kullanma serbestliği*” gibi anlamlarda kullanılan geniş kapsamlı bir terimdir.¹⁹

“*Özgürlük*” kavramı ise Türkçe kökenli bir sözcük olup “*öz*” sözcüğünden türemiştir. “*Öz*” sözcüğü de Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde “*bir kimsenin benliği, kendi manevi varlığı; iç, nefis (I), derun, ruh, varoluş karşıtı*” anlamına gelmekte özgürlük kavramı ise, “*her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu, hürriyet*” olarak tanımlanmaktadır.²⁰

¹⁷ EKSHS 2. maddenin 3 No’ lu Genel Komite Yorumunda, taraf devletlerce üstlenilen genel hukuki yükümlülüklerin niteliğini tanımlamaktadır. Devletin özellikle yaşam hakkı söz konusu olduğunda en azından asgarî bir sağlık hizmetini üstlenmesi, mali kapasiteleri ne olursa olsun tüm devletlerin sağlık alanında en azından asgarî standartların aynı olması hedeflenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

¹⁸ Bu dönemde COVID-19, acil hal tanımı kapsamına dahil edilmiş ve özel hastanelerde ilave ücret alınmayacağı belirtilmiştir. Bkz. 9 Nisan 2020 tarihinde Resmî Gazete Yayınlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’ in 1. maddesinde “Acil hal tanımına pandemi süresince pandemi olgularına yönelik tanı ve tedavileri kapsamaktadır. Bu nedenle sağlanan sağlık hizmetleri acil sağlık hizmeti olarak kabul edilir” şeklinde değiştirilmiştir. İlave ücret alınmayacak sağlık hizmetleri içine

k) Pandemi süresince pandemi olgularının tanı ve tedavileri, (Ek bent: RG-09/04/2020- 31094/ 2 md. Yürürlük: 09/04/2020) ile bu işlemlere ilişkin sunulan sağlık hizmetlerinden.

¹⁹ <https://islamansiklopedisi.org.tr/arama/?q=h%C3%BCrriyet&p=m> Erişim Tarihi: 22.09.2023.

²⁰ <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 01.04.2023.

Özgürlük, İngilizce’de “*freedom*”, “*liberty*”,²¹ anlamlarına gelmekte;²² bu kavram ayrıca “*otonomi*” veya “*özerklik*” anlamlarında da kullanılmaktadır.²³ Tüm bu tanımlamaların ışığında özgürlüğü, bireye dışarıdan gelen zorlayıcı bir etki veya herhangi bir kısıtlama olmaksızın bireyin düşünce ve davranışlarını serbest iradesiyle yönlendirebilmesi durumu olarak tanımlayabiliriz.²⁴ Hürriyet ve özgürlük kavramı eş anlamlı kabul edilse de anlam ve kapsam bakımından birbirinden farklı olup Anayasamızda “*hürriyet*” kavramını kullanmayı tercih etmiştir.

1982 Anayasası’nın 12’nci maddesinin ilk fıkrası “*herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu*” belirtmiş ve kişinin kendi rızası dahilinde olsa dahi bazı özgürlüklerden vazgeçemeyeceğini hüküm altına almıştır. Bu düzenleme hakkın öznesi olarak “*herkes*” ibaresini kullanarak özü ve düzenleniş biçimi açısından kaynağını doğal hukuktan alarak bu bağlamda da temel hak ve hürriyetlerin kaynağı ve hareket noktasına işaret etmektedir.²⁵ Aynı şekilde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun²⁶ 26’ncı maddesinde de rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi, kişinin sadece “*mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin*” olması kaydıyla bu hakkı sınırlayarak, insanın sahip olduğu tüm haklara ilişkin mutlak tasarruf sahibi olmadığı tekrarlanmıştır.²⁷ Yani kişinin sahip olduğu bazı hak ve hürriyetlerden kişinin rızası olsa dahi vazgeçmesi mümkün değildir. Bu haklar kişiyi devlete, üçüncü kişilere ve hatta kendisine karşı korumaktadır.

²¹ Bezmez, Serap. Brown, Charles. Blakney, Richard: Redhouse Büyük El Sözlüğü, İngilizce-Türkçe, Türkçe-İngilizce, 17. bs., Sev Yayınları, İstanbul, 2017, s. 553.

²² Doğan, Özlem: Ahlakta, Hukukta ve Siyasette Özgürlük Kavramı Üstüne, İÜHFMD, 2014, LXXII, (1), 87-94, s. 87.

²³ Bezmez, Brown, Blakney, s. 27.

²⁴ Cevizci, Ahmet: Felsefe Sözlüğü, 5. bs., Say Yayınları, İstanbul, 2015, s. 343.

²⁵ Gönül, Mustafa: Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Avrupa Anayasa Mahkemeleri VIII. Konferansı’na sunulan basılmamış Tebliğ, Ankara, 1990, s. 5-14.

²⁶ R.G. 12/10/2004, Sayı. 25611.

²⁷ Bkz. TCK madde 26- (2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.

Diğer taraftan bir hukuk devletinde hiçbir şekilde kişi hürriyetini sınırlanamayacağını söylemek mümkün değildir. Hürriyetlerin sınırlanamadığı ortamda anarşinin doğmaması kaçınılmazdır. Bu kapsamda sınırlamayı, “*belli bir hakkın anayasaca öngörölmüş ya da belirlenmiş bulunan norm alanına kanun yoluyla (veya kanuna dayanılarak) dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan bir müdahale*” olarak tanımlayabiliriz.²⁸

Bu noktada Gözler, 1982 Anayasası’nda temel hak ve hürriyetlerin korunmasının “*iç koruma*” ve “*uluslararası koruma*”²⁹ olmak üzere iki aşamalı olduğunu belirtmiştir.³⁰ İç koruma, yasamaya, yürütmeye ve özel kişilere karşı koruma olarak üç perspektiften incelenebilir. Uluslararası koruma ise 2. Dünya Savaşı sonrası yapılan Birleşmiş Milletler veya bölgesel anlaşmalar ve bu anlaşmaların koruma mekanizmalarıyla denetlenmektedir. Bunlardan en etkilisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlaması ise “Anayasal” ve “Yasal” sınırlamalar yoluyla yapılmaktadır. Anayasa’nın kendisi tarafından getirilen ve temel hak ve hürriyetin sınırlandırmasında kanun koyucunun takdir yetkisinin olmadığı sınırlamalar Anayasal sınırlama iken kanun koyucunun takdirine bırakılanlar ise yasal sınırlamalardır.³¹

Anayasa, temel hak ve hürriyetlerin yasa ile yapılacak sınırlamasında kimi yerde “*kanunla sınırlanabilir*”, kimi yerlerde ise “*kanunla tespit edilir ve düzenlenir*” gibi farklı ifadeler kullanmıştır.³²

²⁸ Sağlam, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, 1.bs., AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s.22-23.

²⁹ En etkili uluslararası koruma şüphesiz ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olup uluslararası koruma bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

³⁰ Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, 25.bs., Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s.143.

³¹ Demirkol, Mustafa: Kişi Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Karşısında Anayasa madde.13, Bu Hükme Aykırı Yasal Düzenleme ve Faaliyetlerin Anayasa Madde.11 Açısından Değerlendirilmesi, Balkan Journal of Social Sciences / Balkan Sosyal Bilimler Dergisi ICOMEP 2017, Özel Sayı, 17-27, s.23. Yüzbaşıoğlu, Necmi: Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul, 1993, s. 214.

³² Örneğin m. 13: “Temel hak ve hürriyetler.....kanunla sınırlanabilir”, m. 23 f. IV: “Yerleşme hürriyeti.....kanunla sınırlanabilir”. m 35: “Mülkiyet ve miras hakları.....kanunla sınırlanabilir”. m. 42 f. II: “Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir”.

Ancak Anayasa, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının ancak kanunla yapılması gerekliliğine vurgu yapmanın yanısıra sınırlamanın belli amaçlara hizmet etmesini ve koşullara dayanmasını, bazen de belli araçları kullanmasını istediği “*nitelikli yasa sınırlaması kaydı*” da bulunmaktadır.³³ Bu noktada 1982 Anayasası’nda temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak Anayasa’nın “*ikinci kısım*”, “*birinci bölümünde*” yer alan “*genel hükümler*” başlığı altında 13’üncü maddesinde olağan dönemlerde “*temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*”, 14’üncü maddesinde “*temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması*” ve 15’inci maddesinde de olağanüstü dönemlerde “*temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması*” kavramları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler içinde pandemi sürecinde “*olağanüstü hâl*”³⁴ ilan edilmediği için konuya ilişkin olarak olağan dönemlerde temel

³³ Gören, Zafer: Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2007, 2 (12), 39-59, s.47.

³⁴ Salgın hastalık sebebiyle ilan edilecek olağanüstü halde alınacak tedbirler Olağanüstü Hal Kanunu’nun 9. maddesinde a) *Bölgenin belirli yerlerinde yerleşimi yasaklamak, belirli yerleşim yerlerine girişi ve buralardan çıkışı sınırlamak, belli yerleşim yerlerini boşaltmak veya başka yerlere nakletmek,*
b) *Resmi ve özel her derecedeki öğretim ve eğitim kurumlarında öğrenime ara vermek ve öğrenci yurtlarını süreli veya süresiz olarak kapatmak,*
c) *Gazino, lokanta, birahane, meyhane, lokal, taverna, diskotek, bar, dansing, sinema, tiyatro ve benzeri eğlence yerleri ile kulüp vesair oyun salonlarını, otel, motel, kamping, tatil köyü ve benzeri konaklama tesislerini denetlemek ve bunların açılma ve kapanma zamanını tayin etmek, sınırlamak, gerektiğinde kapatmak ve bu yerleri olağanüstü halin icaplarına göre kullanmak,*
d) *Bölgede olağanüstü hâl hizmetlerinin yürütülmesi ile görevli personelin yıllık izinlerini sınırlamak veya kaldırmak,*
e) *Bölge sınırları içerisindeki tüm haberleşme araç ve gereçlerinden yararlanmak ve gerektiğinde bu amaçla geçici olarak bunlara el koymak,*
f) *Tehlike arz eden binaları yıkmak; sağlığı tehdit ettiği tespit olunan taşınır ve taşınmaz mallar ile sağlığa zararlı gıda maddelerini ve mahsullerini imha etmek,*
g) *Belli gıda maddeleri ile hayvan ve hayvan yemi ve hayvan ürünlerinin bölge dışına çıkarılmasını veya bölgeye sokulmalarını kontrol etmek, sınırlamak veya gerektiğinde yasaklamak,*
h) *Gerekli görülen zaruri ihtiyaç maddelerinin dağıtımını düzenlemek,*
i) *Halkın beslenmesi, ısınması, temizliği ve aydınlanması için gerekli gıda madde ve eşyalarla her türlü yakıtın, sağlığın korunmasında, tedavide ve*

hak ve hürriyetlerin sınırlama rejimi bakımından 13'üncü maddede belirtilen kriterlerin ele alınıp incelenmesi Anayasal zorunluluktur. Düzenleme “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” şeklindedir. Bu düzenlemeye ilişkin olarak 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğinin, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından önemli bir tarih olduğunu söyleyebiliriz.³⁵ Zira 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 13'üncü maddede belirtilen genel sınırlama sebeplerinin tümünün kaldırılmış olması bakımından köklü yenilikler getirmiştir.³⁶

Anayasa'nın 13'üncü maddesi değişiklikten önce Anayasa ile güvence altına alınan tüm temel hak ve hürriyetler, “*genel sağlığın*” da içinde bulunduğu dokuz farklı genel sınırlama sebebiyle sınırlandırılmıştı. Bu dokuz farklı genel sınırlama nedenler haricinde ayrıca ilgili temel hak ve hürriyete ilişkin düzenlemede belirtilen özel sınırlama sebep veya sebeplerine dayanarak da yasa koyucu tarafından sınırlandırılmaktaydı. 2001 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği sonrası temel hak ve hürriyetler, yalnızca ilgili düzenlemede yer alan özel sınırlama sebeplerine bağlı olarak sınırlandırılacağı belirtilmiştir. Bu köklü değişiklikle beraber “*katmerli sınırlama sisteminden kademeli*

tıpta kullanılan ilaç, kimyevi madde, alet ve diğer şeylerin, inşaat, sanayi, ulaşım ve tarımda kullanılan eşya ve maddelerin, kamu için gerekli diğer mal, eşya, araç, gereç ve her türlü maddelerin imali, satımı, dağıtımı, depolanması ve ticareti konularında gerekli tedbirleri almak, bu yerlere gerektiğinde elkoymak, kontrol etmek ve bu malları satıştan kaçınan, saklayan, kaçırın, fazla fiyatla satan, imalatını durduran veya yavaşlatanlar hakkında fiilin işleniş şekli veya niteliği de nazara alınarak işyeri bulunduğu mahal için hayati önem taşımadığı takdirde işyerini kapatmak,

j) Kara, deniz ve hava trafik düzenine ilişkin tedbirleri almak, ulaştırma araçlarının bölgeye giriş ve çıkışlarını kayıtlamak veya yasaklamak.”

³⁵ Bkz. 03/10/2001 Tarih ve 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”

³⁶ 13. maddenin ilk metni uyarınca tüm temel hak ve özgürlüklerin, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile sınırlandırılabilmesi mümkündür.

sınırlandırma sistemine geçişin sağlandığı” belirtilmiştir.³⁷ Bu düzenleme şekli genel sınırlama sebeplerine yer vermeyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemine uygun hale getirilmiştir.

Diğer taraftan genel sınırlama sebeplerinin bu şekilde Anayasa’dan çıkartılması, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Zira Anayasa ile korunan bazı hak ve hürriyetler bakımından “*özel sınırlama nedenleri*” bulunmamakta ve yine bu hak ve hürriyetlerden bazıları, “*mutlak*” ya da “*çekirdek haklar*” kategorisi içinde de yer almamaktadır. Örneğin Anayasa’nın 23’üncü maddesinde düzenlenen “*seyahat özgürlüğü*” nü sınırlama nedenleri arasında “*genel sağlık*” nedeni yer almamaktadır. Bu durumda COVID-19 pandemisi gibi bir salgın durumunda bir bölgede karantina ilan edilmesi ve “*genel sağlık*” gerekçesiyle seyahat etme hürriyetinin kısıtlanması Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülecektir.³⁸ Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında genel sınırlama sebeplerine yer verilmemesine ilişkin sınırlama içermeyen maddelerde ya da eksik düzenlenen maddelerde durumun nasıl çözüleceğine ilişkin çözüm önerisi olarak ilgili maddelere ilişkin değişiklik yapılması veya bir başka çözüm yolu olarak Federal Alman Bonn Anayasası’nda uygulanan “*nesnel ve anayasal sınırlılık*” esası olabilir.³⁹

Anayasa’da “*özel hayatın gizliliği*” (m.20), “*konut dokunulmazlığı*” (m.21), “*haberleşme hürriyeti*” (m.22), “*dernek kurma hürriyeti*” (m.33), “*sendika kurma hakkı*” (m.51), “*yargı yolu*” (m.125/6) başlıkları altında “*genel sağlık*” özel bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmiştir. Ayrıca Anayasa’nın 19’uncu maddesine göre “*...hastalık yayabilecek bir kişinin, bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi*” amacıyla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakılması mümkün kılınmıştır. Anayasa’nın bu düzenlemesinde kişi hürriyeti ve

³⁷ Dündar, Sezer Tijen: 1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Anayasa Hukuku Dergisi, 2014, 3(5), 375-411, s. 377.

³⁸ <https://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm> Erişim Tarihi: 18.05.2021.

³⁹ Sağlam, Mehmet: Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, Anayasa Yargısı, 2002,18, (1), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939124> Erişim Tarihi: 29.09.2022.

güvenliği hakkının “*özel sınırlama sebebi olarak*” her ne kadar “*hastalık yayma*” ibaresi ile ifade edilmiş olsa da bu ibare ile toplum sağlığını korumayı amaçladığını ve bu durumun “*genel sağlık*” durumu içinde kabul edilebilecek bir durum olduğunu; ayrıca bu özel sınırlama sebebi için de kanuni bir dayanağa ihtiyaç bulunduğu söylenebilir.

Sonuç olarak olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ancak kanunla düzenlenebilir (Anayasa m. 13) ve düzenleme ile getirilecek temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak da kanunda açık bir belirleme bulunmak zorundadır.⁴⁰ Bu bağlamda 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına herhangi bir yetki kanununa gerek olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartma yetkisi verilmiş,⁴¹ ancak düzenlemede Cumhurbaşkanına kararname çıkartma yetkisine sınırlama getirilmiştir. Buna göre “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.*” Aksi takdirde bu durum iptal nedenidir.⁴² Yani kanunda bir belirleme olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gibi idarenin düzenleyici işlemleriyle temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması söz konusu değildir.

Anayasa’da belirtilen “temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamanın sınırı” ibaresi ile aslında yasa koyucu için geçerli olan sınırlar ifade edilmektedir.⁴³ 1982 Anayasası’nın 13’üncü maddesinin devamında “*Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” şeklinde sınırlamanın sınırları olarak belirlenmiştir. Bu kısımda geçen “*Anayasa’nın özüne ve sözüne*” ifadesindeki “*sözüne*” ifadesinden anayasanın tüm metninin olduğu anlaşılmalıdır.⁴⁴ Anayasaya uygunluktan Anayasa’nın sözüne ve ruhuna bağlı olmayı anlamının yanında bu öz ve sözün dışında sınırlama yapmama anlaşılmalıdır. Bu

⁴⁰ Anayasada geçen “düzenleme” ibaresi sınırlamadan daha geniş ve kapsamlı olduğu ileri sürülmektedir. Zira hakkı sınırlayıcı düzenleme olabileceği gibi hakkı güçlendiren düzenleme de olabilir. Bkz Sağlam, 184.

⁴¹ Bkz. 21/01/2017 Tarihli 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

⁴² Akkaya, Hikmet Murat: Vücut Bütünlüğüne Yönelik Rıza Aranmadan Gerçekleştirilen Müdahaleler, Adalet Yayınevi, 2019, Ankara, s. 35.

⁴³ Gören, s.50.

⁴⁴ Demirkol, s.24.

ölçüt, sınırlamanın sınırı olan diğer ölçütlerden daha kapsamlıdır. Çünkü söz ve ruha uygunluğun içinde diğer sınırlamanın sınırı olan ölçütler de bulunmaktadır.⁴⁵

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında “*Demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama*” ölçütü 2001 yılındaki değişiklikten önce “*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngördükleri amaç dışında kullanılmayacağı*” şeklindeydi. Değişiklik ile “*demokratik toplum düzenine*” “*laik Cumhuriyet*” eklenmiş ancak “*öngörülen amaç dışında kullanılmayacağı*” ibaresine yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden ne anlaşılacağı yoruma açık bir husustur. Ancak bu ölçütten “*ifade özgürlüğü, çoğulculuk, açık görüşlülük ve hoşgörü*” demokratik toplum düzeninin kurucu unsurları olarak sayılabilir.⁴⁶

Düzenlemede geçen “*temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın*” ifadesinde geçen “*hak ve hürriyetin özü*” kavramı, hak ve hürriyetin vazgeçilmez ögesi, dokunulduğunda söz konusu hak ve hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeği olarak tanımlayabiliriz.⁴⁷ Öze dokunma yasağı, 1961 Anayasasında yer almasına rağmen tekrar bir ilke olarak 1982 Anayasasında benimsenmesi 2001 yılında yapılan değişiklik ile gerçekleşmiştir. Hakkın özü kavramı Anayasa Mahkemesinin bir kararında “*dokunulmayacak “öz” her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.*”⁴⁸

Bir diğer sınırlamanın sınırı olan “ölçülülük” ilkesi, hukuki ilişkilerin adaletli ve dengeli bir şekilde düzenlenmesini ve ayrıca sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ifade eder.⁴⁹ Bu ilke, 2001 yılında yapılan değişiklik ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından bir temel bir ilke olarak kabul

⁴⁵ Akkaya, s.32.

⁴⁶ Eren, Abdurrahman: Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.175.

⁴⁷ Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 10.bs., Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.114.

⁴⁸ AYM, E.2015/68, K.2017/166, 29/11/2017.

⁴⁹ Özbudun, s.114.

edilmiştir.⁵⁰ Bu ilke ile araç ve amaç arasında rasyonel bir ilişki kurulmalı, amaç çok genel tutulmadan somut olarak belirlenmelidir.⁵¹ Ayrıca aracın, sınırlama amacını gerçekleştirilmesi için elverişli ve gerekli olması ve amaçla araç arasında bir orantı olması beklenmelidir.⁵² Kısaca ölçülülük ilkesi, araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması durumudur.

Tüm bu açıklamalardan sonra kamusal alanda enfekte olmayanların da maske takma yükümlülüğünün Anayasa’da hangi temel hak ve hürriyet içinde değerlendirileceğinin tespiti önemlidir. Her hürriyetin Anayasa’da düzenlenmesini beklemek irrasyonel bir yaklaşım olacağı muhakkaktır. 1982 Anayasası’nda 17 ve 74’ncü maddeleri arasında toplamda 58 maddede temel hak ve hürriyetler düzenlenmiş olmasına rağmen aslında insan fiili sayısı kadar özgürlük vardır.⁵³ Bu bağlamda Anayasa’da açıkça düzenlenmemiş hürriyetlere “*isimsiz hürriyetler*” veya “*adı konmamış özgürlük hakkı*” gibi adlar verilmektedir.⁵⁴ Bu hürriyetler “*genel davranış özgürlüğü*” olarak kabul edilen ve Anayasa’da “*kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı*” olarak isimlendirilen hak ile hürriyetlerdir.⁵⁵ Diğer taraftan insan haklarının her biri aslında bireylerin maddi ve manevi

⁵⁰ Atasoy, Ömer Adil: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyuma Zorunluluğu, https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/atasoy.pdf Erişim Tarihi: 29.09.2022.

⁵¹ Gören, s.51.

⁵² Dikmen Canıklıoğlu, Meltem: Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız, <https://docplayer.biz.tr/182245333-Anlami-kapsami-ve-sinirlariyla-temel-haklar-ve-anayasalarimiz.html> Erişim Tarihi: 12.05.2021.

⁵³ Bu “isimsiz hürriyetler” in Anayasal dayanağı olarak 12/1 (*herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir*) ve ayrıca 17/1’de geçen “*maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı*” kabul edilebilir ve bu diğer hak ve özgürlüklere göre bir genel hükümdür; diğer hak ve özgürlükler ise *lex specialis*’ dir. Bkz. Gözler, 214.

⁵⁴ Gümüş, Ali Tarık: Türk Anayasası’nda Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005,13(2), 133-172, s.149.

⁵⁵ Sağlam, s.42.

varlığını koruma ve geliştirmeyi hedefleyen araç olduğunu söyleyebiliriz.⁵⁶

Bu noktada insanın kendi bedeni üzerinde özgürce karar verme hakkı olan COVID-19 virüsü ile enfekte olmadığı halde kamusal alanda “maske takmama hürriyeti” veya “maske takmaya zorlanmaması hakkı” “*kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı*” kapsamında değerlendirilebilir düşüncesindeyiz.

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, Anayasa'nın başlangıç kısmının altıncı paragrafında “*Her Türk vatandaşının...onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” belirtilmektedir. Anayasa'nın başlangıç kısmının Anayasa metnine dahil olup, Anayasa'nın 176'ncı maddesinin birinci fıkrasında “*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahil*” şeklinde belirtilmiştir. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, Anayasa'nın başlangıç kısmından başka ayrıca 5'inci ve 17'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 5'inci maddesinde “*Devletin temel amaç ve görevleri... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak...*” şeklindeki bu düzenlemenin özünde, bireyin gelişmesi ve her türlü toplumsal baskıdan bireyi koruması için devlete yükümlülük yüklemiştir.⁵⁷ Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması, geliştirilmesi hakkı sadece saygı duyulması gereken negatif bir yükümlülük değil; devletin yaşama geçirilmesi gereken pozitif edimleri kapsayan bir yükümlülüktür. Bu durumda Anayasa, söz konusu hakkın sınırlanmasını değil, gerçekleştirilmesini hukuksal bir varsayım olarak kabul etmektedir. Ayrıca Anayasa'nın İkinci Bölümünde “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” başlığının altında düzenlenen 17'nci maddede “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” düzenlemesi ile bireylerin maddi ve manevi bütünlüğünü korunduğu hukuki değer, kişilik hakkına dahil olduğu⁵⁸ ve

⁵⁶ Ökçesiz, Hayrettin: Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları, İnsan Haklarının Gelişimi, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara 1999. (Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları I) s.31.

⁵⁷ Akad, Mehmet: Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi, İÜHF Yayınları, İstanbul 1984, s.59.

⁵⁸ Dural, Mustafa. Ögüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C.II, 17. bs., Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2016, s.104.

bireylerin kendi bedenlerine ilişkin sahip olduğu haklar, diğer hak ve özgürlükler açısından öncelikli kabul edildiğinden, Anayasa koyucusunun, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını, en üstün hak olarak kabul ettiği söylenebilir.⁵⁹

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını düzenleyen Anayasa'nın 17'nci maddesinde özel sınırlama nedenlerine yer verilmemiş olan bir temel hak ve hürriyettir. Ancak bu hakka ilişkin her ne kadar Anayasa'da hiçbir özel sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da bu hakkın sınırsız bir biçimde kullanılacağı anlaşılmamalıdır.⁶⁰ Diğer taraftan Anayasa ile özel bir sınırlama sebebi göstermemiş olsa dahi soyut ve içeriksiz bir özgürlük anlayışı kabul edilemez. Zira temel hak ve hürriyetler, yasal bir düzenleme ya da bir sınırlama olmasa bile sınırsız bir kullanım olanağına sahip olması mümkün değildir.⁶¹ Böylesi hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ise “Anayasal içeriksel sınırlar” ile yani temel haklar “başkalarının hakkı”, “Anayasaya uygun düzen” ve “ahlak yasaları” ile sınırlandırılmıştır.⁶² Bu çıkarıma uygun bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da sınırsız hak anlayışını reddettiği görülmektedir.⁶³

IV. SAĞLIK MEVZUATINDA SALGIN HASTALIKLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türkiye’de kamu sağlığını ve özellikle de bulaşıcı ve salgın hastalıklarla⁶⁴ mücadele için temel Kanun, 24 Nisan 1930 tarihli 1593

⁵⁹ Hafizoğulları, Zeki: İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması, AÜHFD, 1997, 46 (1-4), 1-40, s.5.

⁶⁰ Sağlam, Fazıl: 2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları https://www.anayasa.gov.tr/media/5890/fazil_saglam.pdf Erişim Tarihi: 28.09.2022.

⁶¹ Sağlam, <https://www.anayasa.gov.tr>.

⁶² Gören, s.47.

⁶³ Golder/İNGİLTERE, A 18, 21.02.1975; Monnell et Morris/İNGİLTERE, A 115, 02.03.1987; Geouffree de la Pradelle/FRANSA, A 235-b, s.16.12.1992; Philis/ YUNANİSTAN, A 209, 27.08.1991; nakleden, Gözübüyük, Şeref. Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.278.

⁶⁴ Kanun’da 28 yerde “sâri ve salgın hastalık” ibaresi geçmektedir. Sâri, (sâriye) “sirayet eden, bulaşıcı, geçici olan” anlamına gelmektedir. Bu

sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'dur (UHK). Kanun, toplam 309 maddeden oluşmakta olup, Kanun'un 29-122 maddeleri arasında sadece bulaşıcı ve salgın hastalıklar ve bu hastalıklarla mücadelede alınması gereken önlemler düzenlenmiştir. Kanun, 1930'lu yılların genel özelliklerini yansıtmakta ve o yılların bulaşıcı ve salgın hastalıkları ile ilgili yapılması gereken mücadele ve önlemler, düzenlemenin esasını oluşturmaktadır. Bu Kanun'un birinci maddesinde ülkenin sağlık koşullarını düzeltme ve milletin sağlığına zarar veren hastalık ve diğer etkenlerle mücadele ile gelecek nesillerin sağlıklı olarak yetiştirilmesini sağlamanın ve halka tıbbi ve sosyal destek vermenin devletin görevleri arasında olduğu belirtilmiştir. Kanun'un ikinci maddesinde genel sağlık ve sosyal yardımdan Sağlık Bakanlığı'nın sorumlu olduğu ayrıca özel idare ve belediyelere bırakılan sağlık hizmetlerini denetlemenin yanı sıra maddede tüm sağlık ve sosyal yardım ile ilgili işlerin de denetleme mercii olarak Sağlık Bakanlığı olduğu vurgulanmış, Kanun'un üçüncü maddesinde de Sağlık Bakanlığı'nın yerine getireceği görevler belirtilmiştir.⁶⁵

Kanun'un 23 ve 28'inci maddeleri arasında Umumi Hıfzıssıhha Meclislerinin (UHM) kurulması ve bu meclislerin görevleri ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre her il merkezinde sağlık müdürü, eczacı, askeri tabip, özel tabip, hükümet tabibi, maarif baytar, sahil sıhhiye merkezi ve belediye başkanından oluşan bu meclis ayda bir

nedenle biz de bulaşıcı ve salgın hastalık" ibaresini kullanmayı tercih ettik. <https://osmanlica.ihya.org/> Erişim Tarihi: 16.05.2023.

⁶⁵ Doğumu kolaylaştırmak ve çocuk ölümlerini azaltmak, doğum öncesi ve sonrası anne sağlığını korumak, Bulaşıcı ve salgın hastalıkların ülkeye girmesinin önlenmesi, Ülkede salgın ve bulaşıcı hastalıklar ile çok sayıda ölüme neden olan diğer nedenler ile mücadele, Tıp ve tıpla ilgili meslekleri denetlemek, ilaçları, bütün zehirli etkili ve uyuşturucu maddelerle yalnız hayvanlar için serum ve aşuları denetleme hariç her türlü serum ve açuları denetleme, Çocukluk ve gençlik ile ilgili sağlığın korunması ile ilgili işlerle çocuk sağlığı ve bünyesinin tamamlanması ile ilgili tesisatın denetlenmesi, okul, meslek ve çalışma sağlığının korunması, maden ve diğer şifalı suların denetlenmesi, Sağlık koruma tesisleri, bakteriyoloji laboratuvarları ve genel yaşamsal muayene ve tahliller ile ilgili tesislerin kurulması ve idaresi, mesleki eğitim kurumlarını kurma, yönetme ve bunlar gibi kurumları denetleme ve çalışma izni verme. Akıl hastalarının veya engellilerin kabul edecek kuruluş ve yurtları kurmak ve bunları denetlemek, göçmen sağlık işleri, cezaevlerinin sağlık şartlarını yapmak tıbbi istatistik düzenleme, sağlık yayınları ve propaganda, taşıma işleri sağlığını yürütmek.

toplanmaktadır. Bulaşıcı ve salgın hastalık durumlarında ise valinin daveti üzerine de toplanabilmektedir. UHM, 27'nci maddesinde genel nitelikte bir düzenleme ile bölgenin sağlık durumunu nazarı dikkate alarak şehir ve kasaba ve köylerin sağlık koşullarının düzeltilmesi ve bulaşıcı ve salgın hastalıklarının izalesine yarayan tedbirleri almakla yetkilendirilmişlerdir. UHK 27'nci maddesinde Umumi Hıfzıssıhha Meclisleri 'nin bölgenin sağlık durumunu göz önüne alarak sağlığın düzeltilmesi ve mahzurlarının izalesine ilişkin gerekli tedbirleri alacağı hükme bağlanmakla beraber tedbirlerin içeriğine ilişkin bir belirleme düzenlemede yer almamaktadır. Ancak bu hüküm ile alınacak tedbirlerin temel hak ve hürriyetleri sınırlamayacak nitelikte olması gerektiği Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlamasına ilişkin hükmünün de bir gereğidir. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlama getiren tedbirlerin UHK' da olmaksızın bu kurullar tarafından alınması hukuka aykırı olacaktır. Kanun'da alınması gereken tedbirlere ilişkin bir düzenleme olmaksızın idarenin temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlama getirmesi ve söz konusu tedbirlere aykırılık durumunda idari para cezası uygulaması hukuka aykırı olacaktır.⁶⁶ Diğer taraftan Kanun'un 28' nci maddesinde de bulaşıcı ve salgın hastalıklarının izalesi ve bölge halkının sağlık durumunun iyileştirilmesi amacıyla UHM tarafından alınan bölgesel tedbirlerin yerine getirilmesi bakımından illerde vali ilçelerde ise kaymakamlar yetkili kılınmıştır.

Kanun'un 57'nci maddesinde o dönemde yaygın olan toplamda yirmi üç hastalık adı, liste halinde sıralanarak bu hastalıklardan birinin ortaya çıkması (zuhuru) veya bunlardan birinden şüphe edilmesi veya bunlardan birinden dolayı ölüm gerçekleşmesi veya ölümün bu hastalıklardan biri nedeniyle gerçekleşmesinden şüphelenilmesi hallerinde bu vakaların bildirimini zorunlu olduğu belirtilmiş ve Kanun'da düzenlenen tedbirlerin alınacağı hükme bağlanmıştır. Kanun'un 64'üncü maddesinde ise 57'nci maddede sayılan hastalıkların dışında herhangi bir bulaşıcı ve salgın hastalığın ortaya çıkması durumunda bu hastalıkların ilan edilmesi ve **Kanun'da öngörülen tedbirlerin aynen alınması** hususunda Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti (Sağlık Bakanlığı) yetkili kılınmıştır.⁶⁷ Yani 57'nci maddede

⁶⁶ Akbulut, Berrin: Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Covid-19 Nedeniyle Alınan Tedbirlere Aykırılık Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 2021, 9(1), 197-253, s.248.

⁶⁷ Bkz. madde 64 – 57'nci maddede zikredilenlerden başka herhangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o

listelenen hastalıklar, Kanun'daki yetkilerin kullanılması bakımından tüketici ve sınırlı sayıda (numerus clausus) olmayıp, güncelliklerinden ve örnek olmalarından ötürü sayılmışlardır.⁶⁸ Zira Kanun'un 64'üncü maddesi bu mahzuru gidermektedir. Nihayetinde Sağlık Bakanlığı, ilerleyen yıllarda 57'nci maddede sayılan hastalıklara ek olarak 58 hastalığa daha bildirim yükümlülüğü getirmiş ve ayrıca "*Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği*" Ek 1'de 22/4/2020 tarihli 31107 sayılı Resmî Gazete 'de yapılan değişiklikle Yönetmeliğin Ek 1'ndeki bildirim esas bulaşıcı hastalıklar listesine COVID-19 eklenmiş ve böylelikle toplamda 81 hastalığın bildirim zorunlu kılınmıştır.⁶⁹

Kanun'un 57'nci maddesinde sayılan veya 64'üncü maddeye göre başka bir bulaşıcı ve salgın hastalığın ortaya çıkması durumunda ne gibi tedbirlerin alınacağına ilişkin düzenleme Kanun'un 72'nci maddesinde "*Memleket Dahilinde Sâri ve Salgın Hastalıklarla Mücadele*" başlıklı ikinci bölümünün altında yine tahdidi olarak sayılmıştır.⁷⁰

hastalığın veya herhangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrü ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedbirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır.

⁶⁸ Şirin, Tolga: Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş, Anayasa Hukuku Dergisi, 2020,9 (17), 43-146. s. 79.

⁶⁹ Bkz. Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği, R.G. 30.05.2007, S. 26537., En son (Ek: RG-22/4/2020-31107) (1) COVID-19 eklenmiştir.

⁷⁰ Söz konusu tedbirler şu şekildedir.

Madde 72 – 57'nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

1- Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı.

2- Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki.

3- Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri.

4- Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafi.

5- Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri.

Düzenlemede “57’nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur”. Söz konusu tedbirleri sade bir dil ile açıklamak gerekirse “(1) Hasta olanların, hasta olduğundan şüphelenilenlerin ve hastalığı taşıyıp yaydığı teknik inceleme ile belirlenenlerin, tekniğin gerektirdiği müddet boyunca evlerinde veya sağlık ve teknik koşullara sahip yerlerde sağlık memurları tarafından tecrit ve gözetim altında tutulması, (2) Hastalara veya hastalığa yakalananlara serum veya aşı uygulanması,(3) Hastalığa yakalanmış kişinin, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve teknik olarak bulaşmaya maruz olduğu belirlenen bütün maddelerinin temizlenmesi,(4) Hastalık yayan böcek ve hayvanların yok edilmesi,(5) Ülke içinde seyahat edenlerin gerekli yerlerde muayenesi ve eşyalarının temizlenmesi,(6) Hastalığın bulaşma ve yayılmasına neden olan gıda maddelerinin tüketiminin ve kullanımının yasaklanması,(7) İçinden bulaşıcı ve salgın hastalığa yakalanmış biri çıkan umumi yerlerin, tehlike geçinceye kadar kapatılması ve boşaltılması” şeklindedir.

Görüldüğü üzere söz konusu tedbirlerin içinde ne hastaların ne de hasta olmayanların maske takma zorunluluğunun düzenlenmediği açıktır. Kaldı ki tecrit etme ve rızası aranmaksızın tedavi etme tedbirleri hasta ve hasta olduğundan şüphe edilen kişilerle sınırlandırıldığı açıktır. Diğer taraftan 72’nci madde gereği alınacak tedbirlerin sınırlı sayıda (numerus clausus) olduğu da Kanun’un lafzından anlaşılmaktadır. Kanun koyucu belirtilen tedbirleri kıyas yolu ile genişletmeye müsait bir dil kullanmamış ancak Kanun’un 27’nci maddesi ile her ilde kurulan Umumi Hıfzıssıhha Meclisleri ’nin bulaşıcı ve salgın hastalıkların izalesi ve bölgenin sağlık durumunun iyileşmesi için “**tedbirler almaya yetkili kılınmıştır**” düzenlemesi ile Sağlık Bakanlığı COVID-19’un bulaşıcı ve salgın hastalık olarak ilan etmeye ve 72’nci maddede yer alan tedbirlerin alınmasına yetkili olduğu anlaşılmaktadır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda yer alan tedbirlerin uygulanması ancak bulaşıcı ve salgın hastalık ilan edilmesinden sonra mümkündür.

Koruma amaçlı kişinin korunması başlığı altında düzenlenen ama aslında toplum sağlığını da korumayı amaçlayan bir

6- Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men’i.

7- Dahilinde sâri ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi.

düzenleme de Türk Medeni Kanunu'nda⁷¹ yer almaktadır. Kanunun 432'inci maddesinde ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık durumunda, koruma amacıyla hastalık taşıyan bireyin özgürlüğünün kısıtlanmasını ve zorla tedavi altına alınmasını hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre, “akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir”.⁷² Düzenlemeye göre ağır tehlike arzeden bir bulaşıcı hastalığın varlığı durumunda, kişinin koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması hali, kişinin korunması amacına yöneliktir. Burada kişinin çevresine getireceği külfet ikinci planda olması nedeniyle eleştirilmiştir.⁷³

Tehlikeli salgın hastalıklarla ilgili bir diğer düzenleme de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer almaktadır. Kanun'un amacının düzenlendiği 1'inci maddesine göre kamu sağlığının korunması, Kanun'un amaçları arasında yer almaktadır. Bu noktada kamu sağlığının korunması ve bulaşıcı hastalıklarla mücadele etmek adına yetkili idari makamlar tarafından alınmış olan tedbirlere riayet edilmemesi halinde 5237 sayılı Kanun'un “Kamunun Sağlığına İlişkin Suçlar” başlığını taşıyan üçüncü bölümünde madde 195' de yer alan “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçunu”⁷⁴

⁷¹ R.G. 8/12/2001, Sayı. 24607.

⁷² Bkz. madde 432- Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar. Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur. İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır.

⁷³ Kocaağa, Köksal: Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, X, (1,2), 33-54, s. 38.

⁷⁴ Bkz. madde 195- (1) Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

oluşturmaktadır.⁷⁵ Suçla korunan hukuki yarar “*kamu sağlığı*”dır. Suçun hareket unsuru, bulaşıcı hastalığa yakalanan ve bu bulaşıcı hastalıktan ölen kimselerin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uyulmamasıdır.⁷⁶ Maddede geçen “*yetkili makamlarca alınan tedbir*” ibaresinde tedbirin içeriğinin ne olduğuna ilişkin takdir yetkisinin idari makamlara bırakılması nedeniyle bu düzenlemenin “*idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratmaması*” ilkesine aykırılık teşkil ettiği söylenebilir.⁷⁷ Bu durumda kişinin bulaşıcı hastalık taşıdığı ya da risk grubuna dahil olduğu iddiasıyla 195’inci maddenin uygulanması söz konusu değildir ki aksinin kabulü kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.⁷⁸

Yine 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun⁷⁹ 13/F maddesine göre, polis, “*bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar*”. Bu düzenleme ile idari kolluğa bulaşıcı hastalığa yakalanmış ve toplum için tehlike arz eden bu kişileri yakalama yetkisi verilmiştir. Ayrıca bu yetkiye dayanılarak, karantina veya diğer tedbirlere uymayarak kaçan kişileri de yakalama hususunda kolluğun yetkilendirilmiştir.⁸⁰

Maske takma tedbirine ilişkin COVID-19 pandemisinin kamu sağlığı ve güvenliği yönünden tehlikeli olduğu tartışmasız olup COVID-19’un etkeni olan SARS CoV-2, damlacık ve temas yoluyla bulaştığı bilinmektedir. Öksürme ve hapşırma damlacık yoluyla bulaşan

⁷⁵ Kahraman, Recep: Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2020, 78 (2), 737-767, s.742.

⁷⁶ Artuç, Mustafa: Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.1012.

⁷⁷ Önok, R. Murat: Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195), Anayasa Hukuku Dergisi, 2020, 9,147-186, s.157-159.

⁷⁸ Nişancı, Dilaver: Salgın Hastalıklar ve Salgın Hastalıklar Özelinde Sağlık Hakkına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bakış Açısı ile Ulusal Mevzuatın COVID-19 Özelinde Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2020, (150), 85-122, s.106.

⁷⁹ R.G. 14/07/1934, Sayı. 2751.

⁸⁰ Hakeri, Hakan. Söğüt, İpek Sevdâ: Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar, Adalet Dergisi, 2020/1 (64),57-85 s.72.

hastalıklarda, doğrudan bulaşmaya neden olabilmektedir. Bu tür bulaşmayı engellemenin yolu ise yüz maskesi kullanımı, el hijyeni uygulaması ve yüzeylerin temizliğinin sağlanmasıdır.⁸¹ Bu noktada COVID-19 virüsünün yayılmasını önleyici tedbirlerden biri olan maske kullanımı 04 Nisan 2020 tarihinde kapalı ve kalabalık alanlarda, toplu taşıma araçlarında, Pazar yerlerinde, toplu çalışılan işyerlerinde maske kullanımı zorunlu hale getirilmiştir.⁸²

Temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılacağına ilişkin ölçüt bakımından kamusal alanda herkesin maske takmasına ilişkin Umumi Hıfzıssıhha Meclisinde alınan bu tedbirin uygulanması her ne kadar COVID-19 virüsünün yayılmasını önlemek için gerekli bir tedbir olsa da bu tedbir ile bireyin “*maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı*”nın sınırlandırıldığı da tartışmalıdır. Anayasa ile korunan “*kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı*”nın sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılması söz konusudur. Bu bağlamda kamusal alanda hasta olsun veya olmasın herkesi maske takmaya zorlama tedbirine ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Ancak sınırlamaya ilişkin diğer ölçütlere de kısaca bakarsak bu tedbirin “Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine” aykırı bir tedbir olmadığını söyleyebiliriz.

V. İDARENİN HASTA OLMAYAN VATANDAŞLARA İDARİ YAPTIRIM İLE MASKE TAKMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ GETİRMESİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU

İdari yaptırım, idarenin, “*kamu düzeni*”, “*kamu hizmeti*” ve “*kamu sağlığı*” gibi toplumsal faaliyetleri icra ederken kullandığı “*doğrudan, tali ve re’sen*” bir yetki⁸³ ile düzeni ihlal edenlere yönelik herhangi bir yargı kararı olmaksızın elinde tuttuğu ayrıcalıklı gücüyle

⁸¹ Taş, Filiz: Covid-19 Pandemi Sürecinde Yetişkinler Arasında Yüz Maskesi Kullanma Pratiği ve Tekniği Üzerine Değerlendirme ve Öneriler, Halk Sağlığı Hemşireliği Dergisi 2020- 2(2), 73-88, s.53.

⁸² <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/turkiyenin-1-yillik-kovid-19la-mucadele-surecinin-tedbir-karnesi/2171001> Erişim Tarihi: 20.09.2020.

⁸³ Kurt, Hayrettin: İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, XVIII (1),131-178, s.132.

temel hak ve özgürlükler, doğrudan etkileyebilecek şekilde zor kullanma yetkisidir.⁸⁴ İdareye tanınan bu üstün yetki, kişilerin hukuksal güvenliklerinin sağlanması bakımından tartışmalı bir konu olmuştur.⁸⁵ Zira idare, kişilerden savunma dahi almadan direkt yaptırım uygulayabilmektedir.⁸⁶

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında idari yaptırım, "(...) idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği izinlere dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile verdiği cezalara" tanımlanmış ve kanunilik ilkesine vurgu yaparak;⁸⁷ idarenin araya bir yargı kararı girmeden işlem yapma yetkisinin sınırlarını "kanuni idare ilkesi" ne işaret ederek belirlemiştir. Bu noktada "kanuni idare ilkesini" "idarenin her türlü görünümüyle kanunlara dayanmasını"⁸⁸ yani idarenin faaliyette bulunabilmesi bakımından, açıkça yasal dayanağının olması şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak yasal dayanaktan anlaşılması gerekenin, idarenin yapacaklarının tek tek sayılması mı;⁸⁹ yoksa idarenin düzenleme yapma yetkisinin kanuni dayanağının olması ve idarenin kanun karşısında belli bir hareket serbestisinin de olması mıdır bu husus da tartışmalıdır.⁹⁰

Olağan veya olağanüstü dönem ayrımı yapılmaksızın hiçbir kurum veya makam, kaynağını Anayasa'dan almadan herhangi bir devlet yetkisini kullanamayacağı;⁹¹ bu noktada gerek Anayasanın 13'üncü

⁸⁴ Erdin, Burcu: İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması, 2012, 2, Ankara Barosu Dergisi, 239-276, s.242.

⁸⁵ Tan,Turgut: İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Güvenceler, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005, s.100.

⁸⁶ Kurt, s.132.

⁸⁷ AYM, E. 1996/48 K. 1996/41, 23/10/1996, Aktaran Kararbulut, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, bs.1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 11.

⁸⁸ Karahanoğulları, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s. 51-52.

⁸⁹ Karahanoğulları, s.67

⁹⁰ Güneş, Turan: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1996, s. 81, 88.

⁹¹ Aydınoglu, Zeynep Nihal: İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında İdari Yaptırımlar, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 2 (1), 11-43, s.19.

maddesi ve gerekse idarenin kanuniliğinin düzenlendiği Anayasanın 123/1' inci maddesi doğrultusunda kabahatlerin de kanun ile düzenlenmesi gerektiği sonucunu ileri sürebiliriz. Bu bağlamda Kabahatler Kanunu 4'üncü maddesi “(1) *Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.* (2) *Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir*” hükmü ve ayrıca özel kanunlarda da düzenledikleri alanlarla ilgili olarak, kabahatlere yer verebileceği göz önüne alındığında idare kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğini de dikkate alarak ancak “**genel ve düzenleyici işlemlerle**”⁹² kabahatler öngörebilecektir. Bu bağlamda “*kanunilik ilkesi*” bağlamında kabahatler hukukunun ceza hukuku kadar “*sert ve tavizsiz*” olmadığını ve Kabahatler Kanunu'nda ceza hukukuna göre daha esnek bir düzenlemenin kabul edildiğini söyleyebiliriz.⁹³ Bu noktada hangi eylemlerin kabahat oluşturacağı kanunda açıkça tanımlanması gerektiği gibi devamında bunun zorunlu olmadığı, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hüküm bulunmak şartıyla idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle bu hükmün içeriğinin doldurulmak suretiyle idarenin kabahatlere ilişkin belirleme yapabileceği belirtilmiştir.⁹⁴ Danıştay da bir kararında Kabahatler Kanunu'nun “*idari yaptırımlar konusunda genel kanun niteliğini haiz Kabahatler Kanunu, idari yaptırımlar konusunda, yalnızca yaptırımın türü, süresi ve miktarı bakımından mutlak olarak kanunilik ilkesini benimsemiş bulun [duğunu]*” ifade etmiştir.⁹⁵ Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi de kabahatlere ilişkin olarak idarenin düzenleyici işlemlerle kabahatlerin içeriğinin belirlenmesini Anayasaya aykırı görmemiştir. “*Yasa koyucu tarafından suç oluşturan eylemin ve suçun unsurlarının saptanmasından, cezasının da yasada açıkça belirlenmesinden sonra uygulamaya yönelik olarak, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin ayrıntıların belirlenebilmesi*

⁹² İdarenin düzenleyici işlemleri, içerikleri bakımından kanunlara benzeyen ve tek bir kişiye uygulanacak olsalar dahi muhatabının ismen belirlenmediği ve bir kez uygulanmakla tükenmeyen, soyut, nesnel ve kural koyucu işlemlerdir. Bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.1, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s.1153.

⁹³ Kula, Ayşegül: Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümleri, TBB Dergisi 2019,140, 43-70, s.56-57.

⁹⁴ Akbulut, s.7

⁹⁵ Danıştay 13. Daire, E. 2010/2490, K. 2013/2706, 01/11/2013.

Covid-19 Pandemi Sürecinde İdarenin Maske Takma Tedbirine İlişkin Yargıtay Kararının Hukuki Değerlendirilmesi (Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2020/4354 E., 2020/14250 K., 09.11.2020 T.)

*için yürütme organına yetki verilmesi, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza oluşturma anlamına gelmeyeceğinden suç ve cezada yasallık ilkesine aykırılık oluşturmaz”.*⁹⁶

İnceleme konusu karara gelirse Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Kanun Yararına Bozma İhbarnamesinde “5442 sayılı Kanunun 11-C ve 66’ncı maddesi gereği en büyük mülki idare amirinin kamu esenliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri alabileceği, alınan bu tedbirlere aykırı davranılması durumunda Kabahatler Kanunu’nun 32’nci maddesi gereği idari yaptırıma tabi tutulacağını, ayrıca Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 64 ve 282’nci maddeleri de Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda yazılı yasaklara aykırı davranışlarda idari para cezası verilebileceği; bu bağlamda Bolu Valiliği Umumi Hıfzıssıhha Meclisinin usulüne uygun bir şekilde aldığı maske takma zorunluluğu kararına aykırı hareket edilmesi neticesinde Kabahatler Kanunu 32’nci maddeye göre değil 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 282’nci maddeye uygulanacağı” nı belirtmiştir.

⁹⁶ AYM, E.2004/84, K. 2004/124, 08/12/2004, R.G. 02.12.2005. Ayrıca bkz.: “Uygulanan cezaya dayanak olarak gösterilen 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesine göre yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket etmek kabahat sayılmıştır. Bu kabahatin karşılığında idari para cezası öngörülmektedir. Bu cezaya, emri veren makam tarafından karar verilir. 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre kanunların bazı kabahatlerin kapsam ve şartlarını belirleyerek içeriğini idarenin genel ve düzenleyici işlemlerine bırakabilmesi mümkündür. Başka bir deyişle kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, miktarı zikredilen kuralda açıkça belirli olmakla birlikte hangi konularda ve hangi mercilerin emir yayımlayabilecekleri başka kanunlara bırakılmıştır. 5442 sayılı Kanun’un 11. maddesi; il valilerine il sınırları içinde huzurun, güvenliğin ve kamu esenliğinin sağlanması için gereken karar ve tedbirleri alma yetkisi vermiştir. Aynı Kanun’un 66. maddesine göre ise alınan bu kararlar usulen tebliğ veya ilan olunur; bu tedbir veya kararlara aykırı davranışlar, mahallî mülki amir tarafından 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır”, Anayasa Mahkemesi B.N. 2014/920, 25.5.2017, R.G.T.20.7.2017, Sayı 30129.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ile mülki idare amirlerine huzur ve güvenliği sağlaması için bazı önemli yetkiler tanımaktadır.⁹⁷ İl İdaresi Kanunu'nun 11/C ve 32/Ç maddelerinde⁹⁸, “il ya da ilçe sınırları içinde, huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanmasının ve önleyici kolluk yetkisinin vali ya da kaymakamın ödevlerinden olduğu, anılan amirlerin bunları sağlamak için gereken karar ve önlemleri alacağı; alınan ve ilan olunan karar ve önlemlere uymayanlar hakkında aynı Kanununun 66'ncı maddesinin uygulanacağı” özetle belirtilmiştir. İl İdaresi Kanunu 11-C düzenlemesinde görüldüğü üzere “il sınırları içinde” ibaresiyle başlamakta; ayrıca Kanun illere özgü hükümlerin yer aldığı bir düzenleme olup Olağanüstü Hal Kanunu⁹⁹ gibi ülke geneline, yönelik düzenlemeler için çıkarılmış bir kanun değildir.

Anılan Kanun'un 66'ncı maddesinin de ise “İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32'nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır”¹⁰⁰ denilmek

⁹⁷ Nişancı, s.105.

⁹⁸ Bkz. 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu'nun m.11-C maddesi “İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. (Ek cümle: 25/7/2018-7145/1 md.) Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır”.

Madde 32 –Ç) “İlçe sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi kaymakamın ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için kaymakam gereken karar ve tedbirleri alır; Bu hususta alınan ve ilan edilen karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66'ncı madde hükmü uygulanır”.

⁹⁹ R.G.27/10/1983, Sayı.18204.

¹⁰⁰ Bkz. madde 66 – (Değişik: 23/1/2008-5728/125 md.) “İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32'nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. (Ek cümle: 27/3/2015- 6638/16 md.) Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş

suretiyle kamu düzenin bir unsuru olan kamu esenliğini sağlama amacıyla vali veya kaymakam tarafından usulüne uygun bir şekilde alınan ve ilan edilen tedbirlere riayet etmeyenlere ilişkin İl İdaresi Kanunu 66'ncı maddesi Kabahatler Kanunu'nun 32'nci maddesine yollama yaptığı görülmektedir.¹⁰¹

Kabahatler Kanunu “*Emre aykırı davranış*” başlığı altında düzenlediği 32'nci maddesi ise yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlere uymayanlara idari para cezasının uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre 11 ve 32'nci madde gereğince alınması gereken tedbirler “*genel sağlığın korunması*” amacıyla değil “*genel güvenliğin sağlanması*” amacıyla alınacak tedbirler olduğu ve bu durumda ise mülki idare amirinin salgın hastalıkları önlenme amacıyla alacağı tedbirlere aykırı davranışlara ilişkin Kanun'un 66'nci madde yollamasıyla Kabahatler Kanunu'nun 32'nci maddesi gereğince cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır.¹⁰² Diğer taraftan kamu esenliği ifadesinin genel sağlığı da kapsadığını ve dolayısıyla sağlık hususunda da tedbirler alınabileceğini varsayarsak dahi yine de alınması gereken önlem; ancak o hastalığa yakalanmış kişilere yönelik olması gerektiği tartışılmazdır.¹⁰³

Bu bağlamda Özel Daire'nin 14/12/2020 tarihli kararında tedbirlere aykırılık durumunda Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesi uyarında idari para cezası verileceği öngörülmüş ancak 12/01/2021 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı “*idare tarafından getirilen*

göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”.

¹⁰¹ Bkz. Kabahatler Kanunu madde 32 (1) “*Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk lirası idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.*

(2) *Bu madde, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir.*

(3) *1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526'ncı maddesine diğer kanunlarda yapılan yollamalar, bu maddeye yapılmış sayılır*”.

¹⁰² Nişancı, s.113.

¹⁰³ Doru, Seyit Rasim: “COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası,2020, 78 (2), 769-807, 777-778.

maske takma mecburiyetinin ihlal edilmesi halinde “emre aykırı davranış” tan dolayı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun m.32 gereği değil 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 282. maddesi gereği idari para cezası uygulanacağı” na ilişkin itiraza binaen Daire, söz konusu kabahate karşı uygulanacak idari para cezasının Kabahatler Kanunu’na göre değil UHK m.282 uyarınca olduğu şekilde itirazı aynen kabul etmiştir. Ancak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 282’nci maddesinde açık bir şekilde “Bu Kanunda yazılı olan tedbirler” ibaresi kullanılmış olup “bu Kanun gereği alınan tedbirler” gibi bir ibare kullanmamıştır. Kanun’un 57’nci maddesinde sayılan veya 64’üncü maddeye göre başka bir bulaşıcı ve salgın hastalığın ortaya çıkması durumunda alınacak tedbirler Kanun’un 72’nci maddesinde tahdidi olarak sayıldığından ve bu tedbirler ancak bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış kişilere uygulanacak tedbirler olması bakımından bu durumda UHK’ da sayılmayan tedbirlere aykırılık durumunda idari yaptırım uygulanması söz konusu yaptırımı hukuken tartışmalı hale getirmiştir.

VI. SONUÇ

Covid-19 Pandemisi son yüzyılın küresel ölçekte en önemli sağlık sorunlarından biri olduğu tartışmasızdır. Bu dönemde devlet kamu sağlığını korumak için çok sayıda tedbir almak durumunda kalmıştır. Alınan bu tedbirlerden biri de kamusal alanda Covid-19 virüsüne enfekte olup olmadığına bakılmaksızın herkesin maske takma zorunluluğu idi. Bu tedbire aykırı hareket edenlere de idari para cezası uygulanarak tedbirin sıkı bir şekilde uygulanması amaçlanmıştır. İncelenen Yargıtay 19. Ceza Dairesi’nin 09.11.2020 tarihli 2020/4354 E.- 2020/14250 K. Sayılı kararına konu olan olay: Covid-19 pandemisinin başlarında işlek bir caddeye giriş yapmak isteyen maskesiz Kabahatli, bekçiler tarafından 392,00 TL idari para cezası uygulanmış. Söz konusu birey idari para cezasının iptali için Sulh Ceza Hakimliğine müracaat etmiş, Sulh Ceza Hakimliği söz konusu idari para cezayı iptal etmiştir. Bunun üzerine Adalet Bakanlığı kanun yararına bozma istemi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na müracaat etmiş ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı “Kanun Yararına Bozma İhbarnamesi” ile Yargıtayın ilgili dairesine müracaat etmiştir. Özel daire de “Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile Umumi Hıfzıssıhha Meclislerine bulaşıcı ve salgın hastalıkların izalesi için gereken tedbirleri alma yetkisini verdiğini, Umumi Hıfzıssıhha Meclisleri tarafından belirlenen tedbirlerin icrasında en büyük mülki idare amiri tarafından icra edileceği düzenlendiğinden vali ve kaymakamların

Umumi Hıfzıssıhha Meclisleri tarafından bulaşıcı ve salgın hastalıkların kontrolü için önerdiği tedbirleri uygulamada yetkili olduğunu ve bu nedenle söz konusu idari para cezalarının yerinde olduğunu belirterek Kanun Yararına Bozma talebini kabul ederek Sulh Ceza Hakimliği kararını ortadan kaldırmıştır.

Yapılan değerlendirme sonucunda devletin kamu sağlığını koruma görevi bulunmakla birlikte; Pandemi döneminde Covid-19 virüsünün bulaşıp bulaşmadığına bakılmaksızın kamusal alanda herkesi maske takmaya zorlamak “genel davranış özgürlüğü” olarak kabul edilen ve Anayasa’da “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” olarak isimlendirilen hürriyetin sınırlandığı tespit edilmiştir. Pandemi döneminde olağanüstü hâl ilan edilmediğinden temel hak ve hürriyetlerin olağan dönemlerde sınırlandırılması düzenleyen 13’üncü madde kapsamında somut durum değerlendirildiğinde: 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 13’üncü maddede belirtilen ve “genel sağlığın” da içinde bulunduğu dokuz farklı genel sınırlama sebebinin ortadan kaldırılması ve “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı”nın düzenlendiği 17’nci maddesinde de özel sınırlama sebebi olmadığından bu durum tartışmalı bir hal almıştır. Hiçbir hürriyetin sınırsız olmayacağı ve Anayasal içeriksel sınırlar” ile yaklaşımı ile temel haklar, “başkalarının hakkı”, “Anayasaya uygun düzen” ve “ahlak yasaları” ile sınırlandırılabilir. Sınırlamanın sınırı olarak Anayasa, öncelikle sınırlamanın Kanun ile yapılmasını ve “*Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı*” olamayacağını belirtmiştir. Bu noktada bulaşıcı ve salgın hastalıklara ilişkin Kanuni düzenlemeler incelenmiş ve kamu sağlığına ilişkin Umumi Hıfzıssıhha Kanunu dışındaki düzenlemeler de dahil hiçbirinde hastalık durumunda dahi maske takmaya zorlama tedbirine rastlanılmamıştır. Bu noktada tüm tedbirlerin tek tek sayılmayacağına ilişkin yaklaşımla Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile Umumi Hıfzıssıhha Meclisleri ’nin bölgenin sağlık durumunu göz önüne alarak sağlığın düzeltilmesi ve mahzurlarının izalesine ilişkin gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiş olmakla beraber tedbirlerin içeriğine ilişkin bir belirleme düzenlemede yer olmadığından bu düzenleme ile alınacak tedbirlerin temel hak ve hürriyetleri sınırlayacak nitelikte olmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ile mülki idare amirlerine, huzur ve güvenliği sağlaması için bazı önemli yetkiler tanınmaktadır. Kabahatler Kanunu’nda yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlere uymayanlara idari para cezasının uygulanacağı hüküm altına alınmış olmakla beraber

söz konusu düzenlemeye göre 11 ve 32’nci madde gereğince alınması gereken tedbirler “*genel sağlığın korunması*” amacıyla değil “*genel güvenliğin sağlanması*” amacıyla alınacak tedbirler olduğu ve bu durumda ise mülki idare amirinin salgın hastalıkları önlenme amacıyla alacağı tedbirlere aykırı davrananlara ilişkin Kabahatler Kanunu’nun 32’nci maddesi gereğince cezalandırılması da söz konusu olmayacağı tespit edilmiştir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda yazılı tedbirlere aykırı davrananlar hakkında idari para cezasının düzenlendiği 282’nci maddesinde de açık bir şekilde “Bu Kanunda yazılı olan tedbirler” ibaresi kullanılmış olup “bu Kanun gereği alınan tedbirler” gibi bir ibare kullanmadığından Kanun’un 57’nci maddesinde sayılan veya 64’üncü maddeye göre başka bir bulaşıcı ve salgın hastalığın ortaya çıkması durumunda alınacak tedbirler Kanun’un 72’nci maddesinde tahdidi olarak sayıldığından ve bu tedbirler ancak bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış kişilere uygulanacak tedbirler olması bakımından bu durumda Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda sayılmayan tedbirlere aykırılık durumunda idari yaptırım uygulanması mümkün değildir.

Son olarak, Covid-19 gibi küresel bir salgın ihtimalinin gündemde olduğu bu dönemde idarenin kamusal alanda hasta olmayanlara dahi tıpkı maske takma tedbirine zorlaması gibi olası bir Maymun Çiçeği Pandemisinde yine kamusal alanda herkese maske ve eldiven takmaya zorlaması da aynı şekilde hukuki olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet: Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi, İÜHF Yayınları, İstanbul 1984.
- AKBULUT, Berrin: Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Covid-19 Nedeniyle Alınan Tedbirlere Aykırılık Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 2021, 9(1), 197-253, s.248.
- AKKAYA, Hikmet Murat: Vücut Bütünlüğüne Yönelik Rıza Aranmadan Gerçekleştirilen Müdahaleler, Adalet Yayınevi, 2019, Ankara.
- ARTUÇ, Mustafa: Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- AYDINOĞLU, Zeynep Nihal: İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında İdari Yaptırımlar, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 2 (1), 11-43, s.19.
- BEZMEZ, Serap. BROWN, Charles. BLAKNEY, Richard: Redhouse Büyük El Sözlüğü, İngilizce-Türkçe, Türkçe- İngilizce, 17. bs., Sev Yayınları, İstanbul, 2017.
- CEVİZCİ, Ahmet: Felsefe Sözlüğü, 5. bs., Say Yayınları, İstanbul, 2015.
- DEMİRKOL, Mustafa: Kişi Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Karşısında Anayasa madde.13, Bu Hükme Aykırı Yasal Düzenleme ve Faaliyetlerin Anayasa Madde.11 Açısından Değerlendirilmesi, Balkan Journal of Social Sciences / Balkan Sosyal Bilimler Dergisi ICOMEP 2017, Özel Sayı, 17-27, s.23.
- DORU, Seyit Rasim: “COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası,2020, 78 (2), 769-807, 777-778.
- DURAL, Mustafa. Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C.II, 17. bs., Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2016.
- DÜNDAR, Sezer Tijen: 1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Anayasa Hukuku Dergisi, 2014, 3(5), 375-411, s. 377.

- ERDİN, Burcu: İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması, 2012, 2, Ankara Barosu Dergisi, 239-276, s.242.
- EREN, Abdurrahman: Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- GÖNÜL, Mustafa: Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Avrupa Anayasa Mahkemeleri VIII. Konferansı'na sunulan basılmamış Tebliğ, Ankara, 1990, s. 5-14.
- GÖREN, Zafer: Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2007, 2 (12), 39-59, s.47.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, 25.bs., Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- GÜMÜŞ, Ali Tarık: Türk Anayasası'nda Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005,13(2), 133-172, s.149.
- GÜNEŞ, Turan: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1996.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması, AÜHFD, 1997, 46 (1-4), 1-40, s.5.
- HAKERİ, Hakan. Söğüt, İpek Sevda: Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar, Adalet Dergisi, 2020/1 (64),57-85 s.72.
- KAHRAMAN, Recep: Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2020, 78 (2), 737-767, s.742.
- KARABULUT, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, bs.1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012.
- KOCAAĞA, Köksal: Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, X, (1,2), 33-54, s. 38.

Covid-19 Pandemi Sürecinde İdarenin Maske Takma Tedbirine İlişkin Yargıtay Kararının Hukuki Değerlendirilmesi (Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2020/4354 E., 2020/14250 K., 09.11.2020 T.)

KULA, Ayşegül: Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümleri, TBB Dergisi 2019,140, 43-70, s.56-57.

KURT, Hayrettin: İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, XVIII (1),131-178, s.132.

NİŞANCI, Dilaver: Salgın Hastalıklar ve Salgın Hastalıklar Özelinde Sağlık Hakkına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakış Açısı ile Ulusal Mevzuatın COVID-19 Özelinde Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2020, (150), 85-122, s.106.

ÖKÇESİZ, Hayrettin: Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları, İnsan Haklarının Gelişimi, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara 1999. (Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları I).

ÖNOK, R. Murat: Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195), Anayasa Hukuku Dergisi, 2020, 9,147-186, s.157-159.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 10.bs., Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009.

SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, 1.bs., AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.

ŞİRİN, Tolga: Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş, Anayasa Hukuku Dergisi, 2020,9 (17), 43-146. s. 79.

TAN, Turgut: İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Güvenceler, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005.

TAŞ, Filiz: Covid-19 Pandemi Sürecinde Yetişkinler Arasında Yüz Maskesi Kullanma Pratiği ve Tekniği Üzerine Değerlendirme ve Öneriler, Halk Sağlığı Hemşireliği Dergisi 2020- 2(2), 73-88, s.53.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul, 1993.

İnternet Kaynakları

ATASOY, Ömer Adil: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu,

Ayşegül KARACA DEDEOĞLU

https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/at_asyoy.pdf Erişim Tarihi: 29.09.2022.

DİKMEN CANIKLIOĞLU, Meltem: Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız, <https://docplayer.biz.tr/182245333-Anlami-kapsami-ve-sinirlariyla-temel-haklar-ve-anayasalarimiz.html> Erişim Tarihi: 12.05.2021.

<https://ihop.org.tr/ekonomik-sosyal-ve-kueltuerel-haklar-komitesi/> Erişim Tarihi: 16.05.2023.

<https://islamansiklopedisi.org.tr/arama/?q=h%C3%BCrriyet&p=m> Erişim Tarihi: 22.09.2023.

<https://osmanlica.ihya.org/> Erişim Tarihi: 16.05.2023.

<https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 01.04.2023.

<https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/turkiyenin-1-yillik-kovid-19la-mucadele-surecinin-tedbir-karnesi/2171001> Erişim Tarihi: 20.09.2020.

<https://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm> Erişim Tarihi: 18.05.2021.

<https://www.tbmm.gov.tr/komision/kefe/docs/sosyalsart.pdf> Erişim Tarihi: 16.05.2021.

SAĞLAM, Fazıl: 2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları https://www.anayasa.gov.tr/media/5890/fazil_saglam.pdf Erişim Tarihi: 28.09.2022.

SAĞLAM, Mehmet: Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, Anayasa Yargısı, 2002,18, (1), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939124> Erişim Tarihi: 29.09.2022.

Kararlar

AYM, E.2015/68, K.2017/166, 29/11/2017.

AYM, E. 1996/48 K. 1996/41, 23/10/1996.

Danıştay 13. Daire, E. 2010/2490, K. 2013/2706, 01/11/2013.

Covid-19 Pandemi Sürecinde İdarenin Maske Takma Tedbirine İlişkin Yargıtay Kararının
Hukuki Değerlendirilmesi (Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2020/4354 E., 2020/14250 K.,
09.11.2020 T.)

AYM, E.2004/84, K. 2004/124, 08/12/2004.

Anayasa Mahkemesi, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen)
ve Diğerleri Başvurusu, B.N. 2014/920, 25.5.2017,
R.G.T.20.7.2017, Sayı 30129.