

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. R. Erinc Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdürü / Managing Director

Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Gürkan Altun, TBB Başkan Yardımcısı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Gürkan Altun
Av. Veli Küçük
Av. Gökhan Bozkurt
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Abdussamet Tekin

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutçu

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özekes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanliğı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 300 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

ARCS Matbaa
Zübeyde Hanım Mah. Aslanbey Cad.
Tuna Han No: 101/2D İskitler / ANKARA
0 (312) 384 24 01
Sertifika No: 49427

Basım Tarihi / Printing Date : 29. 08. 2024

* (İsme göre alfabetik sıralanmıştır)

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmayanlar düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

Yayın Politikası

1. 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

2. Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

3. İlk maddedeki kural "çeviriler" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
4. Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
5. Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "**Dergi her bir sayısında yer almak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).**

Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının hakem değerlendirme sürecinin tamamlanıp onaylandığı tarihi ifade eder.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetiyecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.
İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.
8. Yazı, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmaz.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.
Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.
Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.
11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

Yayın Kuralları

1. Yazı, yayin@barobirlik.org.tr adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindikiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, **noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden)** sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece sonuna virgül konmalıdır.
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturma ve iş yeri, kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme adlarına gelen eklerin kesme işaretiyle ayrılması,
Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,
Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,
Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,
5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,
Örneğin: TCK'nın, İYUK'un

6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,
Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (**özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin**) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. **Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/ Erdem/ Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,**
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimedenden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Yazı içinde kullanılacak kısaltmalara; ilk seferinde açık haliyle birlikte parantez içinde kısaltılmış hali, sonrasında sadece kısaltılmış hali olmak üzere yer verilmesi,
13. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.
Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.
Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayının etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

HAKEMLİ MAKALELER

- 1 Tolga ŞİRİN**
Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bağlamında “FETÖ/PDY Davaları”
“FETÖ/PDY Cases” in The Context of The Right To Liberty and Security
- 59 Muhammed BIÇAKÇIGİL**
Kuvvetler Ayrılığından Kuvvetler Birliğine; Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi
From Separation of Powers to Unity of Powers; Presidential Government System
- 95 Enes KETHÜDA**
Sosyal Güvenlik Hakkının Bireysel Başvuru Yoluna Konu Edilebilirliği
(The Possibility of Individual Application Route for The Right to Social Security)
- 157 Fatih GÜLER - Çağrı ÇOLAK - İlker KARAÖNDER**
Türkiye’de Üniversite Genel Sekreterlik Kurumunun Hukuki Arka Planı ve Uygulaması
Legal Background and Practice of The University General Secretariat Institution in Türkiye
- 187 Lale Burcu ÖNÜT**
Yükseköğretim Disiplin Soruşturmalarında Savunma Hakkına İlişkin Güncel Gelişmeler
Current Developments Regarding The Right to Defense in Higher Education Disciplinary Investigations
- 229 İlknur DENİZ**
Yasal Önalım Hakkı ve Bu Hakkın Kullanılmasında Fiili Taksim Olgusu
The Legal Right of Pre-Emption and The Concept of Actual Division in The Exercise of This Right
- 261 Alihan AYDIN**
Kambiyo Senetleri Teminat Amacıyla Düzenlenemez mi? -Yargıtay’ın (Özellikle 12. Hukuk Dairesi’nin) İçtihadının Eleştirisi-
Isn’t it Possible to Issue Bills of Exchange for Collateral Purpose? -Commentary on The Jurisprudence of The Court of Appeals (Especially the 12th Civil Division’s)-
- 299 Sevgi BOZKURT YAŞAR**
Anonim Şirketlerde Oy Hakkı Sınırlamalarının (Azami Oy Şartı) Esas Sözleşme Değişikliği ile Kuruluş Sonrası Düzenlenmesi
Regulation of Voting Right Limitations (Maximum Vote Condition) in Joint Stock Companies after The Foundation by Amendment of The Articles of Association

353 Candan ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU

İş Kazalarından Kaynaklanan Yaşam Hakkı İhlali

Violation of The Right to Life Arising from Occupational Accidents

387 Yasemin TAŞDEMİR

Organik Bağ İçerisindeki İşverenlerin İşyerlerinde ya da İşletmelerinde Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Alınması

(Obtaining Collective Bargaining Agreement Authority in The Workplaces or Enterprises of Employers in An Organic Bond)

419 D. Doruk TAVŞAN

İş Hukuku Bağlamında Özel Hastane Hekimlerinin Çalışma Statüleri

Employment Status of Private Hospital Physicians in The Context of Labor Law

MAKALELER

443 Vural SEVEN

Karayolu Taşıma Kanunu Kapsamındaki Araçların Karıştığı Kaza Sonucunda Ortaya Çıkan Zararlar Bakımından Trafik Sigortası Teminat Limiti Uygulaması Nasıl Olmalıdır?

In The Context of The Highway Transportation Law, How Should The Application of The Traffic Insurance Coverage Limit Be for Damages Incurred by Passengers or Third Parties due to Accidents during Transportation?

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Temmuz-Ağustos 2024 sayısı ile karşınızdayız.

İsrail'in Filistin'de artık soykırım düzeyine ulaştığını düşündüğümüz saldırıları devam ediyor. Mayıs ayı içerisinde Refah'taki çadır kentte düzenlenen saldırılar bunun bir başka örneği oldu. Aralarında kadın ve çocukların olduğu 45 masum insan hayatını kaybetti.

Daha evvel savaş ve soykırım suçlarının cezalandırılması için Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) nezdinde İsrail'in işlemiş olduğu suçlarla ilgili yaptığımız başvuruda "soykırım kastı" kavramının üzerinde durarak, bu kastın varlığının delili olan fiilleri ve açıklamaları ortaya koymuştuk. UCM Savcılığı'nın, aralarında Devlet Başkan'ının da bulunduğu bazı İsraili yetkililer hakkında tutuklama talep ederken ortaya koyduğu hukuki değerlendirmede "soykırım suçu"nun unsurlarına yer vermemiş olmasının ne denli büyük bir eksiklik olduğu, Refah'taki saldırılardan sonra bir kez daha görölmüştür.

Daha önceki başvurularımızda ve açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere, Filistinlilere karşı en ağır insanlık suçları işlenmektedir. Uluslararası hukukun, çocuklar ve masum siviller hayatlarını kaybettikten sonra failleri cezalandırması, adaletin yerine gelmesini sağlamayacaktır. Aslolan soykırım kastının varlığının artık daha da belirgin olduğu insanlığa karşı suçların derhal engellenmesidir.

*

Dergimizin bu sayısında her biri birbirinden değerli on iki makale yer alıyor. Anonim Şirketlerde Oy Hakkı, Cumhurbaşkanlığı Hükümet

Sistemi, Teminat Amacıyla Kambiyo Senedi Düzenlenmesi, Üniversite Genel Sekreterliği Kurumu, İş Kazaları, Sosyal Güvenlik Hukukunda Bireysel Başvuru, Özel Hastane Hekimlerinin Hukuki Statüleri, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, Yükseköğretim Disiplin Soruşturmaları, Yasal Önalım Hakkı, Trafik Sigortası Teminat Limiti temalarını işleyen makaleleriyle dergimize katkı sağlayan yazarlara, hakemlere ve yayınlarımızın sizlere ulaşmasını sağlayan Türkiye Barolar Birliği Dergisi çalışanlarımıza teşekkür ediyorum.

Saygılarımla

Av. R. Erinç SAĞKAN

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI BAĞLAMINDA “FETÖ/PDY DAVALARI” “FETÖ/PDY CASES” IN THE CONTEXT OF THE RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY

Tolga ŞİRİN*

Özet: Türkiye, 15 Temmuz 2016’da gerçekleşen darbe girişiminden sonra bir olağanüstü hâl süreci yaşadı. Türkiye’nin tarihi açısından büyük öneme sahip bu tarihsel kesitte, darbe girişiminin sorumlusu sayılan “Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması” (“FETÖ/PDY”) ile irtibatı ve iltisakı bulunduğu iddiasıyla çok sayıda kişi hakkında soruşturmalar açıldı, yargılamalar yapıldı ve mahkûmiyet kararları verildi. Makalenin amacı bu yargılama süreçlerinin bilançosunu çıkarmaktır. Makale, bu bilançooyu, Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı merceğiyle odaklanarak yapmaktadır.

Anahtar Kelimeler: FETÖ/PDY, 15 Temmuz Darbe Girişimi, OHAL, Kişi Özgürlüğü

Abstract: Turkey has been under a state of emergency since the coup attempt on 15 July 2016. During this period, which is of great significance for Turkey’s history, investigations were launched, trials were held and convictions were handed down against a large number of individuals for their alleged belonging, affiliated or linked to the “Fetullahist Terrorist Organisation/Parallel State Structure” (“FETO/PDY”), which is considered responsible for the coup attempt. The aim of this article is to draw up a balance sheet of these proceedings. The article does so by focusing on the judgements of the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights through the lens of the right to liberty and security of person.

Keywords: FETÖ/PDY, 15 July Coup Attempt, State of Emergency, Right to Liberty

* Doç Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, tolga.sirin@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7172-5426, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.05.2024, Kabul Tarihi: 31.07.2024

GİRİŞ

15 Temmuz 2016 tarihi, Türkiye açısından önemli kırılma günlerinden biridir. Kendilerini “Yurtta Sulh Konseyi” olarak adlandıran bir grup asker tarafından bu tarihte gerçekleştirilen askerî darbe girişiminden sonra Türkiye’de bir kez daha olağanüstü hâl (OHÂL) ilan edildi. 21 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen OHÂL iki yıl sürdü. Bu süreçte Türkiye’nin uluslararası ilişkileri, iktisadi politikası ile iç ve dış güvenlik politikası vb. pek çok konuda köklü bir değişiklik yaşandı. Tabii ki bu değişikliklerin hukuk alanında da kapsamlı bir yansıması oldu. Bu süreçte çok sayıda kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarıldı. Kamuoyunda “15 Temmuz yargılamaları” olarak bilinen çok sayıda dava gündeme geldi. Darbe girişiminin arka planında “Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması” (FETÖ/PDY) isimli bir terör örgütünün olduğunun mahkeme kararlarıyla tespit edilmesi üzerine, terörle mücadele tedbirleri yeni bir boyut kazandı. Bu yeni boyutun yargı kararlarında da karşılıkları oldu.

Dava sayısındaki niceliksel yığılma bir yandan, OHÂL’den kaynaklı istisna rejimin sınırlarının nereden çizileceği sorunu diğer yandan Türk yargısının üzerindeki basıncı arttırdı. Bu basınç karşısında özellikle Anayasa Mahkemesi’ne (AYM veya Mahkeme) yaşamsal bir rol düştü. Mahkeme, ilkin iki üyesinin FETÖ/PDY üyesi olduğu kuşkusuyla görevden alınması,¹ sonra da OHÂL KHK’lerine dönük yeni içtihadî açılımı² uyarınca çok sert eleştirilerle muhatap oldu.³ Öyle ki o dönemde AYM’nin etkili bir hukuk yolu olmadığı savı çokça işlendi, hatta kendisini bir bakıma lağvettiği dahi ileri sürüldü. Bu bağlamda FETÖ/PDY davalarında (örgüt üyeliği ve örgüte yardım vb. suçlamalarıyla ilgili ceza yargılamalarında) AYM’nin tarafsız bir tutum takınacağı, Anayasa’ya uygunluğu etkili biçimde yapmayacağı savı da çokça duyuldu.

¹ “Anayasa Mahkemesi Üyeleri Alparslan Altan ve Erdal Tercan’ın Meslekten Çıkarılmasına İlişkin Gerekçeli Kararın Basın Duyurusu”, Anayasa Mahkemesi, 09 Ağustos 2016, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/duyurular/anayasa-mahkemesi-uyeleri-alparslan-altan-ve-erdal-tercan-in-meslekten-cikarilmasina-iliskin-gerekceli-kararin-basin-duyurusu/> (Erişim Tarihi: 05.01.2023)

² AYM, E.2016/167, K.2016/160, 12/10/2016, § 22-23.

³ Bu konuda ayrıca bkz. Fazıl Sağlam, “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2018, C. 7, S. 13, s. 21-102.

Bu makale, sadece son sav üzerinde duracaktır. Yani makalenin odağındaki temel soru, AYM'nin FETÖ/PDY yargılamalarında nasıl bir yaklaşım sergilediğidir. Bu soru, tüm haklar yönünden değil, şimdiye değin içtihadı yığılmanın bulunduğu kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden yapılacaktır.

Makalede kullanılacak yöntem, klasiktir. AYM'nin konuyla ilgili içtihadı resmî arama motorundan taranmış ve bu tarama sonucunda bulunan bulgular, tutarlılık filtresinden geçirilerek kategorilendirilmiştir.

Bulgular, Anayasa'nın 19'uncu maddesinin fıkra sıralamasına göre aktarılacaktır.⁴ Makale, içtihadı tarama ve bu bulguların sistematize edilmesi esasına dayandığı için literatür kaynaklarından ziyade karar odaklı bir metot kullanılacaktır.

I. TUTMANIN HUKUKİLİĞİ (MD. 19/3)

Tutmanın hukukiliği sorunu, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan müdahalenin kanunda öngörülen koşullara uygun olup olmadığıyla ilgilidir. Anayasa'nın (m. 19/3) suç nedeniyle tutmalar konusundaki çerçevesi şöyledir:

⁴ Anayasa'nın m. 19/1 hükmü "Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir" demektir ve bu hüküm bir "kapsam" belirlemesi meselesini ortaya koyar. Kapsamın bu konu özelinde ele alınması gerekmemektedir. Anayasa'nın m. 19/2 hükmü "Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz." biçimindedir. Bunun konumuzla ilgili yönü "hüküm özlü tutukluluk"tur. AYM, mahkûmiyete bağlı tutmanın hukuka aykırı olduğu, kanun yolu aşamasında tahliye taleplerinin veya resen tutukluluk incelemelerinin yapılmaması gibi "bir mahkûmiyete bağlı olarak" tutuklulukla ilgili şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğu sonucuna varmaktadır. Bu konuda FETÖ/PDY davalarında özgü bir farklılık yoktur. Örneğin bkz. A.Y., B. No: 2019/38819, 19/1/2023, § 14. Bu nedenlerle, makalede ilk iki fıkra atlanacaktır.

“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir.”

Bu hukuksal koşul, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) “tutuklama nedenleri” başlıklı md. 100 hükmüne yansımıştır. Buna göre:

“Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.”

Dikkat edilirse Anayasa’nın “kuvvetli belirti” dediği yerde CMK “kuvvetli suç şüphesi” kavramını kullanmaktadır. Fakat AYM’nin tutmanın hukukiliğini incelemekle yükümlü olduğu akılda tutulduğunda Mahkeme’nin önüne gelen usulüne uygun olarak alınmış her tutukluluk kararını, “kuvvetli suç şüphesi” yönünden de inceleyebileceği, en azından bu konudaki derece mahkemesi çıkarımının Anayasa’daki “kuvvetli belirti” kavramına uygun, ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konulup konulmadığını denetleyebileceğini kabul etmek gerekir.⁵ Konuya böyle bakıldığında “kuvvetli suç şüphesi” ile “kuvvetli suç belirtisi” kavramlarının, farklı yollardan (farklı inceleme ölçütleriyle) aynı kapıya çıktığını söyleyebiliriz. Bu aynı kapıya çıkış, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde (İHAS) yer alan “makul kuşku” kavramıyla da örtüşmektedir. Zira AYM ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin (İHAM) konuya bakışında tam bir koşutluk vardır. Hâl böyleyken bu üçlünün ortak anlamı veya gerekliliği “objektif bir gözlemciyi, başvuruların yasadışı bir örgüte üye olma suçunu işlemiş olabilecekleri konusunda ikna etmek için yeterli ve somut olguların ortaya konulması”⁶ şeklinde ortaya koyulmaktadır.

Bu belirlemeden başka burada, özgürlükten yoksun bırakmanın tek biçiminin tutuklama olmadığını kaydetmek gerekir. Suç isnadı altındaki bir kişinin kaçmasını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla yakalanması veya konutu terk etmeme gibi adli kontrol tedbirlerine de tabi kılınması mümkün olabilir. Ana-

⁵ Hanefi Avcı, B. No: 2013/2814, 18/6/2014, § 67.

⁶ Kavala/Türkiye, B. No: 28749/18, 10/12/2019, §127.

yasa bu türden müdahaleler için açık bir ölçüt ortaya koymuş olmasa da Anayasa'nın anılan hükmünün uluslararası hukuka uygun ve özerk yorumu bizi, az önce zikredilen ölçütlerin bu müdahaleler için de geçerli olduğu sonucuna ulaştırır. Dolayısıyla tutmanın hukukiliği bağlamında "kuvvetli belirti" ölçütü sadece tutuklama için değil, yakalama/gözaltı veya konutu terk etmeme kararları için de bir gereklilik sayılmalıdır.

AYM, uygulamasında özellikle yakalama/gözaltı için "kuvvetli suç belirtisi" değil, "somut belirti" kavramını kullanmakta⁷ ve gözaltı için yeterli olmayan bir belirtinin tutuklama için evleviyetle geçerli olmadığını söyleyerek iki kavramı birbirine yaklaştırmaktadır.⁸ Bu nedenle, bu başlık altında tutmanın hukukiliğine dair içtihat yakalama, gözaltı, konutu terk etmeme ve tutuklama müdahalelerinin hepsi için ortak bir yaklaşımla ele alınacaktır. Bu ortak yaklaşımı yansıtmak ve ayrımı gidermek için "tutma" kavramı kullanılacaktır.

A. "Kuvvetli Suç Belirtisi"

Kuvvetli suç belirtisi kavramı, CMK'de şüphe düzeyine dönük spesifik bir hükmün bulunmadığı gözaltı ve konutu terk etmeme kavramları için önem taşır. AYM'nin anılan ölçütü bu tedbirler için de kullandığını söylemiştik. İçtihatla ağırlık konutu terk etmeme ve tutuklama müdahaleleriyle ilgilidir. Bu noktada ortaya çıkan soru şudur: Acaba hangi belirtiler/deliller suça dönük kuşku için kuvvetli sayılmış hangileri sayılmamıştır?

1. İletişim Araçları

FETÖ/PDY üyeliğiyle ilgili yargılamalarda iletişim araçlarına ilişkin deliller fazlasıyla kullanılmıştır. Bu bağlamda özellikle öne çıkan delil, "Bylock" isimli programın kullanılmasıdır. Bu program, mesajlaşma, elektronik postayla haberleşme, grup oluşturma, sesli görüşme, görüntü/belge gönderebilme gibi hizmetler sunmakta ve diğer haber-

⁷ Bkz. Hasan Akboğa [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019, § 53.

⁸ Örneğin bir kişinin "çalıştığı kurumun yaptığı ihbar" veya "arabasında Fetullah Gülen'e ait kitapların bulunması" gözaltı için "somut belirti" koşulunu karşılar sayılmamıştır. Sırasıyla bkz. V.Ç., B. No: 2020/39693, 18/10/2022, § 15; Şevket Tayfur, B. No: 2020/11133, 16/3/2023, § 19-23.

leşme programlarının indirildiği yerlerden telefonlara indirilebilmektedir. Fakat Yargıtay'a göre programın bazı ayırt edici yönleri, onu diğer programlardan farklılaştırmaktadır. Şöyle ki program, (i) ticari amaç güdülerek hazırlanmayıp (ödemeler dahil) anonimlik temelinde kullanılmıştır, (ii) kullanıcı bilgileri ve iletişim güvenliği özel olarak (birden fazla IP adresi kiralanmış, iletişime geçmek için mutlaka karşı kullanıcının adının/kodunun ve sistem tarafından atanan ya da atanması kullanıcıdan istenen bir şifrenin de bilinmesinin gerekmesi, karşılıklı ekleme olmaksızın iletişime geçilme imkânı olmaması, e-posta özelliğinin kapalı devre çalışması, kurulum ve onay süreçlerinin zor ve özel bilgi içermeyecek biçimde olması, programın belli bir süre sonra silinmesi, sunucu ve iletişim verilerinin kriptolu saklanması, VPN vasıtasıyla erişime zorlaması vs.) korunmaktadır, (iii) küresel nitelikte değil Türkiye'ye dönük (kullanıcılarının ve yapılan engellemelerin büyük bir kısmı Türkiye menşeli kullanıcılarla ilgili olması, kaynak kodların Türkçe olması, erişim engelleme üzerine yapılan sorgulamaların büyük kısmının Türkiye'den olması vs.) yapılmıştır, (iv) ilk kullanıcıları da dahil olmak üzere kullanıcılarının büyük kısmı FETÖ/PDY örgüt üyeliğinden yargılanmaktadır ve bu programın örgütsel haberleşme aracı olduğu farklı bağlamlarda beyan/tespit edilmiştir.⁹ Burada özet geçtiğimiz öğelerden hareketle Yargıtay, Bylock isimli programını kullanılmasını, örgüt üyeliği açısından bir delil saymaktadır.¹⁰

Yargıtay, bu belirlemeyi yapmakla birlikte bu programın kullanılıp kullanılmadığına dair kuşkuvarın da giderilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre örneğin (i) sanığın ByLock kullanıcısı olduğunun teknik ve bilirkişi raporlarıyla tespit edilip edilmediği, (ii) ilgili GSM hatlarının, ByLock kullanıldığı tespit edilen tarihlerde sanık adına kayıtlı olup olmadığı ve aktif hâlde bulunup bulunmadığının belirsiz kaldığı, (iii) bu programın sanığın iradesi dışında kullanıldığı veya sanık tarafından kullanılmadığı iddialarının giderilmediği (zira "Morbeyin" uygulamaları nedeniyle iradeleri dışında ByLock sunucusuna bağlandığı tespit edilen kişiler mevcuttur) veya (iv) diğer user-ID numaralarını kullanan kişiler hakkında bir soruşturma veya kovuştur-

⁹ Ayrıntılar için bkz. Ferhat Kara [GK], B. No: 2018/15231, 4/6/2020, § 23-67.

¹⁰ Ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26/9/2017 tarihli ve E.2017/16.MD-956, K.2017/370 sayılı kararı.

ma bulunup bulunmadığının araştırılmadığı hâllerde, sanık aleyhine yapılan çıkarımları bozmaktadır.¹¹ Söz konusu yaklaşım, Anayasa Mahkemesi tarafından sorunsuz görülmektedir.¹² AYM, Yargıtay'ın çıkarımını tutarlı saymakta, bu içtihadta açık ve bariz bir takdir hatası görmediği için de bu takdire karışamayacağı sonucuna varmaktadır. AYM'nin bu gibi davalardaki ilkesel tutumu şöyledir:

“[ByLock uygulamasının] özelliklerine ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma mercilerinde yapılan tespit ve değerlendirmeler göz önüne alındığında kişilerin bu uygulamayı kullanmalarının veya kullanmak üzere elektronik/mobil cihazlarına yüklemelerinin soruşturma makamlarınca FETÖ/PDY ile olan ilgi bakımından bir belirti olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu belirtinin derecesi elbette söz konusu uygulamanın ilgili kişi tarafından kullanılıp kullanılmadığı, kullanım şekli, kullanım sıklığı, haberleşme yapılan kişilerin FETÖ/PDY içindeki konumu ve önemi, haberleşmenin içeriği gibi hususlara bağlı olarak her somut olayda farklı olabilir. Bununla birlikte darbe teşebbüsüyle veya FETÖ/PDY ile ilgili olarak yürütülen soruşturmalarda, soruşturma makamlarınca veya tutuklama tedbirine karar veren mahkemelerce, ‘ByLock’un kullanılmasının ve/veya kullanılmak üzere elektronik/mobil cihazlara yüklenmesinin somut olayın koşullarına göre suçun işlendiğine dair ‘kuvvetli belirti’ olarak kabul edilmesi, anılan programın özellikleri itibarıyla temelsiz ve keyfi bir tutum olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla ‘ByLock’ kullanıcısı olduğu belirtilen başvurucular (...) bakımından bu yönüyle de suç şüphesine ilişkin kuvvetli bir belirtinin bulunduğu sonucuna varmak gerekir.”¹³

AYM’yi bu sonuca ulaştıran faktörlerin en dikkat çekenini, kanaatimizce, örgüt üyelerince kullanılan ve kullanıldığı ikrar edilen bu programın kullanılması için özel ve ek bazı bilgilere sahip olmanın gerekesidir.

“Yargı kararları ile adli ve teknik raporlarda belirtildiğine göre ByLock programının indirilmesi, mesajlaşma/haberleşme için yeterli değildir. Kayıt esnasında öncelikle kullanıcının bir kullanıcı adı ile parola üretmesi gerekmektedir. Haberleşme/mesajlaşma için ise kayıt sırasında kullanıcılarca belirlenen ve kullanıcıya özel olan kullanıcı adı/kodunun bilinmesi ve arkadaş ekleme işleminin

¹¹ Ferhat Kara [GK], § 104-105.

¹² Aydın Yavuz ve diğerleri, [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, § 106, 267

¹³ Aydın Yavuz ve diğerleri § 267-268; Ramazan Bayrak, B. No: 2016/22901, 7/2/2019, § 90.

karşı tarafça onaylanması zorunluluğu vardır. Karşılıklı ekleme olmaksızın iletişime geçilme imkânı bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarında ByLock tespit ve değerlendirme tutanağının kişinin hukuki durumunun belirlenmesi bakımından önemli olduğu belirtilmiştir. Anılan tutanak, ByLock sunucusunda kaydı olan kullanıcının user-ID numarası, kullanıcı adı ve şifre bilgileri ile sunucuda tespit edilen log kayıtları gibi verilerin ve varsa mesaj/e-posta içeriklerinin çözümünü, bu kişinin kurduğu ya da katıldığı gruplara kayıtlı diğer kullanıcıların birbirleriyle olan ilişkisini ortaya koyan bir belgedir. Kararlarda, kişinin örgütsel gizliliği sağlama ve haberleşme amacıyla ByLock sistemine girdiğinin ve bu sistemi kullandığının kanıtlanmasında ByLock tespit ve değerlendirme tutanağı ve CGNAT kayıtlarını içeren belgelerin önem taşıdığı belirtilmektedir.”¹⁴

Sonuç itibarıyla Anayasa Mahkemesi ByLock’un (başvurucu tarafından kullanıldığı sabit¹⁵ ise) mahkûmiyet için tek veya belirleyici delil olarak kullanıldığına ilişkin iddiaları “kanun yolu şikâyeti” niteliğinde saymakta ve bu nitelikteki başvuruları reddetmektedir.¹⁶

Anayasa Mahkemesi’nin ByLock konusundaki katı tutumu, diğer programlar ve iletişim araçları yönünden geçerli değildir. Örneğin M.G. kararına konu olan olayda başvurucudan ele geçirilen dijital materyallerde “Kakaotalk, Coco, CoverMe” ve “Threema” uygulamalarına ait kalıntılar tespit edildiğini belirtmiştir. Fakat Anayasa Mahkemesi “başvurucunun bu programları yükleyip yüklediği ve örgütsel amaçlı faaliyetlerde kullanıp kullanmadığına dair bir tespit bulunmadığı”nın anlaşıldığı; bu nedenle anılan kalıntıların, başvurucunun FETÖ/PDY ile bağlantılı bir suç işlediğine dair kuvvetli belirti olarak değerlendirilmeyeceği sonucuna varmıştır.¹⁷

¹⁴ Ferhat Kara [GK], § 156.

¹⁵ Örneğin kişinin aynı binada oturduğu komşularının kendisine ait olan kablosuz internet ağından faydalandıkları durumda bu programa kimin girdiğinin belirli olmadığı bir vaka için bkz. Orhan Şahna, B. No: 2016/50948, 9/1/2020, §64. Keza başvurucuya ait olduğu ifade edilen bir elektronik posta adresinde bu uygulamaya ait izler bulunduğu belirtilmişse de kapsamı ve mahiyeti anlaşılamayan bu izlerin başvurucunun söz konusu uygulamayı kullandığını ya da yüklediğini ortaya koymadığı bir örnek için bkz. Mustafa Österzi [GK], B. No: 2016/14597, 31/10/2019, § 109.

¹⁶ Ferhat Kara [GK], § 161.

¹⁷ M.G., B. No: 2018/13901, 11/2/2021, § 46.

Anayasa Mahkemesi içtihadında, konuyla ilgili bir diğer yığılma, örgüt üyesi olan veya olduğundan kuşku edilen kişilerle, herkes tarafından kullanılan iletişim araçlarıyla irtibat kurulmasıyla ilgilidir. Mahkeme, bu türden iletişimin kuvvetli suç şüphesi oluşturabileceği kanaatinde fakat söz konusu irtibat, kişinin örgütsel konumuna dair somut bilgi, vaka veya olgularla (örneğin telefon görüşmelerinin örgütsel bir ilişki çerçevesinde yapıldığını veya münhasıran örgütün liderleriyle yapıldığını gösteren somut verilerle) birlikte bir suç şüphesi oluşturabilir.¹⁸ Nitekim AYM, FETÖ/PDY'nin "sivil imamları" oldukları iddiasıyla haklarında soruşturma yürütülen bazı kişilerin kullandıkları cep telefonları ile başvuru konusunun kullandığı cep telefonunun farklı tarihlerde aynı baz istasyonundan sinyal aldığı bilgisinin "kuvvetli suç belirtisi" sayılmasını temelsiz ve keyfî bir yaklaşım saymamaktadır.¹⁹ Fakat bu düzeyde bir ilişki yoksa ve bunu destekleyen somut tanık beyanları da mevcut değilse aynı sonuca ulaşmamaktadır. Başka bir deyişle Mahkeme, terör örgütü üyesi olan veya üyesi olduğundan kuşku edilen²⁰ kişilerle (eşler de dâhil olmak üzere²¹) "irtibat" kurulduğunun tespitini tek başına, terör örgütü üyeliğine dair "kuvvetli belirti" saymamaktadır.²²

Konunun net biçimde anlaşılması için aktarmak gerekirse; mesela FETÖ/PDY şüphelileriyle telefon görüşmesi yapıldığına dair baz istasyonu (HTS analizi) raporu, tek başına terör örgütü üyeliğine dair kuvvetli bir belirti değildir.²³ Bu türden kayıtların, açılan soruşturma ile ilişkisi mutlaka kurulmalı ve söz konusu telefon görüşmesinin örgütsel görüşme olduğuna dair illiyet ilgili ve yeterli gerekçelerle somutlaştırılmalıdır. Aksi hâlde bir hâkimin, (kendisiyle aynı işyerinde çalışan fakat sonradan FETÖ/PDY şüphelisi olduğu anlaşılan) diğer meslektaşlarıyla²⁴ veya bir avukatın suç şüphelisi müvekkilleriyle telefon görüşmesi²⁵ dahi kuvvetli suç şüphesi sayılacak; bu yolla kişi-

¹⁸ Mustafa Özterzi, § 106; Zafer Özer, B. No: 2016/65239, 9/1/2020, § 62.

¹⁹ Örn. bkz. Edat Yücel Seyhan, B. No: 2016/16204, 26/9/2019, § 95.

²⁰ Nitekim bazı vakalarda şüpheli kişiler de beraat etmiştir. Özlem Dalkıran [GK], B. No: 2017/35203, 21/1/2021, § 98.

²¹ Ramazan Söyler, B. No: 2017/4807, 22/7/2020, § 51.

²² İdil Eser, B. No: 2017/35560, 11/3/2021, § 54; Hakan Büyükbacı, B. No: 2017/19121, 21/7/2020, § 52; Murat Özbek, B. No: 2017/2845, 9/6/2020, § 53; Zehra Perk, B. No: 2017/25979, 10/6/2020, § 50.

²³ N.D., B. No: 2016/21990, 9/1/2020, § 63.

²⁴ A.K., B. No: 2017/7858, 27/11/2019, § 63; K.Ş., B. No: 2016/70773, 7/11/2019, § 44.

²⁵ B.G., B. No: 2020/36865, 21/6/2023, § 43.

nin özgürlüğünden mahrum bırakılması söz konusu olacaktır.²⁶ Oysa AYM’ye göre böylesi durumlarda, görüşmelerin özel maksatla yani örgütsel bağ içinde yapılan görüşmeler mi yoksa yargısal görevin ve işin gereği mi olduğu sorusunun net biçimde yanıtlanması lazım gelmektedir. Bu sorunun yanıtlanmaması durumunda, işi gereği polis, jandarma, hâkim ve savcılarla veya müvekkilleriyle muhatap olan kişilerin, salt bu kişilerin ihraç edilmiş olmasından mütevellit suçlu hâle gelmesi olasılığına kapı aralanmış olacaktır.²⁷ Oysa bir kişinin meslektaşlarına danışması veya onlardan nasihat alması hayatın olağan akışının pekâlâ bir parçasıdır.²⁸

Olağan iletişim araçlarına dönük bu belirleme, sadece telefon görüşmeleriyle sınırlı değildir. Kişilere Whatsapp mesajı veya SMS gelmesi de tek başına örgüt üyeliğine kanıt değildir. Anayasa Mahkemesi, FETÖ/PDY üyesi olduğundan kuşkulanan kişilerle Whatsapp aracılığıyla yazışma (ilgili yazışmada başvurucuya dönük “Senin FETÖ’cü olmadığını biliyoruz.” şeklindeki yazışma içeriği de vardır) yapılmasını²⁹, üçüncü bir kişinin Whatsapp aracılığıyla gönderdiği ve FETÖ/PDY propagandası niteliğini taşıdığı düşünülen bir PDF dosyasının (“Gerçeğin peşinde 15 Temmuz 2016” başlıklı) akıllı telefonda mevcut bulunmasını³⁰ veya cep telefonuna FETÖ/PDY ile irtibatlı sayılan dernek veya bankalardan (Kimse Yok Mu Derneği ve Bank Asya’dan) SMS gelmesini³¹ terör örgütü üyeliği suçlaması karşısında tutuklamaya yeter “kuvvetli suç belirti” koşuluna uygun bir gerekçe görmemektedir.

Son olarak, kişilerin bazı internet sitelerine girmesi ve sosyal medya sitesinde genel geçer paylaşımlarda bulunmasının da örgüt üyeliğine dönük kuvvetli belirti gerekçesi sayılmadığını kaydetmek gerekir. Bu bakımdan; Türkçe Olimpiyatları ve mahlube isimli bir yemeğe ilişkin görselleri paylaşmak³² veya internet geçmişindeki verilere göre

²⁶ Oysa örneğin başvurucunun tutuklanmasından sonra ev taşıma işlemlerini FETÖ/PDY bağlantılı şahısların yaptığı iddiası da illiyet için yetersiz sayılabilir. Bkz. Mustafa Mutlu, B. No: 2017/3121, 10/6/2020, § 50.

²⁷ Mustafa Açı, B. No: 2016/66638, 3/7/2019, § 61.

²⁸ B.G., § 43.

²⁹ Mustafa Açı, § 60.

³⁰ Ümit Çiftçi, B. No: 2019/5753, 26/5/2021, § 50-51.

³¹ İ.C., B. No: 2016/41492, 13/2/2020, § 64.

³² Harun Erdoğan, B. No: 2017/27588, 22/7/2020, § 58.

örgütün propagandasını yaptığı bilinen sosyal medya hesaplarının ve internet sitelerinin takip edilmesi, buralarda paylaşılan bazı ses ya da video kayıtlarını izlenmesi, haber ve yorumların okunması³³ tek başına, örgüt üyeliğiyle ilişkilendirilebilecek nitelikte sayılmamıştır.

2. Belgeler

15 Temmuz yargılamaları bakımından dikkat çekici hususlardan biri de kişilerin evlerinde, iş yerlerinde veya arabalarında bazı belgelerin bulunmasının terör örgütü üyeliği için kuvvetli suç şüphesi sayılmasıdır. Kuşkusuz, yapılan aramalarda örgütsel belgelerin bulunması kuvvetli suç şüphesi oluşturur. Fakat böylesi durumlarda, erişilen doküman ile örgüt arasındaki bağ güçlü olmalıdır. İlliyet kurulamayacak türden dokümanlardan böylesi çıkarımlar yapmak, Anayasa'ya aykırıdır. AYM'ye göre örneğin "F serisinden bir dolar bulundurmak"³⁴, "bazı sayfaları yırtılmış, Nisa Suresi'nin bazı ayetleri işaretlenmiş bir Kur'an-ı Kerim bulundurmak"³⁵, cep telefonunda veya bilgisayarında FETÖ/PDY ile irtibatlı ve iltisaklı olduğu düşünülen bir kişinin röportajını ve "Adalet ve Kalkınma Partisinden istifa ettikten sonra yurt dışına çıkan ve hakkında FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan soruşturma yürütülen eski bir milletvekilinin istifası sırasındaki açıklamaları"³⁶, Fetullah Gülen'e ait (internet sitesi içerik gezintisi sırasında kaydedilmiş) fotoğrafları³⁷ bulundurmak tek başına, terör örgütü üyeliğine dönük "kuvvetli suç belirtisi" gerekçesi olarak kullanılamaz.

3. Ekonomik Faaliyetler

15 Temmuz yargılamaları sırasında kişilerin terör örgütü üyeliğine dönük kuvvetli suç şüphesi sayılan olgulardan biri de Bank Asya isimli bankaya para yatırılması olmuştur. Yasalara göre kurulmuş ve 18 Temmuz 2016 tarihinde kapatılmasına kadar hukuka uygun olarak

³³ Mustafa Özterzi, § 114.

³⁴ Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, § 146; Hamza Uluçay, B. No: 2017/23465, 14/9/2021, § 62; Mehmet Ali Şelli, B. No: 2017/12880, 4/11/2020, § 49.

³⁵ Bu Kur'an-ı Kerim başvuruçuya, ceza infaz kurumunda bulunduğu sırada, yakınları tarafından getirilmiştir. Ali Aktaş, B. No: 2016/14178, 17/7/2019, § 54.

³⁶ A.S., B. No: 2016/21966, 9/1/2020, § 116.

³⁷ A.L., B. No: 2016/63999, 9/1/2020, § 63; Recep Baş, B. No: 2017/22400, 18/11/2020, § 46.

çalışan bu bankaya para yatırılmasının suç delili sayılmasının nedeni, FETÖ/PDY liderinin veya yöneticilerinin Bank Asya’ya para yatırma çağrısı yapmış olmasıdır.

Derece mahkemeleri pek çok vakada para yatırma eylemini örgüt üyeliğine delalet ettiği kanısına varmıştır. Anayasa Mahkemesi de yine pek çok kararında bu yaklaşımı paylaşmıştır.³⁸ Ne var ki Mahkeme’nin bu bağlamdaki tutumu, soyut ve kategorik değildir. AYM’ye göre kişinin bu bankada “kendisine ait hesabının olmasının örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirilmesi ancak bunun terör örgütünden alınan bir talimat uyarınca gerçekleştiğinin ortaya konulması hâlinde mümkündür.”³⁹ Örneğin AYM’ye göre “FETÖ/PDY lideri Fetullah Gülen’in örgüt üyelerine yönelik olarak “Bank Asya’ya para yatırılması” çağrısını yaptığı 25/12/2013 tarihinden sonra başvurusunun da bu çağrıya uyarak mevcut hesabına 4.000 TL yatırması” diğer verilerle birlikte kuvvetli suç belirtisini ortaya koymaktadır.⁴⁰ Yani AYM’ye göre kişilerin⁴¹ Bank Asya hesaplarında herhangi bir mblağ bulunmamasına rağmen örgüt liderinin talimatı sonrasında ciddi miktarda para artışının olduğu hâllerde bu bir “kuvvetli suç belirtisi” sayılabilir.⁴² Buna karşılık, örgüt liderinin çağrısından önce açılan ve işletilen hesaplarda, bu tarihten sonra da olağan hareketliliğin aşırı yüksek olmayan miktarlarda ve olağan (örneğin kira bedeli gibi) para yatırma/çekme işlemleriyle sınırlı gerçekleştiği hâllerde hesap hareketliliği “kuvvetli suç belirtisi” sayılmayacaktır.⁴³ Bu çıkarım, kişinin

³⁸ Metin Evecen, B. No: 2017/744, 4/4/2018, § 59; Ali Biray Erdoğan, B. No: 2016/16189, 18/4/2018, § 40; Mehmet Fatih Süzer [GK], B. No: 2016/68269, 18/7/2018, § 49; Aziz Mahmut İstegün, B. No: 2017/32195, 6/2/2019, §§ 59, 62; İsmail Şahan, B. No: 2016/54509, 28/11/2019, § 62, 63; Muammer Koçan, B. No: 2016/56282, 26/9/2019, § 81; Resul Darama, B. No: 2018/251, 18/7/2019, § 48; Cengiz Türkmen, B. No: 2016/43843, 3/7/2019, § 18, 55

³⁹ İ.C., § 62.

⁴⁰ Resul Çomoğlu, B. No: 2017/8756, 26/9/2019, § 68.

⁴¹ Kişilerin, eşleri adına para yatırması açısından da sonuç aynıdır. Bkz. Selçuk Özdemir, B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 35.

⁴² Metin Evecen, § 59; Ali Biray Erdoğan, § 40; Mehmet Fatih Süzer, § 50; Cengiz Türkmen, § 55.

⁴³ Örneğin İhsan Yalçın kararında davaya konu süreçte başvurusunun ay sonu itibarıyla en yüksek hesap bakiyesi 1.920 TL’dir ve hesaba yatan kira bedelleri (yaklaşık 600-650 TL) de başvuru tarafından birkaç gün içinde çekilmiştir. İhsan Yalçın, § 53-54.

annesinin⁴⁴ veya eşinin⁴⁵ hesapları açısından da geçerlidir. AYM'ye göre "başvurucunun eşinin hesabının bulunması olgusunun başvuru yönünden örgütsel bir faaliyet olarak kabul edilmesi ve bu anlamda örgütsel ilişki bakımından kuvvetli suç belirtisi olarak kabulü mümkün" değildir.⁴⁶

Öte yandan, uygulamada ekonomik faaliyetler yönünden özellikle MASAK tarafından gönderilen kayıtlarda kişilerin FETÖ/PDY soruşturmalarında adları geçen kişilere para transferi yapmasının da tutuklamalarda kuvvetli suç şüphesi sayıldığı görülmektedir. Oysa AYM'ye göre böylesi EFT işlemleri eğer yüksek bir meblağ değilse⁴⁷ veya mesai arkadaşları arasında tasarruf amaçlı yapılan gün parası vb. kapsamında olduğu görülebiliyorsa⁴⁸ bu durumda da para aktarımı örgütsel faaliyet için kuvvetli suç belirtisi gerekçesi olamaz. Benzer biçimde kişinin kurban derisini FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu gerekçesiyle kapatılan bir derneğe ("Kimse Yok Mu Dayanışma ve Yardımlaşma Derneği") bağışlaması da kuvvetli suç belirtisi olamaz.⁴⁹

4. Mesleki Faaliyetler

15 Temmuz yargılamalarının dikkat çekici yönlerinden biri, kişilerin mesleki faaliyetlerinin de bu yargılamalarda fazlasıyla odağa alınmış olmasıdır. Gerçi 15 Temmuz darbe girişiminin devletin içine "sızılması" yoluyla gerçekleştirildiği dikkate alındığında bu doğaldır. Fakat bu noktada dahi sınırın netleştirilmesi önem taşır. Anayasa Mahkemesi, bu sınırı çizmeye gayret göstermiştir. Bu bağlamda dikkat çeken içtihat, kişilerin FETÖ/PDY ile irtibatlı/iltisaklı görülerek idari yaptırıma çarptırılmasının veya kamu görevinden çıkarılmış olmasının tek başına terör örgütü üyeliği açısından kuvvetli suç belirtisi gerekçesi

⁴⁴ Annesinin tanık beyanları da başvuru lehine açıklamalar içermektedir. Bkz. Orhan Şahna, § 67.

⁴⁵ İ.C., § 62.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Örneğin Şaban Apak kararında birer defa 70 TL ve 350 TL miktarlarında para aktarma söz konusudur. Şaban Apak, B. No: 2017/36028, 18/11/2020, § 54.

⁴⁸ Tuncer Çaycı, B. No: 2017/7656, 3/6/2020, § 52. Bu vakada kişilerin aylık birbirlerine sıralı olarak gönderdikleri para miktarının aynıdır.

⁴⁹ R.Ü., B. No: 2017/38574, 3/12/2020, § 70.

sayılamayacağıdır.⁵⁰ AYM bu noktada -özellikle örgütün kriminalize bir yapı olduğunun kamu kurumları tarafından dile getirildiği ve örgütün bu yönünün kamuoyu tarafından da bilinmeye başlanmasından sonra başvuru konusunun örgütle iribatının devam ettiğine dair bir olgu ortaya konulması koşulunu aramaktadır.⁵¹

Bilindiği gibi, 15 Temmuz’dan sonraki OHAL sürecinde çok sayıda kamu görevlisi meslekten çıkarılmıştır. Fakat bunların içinde kamuoyunun en çok dikkatini çeken kategorilerden biri meslekten çıkarılan yargı mensuplarıdır. Bu konuda yayımlanan bir rapora göre 3 bin 940 hâkim-savcı meslekten çıkarılmıştır.⁵² Bu durum, söz konusu hâkimlerin kararlarının hukukiliğini tartışmaya açmış, ayrıca bu yargıçların örgüt üyesi olup olmadığı sorgulanmıştır. Bu bağlamda derece mahkemeleri, hâkimlerin geçmişteki muhalefet şerhlerini⁵³ veya kimi yargılamalarda aleyhine adil yargılama yapmadığına dair şikâyet dilekçelerinin varlığını⁵⁴ örgüt üyeliği için kuvvetli suç şüphesi saydıklarını gözlemlemekteyiz. Fakat Anayasa Mahkemesine göre bu veriler, yargıcın örgütsel saikle hareket ettiğine dönük başkaca olgular olmadan bir “kuvvetli suç belirtisi” sayılamaz.⁵⁵

Yargıçların salt kararlarından ötürü örgüt üyesi sayılamaması konusundaki içtihat, FETÖ/PDY üyesi olmakla itham edilen bir kişi tara-

⁵⁰ Yusuf İltar, B. No: 2017/27069, 4/11/2020, § 52; Yahya Karlı, B. No: 2017/34534, 26/5/2021, § 54. Görevden uzaklaştırma veya kamu görevinden ya da meslekten çıkarma şeklindeki idari kararların niteliğini dikkate alarak bu kararların verilmesinin karara muhatap olan kişilerin suç işlediklerine dair kuvvetli belirtinin bulunduğu anlamına gelmediği sonucuna varılan kimi örnekler için bkz. Mustafa Baldir, B. No: 2016/29354, 4/4/2018, § 70; Mustafa Açı, § 54; E.A., B. No: 2016/78293, 3/7/2019, § 57; Ali Aktaş, § 53; Mustafa Österzi, § 104; Keza bkz. Erdi Orman, B. No: 2017/24079, 11/2/2021, § 45; Kadir Tanrikulu, B. No: 2017/5916, 18/11/2020, § 44. Taner Şentürk, B. No: 2017/19405, 22/7/2020, § 53; Ramazan Söyler, § 50; Ercan Özdemir, B. No: 2017/22632, 3/11/2020, § 48.

⁵¹ A.E., B. No: 2017/19621, 4/11/2020, § 52, Yusuf İltar, § 52; Mehmet Ali Şelli, § 46; Mustafa Baldir, § 70; Mustafa Açı, § 54; E.A., § 57; Ali Aktaş, § 53; Mustafa Österzi, § 104; Zafer Özer, § 58; M.O., B. No: 2016/22180, 10/6/2020, § 45.

⁵² “OHAL’de 108 Bini Aşkın Kişi İhrac Edildi”, Voice of America, 15/09/2017. <https://www.voaturkce.com/a/ohal-de-108-bini-askin-kisi-ihrac-edildi/3944976.html> (Erişim tarihi: 25/12/2023).

⁵³ B.P., B. No: 2017/7804, 3/12/2020, § 58-59.

⁵⁴ Recep Baş, § 45.

⁵⁵ Keza bkz. Ümit Özkan, B. No: 2017/78, 4/11/2020, § 64

findan organize edilen resmî yurt dışı gezisine katılma⁵⁶, FETÖ/PDY üyesi olduğu şüphesiyle yargılanan kişilerce organize edilen HSYK seçimlerine dönük çalışmalara -pasif biçimde⁵⁷- katılma⁵⁸ gibi durumlar için de aynı şekilde geçerlidir. Bu içtihat, hâkim-savcılarla sınırlı değildir. Pekâlâ bir avukatın, FETÖ/PDY üyeliği şüphesiyle yargılanan müvekkillerinin ifadelerinde hazır bulunması, duruşmalarına sanık müdafii olarak katılması ve serbest meslek makbuzu düzenlemesi gibi etkinlikleri tek başına örgütsel faaliyet sayılamaz.⁵⁹

Söz konusu içtihat, yargısal nitelik arz etmeyen mesleki faaliyetler için de geçerlidir. Örneğin A. C. kararına konu olan olayda başvuru eski Mardin valisidir. Başvurucunun görev yaptığı dönemde Valilik koordinatörlüğünde İl Emniyet Müdürlüğü Toplum Destekli Polislik Büro Amirliğince yürütülen Sosyal Destek Programı Projesi (SODES) kapsamında verilecek eğitimlerle ilgili ihalelerde yolsuzluk yapıldığı iddia edilmiş ve bu projelerle FETÖ/PDY'ye finansman sağlandığı iddiasıyla soruşturmalar yapılmıştır. Bu bağlamda sorun, başvuru bu usulsüzlüklerle kurulacak illiyetinin terör örgütü üyeliği açısından da geçerli sayılıp sayılmayacağı olmuştur. AYM'nin yaklaşımı önceki yaklaşımla koşuttur:

“Anılan proje kapsamındaki bir kısım faaliyetlerin ve bu bağlamda ihalelerin FETÖ/PDY'ye gelir temin etmek ve bu örgüte finansal destek sağlamak amacıyla gerçekleştirildiği ve bu kapsamda başvuru da imzasını taşıyan belgelerde birtakım usulsüzlüklerin bulunduğu ifade edilmiştir. Ancak başta tutuklama kararı olmak üzere soruşturma belgelerinde söz konusu faaliyetler ile FETÖ/PDY arasındaki ilişkiye dair olguların yanı sıra başvuru eylemlerinin bu örgüte destek olma gayesi ile icra edildiğine yönelik olguların etraflı bir şekilde ifade edildiğini söylemek oldukça zordur. Buna göre tutuklama tedbirinin hukukiliğinin ön şartı olan başvuru suç işlediğine dair kuvvetli belirtinin -Anayasa Mahkemesi'nin inceleme ölçütlerine uyumlu olarak- ideal bir şekilde ortaya konulması söz konusu olmamak[tadır].”⁶⁰

⁵⁶ Mustafa Özterzi, § 106; Recep Baş, § 47.

⁵⁷ AYM'ye göre “HSYK seçim sürecinde örgütsel ilişki çerçevesinde söz konusu adaylar lehine propaganda faaliyetinde bulunmanın veya seçim çalışmalarına katılmanın yargı mensupları hakkında FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlar bakımından yürütülen soruşturmalarda önemli bir olgu”dur. Bkz. Zafer Özer, § 61.

⁵⁸ Ömer Çıtak, B. No: 2016/58614, 12/1/2021, § 55-56. Keza bkz. Ersin Kızılay, B. No: 2016/28555, 10/6/2020, § 51.

⁵⁹ B.G., § 43.

⁶⁰ A.C., B. No: 2016/64868, 27/2/2020, § 67-68.

Mesleki faaliyetler kapsamında gibi görünse de eylemlerin örgüte destek olma gayesi ile icra edildiğine yönelik olguların etraflı bir şekilde ifade edildiği yerde sonuç farklı olacaktır. Örneğin bir rektörün, rektör yardımcısının, dekanın veya yüksek okul müdürünün örgüt ile irtibatı olmayan diğer akademisyenleri, kadro vermeyerek, disiplin soruşturmaları açarak sindirmeye yönelik faaliyette bulunması, görüntüde idari takdir içindeymiş gibi olsa da özünde örgütün kadrolaşma faaliyetinin bir parçası olduğu kuşkusuz yaratabilir.⁶¹

5. Abonelikler/Üyelikler

15 Temmuz yargılamalarında, kişilerin kimi hukuki örgütlenmelere üye olması veya bazı ticari kurumların hizmetlerine abone olması, terör örgütü üyeliği açısından birer kuvvetli suç şüphesi sayılmıştır. Bu bağlamda özellikle dikkat çeken bağlam, sendikal özgürlüklerle ilgilidir. AYM, Aktif-Sen isimli sendika açısından spesifik bir belirlemede bulunmuştur:

"FETÖ/PDY'nin özellikleri, eğitime verdiği önem, Aktif-Sen'in bu yapılanmayla olan bağlantısına ilişkin olgular, başvuruçunun bu kurumda yöneticilik yaptığı dönem ile bu süreçte FETÖ/PDY ile ilgili ülke genelinde yaşanan olgular birlikte değerlendirildiğinde başvuruçunun söz konusu Sendikada yöneticilik yapmasının FETÖ/PDY ile örgütsel bir ilişki içinde olduğuna ve dolayısıyla suç işlediğine dair kuvvetli bir belirti olarak kabul edilmesinin temelsiz ve keyfi bir yaklaşım olduğu söylenemez."⁶²

Bu belirlemeden anladığımız şey, terör örgütüyle bağlantılı olduğuna dair tespit bulunan sendikanın yöneticisi⁶³ olmanın terör örgütüyle ilişki yönünden kuvvetli belirti sayılabileceğidir. Fakat bu türden belirlemelerin sendikanın sıradan üyeleri için de yapılabilmesi kuşkuludur. AYM'nin önüne, salt sendika üyesi olduğu için tutuklanmaktan yakınan bir başvuru gelmiş görünmemekle birlikte sendika üyelerinin tutuklandığı bağlamlarda hep ek faktörlerin devreye girdiği izlenmek-

⁶¹ Sedat Laçiner, B. No: 2016/47628, 12/2/2020, § 46-47. Bir dekan özelinde bkz. Ömer Ulukapı, B. No: 2017/17771, 17/7/2018, § 44-46.

⁶² Ali Şeker, B. No: 2016/68962, 20/9/2018, § 60.

⁶³ Benzer çıkarım, FEM Dershanesi'nin yöneticisi ve ortağı olan bir başvuruçunun için de yapılmıştır. Bkz. Recep Uygun B. No: 2016/76351, 12/6/2018, § 46-47.

tedir.⁶⁴ Fakat diğer ticari aboneliklere dönük kararlardan ve Yargıtay içtihatlarından, sıradan ve pasif bir sendika üyesi olmanın tutuklama için haklı sayılmayacağı çıkarımını yapabiliriz. Şöyle ki Yargıtay, kişilerin örgütle bağlantılı gazete veya dergilere abone olmalarının örgütsel bir faaliyet olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.⁶⁵ AYM de temsilciler/yöneticiler için haklı saydığı⁶⁶ tutuklama tedbirini, (Zaman gazetesine⁶⁷ ve Tivibu isimli televizyon platformuna⁶⁸) aboneler için haklı saymamaktadır. AYM'ye göre abone olanlara değil, bunlara abone yaptırmaya çalışan kişilere yoğunlaşılması gerekir. Zira bu faaliyetin örgütsel yönünün bulunması çok daha olasıdır.⁶⁹

Söz konusu içtihat, Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) gibi meslek örgütleri⁷⁰ yahut Yıllık Albüm Kurulu gibi kurullar⁷¹ veya Çemişgezek Gençlik ve İnovasyon Derneği gibi memleket dernekleri ya da Munzur Gençlik ve Spor Kulübü gibi spor kulüpleri için de uygulanmıştır.⁷² AYM'ye göre yasal yapılara üyeliklerin terör örgütü üyeliği için kuvvetli suç belirtisi sayılmasının koşulu, bunun terör örgütünden alınan bir talimat uyarınca gerçekleştiğinin ortaya konulmasıdır.⁷³

6. Eğitim Geçmişi

15 Temmuz yargılamalarında, kişilerin terör örgütü üyesi olmakla itham edilmesinde kullanılan dikkat çekici bir diğer faktör, kişilerin

⁶⁴ Örn. bkz. Resul Darama, B. No: 2018/251, 18/7/2019; Rağıp Çimen, B. No: 2017/20253, 22/7/2020.

⁶⁵ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/5167, K.2019/3211; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2017/3174, K.2019/2244; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2019/6400, K.2020/139.

⁶⁶ Zaman Gazetesi özelinde bkz. Mustafa Ünal, B. No: 2017/21149, 28/11/2018, § 62-63. STK'lar konusunda bkz. Murat Kılıç, B. No: 2016/21201, 19/11/2019, § 51-52.

⁶⁷ Sait Ayaz, B. No: 2016/35488, 30/9/2020, § 49.

⁶⁸ Mustafa Açı, § 60.

⁶⁹ Sait Ayaz, § 49. AYM, "Zaman gazetesi ve Samanyolu TV'ye ilişkin olarak yapılan bazı soruşturma işlemlerini protesto amacıyla yapılan etkinliklere katılmanın da bu süreçte ülke genelinde yaşanan gelişmeler karşısında başvurucu ile FETÖ/PDY arasında örgütsel bir ilişki bulunduğu yönünde kuvvetli belirti" sayılabileceği kanaatindedir. Ali Şeker, B. No: 2016/68962, 20/9/2018, § 61. Bu belirleme, eğer tek başına kabul edilirse toplanma özgürlüğü açısından tartışmalıdır.

⁷⁰ Ümit Özkan, § 62.

⁷¹ B.P., § 58-59.

⁷² Ahmet Ali Ala, B. No: 2020/5156, 10/3/2021, § 41.

⁷³ Mustafa Özterzi, § 105

eğitim geçmişleri ve başarıları olmuştur. AYM de bu yaklaşımı bir ölçüde paylaşmaktadır fakat şu kaydın altını kalınca çizerek: Mahkemeye göre FETÖ/PDY ile bağlantılı okul veya dershanelerde öğrenim görmek, “ancak bunun örgüte yardım etme, finansal destek sağlama ya da örgütsel eğitiminden yararlanma gibi örgütsel gayelerle gerçekleşmesi hâlinde” örgütsel bir davranış olarak değerlendirilebilir.⁷⁴ Ne var ki böylesi somut bir bulgu yoksa sadece eğitim kurumuyla irtibatlanma örgüt üyeliğinin kuvvetli belirtisi sayılamaz. Bu bakımdan örneğin FETÖ/PDY ile irtibatlı/iltisaklı olduğu düşünülen dershaneler⁷⁵ veya okullarda⁷⁶ öğrenci olmak/çocuğunu bu kurumlara göndermek⁷⁷, bu nitelikteki yurtlarda/evlerde kalmak⁷⁸ veya kimi sohbetlere katılmış olmak,⁷⁹ belli sınavlarda⁸⁰ veya sicil değerlendirmelerinde⁸¹ başarılı notlar almak, yurt dışında görevli olarak çalışmak ve yüksek lisans yapmak⁸² tek başına bir “kuvvetli suç belirtisi” gerekçesi sayılmamıştır. Bu yaklaşım, akademik başarıyla girilen kurumlarla ilişkili olarak da geçerlidir. AYM’ye göre, kişinin bir sınavın neticesinde kamu hizmetine girdiği hâllerde de örneğin bu kurumun “örgütün aktif elemanları tarafından tamamen işgal edilip ele geçirildiği” belirlemesinden hareketle kişinin örgüt üyesi olduğu çıkarımı yapılamayacaktır.⁸³

⁷⁴ İhsan Yalçın, B. No: 2017/8171, 9/1/2020, § 49; Şahin Binici, B. No: 2017/30993, 1/7/2020, § 38.

⁷⁵ Sait Ayaz, § 48.

⁷⁶ İhsan Yalçın, § 49; Recep Baş, § 48.

⁷⁷ Talip Demirezen, B. No: 2017/25941, 9/7/2020, § 59; L.A., B. No: 2016/75064, 26/5/2021, § 56; Ş.B., § 38. Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin yerleşik kararları da aynı yöndedir. Bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/7220, K.2019/3659; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/6390, K.2019/2961; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/5527, K.2019/2206.

⁷⁸ 2005 ve 2011 yıllarından önce yurtlarda kalma konusunda bkz. Zehra Perk, §51; Kadir Konuk, B. No: 2017/4721, 23/6/2020, § 55; Orhan Şahna, § 65. Ayrıca bkz. Funda Şahin, B. No: 2017/2851, 9/6/2020, § 55; Taner Şentürk, § 54.

⁷⁹ Yusuf İltar, § 52.

⁸⁰ Soruşturmada başvurucuya girdiği bir sınavda (KPSS/genel yetenek-genel kültür) 90 üzeri net yaptığı ve diğer şüphelilerle aynı soruya aynı yanlış cevabı verdiği iddiasıyla suç isnat edilmiştir. Soruşturma kapsamında başvurucunun örgütsel bir ilişki içinde olduğuna, doğru veya yanlış yaptığı soruların örgüt tarafından kendisine verildiğine veya para karşılığı aldığına, sorulara hazırlanılan ortamlarda bulunduğuna ilişkin delil ve anlatım mevcut değildir. Bkz. Yahya Karslı, § 57.

⁸¹ A.E., §52

⁸² Bünyamin Alper Eşki, B. No: 2016/22697, 3/6/2020, § 48.

⁸³ Kadir Ağladıoğlu, B. No: 2016/27577, 9/6/2021, § 48.

7. Tanık Beyanları

Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında, kişilerin tanık beyanlarıyla tutuklanmasının mümkün olabileceğini anlıyoruz. Örneğin *Selçuk Özdemir* kararında FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan bazı şüphelilerin ifadelerinde, hâkim olarak görev yapmakta olan başvurucunun FETÖ/PDY ile irtibatının olduğuna ve bu yapılanmaya mensup olduğuna yönelik anlatımlarını başvurucu yönünden suç şüphesini doğrulayan kuvvetli bir belirti olarak kabul etmiştir.⁸⁴ Bu içtihat, askeri personelle ilgili olarak da uygulanmıştır. Örneğin *Hasan Kayran* kararındaki şu paragraf bunu doğrulamaktadır:

“Soruşturma dosyasında SG'nin yürütülen soruşturmalar kapsamında tanık sıfatıyla verdiği ifadede, yardımcı askerî savcı olarak görev yapmakta olan başvurucunun FETÖ/PDY ile irtibatının olduğuna ve bu yapılanmaya mensup olduğuna yönelik anlatımda bulunduğu görülmektedir. Bu itibarla başvurucu yönünden suç şüphesini doğrulayan kuvvetli belirtilerin bulunduğu görülmektedir.”⁸⁵

Gerçi bu olayda tanık anlatımlarının yanı sıra, başvurucunun adının Yurtta Sulh Konseyi tarafından yayımlanan Sıkıyönetim Direktifi'nin ekinde yer alan Sıkıyönetim Mahkemeleri Görevlendirme Listesi'nde de yer alması da dikkate alınmıştır.⁸⁶ Diğer pek çok olayda da tanık beyanlarından hareketle ulaşılan veya bunu destekleyen başka somut veriler mevcut olmaktadır.⁸⁷

Bu veriler, bazen çok güçlü olabileceği gibi, bazen genel bağlamdan ötürü kuvvet kazanabilir. Güçlü ve nesnel veriye örnek olarak *Oktay Yıl* kararını gösterebiliriz. Bu vakada, gizli tanık beyanlarının yanı sıra tanığın sunduğu bir Micro SD kart, kuşkuyu güçlendirmiştir. AYM'ye göre:

Micro SD kart içinde FETÖ/PDY tarafından emniyet personeli ile ilgili tutulan kayıtların bulunduğu ve örgüt perspektifiyle örgüte bağlılık düzeyine göre emniyet personeline bazı kodların verildiği belirtilmiştir. Veri İnceleme Raporunda, başvurucunun “FETÖ üyesi olan, sadakati ve bağlılığı olan ancak bazı konuları sorgulayan ve zaafî olan kişi-

⁸⁴ Selçuk Özdemir, § 75; benzer yöndeki karar için bkz. Metin Evecen, § 58

⁸⁵ Hasan Kayran, B. No: 2016/68864, 26/9/2019, § 63.

⁸⁶ Hasan Kayran, § 64.

⁸⁷ Selçuk Özdemir, § 75; Metin Evecen, § 58; Recep Uygun, § 43; İsmail Çıtak, B. No: 2016/78629, 28/11/2019, § 52.

leri” ifade eden B4 koduyla kodlandığı açıklanmıştır. FETÖ/PDY’nin neredeyse ülkedeki tüm kamu kurumlarında örgütlendiği ancak Türk Silahlı Kuvvetleri, emniyet birimleri, yargı organları ve istihbarat birimlerinde örgütlenmeye özel bir önem verdiği ve bu yerlerin *mahrem alanlar* olarak ifade edildiği bilinmektedir. Yine FETÖ /PDY’nin bu alanlarda görev yapan mensuplarının örgüt içindeki yapılanmada sivil imamlara bağlı olarak faaliyette buldukları birçok soruşturma ve kovuşturma belgesinde ifade edilmiştir. Bu kapsamda emniyet müdürü olarak görev yapmakta olan başvurucu hakkındaki Veri İnceleme Raporuna esas dijital verinin (Micro SD kartın) FETÖ/PDY’nin emniyet teşkilatından sorumlu sivil imamları tarafından ülke çapında emniyet personeli hakkında düzenlenmiş olan birtakım kayıt ve kodları içerdiğinin ve bir gizli tanık tarafından soruşturma mercilerine verildiğinin belirtilmesi karşısında bu dijital veri içinde yer alan başvurucuyla ilgili bilgi ve olguların somut olayın koşullarında FETÖ/PDY ile başvurucu arasında örgütsel bir ilişki bulunduğuna -dolayısıyla başvurucunun suç işlediğine- dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesinin temelsiz ve keyfi olduğunun kabulü mümkün değildir.”⁸⁸

Nesnel olarak güçlü olmasa da bağlama göre tanık delilini güçlendiren deliller de olabilir. Buna örnek de *Eren Erdem* kararı olacaktır. Bu kararda, gazeteci ve sonradan milletvekili olan başvurucunun yaptığı kimi haberler bağlamsal olarak dikkate alınmıştır. AYM bu olayda söz konusu haberlerin, FETÖ/PDY mensubu olduğu ifade edilen ve haklarında bu örgütle bağlantılı suçlardan soruşturma, dava ve mahkûmiyet kararları bulunan bazı polis görevlilerince temin edilen bilgi ve belgelere dayandığını, keza kimi verilerin FETÖ/PDY ile bağlantılı bir kuruluşta çalışan biri tarafından gizlilik içinde sunulduğuna dair tanık anlatımları olduğunu kaydetmiş ve şöyle bir çıkarım yapmıştır:

“Bu itibarla Karşı gazetesinde yayımlanan haberlerin konusu, içeriği ve bağlamı ile bu haberlere konu olaylara ilişkin olarak soruşturma mercilerinin ve yargı organlarının tespit ve değerlendirmelerinin yanı sıra haberlere ilişkin bilgi ve belgelerin başvurucuya ulaştırılma şekline ve bunların haberleştirilmesi sürecine ilişkin tanık ve şüpheli anlatımları birlikte göz önüne alındığında bütün bu olguların başvurucu yönünden suç işlediğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesinin temelsiz ve keyfi bir yaklaşım olarak kabulü mümkün değildir.”⁸⁹

⁸⁸ Oktay Yıl, B. No: 2016/76785, 13/2/2020, § 47-48. Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. Ulvi Kün, B. No: 2016/72052, 10/12/2019, § 40

⁸⁹ Eren Erdem, B. No: 2019/9120, 9/6/2020, § 153.

AYM pek çok kararında “tanık anlatımlarının kişinin örgütsel bağlantısına veya hangi örgütsel eylemlerde bulunduğuna ya da başvuru konusunun örgütsel konumuna ilişkin herhangi bir vaka veya olguya dayanmaması dolayısıyla kişisel kanaatin açıklanması niteliğinde olduğu, bu anlamda yargı makamlarının denetim yaparak söz konusu beyanları doğrulamasına ya da çürütmesine imkân vermediği gerekçesiyle kuvvetli suç belirtisi olarak kabul edilemeyeceği” sonucuna ulaşmıştır.⁹⁰ Mahkemeye göre sadece “bilgi veya görgüye dayanan beyanların örgütsel bir faaliyet bakımından kuvvetli suç belirtisi olarak kabulü mümkün değildir.”⁹¹

Anayasa Mahkemesi’nin tanık anlatımları konusunda arar gördüğü ölçüt, anlatımların “yer, zaman, kişi ve eylem bilgileri ihtiva etmesi ve bu anlamda yargı makamlarına denetim yaparak söz konusu beyanları doğrulama ya da çürütme imkânı tanınmasıdır.”⁹² Ne var ki AYM’nin tanık beyanlarını tüm kararlarında aktardığı söylenemez. Kimi kararlarda, tanık beyanlarının suç “şüphesini doğrulayan kuvvetli belirti” niteliğinde olduğu kabul edilmiş ama bu beyanların ne olduğuna kararda açıkça yer verilmemiştir.⁹³ Dolayısıyla AYM’nin bu ölçütler ışığında bir denetim yapıp yapmadığını sınıyamamaktayız. Bu bir eleştiri olarak kaydedilmelidir.

AYM, diğer pek çok kararında ise bu beyanları aktarmıştır. Bunları taradığımızda; gizli veya açık tanıkların başvurucular hakkında örneğin, *inter alia*, devre toplantılarına katılıp himmet adı altında (maaşlarından kesinti dahil) yardım verdiğine,⁹⁴ 2014 HSYK seçimlerine FETÖ/PDY’nin desteklediği adayları desteklemek üzere aktif kampanya yaptığına⁹⁵ veya bu seçimlerde diğer yargıçlara talimatlar verdiğine,⁹⁶ Balyoz vb. davalarda talimatla iş yaptığına,⁹⁷ kod isim

⁹⁰ Çok sayıda karar içinde örneğin bkz. E.A., § 59; Ali Aktaş, § 56.

⁹¹ Ümit Çiftçi, §49; Yusuf İltar, § 59; M.G., §45; Rıza Barut, B. No: 2020/14339, 28/12/2021, § 74.

⁹² Recep Uygun, § 43.

⁹³ Mehmet Arı, B. No: 2016/22732, 10/1/2019, § 82; Ramazan Bayrak, § 91; Cengiz Türkmen, § 54.

⁹⁴ Metin Evecen, § 59.

⁹⁵ Selçuk Özdemir [GK], § 75.

⁹⁶ Ufuk Yeşil, B. No: 2016/21926, 17/4/2019, § 22.

⁹⁷ Ö.D., B. No: 2016/37804, 18/7/2018, § 46.

kullandığına,⁹⁸ katalog evlilikler yapıp örgüt evlerinde kaldıklarına,⁹⁹ örgütsel toplantılar organize ettiğine,¹⁰⁰ kimi yüksek lisans ve doktora programlarını daha kısa sürede bitirmelerinin sağlandığına,¹⁰¹ yurt dışına açılım kapsamında Azerbaycan imamlığı yaptığına,¹⁰² FETÖ/PDY tarafından organize edilen toplantı, piknik, kamplar ve konferanslar gibi çeşitli etkinliklere katıldığına,¹⁰³ örgüt üyesi olmayan akademisyenlere kadro vermeyip bu kişilere disiplin yaptırımları uygulattığına¹⁰⁴ dair beyanlarının bulunduğunu görüyoruz.

Bu vakalarda salt tanık beyanları kuvvetli suç belirtisi açısından makul sayılmış olsa da (iddiaların somut karşılığı/ doğruluğu araştırılmalı) diğer pek çok kararda, tanık beyanlarını destekleyen ek delillerin (Bank Asya hesabına 2014 Ocak ayında 40 bin TL yatırma,¹⁰⁵ örgüte ait olması nedeniyle kapatılan özel bir üniversitede ders verme, örgüt yöneticisi şüphelininin rektörlük seçim bürosunu ziyaret etme, çocuklarını örgütle irtibatlı okula gönderip Zaman gazetesine abone olma, örgütsel sohbetlere düzenli olarak katılma,¹⁰⁶ terör örgütüyle iltisaklı olduğu belirlenen özel bir okulda öğrenip görüp terör örgütüyle iltisaklı olduğu gerekçesiyle kapatılan bir derneğe üye olma ve örgüt yayınlarına abone olma,¹⁰⁷ cep telefonunda 15 Temmuz'un bir kurgudan ibaret olduğuna ve örgütü yıkmaya yetmeyeceğine dair mesajlar bulundurup yargıçlık yaparken hakkında tarafı yargılama yaptığına dair çok sayıda şikâyetin bulunması,¹⁰⁸ Yurтта Sulh Konseyi tarafından yayımlanan Sıkıyönetim Direktifi'nin ekinde yer alan Sıkıyönetim Mahkemeleri Görevlendirme Listesinde adının bulunması ve Van Jandarma Asayiş Kolordu Komutanlığı Askerî Savcılığı Van Sıkıyönetim Askerî Savcılığında yardımcı askerî savcı olarak görevlendirilmesi,¹⁰⁹

⁹⁸ Mustafa Mendes, B. No: 2018/1349, 30/10/2018, § 50.

⁹⁹ Şener Gülmedi, B. No: 2016/48072, 18/4/2019, § 57.

¹⁰⁰ Selim Öztürk, B. No: 2017/4834, 8/5/2019, § 64.

¹⁰¹ Uğur Gürses, B. No: 2016/16201, 3/7/2019, § 69.

¹⁰² İlhan İşbilen, B. No: 2016/3704, 29/5/2019, § 48.

¹⁰³ A.B. [GK], B. No: 2016/22702, 31/10/2019, § 99.

¹⁰⁴ Ömer Ulukapı, § 46.

¹⁰⁵ Ali Biray Erdoğan, § 39-40.

¹⁰⁶ Ömer Ulukapı, § 46.

¹⁰⁷ Mehmet Fatih Süzer [GK], § 48.

¹⁰⁸ Ö.D., § 46.

¹⁰⁹ Hasan Kayran, § 62-63.

telefonunda ByLock uygulamasının tespit edilmesi,¹¹⁰ HTS kayıtlarının incelenmesi sonucunda, FETÖ/PDY'nin sivil imamları olduğu belirtilen kişilerle bazı baz istasyonlarında ortak baz hareketliliğinin olduğu tespit edilip FETÖ/PDY ile iltisaklı kurum olduğu belirlenen bir dernekten seksen yedi kez mesaj almak suretiyle bu dernekle iletişim kurması,¹¹¹ meslekten ihraç edilip FETÖ/PDY kapsamında soruşturma geçiren kişilere para aktarımı yapılması,¹¹² konumları itibarıyla il imamı ve mütevelli heyeti mensubu olan çok sayıda şüpheli ile yoğun görüşme kaydının bulunup örgüt ile iltisaklı bir işyerinde çalıştığına dair Sosyal Güvenlik Kurumu kaydının bulunması¹¹³) de mevcut olduğunu da kaydetmek gerekir.

B. Meşruluk/Ölçülülük

Anayasa Mahkemesi, FETÖ/PDY davalarında özgürlükten yoksun bırakma müdahalelerini genellikle meşru ve ölçülü bulma eğilimindedir. Mahkeme'nin yaygın biçimde kullandığı kalıp şöyledir:

"Darbe teşebbüsü sırasında gerçekleşen vahim olayların toplumda oluşturduğu kaygı, teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY'nin örgütlenmesinin karmaşıklığı ve bu yapılanmanın arz ettiği tehlike, darbe teşebbüsüne ilişkin faaliyetler kapsamında ülke genelinde binlerce kişi tarafından icra edilen, suç oluşturabilecek nitelikteki on binlerce eylemin aynı anda işlenmesi, bunun yanı sıra çoğunluğu önemli yerlerde kamu görevlisi olan on binlerce şüpheli hakkında doğrudan darbeye ilişkili olmasa da FETÖ/PDY'ye mensubiyet nedeniyle ivedilikle soruşturma yapılması ihtiyacı birlikte dikkate alındığında soruşturma konusu olaylara ilişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmaların güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir. (...) Darbe teşebbüsüyle bağlantılı veya darbe teşebbüsüyle bağlantılı olmasa bile teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY ile bağlantılı kişilerin teşebbüs sırasında veya sonrasında ortaya çıkan kargaşadan yararlanmak suretiyle kaçma imkânı ve bu dönemde delillere etki edilmesi ihtimali normal zamanda işlenen suçlara göre çok daha fazladır. Diğer taraftan FETÖ/PDY'nin ülkedeki neredeyse tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ör-

¹¹⁰ Osman Berk, B. No: 2017/12608, 11/12/2019, § 51.

¹¹¹ A.B. [GK], § 99.

¹¹² A.Ş., B. No: 2016/80630, 12/2/2020, § 49.

¹¹³ İsmail Solmaz, B. No: 2017/15251, 12/2/2020, § 59.

gütlenmiş olması, yüz elliyi aşkın ülkede faaliyet göstermesi ve ciddi seviyede uluslararası ittifaklarının bulunması, bu yapılanma ile ilgili olarak soruşturmaya tabi tutulan kişilerin yurt dışına kaçmasını ve yurt dışında barınmasını büyük ölçüde kolaylaştıracaktır (...) Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçu, Türk hukuk sistemi içinde ağır cezai yaptırımlar öngörülen suç tipleri arasında olup (bkz. § 32) isnat edilen suça ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (...) Ayrıca anılan suç 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve kanun gereği *tutuklama nedeni varsayılabilen* suçlar arasındadır.”¹¹⁴

Bu belirleme, tutmanın meşruluğu açısından adeta standart gibidir. Öte yandan konu ölçülülük oluğunda AYM, şu kalıba başvurmaktadır:

“Terör suçlarının soruşturulması kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin -özellikle organize olanlar olmak üzere- suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye nedenabilecek şekilde yorumlanmamalıdır. Özellikle darbe teşebbüsüyle veya FETÖ/PDY'yle bağlantılı soruşturmaların kapsamı ve niteliği, FETÖ/PDY'nin özellikleri de -gizlilik, hücre tipi yapılanma, her kurumda örgütlenmiş olma, kendisine kutsallık atfetme, itaat ve teslimiyet temelinde hareket etme gibi- dikkate alındığında bu soruşturmaların diğer ceza soruşturmalarına göre çok daha zor ve karmaşık olduğu ortadadır.”¹¹⁵

Görüldüğü üzere AYM, bu zorluk ve karmaşıklık karşısında kuvvetli suç belirtisinin bulunduğu koşullarda müdahaleyi ölçülü sayma yönelimi göstermektedir. Fakat bu durumdan bazen sapmalar olabilmektedir. Örneğin OHAL ilanından birkaç ay sonra ByLock kullanıcısı olduğu kuşkusuyla gözaltına alınan bir kadının başvurucunun durumunun ele alındığı *Hicret Aksoy* kararında AYM (her ne kadar somut olayda gecikmesinde sakınca bulunduğu değerlendirmesinden hareketle mahkeme kararı olmadan yapılan gözaltı tedbirinde bir sorun görmese de) başvurucunun “*emzirilme çağında olan bakıma muhtaç bir yaşında bebeğinin olduğunu, kocasının tutuklu olduğunu, bebeğini teslim edeceği bir kişinin bulunmadığı...*”

¹¹⁴ Örn. bkz. Murat Arslan, B. No: 2018/15422, 22/7/2020, § 62-64 ve oradaki atıflar.

¹¹⁵ Örneğin bkz. İbrahim Uçar, B. No: 2020/9972, 9/2/2023, § 23 ve oradaki atıflar.

söyleminin göz ardı edilip özel durumunun dikkate alınmamasını ölçüsüz bulmuştur.¹¹⁶

AYM'nin bu bağlamda sorunlu gördüğü diğer kategori kişilerin tahliye edilip tekrar özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı hâllerle ilgilidir. Terör örgütü üyeliği veya terör örgütüne yardım suçlamasıyla ilgili yargılamalarda şüphelinin/sanığın bir defa kuvvetli suç şüphesi bulunduğu gerekçesiyle tutuklanmasından sonra tahliye edilmesi¹¹⁷ veya tedbirin adli kontrol tedbiri düzeyine düşürülmesi¹¹⁸ söz konusu olmuşsa -başta gerçekten kuvvetli suç şüphesinin gerçekten de bulunması veya bulunmamasından bağımsız olarak- tutuklamayı haklı çıkaracak yeni bir gerekçe sunulmadan kişinin tekrar tutuklanması Anayasa'ya aykırı bulunmaktadır.¹¹⁹

II. TUTULMA SEBEBİNİ ÖĞRENME HAKKI (MD. 19/4)

Anayasa'nın m. 19/4 hükmüne göre: *“Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu*

¹¹⁶ Hicret Aksoy, B. No: 2021/2107, 13/4/2022, § 65. Gözaltı tedbirinin ölçülü olmadığı bir durumda tutuklama tedbirinin de evleviyetle ölçülü olmadığı sonucuna da varılmıştır. Bu olayda tazminata hükmedilmemiş olması da ek bir ihlal nedeni sayılmıştır.

¹¹⁷ Yetkin Yıldız, B. No: 2018/3292, 23/6/2020, § 69; Yakup Çetin, B. No: 2018/15113, 11/3/2021, § 62; İlyas Tunç, B. No: 2018/13388, 18/11/2020, § 85 vd.

¹¹⁸ Ahmet Ali Ala, § 52. Somut olayda tanık İ.K. başvurusunun FETÖ/PDY ile irtibatlı olduğunu ve kod adı kullandığını ifade etmiştir (bkz. §§ 13, 18). Ayrıca başvurusunun örgüt içi atama ile uzun süre örgütle irtibatlı kurumlarda çalıştığı, yine örgütle irtibatlı bir kısım dernekte yöneticilik yaptığı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak söz konusu tanık beyanı ile bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde başvurucu yönünden suç şüphesinin varlığını doğrulayan belirtilerin dosya kapsamında bulunduğu yönündeki değerlendirmelerin keyfi ve temelsiz olduğu söylenemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi -bu konudaki Yargıtay kararlarına da değinerek- Didar Adak (B. No: 2017/13215, 10/3/2020, § 41-44) kararında başvurusunun tamamı örgüte ait okullarda yaklaşık yirmi yıllık bir süre ve tayine tabi konumda çalışma hayatı sürdürmesini dikkate alarak kuvvetli suç belirtisi olarak kabul etmiştir (benzer yöndeki değerlendirme için bkz. Hacı Karakurt, B. No: 2018/4064, 1/7/2020, § 46, 47).

¹¹⁹ Aktifhaber sitesindeki haberler bağlamında Yetkin Yıldız, §77. Habertürk sitesindeki haberler bağlamında Abdullah Kılıç, B. No: 2016/25356, 8/1/2020, § 84. Keza bkz. Cihan Acar, B. No: 2017/26110, 27/2/2020, § 74. Ayrıca bkz. Harun Kobak, B. No: 2016/60589, 27/2/2020, § 46.

suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.” Bu hükme aykırılık iddiaları, FETÖ/PDY yargılamaları sırasında nadiren de olsa AYM’nin önüne gelmiştir. Fakat bunların tamamında başvuru CMK m. 141 yoluna gitmedikleri için iddialar “başvuru yollarının tüketilmemesi” gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur.¹²⁰ Bu bağlamda bir sorun görmemekteyiz.

III. SÜRESİNDE HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI (MD. 19/5)

Anayasa’nın m. 19/5 hükmüne göre: “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. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hâl ve savaş hallerinde uzatılabilir.” 15 Temmuz’dan sonra ilan edilen OHAL sürecinde, 684 sayılı KHK (md. 10) ile gözaltı süresi, “şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yedi günü geçemez. Delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısı, gözaltı süresinin yedi gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir” hükmüyle 7 gün ve ek 7 gün biçiminde toplam 14 güne kadar uzatılmıştı.

Sürenin bu denli uzun olması, süresinde hâkim önüne çıkarılma hakkı bağlamındaki bireysel başvuruları seyrekletirmiş oldu. AYM’nin bu hak kapsamında verdiği tek ihlal kararı COVID-19 tedbirleri kapsamında olmuştur. B.G. vakasında başvuru, 11/9/2020 tarihinde yakalanıp gözaltına alınmış ve sonrasında COVID-19’a yakalanmıştır. Bu nedenle 14/9/2020 tarihinde salıverilen başvuru, istirahat raporlarının süresinin dolması sonrasında (21/10/2020 tarihinde) müdafii ile birlikte ilgili kolluk birimine başvurmuştur. Kolluğa ifadesinin alınmasının ardından serbest bırakılmayan başvuru, mevcutlu olarak Ankara Başsavcılığına sevk edilmiş, Başsavcılığının

¹²⁰ Kâmil Erdoğan, B. No: 2017/4023, 19/4/2018, § 36-37; Mustafa Demirhan, B. No: 2014/16855, 12/12/2018, § 27-28; Arif İbiş, B. No: 2014/16836, 12/12/2018, § 27-28; Ufuk Arslan, B. No: 2017/34473, 26/12/2018, § 81-83; Hüseyin Yıldırım, B. No: 2017/18386, 27/2/2020, § 53-54. İlkesel olarak bkz. Deniz Özfirat, B. No: 2013/7929, 1/12/2015, § 52, 53.

talebi üzerine yetkili Hâkimlik dosya üzerinden yaptığı inceleme sonunda adli kontrol tedbiri kapsamında başvuru konutunu terk etmeme yükümlülüğüne tabi tutulmasına karar vermiştir. Bu olayda AYM, gayet yerinde bir yaklaşımla, Anayasa m. 19/5'in yakalanıp gözaltına alınan kişinin soruşturma makamlarınca serbest bırakılmaması hâlinde en geç azami gözaltı süreleri içinde hâkim önüne çıkarılmasını emrettiğini hatırlatmış ve maddede geçen “hâkim önüne çıkarılır” ifadesini yorumlamıştır. AYM'ye göre bu ifade “hâkimliğin tutuklanması veya adli kontrol tedbir kapsamında konutunu terk etmeme yükümlülüğüne tabi tutulması istenen kişinin sorgusunu yapmasını ve hazırsa söz konusu kişinin müdafinin dinlenmesini gerektirir.”¹²¹ Bu olayda adli kontrol tedbirinin hâkim önüne çıkarılmadan verilmesi anılan hükme aykırı bulunmuştur.

AYM'nin bu çıkarımının, söz konusu güvencenin yakalama ile gözaltı işlemlerinin yargısal denetiminin ötesinde ve suç isnadıyla karşı karşıya kalan kişiye gözaltı sürecinde kötü muameleye uğrama riskine karşı güvenceler açısından da hayli önem taşımaktadır. Bundan COVID-19 kapsamında dahi sapılmamış olması bu güvencenin mutlaklığının altının çizilmesi bakımından takdire şayandır.

IV. YAKINLARINA BİLDİRME HAKKI (MD. 19/6)

Anayasa'nın m. 19/6 hükmünde “Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.” biçiminde bir güvence vardır. Bu türden bir hüküm İHAS'ın 5'nci maddesinde yoktur. AYM, buradan hareketle bu hakkında “ortak koruma” alanında yer almadığı sonucuna varmakta ve bu yöndeki başvuruları konu yönünden yetkisizlik ile sonuçlandırmaktadır.¹²² Kanaatimizce bu yöndeki savlar; ya (i) hâkim hukuku resen inceler ilkesi uyarınca aile yaşamına saygı hakkı kapsamında incelenebilir ya da belki zorlama sayılabilecekse de (ii) İHAS m. 53'te yer alan “Bu Sözleşme'deki hiçbir düzenleme, yüksek Sözleşmeciler tarafların hukuk düzeninde veya tarafı oldukları herhangi bir sözleşmede güvence altına alınan insan hak-

¹²¹ B.G., § 46. Tutuklama tedbirine başvurulmasında başvuru konutunun yapılması yönünden benzer değerlendirme için bkz. Emre Soncan, B. No: 2016/73490, 11/3/2020, § 56.

¹²² Osman Karaca, B. No: 2019/41752, 13/1/2021, § 80.

larını ve temel özgürlükleri kısıtlıyor veya bunlara ilişkin yükümlülüklerini azaltıyor biçiminde yorumlanamaz.” hükmü uyarınca doğrudan uygulama bulabilirdi.¹²³

V. MAKUL SÜREDE SERBEST BIRAKILMAYI İSTEME HAKKI (MD. 19/7)

Serbest bırakılmayı isteme hakkı Anayasa’da (m. 19/7) “*Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır*” biçiminde kaleme alınmıştır. Bu hak, tutuklu kişinin ilgili ve yeterli gerekçeyi öğrenme ve tutukluluğunun makul sürede kalmasını öğrenme hakkını içerir.

OHÂL sürecinde çıkarılan 694 sayılı KHK (m. 14), CMK’nın 102. maddesine bir ekleme getirmiştir. Buna göre kanunda en çok iki yıl olarak düzenlenen tutukluluk süresi için öngörülen üç yıllık genel uzatma süresi, TCK’nın yukarıda bahsi geçen bölümlerinde düzenlenen suçlar ile TMK kapsamındaki suçlar için beş yıla çıkarılmıştır. Böylelikle terörle bağlantılı suçlar bakımından azami tutukluluk süresi, 2+5 olmak üzere 7 yıla çıkmıştır. AYM bunda sorun görmediği gibi bu azami süreyi aşmayan tutukluk süreleri yönünden de bir ihlal sonucuna ulaşmamıştır. Örnek olsun ilk zamanlardaki 1 yıl 9 aylık tutukluluk makul sayılmış,¹²⁴ müteakiben, 2 yıl 4 ay 14 günlük,¹²⁵ 2 yıl 10 aylık,¹²⁶ 4 yıl 1 ay 13 günlük,¹²⁷ 4 yıl 8 aylık,¹²⁸ 4 yıl 10 ay 7 günlük¹²⁹ artan sürelerde de bir sorun bulunmamıştır. AYM, olağan zamanlardaki azami süreyi aşan 5 yıl 7 aylık¹³⁰ veya 5 yıl 11 aylık¹³¹ vakalarda dahi ihlal görmemiştir. En son *Kürşat Durmuş* kararında

¹²³ İç hukukta kişi özgürlüğü hakkına dönük getirilen bu ek güvencenin salt Sözleşme metninde açıkça düzenlenmemiş olmasından hareketle uygulanabilirliğini daraltmak, Sözleşme’nin özünde yer alan bir güvencenin daraltılması olarak görülebilir.

¹²⁴ Erdal Tercan [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018, § 212.

¹²⁵ Gültekin Avcı, B. No: 2015/17921, 10/1/2019, § 183.

¹²⁶ M.Ö. (2), B. No: 2017/20197, 9/5/2019, § 59.

¹²⁷ Metin Güneş, B. No: 2017/23083, 28/5/2019, § 78.

¹²⁸ Abdulhalim Sönmez ve diğerleri Başvurusu (2), B. No: 2015/7696, 3/4/2019, § 62.

¹²⁹ Yurt Atayün, B. No: 2017/34216, 29/5/2019, § 72.

¹³⁰ Nazmi Ardiç (2), B. No: 2018/18006, 4/11/2020, § 88.

¹³¹ Erkan Ünal, B. No: 2019/39894, 8/7/2020, § 53.

7 yıllık süreye yaklaşan 6 yıl 2 ay 7 günlük tutukluluk dahi makul sayılmıştır.¹³²

AYM'nin bu kararlardaki yaklaşımı genellikle şu gerekçeye dayanmaktadır:

“Başvurucunun bağlantılı olduğu iddia edilen örgütün özellikleri, bu örgütün yapılanmasının boyutu ve faaliyetlerinin niteliği, bu türdeki soruşturmanın yürütülmesinin diğer soruşturmalara göre zorluğu da dikkate alındığında Savcılık tarafından 979 mağdurun ve aralarında başvurucunun da olduğu 122 şüphelinin bulunduğu soruşturma yaklaşık bir buçuk yılda tamamlanarak kamu davası açılmıştır. Yargılamayı yapan İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi'nce düzenli aralıklarla ve en geç üç ay arayla toplam 158 duruşma yapıldığı, bu duruşmalarda sanıkların, katılanların ve tanıkların dinlendiği, diğer delillerin toplandığı görülmektedir. Bu itibarla genel olarak soruşturmanın ve davanın yürütülmesinde Savcılık ve derece mahkemelerince hareketsiz kalınan bir dönem olmadığı gibi yargılamada özensizlik gösterildiği de tespit edilmemiştir. (...) Başvurucu hakkındaki tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin hürriyetten yoksun bırakılmanın meşru nedenlerinin belirtilmesi bakımından ilgili ve yeterli olması, soruşturma/kovuşturma sürecinin zor ve karmaşık olması, soruşturma/kovuşturmanın yürütülmesinde bir özensizliğin tespit edilmemiş olması dikkate alındığında (...) tutukluluk süresinin makul olduğu sonucuna varılmıştır.”¹³³

¹³² Kürşat Durmuş, B. No: 2019/25369, 21/10/2020, § 48. “Öte yandan somut olayda Başsavcılıkça yürütülen soruşturma sonunda başvurucunun da aralarında bulunduğu 122 şüpheli hakkında devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, silahlı terör örgütünü kurma veya yönetme, suç uydurma, özel hayatın gizliliğini ihlal etme, hukuksal aykırı olarak kişisel verileri kaydetme, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçlarından düzenlenen iddianamenin Mahkemeye kabul edildiği ve kovuşturma aşamasının başladığı, 979 mağdurun ve 122 şüphelinin bulunduğu soruşturmanın yaklaşık bir buçuk yılda tamamlandığı görülmüştür. Yargılamayı yapan Mahkeme tarafından ise en geç otuz günde bir başvurucunun tutukluluk durumunun değerlendirildiği, düzenli aralıklarla ve en geç üç ay arayla toplam 217 duruşma yapıldığı, bu duruşmalarda sanıkların, katılanların ve tanıkların dinlendiği ve sair delillerin toplandığı belirlenmiştir. Bu itibarla genel olarak soruşturmanın ve davanın yürütülmesinde Savcılık ve derece mahkemelerince hareketsiz kalınan bir dönem olmadığı gibi yargılamada özensizlik gösterildiği de tespit edilmemiştir.” ibid § 47.

¹³³ Ömer Köse (2), B. No: 2017/34237, 23/10/2019, § 75-76.

Kanaatimizce ilk bakışta tutarlı gibi görünen bu içtihadattaki olası sorun, Mahkeme'nin FETÖ/PDY davalarına kategorik yaklaşması ve OHÂL KHK'sının getirdiği 7 yıllık azami sürenin bir nevi açık çek gibi algılanmasıdır. Bu konuda fabrikasyon değil, terzi dikimi bir yaklaşım önem taşır. Bu kuşku, anılan olaylarda vakanın o başvuru açısından kendine özgü niteliklerine dair ayrıntılı bilgi bulunmadığı için tereddüt yaratmaktadır.

VI. TUTUKLULUĞA İTİRAZ HAKKI (MD. 19/8)

Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca, hürriyeti kısıtlanan kişi kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına vardır. Bu hak, talebe bağlıdır ve tutukluluk hâlinin devamı kararlarına karşı yapılan itirazların incelenmesi sırasında uygulamaya bulur.¹³⁴ Bu talebe bağlı hakkın uygulanabilmesi için tutukluluğun devamı kararlarının kişiye tebliğ edilmesi gerekir. Bunun tebliğ edilmediği yerde ihlal ortaya çıkar. *Ayhan Işık* kararı, 15 Temmuz sürecinde bu tebliğin yapılmadığı ve kişinin bu hakkını kullanamadığı bir örneği yansıtır. AYM, kolaylıkla ihlal sonucuna ulaşmış, derece Mahkemesi'nin CMK m. 141 yolunda bu konuda bir tazminat hüküm bulunmadığı yaklaşımını da sorunlu saymıştır.¹³⁵ Bizce de CMK m. 141/1/a hükmünde yer alan “Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen” ifadesi, bu tazminat için uygun koşulu sunmaktadır.

Kişiye tutukluluğun devamı kararının tebliğ edilmesi bu hak için çok önemlidir ama hakkın ihlal edilmemesi için başka faktörler de devreye girmelidir. Zira bu hakka dönük temel güvencelerden biri, tutukluluğa karşı itiraz öncesinde ve bu itirazın hâkim/mahkeme önünde incelenmesi aşamasında hürriyetinden yoksun bırakılan kimseye tutmaya karşı itirazlarını etkili bir şekilde dile getirebilme ve bu bağlam-

¹³⁴ Mehmet Haberal, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 122, 123. Resen yapılan tutukluluğa devam incelemelerinin duruşmasız olması sorunu “konu bakımından yetkisizlik” kapsamında görülmektedir. Bkz. Gökhan Perçin, B. No: 2019/19332, 17/11/2022, § 30.

¹³⁵ Ayhan Işık, B. No: 2020/8401, 3/3/2022, § 55.

da savunma için gerekli imkân ve kolaylıklardan yararlanma fırsatının tanınmış olmasıdır.¹³⁶ 15 Temmuz sürecinde bu konuda tartışmalı uygulamalardan biri de tutukluların avukatlarıyla görüşmelerinin teknik araçlarla kayda alınması, infaz memurunun görüşmeyi izlemesi ve görüşme süresi ile belge alışverişinin sınırlandırılması olmuştur. Olağan dönemlerde bu uygulamanın bir ihlal yaratacağı gayet açıktır.¹³⁷ Fakat 667 sayılı KHK (m. 6) ile gelen bu ek müdahale bir OHAL tedbiridir. AYM, bu OHAL KHK'sı hakkında yaptığı incelemede bunu deragosyan hükümlerine (Anayasa m. 15) uygun saymış ve iptal etmemiştir.¹³⁸ Bu hüküm uyarınca OHAL sürecinde 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlarda sınırlamalar getirilebilecek fakat “sınırlamaların uygulanabilmesi, tutuklunun avukatıyla görüşmesinde toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve talimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimallerinden birinin varlığının Cumhuriyet savcısı kararıyla tespit edilmesi şartına” bağlanmıştır. AYM, bu sınırlamanın 2016 yılının Eylül ve Kasım ayları arasında, TMK kapsamındaki bir yargılamada Askerî hâkim ve Millî Savunma Bakanlığı Askerî Adalet İşleri Başkanlığında şube müdürü olan başvurucuya uygulandığı *Yasin Akdeniz* vakasında bu uygulamada sorun görmemiştir. AYM'ye göre bu uygulama sürekli kılınmamış, “hem darbe teşebbüsünden hem de FETÖ/PDY'den kaynaklanan tehdit ve tehlikenin devam

¹³⁶ *Yasin Akdeniz*, B. No: 2016/22178, 26/2/2020, § 63.

¹³⁷ Bkz. AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 92.

¹³⁸ AYM'ye göre; “i. darbe teşebbüsünün savuşturulmasından sonra da tehlikenin bir süre daha devam ettiğine yönelik olarak kamu makamlarınca yapılan açıklamalara ve bu bağlamda yaşanan olaylara, ii. Teşebbüsün devam ettiği süreçte ve sonrasında ülke genelinde darbe girişimiyle veya -darbenin arkasındaki yapılanma olan- FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu değerlendirilen kişiler hakkında başlatılan soruşturmalarda on binlerce şüphelinin gözaltına alınmasına ve tutuklanmasına (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 51, 350; Selçuk Özdemir [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 22), iii. Teşebbüsün ülkede terör saldırılarının yoğunlaştığı bir dönemde gerçekleşmesine, iv. Darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olan FETÖ/PDY'nin örgütlenmesinin boyutuna ve faaliyetlerinin özelliklerine (FETÖ/PDY'nin genel özelliklerine ilişkin olarak bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, § 26; yargı kurumlarındaki örgütlenmesine ve faaliyetlerine ilişkin olarak bkz. Selçuk Özdemir, § 22), v. Darbe teşebbüsünün ve FETÖ/PDY'nin millî güvenlik ve kamu düzeni üzerinde oluşturduğu tehdit ve tehlikenin büyüklüğüne bakıldığında bu tedbirler elverişli ve gereklidir.” Bkz. AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 93-108.

ettiği” sürece özgü ve istismarı hâlinde şikâyete tabi kılınacak biçimde uygulanmıştır. Dolayısıyla bir ihlal sonucuna varılmamıştır.¹³⁹

Bu süreçte tartışmalı uygulamalardan bir diğeri de tutukluluğun devamı kararlarının duruşmasız yapılması olmuştur. 667 ve 668 sayılı KHK’lar tutukluluk durumunun duruşma yapmadan dosya üzerinden incelenmesine olanak tanımıştır. Konu AYM önüne geldiğinde Mahkeme bu tedbirin “*darbe teşebbüsü sonrasında ülke genelinde darbe girişimiyle veya FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu değerlendirilen çok sayıda kişi hakkında soruşturma başlatılması ve bunların önemli bir bölümü hakkında tutuklama tedbirine başvurulması, bu soruşturmaların diğer ceza soruşturmalarına göre çok daha zor ve karmaşık olması, yargı organları ve soruşturma mercilerinin öngörülemez şekilde ağır bir iş yükünü yönetmek zorunda kalmaları, darbe teşebbüsünün savuşturulmasından hemen sonra HSYK tarafından çok sayıda yargı mensubunun FETÖ/PDY ile ilgisi nedeniyle görevden el çektirilmesi ve meslekten çıkarılması, tutuklu kişilerin serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla bir yargı merciine başvurma haklarının ve tutuklama, tahliye talebinin reddi ve tutukluluğun devamı kararlarına karşı itiraz yoluna başvurabilme imkânlarının -olağanüstü hâl döneminde de- korunmuş olması ve tutukluluğun resen en geç otuzar günlük süreler itibarıyla incelenmesine devam edilmesi, yardımcı adliye personelinin, kolluk görevlilerinin, ceza infaz koruma memurlarının, jandarma ve emniyet görevlilerinin önemli bir bölümünün de FETÖ/PDY ile olan ilgileri nedeniyle kamu görevinden çıkarılmış veya uzaklaştırılmış olması gibi olgular dikkate alınarak” inceleneceğini söylemiştir.¹⁴⁰ Bu perspektiften yapılan inceleme bir bakıma kategorik süre çizilmesine yönelmiştir. Mahkeme bu çerçevede örneğin 3 ay 17 gün,¹⁴¹ 7 ay 2 gün¹⁴² veya 8 ay 128 gün¹⁴³ duruşmasız incelenebileceğini söyleyebilmiştir. Bu konudaki sınırın açıkça çizildiği vaka *Erdal Tercan* kararıdır. Bu olayda AYM, hâkim önüne 21 bir ay boyunca çıkarılmamasını olağanüstü hâl durumunun gerektirdiği ölçüyü aştığı kanaatine ulaşmış, 18 ayı da bir sınır olarak çizmiştir.¹⁴⁴*

¹³⁹ Yasin Akdeniz, § 90. Aynı yönde bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, § 12-25, 51; Osman Serhat Arıcan, B. No: 2018/14398, 2/12/2020, § 35.

¹⁴⁰ Aydın Yavuz ve diğerleri, §§350-359

¹⁴¹ Ulaş Kaya ve Adnan Ataman, B. No: 2013/4128, 18/11/2015, § 61.

¹⁴² Mehmet Halim Oral, B. No: 2012/1221, 16/10/2014, § 53; Ferit Çelik, B. No: 2012/1220, 10/12/2014, § 53.

¹⁴³ Aydın Yavuz, § 350-359

¹⁴⁴ Erdal Tercan, § 246 ve 254.

Bunlardan başka; Anayasa Mahkemesi, “tutukluluğa itirazın bağımsız ve tarafsız olmayan mahkemece incelenmesi”,¹⁴⁵ “tutukluluğa itiraz sırasında soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması”,¹⁴⁶ “tutukluluğa itirazı kısa sürede karara bağlamama”,¹⁴⁷ “bir mahkumiyete bağlı olarak tutukluluk kararı”¹⁴⁸ gibi Anayasa m. 19/8’e özgü yakınmalarda olağan dönem içtihadından sapmamaktadır.¹⁴⁹

Tarafsızlık ve bağımsızlık sorunu bağlamındaki standart içtihat şöyledir:

“Sulh ceza hâkimliklerinin kanuni hâkim güvencesini sağlamadığı, tarafsız ve bağımsız mahkeme olmadığı ve tutukluluğa itirazın bu yargı mercilerince karara bağlanmasının hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı etkili bir itirazda bulunmayı imkânsız hâle getirdiğine ilişkin iddialar Anayasa Mahkemesince birçok kararda incelenmiş; bu kararlarda sulh ceza hâkimliklerinin yapısal özellikleri dikkate alınarak söz konusu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır (Hikmet Kopar ve diğerleri, §§ 101-115; Mehmet Baransu (2), B. No: 2015/7231, 17/5/2016, §§ 64-78, 94-97). Somut başvuruda, aynı mahiyetteki iddialara ilişkin olarak anılan kararlarda varılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.”¹⁵⁰

Bu içtihat, başvurucular soyut olarak sulh ceza hâkimliklerinden yakınuyorsa bir anlamda tutarlıdır. Fakat Venedik Komisyonunun bu

¹⁴⁵ Örneğin bkz. Hamza Kaba, B. No: 2020/35692, 24/5/2023, § 23.

¹⁴⁶ Mustafa Başer ve Metin Özçelik, B. No: 2015/7908, 20/1/2016, § 174.

¹⁴⁷ Örneğin bkz. R.Ü., § 91.

¹⁴⁸ Örn. bkz. Ali Davdav, B. No: 2020/29326, 27/7/2022, § 16. AYM, Ç.Ö. kararında; mahkumiyete bağlı tutmanın hukuka aykırı olduğu, kanun yolu aşamasında tahliye taleplerinin veya re’sen tutukluluk incelemelerinin yapılmaması gibi “bir mahkumiyete bağlı olarak” tutuklulukla ilgili şikayetlerin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır Bkz. Ç.Ö. [GK], B. No: 2014/5927, 19/7/2018, § 27-53.

¹⁴⁹ Anayasal ve kişisel önem konusunda da durum benzerdir. AYM, olağan zamanlarda, tutukluluk incelemeleri sırasında alınan Savcılık görüşünün şüpheli veya sanıklara bildirilmemesinin anayasal önem taşımadığını, içeriğinde başvurucunun cevap vermesini gerektirmeyen ve daha önce ileri sürülmemiş yeni bir olgudan bahsedilmeyen durumlarda Savcılık görüşünün başvurucuya bildirilmemesinin önemli bir zarara da neden olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Devran Duran [GK], B. No: 2014/10405, 25/5/2017, § 106-112. 97. Bu içtihat FETÖ/PDY davalarında da karşılık bulmuştur. Örneğin bkz. R.Ü., § 96-97. Keza bkz. Serkan Durmuşoğlu, B. No: 2018/25852, 13/4/2021, § 79-80.

¹⁵⁰ R.Ü., §82.

konudaki AYM kararı ile uyumsuz raporunun¹⁵¹ dikkate alınması, keza başvuru sahiplerinin spesifik ve somut savları varsa bunların kararda görünür kılınması kanımızca önem taşımaktadır.

Soruşturma dosyasındaki kısıtlama sorunu bağlamındaki standart içtihat şöyledir:

“Anayasa Mahkemesi, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması durumlarının kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakılmalarına karşı itirazda bulunma hakkı üzerindeki etkisini incelemiş ve soruşturma sürecinde, tutuklamaya konu suçlamalara ilişkin temel unsurların başvurucuya bildirilmiş olması durumunda bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (*Günay Dağ ve diğ.leri*, §§ 168-176; *Hidayet Karaca*, §§ 105-107; *Süleyman Bağrıyanık ve diğ.leri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, §§ 248-257). Somut olay bakımından soruşturma dosyası incelendiğinde tutuklamaya konu suçlamalara ilişkin temel unsurların başvurucuya bildirildiği ve tutukluluk durumuna karşı itirazlarını sunma konusunda yeterli imkânın tanındığı anlaşıldığından anılan kararlardan ayrılmayı gerektirecek bir husus bulunmamaktadır.”¹⁵²

Bu kararlarda da “temel unsurlar”ın neler olduğunun daha şeffaf hâle getirilmesi, kararların keyfi verilir verilmediğinin sınanabilmesi için önem taşımaktadır. AYM’nin standart gerekçesi, etraflı bir inceleme olanak tanımamaktadır.

Tutukluluğa itirazın kısa sürede karara bağlanmaması sorunu bağlamında standart içtihat şöyledir:

“6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Mahkemece kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda başvuru sahibinin ihlal iddialarını kanıtlayamadığı, temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu açık olan başvurular ile karmaşık veya zorlama şikâyetlerden ibaret başvurular açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilir (*Hikmet Balabanoğlu*, § 24). Başvuru, tahliye talebinin geç incelendiği belirterek etkili itiraz hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ancak başvuru formunda ve eklerinde

¹⁵¹ “Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş”, Venedik Komisyonu, 13 Mart 2017, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)004-tur) (Erişim Tarihi: 06.01.2024)

¹⁵² R.Ü., § 45.

hangi tarihli itiraz ve tahliye talebinin hangi hakimlik tarafından geç incelendiğine ilişkin herhangi bir belge sunmadığı gibi açıklamada da bulunmamıştır. Bu kapsamda hangi talebinin hangi itiraz merciince hangi tarihte verildiği belirtilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu iddianın kanıtlanmamış şikâyet kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir.”¹⁵³

Bu kararlarda da kanımızca her itiraz açısından inceleme süresinin makullüğü ve/veya kanunun öngördüğü azami sürelerle uygunluğu konusunda bir denetim yapmak pekâlâ mümkündür. Zira pek çok başvuruda itirazların sayısı sınırlıdır ve “hâkim hukuku resen uygular” ilkesi uyarınca iddianın tüm itirazlar için geçerli olduğu düşünülebilirdi. Keza, AYM’nin bu tür vakalarda -meseleyi basit bir kabul edilebilirlik sorununa indirmektense- en azından yol gösterici bazı belirlemelere yer vererek karşılaması daha yerinde olabilirdi.

VII. TAZMİNAT HAKKI (MD. 19/9)

Anayasa’nın m. 19/son hükmü, özgürlük ve güvenlik hakkına dönük güvencelerin dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zararın tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödeneceğini düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesi bu hükmü özellikle gözaltına alınan ve fakat sonradan haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı kişilere ödenen düşük tazminatlar bağlamında geliştirmiştir. Bu bağlamda AYM içtihadında dikkat çekici üç noktanın bulunduğunu kaydetmek gerekir.

Birincisi; AYM, beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararları üzerine CMK’nın “Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen” kişilerin zararını isteyebileceğini öngören md. 141/e hükmünü uyarınca hükmedilen tazminatların, tutmayı geçmişe dönük olarak hukuki kılmadığını tespit etmektedir. AYM’ye göre:

“(…) burada kanun koyucunun soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi ya da kovuşturmanın beraat ile sonuçlanması durumunda -soruşturma veya kovuşturmanın sonunda verilen karardan hareketle- bu süreçlerde uygulanan yakalama, gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin kanuna aykırı hâle geldiğini kabul

¹⁵³ Ramazan Bayrak, § 131-132.

ettiğini söylemek imkân dâhilinde değildir. Zira böyle bir yorum anılan Kanun hükmünün lafzıyla açıkça bir çelişki içerecektir. Bir başka ifadeyle soruşturma veya kovuşturma sonucunda verilen karar dolayısıyla bu süreçlerde haklarında yakalama, gözaltı veya tutuklama tedbiri uygulanan kişilere otomatik olarak tazminat ödenmesi, bu tedbirlerin de otomatik olarak hukuka aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. (...) (Bu durumda başvurucu hakkındaki gözaltı tedbirinin Anayasa'nın 19. maddesindeki esaslara uygun olup olmadığının Anayasa Mahkemesince değerlendirilmesi gerekmektedir.”¹⁵⁴

Mahkeme bu bağlamda bir somut belirti olup olmadığını incelemekte, ardından tazminat yetersizliğinin ihlal bulunduğu bağlam yönünden ek bir ihlal yarattığını söylemektedir. Bu, yerinde bir yaklaşımdır.

İkincisi; AYM, tutmanın hukuki olmadığını tespit ettiği noktada -ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanıyor olmasına rağmen- kararı yeniden yargılama yapma üzere derece mahkemeye göndermektedir.¹⁵⁵ AYM'ye göre derece Mahkemesi'nin yapacağı tek şey, AYM'nin benzer durumlarda verilmesine hükmettiği tazminat miktarını dikkate alarak ilk hükmettiği tazminat miktarından daha yüksek bir tazminata hükmetmekten ibarettir ve hâl böyleyken kararın gönderilmesinde hukuki yarar yoktur.¹⁵⁶ Mahkeme bu durumda eksik kısmı kendisi manevi tazminata hükmederek tamamlamaktadır. Fakat bu miktarlarda da tam bir standardın olduğu söylenemez. Örneğin 3 gün gözaltında tutulan ve ardından kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen bir başvuru için hükmedilen 500 TL manevi tazminata ek olarak AYM, 4 bin 500 TL manevi tazminata hükmetmiştir.¹⁵⁷ Buna göre gün başına (5.000/3) tazminat miktarı 1.666 TL gibi bir bedel ortaya çıkmaktadır. Fakat bir başka olayda, 14 gün gözaltında tutulan ve adli kontrol şartıyla serbest bırakıldıktan bir süre kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen başvurucuya 4 bin TL manevi tazminata ek olarak

¹⁵⁴ Nigâr Demir Yüzlü, B. No: 2020/22032, 29/3/2023, § 36.

¹⁵⁵ Bu konuda yakın zaman önce verilen bir kararda AYM “İhralin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasının yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.” sonucuna ulaşmıştır. Bkz. O.P. [GK], B. No: 2020/22207, 17/5/2023, § 25. Bu kararda başvuru yollarının (CMK m. 141) tüketilmesi bağlamında önemli karşı oylar mevcuttur.

¹⁵⁶ Nigâr Demir Yüzlü, § 59.

¹⁵⁷ Ayşe Arslan, B. No: 2019/34517, 13/9/2022, § 31.

AYM, 15 bin TL manevi tazminata hükmetmiştir.¹⁵⁸ Buna göre gün başına (19.000/14) tazminat miktarı 1.357 TL olmaktadır. Daha uzun bir özgürlükten yoksun bırakmayla ilgili bir diğer vakada 71 gün özgürlüğünden yoksun bırakılan (gözaltı ve tutuklama) başvuru için¹⁵⁹ kovuşturmayla yer olmadığı kararına binaen hükmedilen 6 bin TL manevi tazminata ek olarak AYM, 44 bin TL manevi tazminata hükmetmiştir.¹⁶⁰ Bu olayda gün başına (50.000/71) tazminat miktarı 704 liraya kadar gerilemiştir. Bu olayın benzeri bir başka vakada 77 günlük özgürlükten yoksun bırakma için hükmedilen 6.000 TL manevi tazminata ek olarak AYM 15 bin TL manevi tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.¹⁶¹ Bu olayda gün başına düşen miktar (21.000/77) iyice düşmüş, 272 TL'ye kadar gerilemiştir. Ayrıca mahkeme başvuruların mesleklerinden ve kazançlarından bahsetmemekte, tazminat hesabına dair usulleri de şeffaflaştırmamaktadır. Hâl böyle olunca söz konusu hesabın, derece mahkemelerince anlaşılması pek olası görünmemektedir.

Üçüncüsü; AYM'nin kararlarına baktığımızda bu tazminatın nasıl hesaplandığına dair hiçbir somut gösterge yoktur. Pek çok kararda, başvuru sahiplerinin mesleğinden bahsedilmemekte, bahsedilmişse bunun dikkate alınıp alınmadığı anlaşılmamaktadır. Bundan daha dikkat çekici olanı; kimi vakalarda gözaltı ve tutukluluk süreleri açıkça yazılmamasıdır. Örneğin *Nigar Demir Yüzlü* veya *İbrahim Kılıç* kararlarında "Anayasa Mahkemesi'nin benzer olaylarda verdiği tazminat miktarı gözetilerek bir manevi tazminat miktarı" belirlememiş olan derece mahkemelerinin Anayasa'yı ihlal ettiğini söyleyen AYM, başvuru sahiplerinin kaç gün özgürlüklerinden yoksun bırakıldıklarını somut biçimde kendisi de ortaya koymamış, dolayısıyla tazminatın nasıl hesaplanacağı belirsiz kalmıştır.¹⁶²

Son olarak, AYM'nin bu içtihadı birikimine ek olarak, CMK m. 141/k yönünden özgün bir belirlemede bulunduğunu kaydetmek gerekir. *Ayhan Işık* kararında başvurucuya bazı tutukluluğun devamı kararları tebliğ

¹⁵⁸ Yavuz Yakışkan, B. No: 2020/28007, 13/4/2023, § 30.

¹⁵⁹ Serbest bırakıldıktan sonra ne kadar süreyle kolluk birimine imza atma ve yurt dışı çıkış yasağına tabi olduğu belirsizdir.

¹⁶⁰ Şevket Tayfur, § 36.

¹⁶¹ Hicret Aksoy, § 76.

¹⁶² Nigar Demiryüzlü, §59; İbrahim Kılıç, B. No: 2020/25058, 2/5/2023, § 56.

edilmemiştir. Dolayısıyla başvuru tutukluluğa karşı başvuru hakkını kullanamamış ve bu durum Anayasa md.19/8’deki hakkın ihlaline neden olmuştur. Başvuru bu sorun karşısında CMK m. 141/k’de öngörülen yola başvurmuş fakat başvurusu şekli bir gerekçeyle reddedilmiştir. AYM’ye göre bu, tazminat hakkının ihlaline neden olmaktadır.¹⁶³

IX. İHAM KARARLARI

FETÖ/PDY davaları, İHAM’ın önüne de geldi. Bu vakaların bazıları kabul edilebilirlik aşamasında kalsa da Anayasa Mahkemesinden geçip gelen kimi davalarda ihlal sonucuna ulaşıldı. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında ortaya çıkan ve öznel olarak dikkatimizi çeken ihlallerin özellikle altı kümede toplandığını görüyoruz.

Birincisi, hâkim ve savcılarının tutuklanmalarında “suçüstü” kavramının yorumuyla ilgilidir. Bilindiği gibi 15 Temmuz’un ertesi günü iki AYM üyesi yakalanmış ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının talimatıyla gözaltına alınmıştı. Hemen o günlerde tartışmaya konu olan şey, AYM üyelerinin AYM Genel Kurulu kararı olmadan gözaltına alınamayacağıydı. Nitekim AYM Kanunu (md. 16) “Başkan ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları, kişisel suçları ve disiplin eylemleri için soruşturma açılması Genel Kurulun kararına bağlıdır.” demekteydi. Fakat kamu makamları, bu maddenin devamında yer alan “Ancak, ağır ceza Mahkemesi’nin görevine giren suçüstü hâllerinde, soruşturma genel hükümlere göre yürütülür.” hükmüne dayanmıştı. Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu düşünülmüş ve bu nedenle “suçüstü” koşullarının geçerli olduğunu söylemişti.

İHAM, kamu makamlarıyla hemfikir olmadı. Suçüstü kavramının bu kadar geniş yorumlanamayacağını; bu yorumun, bir suç örgütüne dâhil olduğundan şüphelenilen hâkimlerin, Türk hukukunun yargı mensuplarına tanıdığı yargısal korumalardan mahrum bırakılmasına neden olacağı sonucuna ulaştı.¹⁶⁴ Başka bir deyişle İHAM’a göre anılan dönemde yargı mensuplarına sağlanan usule ilişkin güvenceler, yürütme organının müdahalelerine karşı etkisiz hale gelmiştir.

¹⁶³ Ayhan Işık, § 49

¹⁶⁴ Alparslan Altan/Türkiye, B. No: 12778/17, 9/9/2019, §112 vd.

Bu içtihat sadece AYM üyeleri için değil Danıştay üyeleri için de uygulandı.¹⁶⁵

İkincisi; hâkim ve savcılarının tutuklanmalarında “görev suçu” ve “kişisel suç” ayrımının yapılmasıyla ilgilidir. Bu ayrım hayli önemlidir. Zira Türk hukuku (HSK Kanunu md 93 ve CMK m. 161/8 uyarınca) hâkim ve savcılarının “kişisel” suçlarından ötürü (“suçüstü” mevcut olmasa bile) olağan usullere tabi olacağını öngörmektedir. İHAM, bu suçun “görev suçu” mu yoksa “kişisel suç” mu sayılacağına karar vermenin kendi işi olmayacağını söylemekle birlikte yetkili makamların tutuklamayı, bu ayrımı belirli kılmadan, esasen (HSK Kanunu m. 94’te yer alan “suçüstü” kavramına yoğunlaşarak yaptığını kaydetmiş ve bunun tutuklanmanın hukukiliğini zedelediği sonucuna varmıştır.¹⁶⁶

Üçüncüsü; FETÖ/PDY yargılamaları kapsamında soruşturma dosyasına erişimde kısıtlılık kararlarıyla ilgilidir. İHAM pek çok davada AYM’nin yaklaşımını paylaşmıştır.¹⁶⁷ Bundan sapma, *Ahmet Hüsrev Altan* vakasında olmuştur. AYM, bu konuda olağan yaklaşımını sürdürmüş olsa da İHAM, başvurunun tutuklanmasından sonra dosyaya eklenen yeni deliller (başvurucunun örgütle bağlantılı olduğunu ileri süren iki tanık ifadesi ve başvurunun adına atıfta bulunan bir ByLock görüşmesi metni) eklenmiştir. Bu deliller başvurucuya iddianamenin hazırlanmasından sonra sunulmuştur. İHAM, başvurunun kendisine dönük iddialara etkili şekilde itiraz etme olanağına sahip olmadığı gerekçesiyle m. 5/4 hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁶⁸

Bu bağlamda, Mahkeme, başvuranın, gözetiminde tutulduğu sırada polis ve savcı tarafından yürütülen ayrıntılı sorgulamalar aracılığıyla, soruşturma dosyasındaki bazı ilgili delil materyallerinden haberdar olduğunu kaydetmektedir. Ancak dava dosyasındaki bilgilere göre, tutukluluğunun ardından dosyaya yeni deliller eklenmiştir. İstanbul

¹⁶⁵ Baş/Türkiye, B. No: 66448/17, 7/9/2020, § 277.

¹⁶⁶ Turan ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 75805/16 ve diğer 426 başvuru- bkz. Ekli Liste, 4/4/2020, § 87-92.

¹⁶⁷ Örneğin bkz. Mehmet Hasan Altan/Türkiye, B. No: 13237/17, 10/9/2018 § 150. Şahin Alpay/Türkiye, B.No: 16538/17, 20/6/2018, § 139; Bulaç/Türkiye, B. No: 25939/17, 11/10/2021, § 79-81. Murat Aksoy kararında üç karşı oy vardır. Murat Aksoy/Türkiye, B. No: 80/17, 6/9/2021, § 129.

¹⁶⁸ Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye, B. No: 13252/17, 13/7/2021, § 163-164.

Cumhuriyet savcısı özellikle, başvuranın söz konusu yasadışı örgütün liderleriyle bağlantılı olduğu iddiasını teyit eden iki tanığın ifadesini almıştır. Bu ifadeler sırasıyla 24 Ekim 2016 ve 10 Kasım 2016 tarihlerinde alınmıştır. Ayrıca, soruşturma sırasında başvuranın adına atıfta bulunan bir ByLock görüşmesinin metni de dosyaya eklenmiştir. Mahkeme, bu yeni delillerin başvuranın dikkatine ancak iddianame-nin hazırlanmasından sonra, yani 14 Nisan 2017’de sunulduğunu gözlemlemektedir. Yukarıda belirtilen eksiklikler göz önüne alındığında, Mahkeme, mevcut davanın koşullarında, başvuranın kendisine yönelik iddialara etkin bir şekilde itiraz etme olanağına sahip olduğunun kabul edilemeyeceği kanaatindedir.

Dördüncüsü; avukatla yapılan görüşmelerin izlenmesi sorunuyla ilgilidir. Bu vakalar AYM tarafından kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında ele alınmış ve bunlarda sorun görülmediği söylenmişti.¹⁶⁹ *Canavcı ve diğerleri/Türkiye* kararında bu konuda ilginç belirlemeler ortaya çıkmıştır. AYM’nin kendi sitesinde yayımlamadığı¹⁷⁰ bu bireysel başvurular, özel yaşama saygı hakkı bağlamında ileri sürmüşse de AYM başvuruyu adil yargılanma hakkı kapsamında ele almış ve başvuruyu olağan hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.¹⁷¹

Bu olayda başvuruçular, 9 Ağustos 2016 ilâ 3 Temmuz 2017 tarihleri arasında avukatlarıyla görüşme yapmış ve bu görüşmelerin tamamı teknik cihazlarla sesli ve görüntülü kayıt altına alınmış, keza görüşmeler, görüşme odasında bulunan memurlar nezaretinde gerçekleşmiştir. İHAM bu vakada -AYM’den farklı olarak- Cumhuriyet savcılarının başvuruçuların avukatlarıyla iletişimlerine kısıtlama getirme konusunda sahip oldukları takdir yetkisinin herhangi bir koşula tabi olmadığını kaydetmiştir. İHAM’a göre bu takdir yetkisinin “kapsamı” ve “kullanılma şekli” tanımlanmamış, bu konuda başka hiçbir özel güvence sağlanmamıştır. Dolayısıyla bu uygulama keyfidir ve kanunilik koşulunu (kanunun kalitesi anlamında) karşılamamaktadır.¹⁷²

¹⁶⁹ İlkesel olarak bkz. Yasin Akdeniz, § 90.

¹⁷⁰ 1 Şubat 2019 tarihli ve 2017/26587 başvuru no.lu karar ile 21 Kasım 2019 tarihli ve 2018/28341 başvuru no.lu karar, sitede mevcut değildir.

¹⁷¹ *Canavcı ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 24074/19 ve diğer 2 başvuru- bkz. Ekli Liste, 14/11/2023, § 15-16.

¹⁷² *Canavcı ve diğerleri/Türkiye*, § 105.

Söz konusu karar, Mahkeme'nin aynı yöndeki *Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu/Türkiye*¹⁷³, *Mehmet Demir/Türkiye*¹⁷⁴ kararlarıyla birlikte kavrandığında bir küme oluşturmuş gibidir. Bu kararda İHAM, OHAL KHK'ları rejimiyle getirilen tüm 15 Temmuz davalarındaki tutukluların avukatlarıyla görüşmeleri sırasında bir cezaevi görevlisinin hazır bulunmasında veya bu görüşmelerin ses ve görüntü kaydının yapılması uygulamasında ihlal bulmuştur. Mahkemeye göre:

*“Düzenleme, izleme sırasında elde edilen bilgilerin nasıl kullanılacağını, saklanacağını veya imha edileceğini belirtmemektedir. Ayrıca, başvuru-
cuların bu tedbirin uygulanmasının kötü niyetli veya keyfi olduğunu iddia etmeleri halinde hangi makamın sorumlu tutulabileceği de belirtilmemiştir. Gerçekten de yetkililere bırakılan takdir yetkisinin kapsamı ve kullanılmasına ilişkin usuller tanımlanmamış ve kötüye kullanım ve keyfiliğe karşı yeterli güvenceler getirilmemiştir.”*¹⁷⁵

Somut olayın özelliklerine bakmaksızın tedbirin kategorik uygulanmasının Sözleşme'ye (m. 6 veya 8) aykırı olduğunu tespit eden bu İHAM kararı da anılan süreçteki yargılamaların usulü temellerini sarsmaktadır. Aslında, *Yüksel Yalçınkaya* kararında da başvuru, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi ile getirilen avukatıyla özel olarak görüşmesine getirilen kısıtlamalar çerçevesinde, etkili hukuki yardım hakkından mahrum bırakıldığını iddia etmiştir. İHAM, görülen davadaki adil yargılanma hakkı kapsamındaki şikâyetin “başvurucunun ağır bir ceza gerektiren ciddi bir suçtan mahkûm edilmesine yol açan yargılamaların adil olmamasıyla ilgili olduğunu, dolayısıyla bu başlık altındaki şikâyetin kabul edilebilirliğini” kaydetmiş ve bu bağlamda iddianın esasını ayrı ayrı ele almayı gerekli görmediğini ifade etmiştir.¹⁷⁶

Beşincisi; sosyal medya kullanıcısı, insan hakları aktivisti veya gazeteci olan kişilerin ifadelerinin kolaylıkla kuvvetli suç belirtisi sayılmasıyla ilgilidir. Bu vakalardan *Şahin Alpay*¹⁷⁷, *Mehmet Hasan Altan*¹⁷⁸,

¹⁷³ Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu/Türkiye, İHAM, 10207/21 10209/21, 06/06/2023.

¹⁷⁴ Mehmet Demir/Türkiye, İHAM, 55569/19, 24/10/2023.

¹⁷⁵ Canavcı ve diğerleri/Türkiye, § 101.

¹⁷⁶ Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, §§ 357 ve 368.

¹⁷⁷ Şahin Alpay [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018, § 111, 146.

¹⁷⁸ Mehmet Hasan Altan (2) [GK], § 157, 241.

*Ali Bulaç*¹⁷⁹ ve *Murat Aksoy*¹⁸⁰ vakalarında AYM, 15 Temmuz’dan önceki gazete yazılarından hareketle terör örgütüne üyelikle iddiasıyla tutuklanan başvuruçuların tutuklanmalarının hukuki olmadığı ve ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini ihlal tespit etmiştir. Fakat Şahin Alpay¹⁸¹ ve Mehmet Hasan Altan¹⁸² vakalarında derece mahkemeleri kararın gereğinin yapmamış, tahliye etmekte direnmiştir. Hâl böyleyken AYM’nin kararının icra edilmemesini dikkate alan İHAM, bir kez de kendisi ihlal kararı vermiştir.

*Ali Bulaç*¹⁸³ ve *Murat Aksoy*¹⁸⁴ vakalarında ise İHAM, AYM’nin tüm tespitlerine katılmakla birlikte hükmettiği tazminat miktarının düşük olduğundan hareketle “mağdur” sıfatlarının devam ettiğini tespit etmiş, aynı gerekçelerle bir kez de kendisi ihlal belirlemelerinde bulunup tazminata hükmetmiştir.

AYM’nin bu kararlardaki ilkesel yaklaşımına göre gazetecilerin “yazılarında savunduğu görüşlerin terör örgütünün söylem ve görüşleriyle paralellik göstermesi ve kimi noktalarda örtüşmüş olması tek başına suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilemez. Sözü edilen yazılar nedeniyle tutuklama kararı verilebilmesi için başvuruçunun FETÖ/PDY’nin amaçları doğrultusunda veya doğrudan örgütten talimat alarak hareket ettiğinin somut olgulara dayalı olarak ortaya konulması gerekmektedir.”¹⁸⁵ Bu bağ kurulmadıkça tutuklama için gerekli olan suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin yeterince ortaya konulamamış olacaktır ve deliller birer ifade olduğu denli ifade özgürlüğü ihlali sonucuna da ulaşılacaktır. Bu bakımdan örneğin “17-25 Aralık soruşturmalarında ismi geçen hükümet üyelerinin yargı önünde hesap vermesi gerektiği ve AK Parti bünyesinde bazı kişilerin bunun için harekete geçmesi gerektiği” yönündeki yazılar ile gazete genel yayın yönetmeninin FETÖ/PDY kapsamında tutuklanmasına rağmen anılan gazetede yazı yazmaya devam etmek¹⁸⁶, Balyoz soruşturmasını övücü nitelikte yazılarda bulunmak ve darbe girişiminin

¹⁷⁹ Ali Bulaç [GK], B. No: 2017/6592, 3/5/2019, § 70, 94.

¹⁸⁰ Murat Aksoy [GK], B. No: 2016/30112, 2/5/2019, § 85, 119.

¹⁸¹ Şahin Alpay/Türkiye, § 121, 182.

¹⁸² Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 142, 212.

¹⁸³ Bulaç/Türkiye, § 52-53.

¹⁸⁴ Murat Aksoy/Türkiye, § 90-91.

¹⁸⁵ Murat Aksoy [GK], § 70.

¹⁸⁶ Şahin Alpay, § 96-99.

sadece “FETÖ/PDY mensuplarınınca gerçekleştirildiğine dair kuşkuları dile getirmek¹⁸⁷ yahut 2014 yılında Gazeteciler ve Yazarlar Vakfının Mütevelli Heyeti üyesi olup bir TV programında ABD’den katılan bir kişiye yönelik olarak “Son sözü hocam sana bırakıyoruz, anavatandasın” ifadesini kullanmak¹⁸⁸ terör örgütü üyeliğine dair kuvvetli suç belirtisi sayılamaz. Bu noktada AYM ve İHAM’ın yaklaşımları koşuttur.

Bu süreçte gazete yazılarından hareketle FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan ve fakat AYM’nin ihlal kararı vermediği beş vaka vardır. Bunlar, *Ayşe Nazlı Ilıcak*¹⁸⁹, *Ahmet Hüsrev Altan*¹⁹⁰ ile *Murat Sabuncu ve diğerleri*¹⁹¹ (Akın Atalay, Önder Çelik, Turhan Günay, Mustafa Kemal Güngör, Ahmet Kadri Gürsel, Hakan Karasinir, Hacı Musa Kart, Güray Tekin Öz ve Bülent Utku), *Atilla Taş*¹⁹² ve *Taner Kılıç*¹⁹³ vakalarıdır. Bu vakalarda AYM kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal bulunmadığı kanaatindeyken İHAM aksi görüştedir.

AYM’ye göre *Nazlı Ilıcak* vakasındaki fark, başvurucunun 15 Temmuz’u 16 Temmuz’a bağlayan gece Twitter’daki paylaşımlarının, darbe girişiminin sıcağı sıcağına yaşandığı ve savuşturulduğu dönemde yapılmış olmasıdır. Zira paylaşımların yapıldığı dönemde darbe girişiminin FETÖ/PDY tarafından yapıldığı hususu artık tereddütsüz hâle gelmiştir; dolayısıyla “soruşturma mercilerinin; başvurucunun konumunu, söz konusu paylaşımların yapıldığı dönemi ve paylaşımların içeriğini ve bağlamını dikkate alarak anılan ifadeleri FETÖ/PDY ile bağlantılı bir suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul etmesinin temelsiz ve keyfi olduğu söylenemez.”¹⁹⁴ Fakat İHAM’a göre bu tweetler, başvurucunun güncel siyasi konulara -özellikle darbe teşebbüsü- ilişkin değerlendirmeleri, hükümetin çeşitli eylemlerine yönelik değer yargıları ya da eleştirileri, yasadışı örgütlerin üyesi ya da sempatanı olduğu iddia edilen kişiler hakkında alınan idari veya adli tedbirlerin yasallığı ve

¹⁸⁷ Mehmet Hasan Altan (2) [GK], § 135.

¹⁸⁸ Ali Bulaç [GK], § 65.

¹⁸⁹ Ayşe Nazlı Ilıcak [GK], B. No: 2016/24616, 3/5/2019, § 74, 127.

¹⁹⁰ Ahmet Hüsrev Altan [GK], § 112, 154.

¹⁹¹ Mehmet Murat Sabuncu [GK], B. No: 2016/50969, 2/5/2019, § 71, 95.

¹⁹² Atilla Taş, B. No: 2016/30220, 29/5/2019, § 93, 123.

¹⁹³ Taner Kılıç başvurusu Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilebilirlik koşullarının sağlanmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu nedenle başvuru sitede mevcut değildir. Taner Kılıç/Türkiye (2), B. No: 208/18, 31/5/2022, § 50.

¹⁹⁴ Ayşe Nazlı Ilıcak, § 65.

meşruluğu konularındaki bakış açılarını kapsamaktadır. Bu yaklaşım, hükümetin konuya yaklaşımıyla koşut olmasa ve eleştirel bir ton barındırırsa dahi terör suçlarını işlemeye kışkırtma, şiddete başvurmayı övme, meşru makamlara karşı ayaklanmaya teşvik yönünde bir içeriği yoktur. İHAM’a göre:

“Başvurucu, bazı mesajlarda görüşlerini ifade etmiş ve bir yandan hükümetin, darbe girişiminden önce demokrasi kurallarına uymadığını, diğer yandan, hükümetin veya sempatanlarının, darbe girişiminden sorumlu tuttıkları kişilere karşı misillemesinin demokratik rejimin sınırlarını aştığını ileri sürmüştür. Ancak bu mesajların hiç-biri, makul bir yaklaşımla başvuru tarafından darbenin meşruyetinin tanınması olarak yorumlanamaz. Dosyadan, başvuruçunun, hükümete dönük eleştirilerinin yanı sıra, darbeye karşı çıktığı mesajlar da yayımladığı anlaşılmaktadır. Mahkeme, başvuranın darbe teşebbüsünün olası faillerinin kimliğine ve hükümetin, muhalefeti bastırma amacıyla böyle bir durum yaratabileceği yönündeki hipoteze ilişkin sorularının, kamuoyunun, bir çatışma veya gerilim halinin farklı şekillerde yorumlanması hakkında bilgi edinme hakkına sahip olmasını gerektiren ifade özgürlüğünün sınırları içinde kaldığı kanaatindedir.”¹⁹⁵

Sözün özü İHAM, AYM çoğunluğunun aksine 15 Temmuz’un resmî görüşe koşut yorumlanmamasını, açık bir örgütsel illiyet ve şiddete teşvik bağı kurulmadıkça meşru saymaktadır.

Bundan başka AYM, *Ahmet Hüsrev Altan* vakasında da kuvvetli suç belirtisi koşulu yönünden sorun görmemiştir. AYM bu sonuca ulaşırken başvuruçunun “...Türkiye’de gerçekleşmiş askeri darbelerin önünü açan gelişmeler her ne ise, Erdoğan bugün aynı kararları vererek o yolları teker teker açıyor...”, “...sanırım kötü bir piyesin son perdesini seyrediyoruz, bedeli biraz ağır oluyor ama ... biteceğini bilmek yine de iyi...”, “...sanırım kötü bir piyesin son perdesini seyrediyoruz, bedeli biraz ağır oluyor ama ... biteceğini bilmek yine de iyi...”, “...Sarayın duvarları top mermileri ile çöktüğünde, eli silahlı insanlar koridorlarda birbirlerini öldürdüğünde iç savaşın ne olduğunu anlar ama geç kalmış olur...” gibi ifadeler içeren yazılarını kaydetmiş ve ayrıca Zaman ve Bugün gibi gazeteler ile Samanyolu TV, KanalTürk ve Bugün TV gibi televizyonlarla birlikte hareket ederek “Balyoz darbe planına ilişkin haberlerin bu anlayış çerçevesinde gazetenin

¹⁹⁵ Ilıcak/Türkiye, B. No: 1210/17, 14/12/2021, § 149.

manşetinden günlerce verilmesi, Ergenekon, askerî casusluk, amirallere suikast, Oda TV, Poyrazköy ve karargâh evleri gibi davaların haberleştirilerek kamuoyu oluşturulmaya çalışılması, bu haberler üzerine açılan soruşturmalar ve sonrasında yapılan yargılamalar sonucunda millî ordunun tasfiye edilerek tasfiye edilenlerin yerine getirilen -15 Temmuz'da darbe girişiminde bulunan- FETÖ/PDY mensuplarının orduda yükselmesine ve TSK'nın kontrol altına alınmasına neden olunması” faktörünü hesaba katmıştır. Buna ek olarak başvurusunun genel yayın yönetmenliğini yaptığı Taraf gazetesi ile örgüt arasındaki bağlara dönük tanık beyanları da dikkate alınmıştır.¹⁹⁶

İHAM ise anılan yazılardan hareketle başvurusunun darbeyi önceden bildiğine delalet ettiği çıkarımını abartı görmektedir. Bir gazetesinin, önceki darbelerden hareketle halkı bir darbe veya iç savaşa karşı uyarması, bunun gerçekleşeceğini bildiğinin kanıtı olmak için yeterli değildir. İHAM'a göre:

“Başvurusunun kullandığı metaforlar, darbe hakkında önceden bilgi sahibi olduğunun ve kamuoyunu manipüle etmeye çalıştığının kesin bir göstergesi olarak algılanamaz. Üç yazıda iletilen mesajlar, başvurusunun potansiyel askeri darbe riskine ilişkin bir değerlendirmede bulunduğu, süregelen bir kamuoyu tartışmasına ilişkindir. Başvurucu, politik duruma dair analizinde endişelerini dile getirmiş ve Hükümeti sert biçimde eleştirmiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu açıklamalara dayanarak, başvurusunun bir şiddet kampanyasını desteklediği veya bu tür bir şiddeti meşrulaştırdığı düşünülemez; bilakis muhalif bir yazar olarak, makul bir şekilde Hükümet'e karşı eleştiri dile getiriyor olarak görülebilir.”¹⁹⁷

İHAM, tanık beyanlarının tutuklamada belirleyici kılınmadığını, ayrıca Taraf gazetesinin veya özellikle başvuranın yasadışı örgütün talimatları doğrultusunda belirli haberleri yayınlamak için hareket ettiğini veya bir darbe lehine kamuoyunu manipüle etmek amacıyla belirli bir yayın politikası izlediğini ileri sürebilecek herhangi bir somut delil ileri sürmediklerini (2012 yılındaki haberlerden hareketle 2016'daki tutuklamanın haklı çıkmasındaki olası sorunlara da işaret ederek) kaydetmiştir.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Ahmet Hüsrev Altan (2), B. No: 2019/38086, 21/10/2020, § 98-114.

¹⁹⁷ Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye, § 143.

¹⁹⁸ Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye, § 141, 146.

Gazeteciler özelinde son olarak, *Murat Sabuncu ve diğerleri* kararından bahsetmek gerekir. Bu olayın özünde Cumhuriyet Gazetesi'nin yönetiminde, FETÖ/PDY ile bağlantısı olan kişilerin yer alması için yönetim kurulu üyeliği seçiminde usulsüzlük yapılması, bu değişikliklerden sonra (2013 yılından itibaren) “*gazetenin devletçi, laik ve ulusalcı çizgisini değiştirip devleti hedef alması*”, ve “*bu kapsamda gazetede FETÖ/PDY ve PKK terör örgütlerinin propagandası sayılabilecek ve bu örgütler lehine algı oluşturabilecek birçok manset, haber ve yazıya yer verildiği, gazetenin terör örgütlerinin amaçları doğrultusunda gerçekleri perdeleyip (manipülasyon yaparak) ülkeyi yönetilemez hâle getirmeye çalışması*” iddiaları vardır.

AYM çoğunluğu bu iddiaları, güçlü gerekçeler olmadan makul sayabilmiştir.¹⁹⁹ Oysa İHAM açısından durum farklıdır. Gazetede ki yazılar özelinde İHAM, hükümetin politikalarına karşı muhalefet sergileyen yazıların, terör suçu işlenmesi için herhangi bir teşvik edici durum içermedikçe ve şiddet kullanılmasını tasvip edip meşru otoritelere karşı kalkışmaya cesaretlendirme getirdiği ortaya konmadıkça tutuklamaya gerekçe olamayacağı içtihadının bu vakada da geçerli olduğunu tekrar etmiştir. İHAM, bu olayda tutmaya dayanak savları da şu gerekçelerle haklı görmemiştir: (i) Cumhuriyet Gazetesi'nin yayın politikasındaki değişikliğe işaret ettiği iddia edilen yazılardan sadece Genel Yayın Yönetmeni Murat Sabuncu'nun (denetlediği dönemdeki) sorumluluğu olabileceğini, keza “sosyal medya hesabından yaptığı paylaşımlarla FETÖ/PDY mensuplarını mağdur gibi göstermeye çalıştığı” iddiasının sadece Murat Sabuncu ve Akın Atalay'la ilgili sayılabilecek olmasına rağmen tüm başvuruçulara atfedilmiş olmasında sorun görmüştür. (ii) Editöryal değişikliğin örgütün talep ve talimatlarıyla yapıldığına dair -genel geçer tanıklıklar dışında- somut göstergesi ortaya konmamıştır. (iii) Murat Sabuncu ve Akın Atalay'ın, haklarında daha sonra ceza yargılamaları başlatılan kamuya mal olmuş kişilerle telefonla görüşmüş olması gazetecilik faaliyetinin olağan akışına uygun eylemlerdir. (iv) FETÖ/PDY örgütüyle yakın bağları olan şirketlerin reklamlarının gazetede yer alması bu bedelin düşüklüğü (ilgili şirketlerin reklam harcamasının yaklaşık %1'i karşısında

¹⁹⁹ Akın Atalay [GK], B. No: 2016/50970, 2/5/2019, § 59-60; Mehmet Murat Sabuncu [GK], § 61; Önder Çelik ve diğerleri [GK], B. No: 2016/50971, 2/5/2019, § 60-61.

özel bir ticari ilişkinin varlığını göstermez. (v) “Abant toplantılarını” da kapsamak üzere gazetecilerin gündemdeki siyasi meselelere dair seminerlere katkısı, toplantıları düzenleyenlerin siyasi eğilimlerinin, Cumhuriyet’in yazarlarının ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaları haklı göstermeye yetmez.²⁰⁰

Mahkeme bunun ötesine ulusal makamların başvuruçulara dönük “asimetrik savaş” taktikleri kavramını kullanmasına ise özel bir yanıt vermiştir:

“Mahkeme aynı şekilde kovuşturma makamlarının başvuranları, “asimetrik savaş” taktiklerini kullanarak, kamuoyunu manipüle etme ve Hükümeti ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanını karalamak amacıyla gerçeği gizleme ve de iç karışıklık çıkartıp ülkeyi yönetilemez hale getirmek için terör örgütlerinin amaçları doğrultusunda hareket etme girişiminde bulunmakla suçladığını da gözlemlemektedir. 177. Mahkeme, kovuşturma makamlarınca atıfta bulunulduğu üzere, savaş zamanında karşı propaganda olarak uygulanan bir yöntemi gösteren bir ifade olan “asimetrik savaş” kavramının barış zamanında kullanılması ve bunun davaya müdahil diğer tüm makamlar tarafından göz önünde bulundurulmasının, şiddet kullanılmasını teşvik etmeden siyasi makamları eleştiren siyasi muhaliflerin görüşlerini ifade etmesiyle benzer görüşleri savunma bahanesiyle belirli suç örgütleri tarafından gerçekleştirilen şiddet kampanyası arasında bağ kurmanın genel etkisine sahip olduğunu not etmektedir. Mahkeme’nin kanaatine göre, bu yaklaşım, herhangi bir zıt veya muhalif siyasi makamın bir terör örgütü üyesi veya sempatanı olarak muamele görmesiyle sonuçlanmasından yükümlüdür.”²⁰¹

Atilla Taş’ın tutuklanmasına neden olan faktörler, Bugün Gazetesi’nin başına kayyım atanmasına karşı protesto gösterisine katılıp 15 Temmuz’dan önce Twitter’da (sonradan) FETÖ/PDY örgütü üyesi olduğu tespit edilen kişiler aleyhine yapılan yargılama süreçlerini eleştiren ve bu yapı lehine olduğu düşünülen kimi tweet (tivitler) atıp Meydan Gazetesi’nde bu meyanda yazılar yazması²⁰² ve “Fuatav-

²⁰⁰ Sabuncu ve Diğerleri/Türkiye, § 154-164.

²⁰¹ Sabuncu ve Diğerleri, § 176-177.

²⁰² Örneğin “Seversiniz sevmezsiniz, ama Fetullah [Gülen] hocanın cami ve Cemevi projesini gönülden destekliyorum”, “Son umudun savaş kaldı (...) Umarım bunlar son oyunlarınız ve son gayretlerinizdir.”; “Farkında mısınız bilmiyorum ama şu anda iktidarda olmaması gerekenler ülkeyi tek partiymiş gibi yönetmeye de-

ni” takma adını kullanan kişiyle bağlantısı olduğu iddiasıdır. AYM çoğunluğuna göre:

“Kamu makamlarının FETÖ/PDY’ye yönelik olarak bu yapılanmanın hem kamudaki hem de sivil alandaki etkinliğini önlemeye yönelik tedbirler aldıkları dönemde başvurucunun sosyal medya hesabından yaptığı paylaşımların ve daha sonra FETÖ/PDY ile bağlantılı olması dolayısıyla kapatılan Meydan gazetesindeki yazılarının bir kısmının bu yapılanmayı övücü, bu yapılanmanın faaliyetlerini meşru göstermeyi ve yapılanmaya yönelik yürütülen soruşturmaları sonuçsuz bırakmayı hedefleyici nitelikte görülmesinin ve bu hususların başvuru ile FETÖ/PDY arasındaki ilişkiyi ortaya koyan bir olgu olarak değerlendirilmesinin keyfi olduğu söylenemeyecektir.”²⁰³

İHAM açısından ise durum önceki kararlardan farklı değildir. İHAM, (i) olayların meydana geldiği dönemde, Bugün gazetesinin terör örgütü tarafından kontrol edildiği sonucuna varan herhangi bir mahkeme kararının bulunmadığı, (ii) başvuru ile “Fuatavni” arasındaki somut bağlantıların neler olabileceğinin somutlanmamış olması ve (iii) tivit ve yazıların içeriğinin şiddet yöntemlerinin kullanımına çağrı olarak yorumlanamaması ve ilgilinin sözlerinin şüphesiz terör endoktrinasyonu, bir saldırının failini övme, bir saldırının mağdurlarını aşağılama, terör örgütlerini finanse etme çağrısı veya diğer benzer davranışların kapsamına girmemesi nedenleriyle AYM’nin çıkarımına katılmamıştır.²⁰⁴

Görünen o ki AYM açısından gerilimli konulardan biri, “FETÖ/PDY davaları”yla bağlantılı basın özgürlüğü vakaları. Gerilim, vaka-

vam ediyor, çok ciddi kararlar alıyor, atamalar yapıyor, ihale dağıtıyor, savaşa hükmediyor ve kafalarına göre takılıyorlar”; “İstiyor ki herkes sussun! İstiyor ki muhalifler olmasın! İstiyor ki babasının çiftliği gibi yönetsin ülkeyi! Ama bak ne diyeceğim, o işler öyle olmuyor işte! Sen bastırıldıkça bağırısı geliyor insanların! Sen vurduğun sesleri daha gür çıkıyor! Ve ne olursa olsun, canımıza da kastedilse susmayacağız!” ; “(...) insanların malını canını korumakla yükümlü hükümetimiz, istediği yere istediği gibi hukuksuzca çökebilen bir umacıya dönüştü”; “Samimi söylüyorum diktatörlükleri ya da faşist yönetimleri de geçtik”; “Adalet yeniden dönüp de hesap verme günü gelip çattığındaysa çil yavrusu gibi dağılacak ve inkâr edecekler yaptıklarını, tıpkı Nazi’ler gibi “hiçbir şeyden haberimiz yoktu!” diyecekler ama biliyoruz kimin ne yaptığını ve günü geldiğinde haykıracağız tüm gücümüzle “ulan hepiniz ordaydınız be!” diyerek hem de.” Atilla Taş, § 18.

²⁰³ Atilla Taş, § 88.

²⁰⁴ Atilla Taş/Türkiye, § 133-136.

ların hassasiyetinin yanı sıra kararların icrası sorunundan da ileri gelmektedir. Aşağıdaki tabloda da görüleceği üzere AYM'nin bu alanda verdiği; iki ihlal kararı, derece mahkemelerince icra edilmemiş; iki ihlal kararı, tazminat miktarı yetersiz sayılarak baypas edilmiş; altı "ihlal yok" kararı ise İHAM'dan dönmüştür. Basın mensuplarıyla ilgili olmayan diğer ifade özgürlüğü ihlalleri²⁰⁵ de hesaba katıldığında AYM, yukarıdan ve aşağıdan basınç yaşadığı söylenebilir.

"15 Temmuz Yargılamaları"nda Gerilimli Basın Özgürlüğü İhlali Kararları		
Başvurucu	AYM	İHAM
Mehmet Hasan Altan	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.	Tahliye kararı verilmediği için yeniden ihlal kararları verilmiştir.
Şahin Alpay	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.	Tahliye kararı verilmediği için yeniden ihlal kararları verilmiştir.
Ali Bulaç	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.	Tazminat miktarı düşük olduğu için yeniden ihlal kararları verilmiştir.
Murat Aksoy	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.	Tazminat miktarı düşük olduğu için yeniden ihlal kararları verilmiştir.
Ahmet Hüsrev Altan	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmemiştir.	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.
Ahmet Şık	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmemiştir.	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.
Atilla Taş	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmemiştir.	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.
İlker Deniz Yücel	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmemiştir.	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.
Murat Sabuncu ve diğerleri	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmemiştir.	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.
Nazlı Ilıcak	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmemiştir.	Kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.

Altıncısı; ByLock delili konusundadır. AYM'nin *Yalçınkaya/Türkiye* kararı, diğer kararlara nazaran çok daha özgün bir yerde durur. Zira bu karar, "yarı-pilot karar" niteliğindedir. İHAM, bu olayda Türkiye'deki sistematik bir sorun saptaması yapmış, sonra da yapılması gerekenlere hükmetmiştir.

²⁰⁵ Taner Kılıç/Türkiye, op. cit.; Yasin Özdemir/ Türkiye, B. No: 14606/18, 7/12/2021, § 44 vb.

Söz konusu sistematik sorunun kalbinde ByLock delillerinin değerlendirilme biçimi yer almaktadır. Ayrıntılarını bir tarafa bıraktığımızda Mahkemeye göre bu uygulamayı yüklemiş olmak, o gün için "Gülen Hareketi" veya "Cemaat" olarak bilinen yapıyla bağlantıyı kanıtlayabilir. Fakat bir kişinin, on yıllardır Türkiye'de varlık gösteren ve hükümetlerin tanıdığı ve meşruluk atfettiği bir dini grup ile bağlantılı olması, salt bu programı indirdikleri için 15 Temmuz darbe girişiminin faili addedilen "FETÖ/PDY" örgütünün silahlı amaçlarını bildikleri ve buna göre hareket edip otomatikman örgüt üyeliği yaptıklarını göstermez. Başka bir deyişle ve kestirmeden söyleyecek olursak; ByLock uygulaması, "Cemaat" üyesi olmak ile "FETÖ/PDY" örgütüne üye olmayı otomatikman eşitleyemez. Mezkûr uygulamayı yükleyen bir kişi, bu ikisine de mensup olabileceği gibi sadece ilkinde mensup olabilir. ByLock yazılımalarının içeriği vb. deliller ortaya konmadıkça kategorik çıkarımlarda bulunmak, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır.

Dahası, ByLock uygulamasına dair verilerin elde edilme biçimi, ham verilerin davanın taraflarına tam olarak sunulmaması, uygulamayı indiren kişilerin tamamının soruşturmaya tabi olmaması vb. pek çok tutarsızlık karşısında sanıkların ileri sürdüğü savlara ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmamış, ayrıca o gün için yasal nitelik arz eden faaliyetler (dernek, sendika üyelikleri veya banka hesapları vb.) de davada kategorik olarak suçla ilintilendirilmiştir. İHAM, *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararı özelinde bunların adil yargılanma hakkı ve örgütlenme hakkının ihlali anlamına geldiğini saptamıştır.

Sayısı yüzbinleri bulan kişinin bu nedenlerle ve bu usullerle mahkûm edilmesi, İHAM'a göre niceliksel bir yığılmayı ve sistematik bir sorunu ortaya koymaktadır. İHAM bu saptamayı yaparak, bir bakıma benzer nitelikteki tüm kararlarda ihlal kararı vereceğini ilan etmiştir. Mahkeme, bir "bile bile lades" sonucunun ortaya çıkmaması için de "yapılması gerekenler"e hükmetmiştir. Bu yapılması gerekenler "soyut-somut skalası"nda görece somuttur. Strazburg Mahkemesi, esasen ve özü itibarıyla süregelen yargılamalarda kendi analizinin uygulanmasına + benzer durumda olanların yeniden yargılanmasına + bu bağlamda özellikle Anayasa'nın md. 90/son hükmünün dikkate alınmasına işaret etmiştir.

Karardaki bu nitelikler İHAM kararının AYM açısından da yol gösterici nitelik arz ettiğini göstermektedir.

SONUÇ

Buraya kadar yazdıklarımız AYM'nin FETÖ/PDY yargılamalarına, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı penceresinden nasıl baktığının resmini ortaya koymuştur diye düşünüyoruz.

Bu incelemede ulaşılan bulgular, AYM'nin FETÖ/PDY davalarındaki performansının iddiaların aksine etkili hukuk yolu olmaktan çıkacak denli olumsuz olmadığını göstermektedir. AYM'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına dönük içtihat kümesi, Mahkeme'nin olağan nitelikteki vakalarda, prensip itibarıyla uluslararası insan hakları hukuku standartlarıyla koşut bir tavır içinde olduğunu göstermiştir. Fakat AYM'nin köşe taşı niteliğindeki kimi kararlardaki tutumu, İHAM ile arasındaki yaklaşım koşutluğunu olumsuz etkilemiş görünmektedir.

Bunlar; (1) Suçüstü kavramının İHAM'a nazaran geniş yorumlanması, buna koşut olarak (2) "görev suçu" ve "kişisel suç" ayrımını yeterince derinlemesine incelememesi; (3) öteden beri yer yer gözden kaçan soruşturma dosyalarındaki kısıtlılık kararlarının anayasallığı sorunu, (4) OHÂL rejimiyle gelen avukat-müvekkil görüşmelerine gelen kısıtlamalara "terzi dikimi" değil "fabrikasyon" bir yaklaşımla bakılması ve özel yaşama saygı hakkına dönük kanunun kalitesi incelemesini kaçırmaması, (5) insan hakları aktivisti/gazeteci kişilere dönük kuvvetli suç şüphesi belirtilerinde tutarlı bir tutum sergilenememesi olarak sıralanabilir.

Bu beş durumdan farklı ve derin bir sorun daha vardır. O da AYM'yi sistematik bir sorunun parçası kılan ByLock delillerinin değerlendirilmesiyle meselesidir. İki mahkeme arasındaki başlıca farkın "şüpheden sanık yararlanır" fikrini yeterince dikkat alma veya almama noktasında düğümlendiği kanısındayız. Bu nedenle İHAM'ın *Yalçınkaya/Türkiye* kararından sonra bu konuda yeniden bir inceleme yapmak durumunda kalacak olan AYM'nin, incelemesinde konuya mutlaka "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi merceğinden de bakmasını salık veriyoruz.

Kanımızca bu yeniden incelemeler, FETÖ/PDY davalarının çoğunun sonuçlanmış olmasından ötürü nadiren kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla ilgili olacaktır. Fakat bu hak yönünden gündeme gelecek olası vakalarda da İHAM kararının kesinlikle dikkate alınması ve bu içtihatla ilgili (ister lehe veya aleyhe) argümanlara mutlak yer verilmesi bir zorunluluktur. Aksi hâlde kısır bir döngüye girmek kaçınılmazdır, ki AYM'nin işi sorunları daha da çözülmez kılmayıp uyumlaştırıcı çözümler bulmaktır.

Kaynakça

Makaleler

Sağlam Fazıl, “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2018, C. 7, S. 13, s. 21-102.

İHAM Kararları

- Ahmet Hüsrev Altan/Türkiye, B. No: 13252/17, 13/7/2021.
Alparslan Altan/Türkiye, B. No: 12778/17, 9/9/2019.
Baş/Türkiye, B. No: 66448/17, 7/9/2020.
Bulaç/Türkiye, B. No: 25939/17, 11/10/2021.
Canavcı ve diğerleri/Türkiye, B. No: 24074/19 ve 2 Diğerleri- bkz. Ekli Liste, 14/11/2023.
Demirtaş ve Yüksekdağ Şenoğlu/Türkiye, İHAM, 10207/21 10209/21, 06/06/2023.
Hasan Altan/Türkiye, B. No: 13237/17, 10/9/2018.
Ilıcak/Türkiye, B. No: 1210/17, 14/12/2021.
Kavala/Türkiye, B. No: 28749/18, 10/12/2019
Mehmet Demir/Türkiye, İHAM, 55569/19, 24/10/2023.
Murat Aksoy/Türkiye, B. No: 80/17, 6/9/2021.
Şahin Alpay/Türkiye, B. No: 16538/17, 20/6/2018.
Taner Kılıç/Türkiye (2), B. No: 208/18, 31/5/2022.
Turan ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 75805/16 ve 426 Diğerleri- bkz. Ekli Liste, 4/4/2020.
Yasin Özdemir/ Türkiye, B. No: 14606/18, 7/12/2021.

AYM Kararları

- A.B. [GK], B. No: 2016/22702, 31/10/2019.
A.C., B. No: 2016/64868, 27/2/2020.
A.E., B. No: 2017/19621, 4/11/2020.
A.K., B. No: 2017/7858, 27/11/2019.
A.L., B. No: 2016/63999, 9/1/2020.
A.S., B. No: 2016/21966, 9/1/2020.
A.Ş., B. No: 2016/80630, 12/2/2020.

- A.Y., B. No: 2019/38819, 19/1/2023.
- Abdulhalim Sönmez ve diğ erleri Başvurusu (2), B. No: 2015/7696, 3/4/2019.
- Abdullah Kılıç, B. No: 2016/25356, 8/1/2020.
- Ahmet Ali Ala, B. No: 2020/5156, 10/3/2021.
- Ahmet Hüsrev Altan (2), B. No: 2019/38086, 21/10/2020.
- Akın Atalay [GK], B. No: 2016/50970, 2/5/2019.
- Ali Aktaş, B. No: 2016/14178, 17/7/2019.
- Ali Biray Erdoğan, B. No: 2016/16189, 18/4/2018.
- Ali Bulaç [GK], B. No: 2017/6592, 3/5/2019.
- Ali Davdav, B. No: 2020/29326, 27/7/2022.
- Ali Şeker, B. No: 2016/68962, 20/9/2018.
- Ali Şeker, B. No: 2016/68962, 20/9/2018.
- Arif İbiş, B. No: 2014/16836, 12/12/2018.
- Atilla Taş, B. No: 2016/30220, 29/5/2019.
- Aydın Yavuz ve diğ erleri, [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017.
- Ayhan Işık, B. No: 2020/8401, 3/3/2022.
- AYM, E.2016/167, K.2016/160, 12/10/2016.
- AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019.
- Ayşe Arslan, B. No: 2019/34517, 13/9/2022.
- Ayşe Nazlı Ilıcak [GK], B. No: 2016/24616, 3/5/2019.
- Aziz Mahmut İstegün, B. No: 2017/32195, 6/2/2019.
- B.G., B. No: 2020/36865, 21/6/2023.
- B.P., B. No: 2017/7804, 3/12/2020.
- Bünyamin Alper Eşki, B. No: 2016/22697, 3/6/2020.
- Cengiz Türkmen, B. No: 2016/43843, 3/7/2019.
- Cihan Acar, B. No: 2017/26110, 27/2/2020.
- Ç.Ö. [GK], B. No: 2014/5927, 19/7/2018.
- Deniz Öz fırat, B. No: 2013/7929, 1/12/2015.
- Devran Duran [GK], B. No: 2014/10405, 25/5/2017.
- Didar Adak (B. No: 2017/13215, 10/3/2020.
- E.A., B. No: 2016/78293, 3/7/2019.
- Edat Yücel Seyhan, B. No: 2016/16204, 26/9/2019.
- Emre Soncan, B. No: 2016/73490, 11/3/2020.
- Ercan Özdemir, B. No: 2017/22632, 3/11/2020.
- Erdal Tercan [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018.
- Erdi Orman, B. No: 2017/24079, 11/2/2021.
- Eren Erdem, B. No: 2019/9120, 9/6/2020.
- Erkan Ünal, B. No: 2019/39894, 8/7/2020.

- Ersin Kızılay, B. No: 2016/28555, 10/6/2020.
Ferhat Kara [GK], B. No: 2018/15231, 4/6/2020.
Ferit Çelik, B. No: 2012/1220, 10/12/2014.
Funda Şahin, B. No: 2017/2851, 9/6/2020.
Gökhan Perçin, B. No: 2019/19332, 17/11/2022.
Gültekin Avcı, B. No: 2015/17921, 10/1/2019.
Hacı Karakurt, B. No: 2018/4064, 1/7/2020.
Hakan Büyükabacı, B. No: 2017/19121, 21/7/2020.
Hamza Kaba, B. No: 2020/35692, 24/5/2023.
Hamza Uluçay, B. No: 2017/23465, 14/9/2021.
Hanefi Avcı, B. No: 2013/2814, 18/6/2014.
Harun Erdoğan, B. No: 2017/27588, 22/7/2020.
Harun Kobak, B. No: 2016/60589, 27/2/2020.
Hasan Akboğa [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019.
Hasan Kayran, B. No: 2016/68864, 26/9/2019.
Hicret Aksoy, B. No: 2021/2107, 13/4/2022.
Hüseyin Yıldırım, B. No: 2017/18386, 27/2/2020.
İ.C., B. No: 2016/41492, 13/2/2020.
İbrahim Kılıç, B. No: 2020/25058, 2/5/2023.
İbrahim Uçar, B. No: 2020/9972, 9/2/2023.
İdil Eser, B. No: 2017/35560, 11/3/2021.
İhsan Yalçın, B. No: 2017/8171, 9/1/2020.
İlhan İşbilen, B. No: 2016/3704, 29/5/2019.
İlyas Tunç, B. No: 2018/13388, 18/11/2020.
İsmail Çıtak, B. No: 2016/78629, 28/11/2019.
İsmail Solmaz, B. No: 2017/15251, 12/2/2020.
İsmail Şahan, B. No: 2016/54509, 28/11/2019.
K.Ş., B. No: 2016/70773, 7/11/2019.
Kadir Ağladioğlu, B. No: 2016/27577, 9/6/2021.
Kadir Konuk, B. No: 2017/4721, 23/6/2020.
Kadir Tanrıkuğu, B. No: 2017/5916, 18/11/2020.
Kamil Erdoğan, B. No: 2017/4023, 19/4/2018.
Kürşat Durmuş, B. No: 2019/25369, 21/10/2020.
L.A., B. No: 2016/75064, 26/5/2021.
M.G., B. No: 2018/13901, 11/2/2021.
M.O., B. No: 2016/22180, 10/6/2020.
M.Ö. (2), B. No: 2017/20197, 9/5/2019.
Mehmet Ali Şelli, B. No: 2017/12880, 4/11/2020.

- Mehmet Arı, B. No: 2016/22732, 10/1/2019.
Mehmet Fatih Süzer [GK], B. No: 2016/68269, 18/7/2018.
Mehmet Haberal, B. No: 2012/849, 4/12/2013.
Mehmet Halim Oral, B. No: 2012/1221, 16/10/2014.
Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018.
Mehmet Murat Sabuncu [GK], B. No: 2016/50969, 2/5/2019.
Metin Evecen, B. No: 2017/744, 4/4/2018.
Metin Evecen; Resul Darama, B. No: 2018/251, 18/7/2019.
Metin Güneş, B. No: 2017/23083, 28/5/2019.
Muammer Koçan, B. No: 2016/56282, 26/9/2019.
Murat Aksoy [GK], B. No: 2016/30112, 2/5/2019.
Murat Arslan, B. No: 2018/15422, 22/7/2020.
Murat Kılıç, B. No: 2016/21201, 19/11/2019.
Murat Özmek, B. No: 2017/2845, 9/6/2020.
Mustafa Açı, B. No: 2016/66638, 3/7/2019.
Mustafa Baldır, B. No: 2016/29354, 4/4/2018.
Mustafa Başer ve Metin Özçelik, B. No: 2015/7908, 20/1/2016.
Mustafa Demirhan, B. No: 2014/16855, 12/12/2018.
Mustafa Mendeş, B. No: 2018/1349, 30/10/2018.
Mustafa Mutlu, B. No: 2017/3121, 10/6/2020.
Mustafa Özterzi [GK], B. No: 2016/14597, 31/10/2019.
Mustafa Ünal, B. No: 2017/21149, 28/11/2018.
N.D., B. No: 2016/21990, 9/1/2020.
Nazmi Ardıç (2), B. No: 2018/18006, 4/11/2020.
Nigar Demir Yüzlü, B. No: 2020/22032, 29/3/2023.
O.P. [GK], B. No: 2020/22207, 17/5/2023.
Oktay Yıl, B. No: 2016/76785, 13/2/2020.
Orhan Şahna, B. No: 2016/50948, 9/1/2020.
Osman Berk, B. No: 2017/12608, 11/12/2019.
Osman Karaca, B. No: 2019/41752, 13/1/2021.
Osman Serhat Arıcan, B. No: 2018/14398, 2/12/2020.
Ö.D., B. No: 2016/37804, 18/7/2018.
Ömer Çıtak, B. No: 2016/58614, 12/1/2021.
Ömer Köse (2), B. No: 2017/34237, 23/10/2019.
Ömer Ulukapı, B. No: 2017/17771, 17/7/2018.
Önder Çelik ve diğeri [GK], B. No: 2016/50971, 2/5/2019.
Özlem Dalkıran [GK], B. No: 2017/35203, 21/1/2021.
R.Ü., B. No: 2017/38574, 3/12/2020.

- Rağıp Çimen, B. No: 2017/20253, 22/7/2020.
Ramazan Bayrak, B. No: 2016/22901, 7/2/2019.
Ramazan Söyler, B. No: 2017/4807, 22/7/2020.
Recep Baş, B. No: 2017/22400, 18/11/2020.
Recep Uygun B. No: 2016/76351, 12/6/2018.
Resul Çomoğlu, B. No: 2017/8756, 26/9/2019.
Resul Darama, B. No: 2018/251, 18/7/2019.
Rıza Barut, B. No: 2020/14339, 28/12/2021.
Sait Ayaz, B. No: 2016/35488, 30/9/2020.
Sedat Laçiner, B. No: 2016/47628, 12/2/2020.
Selçuk Özdemir, B. No: 2016/49158, 26/7/2017.
Selim Öztürk, B. No: 2017/4834, 8/5/2019.
Serkan Durmuşoğlu, B. No: 2018/25852, 13/4/2021.
şaban Apak, B. No: 2017/36028, 18/11/2020.
şahin Alpay [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018.
şahin Binici, B. No: 2017/30993, 1/7/2020.
şener Gülmedi, B. No: 2016/48072, 18/4/2019.
şevket Tayfur, B. No: 2020/11133, 16/3/2023.
Talip Demirezen, B. No: 2017/25941, 9/7/2020.
Taner şentürk, B. No: 2017/19405, 22/7/2020.
Tuncer Çaycı, B. No: 2017/7656, 3/6/2020.
Ufuk Arslan, B. No: 2017/34473, 26/12/2018.
Ufuk Yeşil, B. No: 2016/21926, 17/4/2019.
Uğur Gürses, B. No: 2016/16201, 3/7/2019.
Ulaş Kaya ve Adnan Ataman, B. No: 2013/4128, 18/11/2015.
Ulvi Kün, B. No: 2016/72052, 10/12/2019.
Ümit Çiftçi, B. No: 2019/5753, 26/5/2021.
Ümit Özkan, B. No: 2017/78, 4/11/2020.
V.Ç., B. No: 2020/39693, 18/10/2022.
Yahya Karıslı, B. No: 2017/34534, 26/5/2021.
Yakup Çetin, B. No: 2018/15113, 11/3/2021.
Yasin Akdeniz, B. No: 2016/22178, 26/2/2020.
Yavuz Yakışkan, B. No: 2020/28007, 13/4/2023.
Yetkin Yıldız, B. No: 2018/3292, 23/6/2020.
Yurt Atayün, B. No: 2017/34216, 29/5/2019.
Yusuf İltar, B. No: 2017/27069, 4/11/2020.
Zafer Özer, B. No: 2016/65239, 9/1/2020.
Zehra Perk, B. No: 2017/25979, 10/6/2020.

Yargıtay

- Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2017/3174, K.2019/2244.
Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/5167, K.2019/3211.
Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/5527, K.2019/2206.
Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/6390, K.2019/2961.
Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/7220, K.2019/3659.
Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2019/6400, K.2020/139.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/16.MD-956, K.2017/370.

İnternet Kaynakları

- “Anayasa Mahkemesi Üyeleri Alparslan Altan ve Erdal Tercan’ın Meslekten Çıkarılmasına İlişkin Gerekçeli Kararın Basın Duyurusu”, Anayasa Mahkemesi, 09 Ağustos 2016, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/duyurular/anayasa-mahkemesi-uyeleri-alparslan-altan-ve-erdal-tercan-in-meslekten-cikarilmasina-iliskin-gerekceli-kararin-basin-duyurusu/> (Erişim Tarihi: 05.01.2023)
- “Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş”, Venedik Komisyonu, 13 Mart 2017, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)004-tur) (Erişim Tarihi: 06.01.2024)

KUVVETLER AYRILIĞINDAN KUVVETLER BİRLİĞİNE; CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ

FROM SEPARATION OF POWERS TO UNITY OF POWERS; PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM

Muhammed BIÇAKÇIGİL*

Özet: 2017 Anayasa değişikliği sonrasında uygulamaya geçen ve başkanlık sistemi olarak tanıtilan “cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi”, Anayasa Hukuku literatüründeki klasik siyasi sistemler tasnifine göre yerinin belirlenmesi güç Türk tipi bir sistem oluşturmuştur. Yasama ve yargı karşısında olabildiğince güçlenen yürütme organı yeni sistemde başat unsurdur ve sadece cumhurbaşkanından oluşmaktadır. Denge ve denetleme fonksiyonu açısından yürütme karşısında yetersiz hale gelen yasama ve yargı organları; kuvvetler ayrılığı ilkesi ile amaçlanan hürriyetlerin güvencesi olma niteliklerini önemli derecede kaybetmiştir. Hak ve hürriyetler aleyhine olumsuz sonuçlar doğuran yeni durumda kuvvetler ayrılığı ilkesi hukuk devleti ideali için güncel kalması/tutulması gereken en temel konulardandır. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle kuvvetler ayrılığı ilkesi anlatılacak, sonrasında kuvvetler ayrılığı ilkesini esas alan hükümet sistemleri üzerinde durulacak ve en son cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kuvvetler Ayrılığı, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Türk Tipi Başkanlık Sistemi, Hak ve Özgürlükler, Yargı Bağımsızlığı

Abstract: The implementation of the “presidential government system”, following the 2017 Constitutional Amendment, has introduced a Turkish-style system that is challenging to categorize within the traditional classification of political systems in constitutional law literature. In the new system, the executive branch, solely comprised of the president, has attained maximum power and has surpassed both the legislature and the judiciary, making it the prevailing force. The legislative and judicial branches, which have be-

* Okan Üniversitesi, Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, mbicakcigil@stu.okan.edu.tr, ORCID: 0009-0000-3729-7977, Makalenin Gönderim Tarihi: 31.03.2024, Kabul Tarihi: 28.06.20234

come inadequate in maintaining a balance of power and control in relation to the executive branch, have greatly diminished their capacity to ensure the preservation of freedoms as intended by the principle of separation of powers. Amidst the current circumstances, characterized by adverse implications for rights and freedoms, it is crucial to uphold the principle of separation of powers as a fundamental aspect for maintaining the ideal of the rule of law. In our study, we will first explain the theory of separation of powers. Next, we will focus on government systems that are based on this principle. Finally, we will examine the presidential government system in relation to the principle of separation of powers.

Keywords: Separation of Powers, Presidential Government System, Turkish-Type Presidential System, Rights and Freedoms, Judicial Independence

GİRİŞ

Türkiye’de uzun yıllardır uygulanan parlamenter sistem, 16 Nisan 2017’de gerçekleşen referandum sonucunda, yerini “cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi” olarak adlandırılan¹ yeni bir sisteme bırakmıştır. Başbakan ve bakanlar kurulunun yetkilerini cumhurbaşkanına bıraktığı ve yürütme erkinin diğer erkler karşısında çok güçlü tutulduğu yeni sistemde yasama ve yargı erki kontrol ve denge unsuru olma özelliklerini büyük ölçüde kaybetmiştir.

Mevcut durumda cumhurbaşkanı, yasama yetkileri açısından 1876 yılındaki padişahla yakın derecede yetkilere, yürütme açısından ise padişahın sahip olduğu temel yetkilere sahip hale gelmiştir. Dolayısıyla 2017 Anayasa değişikliği ile neredeyse 1876’da padişahın sahip olduğu yetkilere dönüş sağlanmıştır.² Nitekim Kemal GÖZLER bu yeni sistemi; “*kuvvetlerin cumhurbaşkanında birleşmesi esasına dayalı bir kuvvetler birliği hükümet sistemi*” olarak adlandırmaktadır.³

Klasik tasnife göre kuvvetler ayrılığını esas alan sistemler; başkanlık sistemi ve parlamenter sistem iken kuvvetler birliği sistemleri ise;

¹ Bu şekildeki adlandırma 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un genel gerekçesinde yer almaktadır, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss560.pdf>, erişim tarihi: 25.12.2023.

² Özhan Demirkol/M. Balkan Demirdal, “1876’dan 2017’ye Devlet Başkanlarının Anayasal Güçleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2022, C. 26, S. 2, s. 441-477.

³ Kemal Gözler, “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2016, C. 74, S. 4, s.25-36.

diktatörlük, mutlak monarşi ve meclis hükümeti sistemleridir.⁴ Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından getirdikleri ve hükümet sistemleri içindeki yeri hakkındaki tartışmalar ise halen güncelliğini korumaktadır.

Çalışmamızda öncelikle kuvvetler ayrılığı ilkesi anlatılacak, sonrasında kuvvetler ayrılığı ilkesini esas alan hükümet sistemleri üzerinde durulacak ve en son cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından incelenecektir.

I. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ

Amerikan Anayasası yapılırken, “kurucu babalar” olarak nitelenen hukukçuların üzerinde tartıştığı temel konulardan biri; gücün tek bir elde toplanmasından duyulan endişedir. Bu endişe, sistem oluşturulurken yasama ve yürütme organlarının birbirinden çok keskin biçimde ayrılmasına sebep olmuştur. Denge/denetim modelini dikkatimize sunan Madison’a göre; *“insanlar melek olsaydı hükümete gerek kalmazdı. İnsanları melekler yönetseydi ne iç ne de dış denetim mekanizmalarına gereksinim duyulurdu. İnsanların insanlar tarafından yönetildiği bir hükümette ise temel güçlük şudur; önce yönetilenleri sonra da kendisini kontrol edebilecek bir hükümet oluşturabilmek. Kuşkusuz halka bağımlı olması hükümet üzerindeki en önemli kontrol mekanizmasıdır; ama insanlık, deneyimlerinden ek başka önlemlerin alınması gerektiğini öğrenmiş durumdadır”*.⁵

Başgil; “kuvvetler birliği” ve bunun mukabili olan “kuvvetler ayrılığı” konusunun anayasa hukukunun en can alıcı meselelerinden birisi olduğunu belirtir ve bu meselenin devletler hayatında bir esas mesele olmaktan ziyade bir metot ve tedbir meselesi olduğunu ekler.⁶ Başgil’e göre kuvvetler ayrılığı kuramı tarihi bir zaruret olarak ortaya çıkmış ve mutlakiyetle yönetilen rejimlerde kralda toplanan güç ve yetkiyi parçalamak suretiyle bireyleri istibdattan korumak için bir silah olarak kullanılmıştır.⁷

⁴ Kemal Gözler, Anayasa Hukuku Genel Esasları, Ekin Yayınları, 5. baskı, Bursa 2014, s.223.

⁵ Alexander Hamilton/James Madison/John Jay, Federalist Yazılar, Çeviren: Tolga Şirin, Nejdet Umut Orcan, Runik Kitap, İstanbul 2021, s. 369.

⁶ Ali Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, Baha Matbaası, İstanbul 1960, s. 271-272.

⁷ Başgil, s. 290.

1789 Amerikan Anayasası ve 1791 Fransız Anayasası başta olmak üzere pek çok pozitif hukuk belgesinde yerini bulan kuvvetler ayrılığı teorisi, genellikle Montesquieu ile özdeşleştirilir ve hukukilikten ziyade siyasal nitelik taşır.⁸

Esasında bu konuyla ilgili çalışmalar eski Yunan'a kadar gitmektedir. Yunan filozof Aristo'ya göre tüm anayasalarda bulunması gereken üç öge; topluca görüşülüp düşünülmesi gereken meclis, bütün yetkiler ve görevler karmaşası olarak yürütme ve üçüncü olarak da yargıdır.⁹ Aristo yaptığı bu ayrımla devletin görevleri arasında bir paylaşımı kabul etmekte ancak o tarihlerde bu görevlerin icrasının tamamen bağımsız organlara verilmesi henüz öngörülmemektedir.¹⁰

Modern anayasacılık tarihinde kuvvetler ayrılığı prensibini hürriyetlerin güvencesi olarak ilk gündeme getiren kişi ise John Locke'dur.¹¹ Locke'a göre; yasama yetkisine sahip olan insanların aynı zamanda bu yasaları uygulama yetkisine sahip olmaları, kendilerini bu yasaların uygulanmasından muaf tutmalarına ve çıkarılacak yasaların kendi çıkarları doğrultusunda olmasına sebep olacağından, iyi örgütlenmiş devletlerde yasama ve yürütme erki çoğu zaman birbirinden ayrılır. Locke, yasama ve yürütme dışında "federative" olarak adlandırdığı üçüncü bir güçten bahseder ki; bu güç diğer devletler ve kişilerle yapılacak savaş, barış ve ittifak gibi ilişkileri düzenler.¹² Locke yargı organını ayrı bir güç olarak görmeyip yasama kapsamında değerlendirmektedir.¹³

Montesquieu'ye göre her devlette üç çeşit yetki vardır; yasama, yürütme ve yargı. Yasama ve yürütme yetkilerinin aynı gruba verilmesi hürriyetleri yok edeceği gibi; yargı yetkisinin, yasama ve yürütmeden ayrılmaması da hürriyetleri yok eder. Bu üç yetki aynı zamanda aynı kişinin ya da aynı topluluğun elinde bulunursa devlette her şey yıkılır. Montesquieu'ye göre faziletin dahi sınırlandırılmaya ihtiyacı vardır.¹⁴

⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, 15. baskı, Ankara 2014, s. 191.

⁹ Aristoteles, *Politika*, Çeviren: Mete Tuncay, Remzi Kitabevi, İstanbul 1975, s. 132-133.

¹⁰ Recai Okandan, "Parlamentarizm ve Bugünkü Şekli", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1935, C. 1, S. 2, s. 135-148.

¹¹ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınları, 7. baskı, Ankara 2004, s. 73.

¹² John Locke, *Two Treatises of Government*, Rod Hay, London 1843, s. 167-168.

¹³ Erdoğan, s. 74.

¹⁴ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çeviren: Fehmi Baldaş, Hiperlink Yayınevi, İstanbul 2014, s. 217-219.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi ve milli egemenlik ilkesi, mutlak monarşilere karşı yöneltilmiş iki farklı düşünce olup, her ikisinin de amacı baskıcı yönetimlere karşı kişi özgürlüklerini korumaktır.¹⁵

Bu bağlamda kuvvetler ayrılığı doktrininin ortaya atılmasının amacı, devletin devasa gücünün tek bir elde toplanmasını önlemek suretiyle özgürlükleri güvence altına almaktır. İktidarın kötüye kullanılmasının önlenmesi, ancak birbirinden bağımsız olan ve karşılıklı birbirlerini frenleyip dengeleyebilen organlarla sağlanabilir.¹⁶ Bir siyasal sistemin anayasal ve üstün hukuk kurallarına bağlı olduğunun söylenebilmesi için bu düzende mutlaka kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul edilmiş olması gerekir.¹⁷

Kuvvetler ayrılığı kavramını salt iş bölümü olarak anlamak doğru değildir. Kuvvetlerin ayrımı ile iş bölümü arasında konu ve amaç farklılığı vardır. İş bölümünden amaç sadece teknik ve iktisadi iken kuvvetler ayrılığı kuramı ise özellikle siyasi bir amaç gütmektedir. Kuvvetler ayrılığı prensibi, ayrılan organlardan her birinin sadece fonksiyonel ayrımı ile kalmayıp, aynı zamanda kendine has bir yetki çerçevesi içinde; müstakil bir irade ve hareket serbestisi, dayanıklı bir mukavemet ve özellikle “güç merkezi” teşkil etmektedir.¹⁸

Erklerin yetkilerinin ve sınırlarının birbirini dengeleyecek ve frenleyecek şekilde güvence altına alınması çok önemli ise de bu hususları sadece anayasa metinlerine yazmak, bu yetkilerin tek bir elde toplanarak tiranlığa yol açmasını engelleyecek yeterli güvence sağlamamaktadır.¹⁹ Yasama, yürütme ve yargı yetkilerini teoride birbirinden ayırdıktan sonraki esas daha zor olan iş; uygulamada bu yetkileri diğer organlara karşı koruyabilmektir.²⁰ Nitekim Amerikalı ünlü anayasa hukukçusu Bruce Ackerman, “kim ve ne için kuvvetler ayrılığı (*separating power on behalf of what*)” sorusuna cevap ararken, demokrasi ve temel hakların korunması/geliştirilmesi yanında üçüncü bir idealden

¹⁵ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 17. baskı, İstanbul 2014, s. 470.

¹⁶ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi, On İki Levha Yayınları*, 3. baskı, İstanbul 2017, s. 364-365.

¹⁷ Mustafa Koçak, *Batıda ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik*, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 133.

¹⁸ Başgil, s. 290-291.

¹⁹ Hamilton/Madison/Jay, s. 358.

²⁰ Hamilton, Madison, Jay, s. 351.

de bahseder; “*mesleki liyakat (professional competence)*”. Demokratik yasalar, mahkemeler ve bürokrasi; tarafsız bir biçimde uygulamadıkları sürece bunlar tamamen sembolik olarak kalacaktır.²¹

II. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNİ GÜVENCE ALTINA ALMAYI AMAÇLAYAN MODELLER

Yasama ve yürütme arasındaki ilişkiye göre yapılan tasnif farklı hükümet sistemlerini karşımıza çıkarmaktadır. Hükümet sistemleri; kuvvetler birliği ve kuvvetler ayrılığı sistemleri olarak ikiye ayrılır. Kuvvetler birliği sistemleri kuvvetlerin yürütmede ve yasamada birleşmesine göre ikiye ayrılır; kuvvetlerin yürütmede birleştiği sistemler diktatörlük veya mutlak monarşi, yasamada birleştiği sistem ise meclis hükümeti sistemidir. Kuvvetler ayrılığı sistemleri ise kendi içinde sert ve yumuşak olmak üzere ikiye ayrılır. Kuvvetler arasında sert bir ayrılık varsa başkanlık sistemi, yumuşak bir ayrılık varsa parlamenter sistem karşımıza çıkar.²²

a. Kuvvetlerin Yumuşak Ayrılığı; Parlamenter Sistem

Parlamenter sistem bir çeşit temsili rejimdir ve kuvvetler ayrılığı ilkesinden hareket eder. Kuvvetler arasındaki bu ayırım gayet yumuşaktır ve bu sayede organlar birbiriyle sıkı bir ilişki içindedir. Ancak bu sıkı ilişki organların tek bir merkezde birleşmesi anlamına gelmez, tam tersine organlar arasında hukuki bir eşitlik ve güç bakımından denge hedeflenir.²³

Parlamenter sistem için “yumuşak ayırım” tabirinin kullanılması, yürütmenin yasamadan doğması ve bu organların birbiriyle iş birliği içinde olmasının yanında başkanlık sisteminde olduğu kadar sert bir ayırımın söz konusu olmamasıdır. Tarihsel açıdan en istikrarlı ve güçlü hegemonik parlamenter rejim Birleşik Krallık anayasal sistemidir.²⁴ Parlamenter sistem başkanlık sistemi gibi önceden düşünülerek tasar-

²¹ Bruce Ackerman, “The New Separation of Power”, *Harvard Law Review*, Cambridge 2000, C. 113, S. 3, s. 633-729.

²² Gözler, 2014, s. 223.

²³ Başgil, s. 339.

²⁴ Akasya Kansu Karadağ, *Güçler Ayrılığı ve Hegemonya: Kurumsal Bir Tartışma*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2020, s. 179.

lanmış bir sistem değil, zaman içerisinde tarihsel olaylar ve olguların şekillendirmesiyle İngiltere’de kendiliğinden ortaya çıkan bir sistemdir.²⁵

Parlamerter sistemde kuvvetlerin birbirinden yumuşak ayrımı esas olsa da parlamento başat aktördür. Parlamenteonun üstünlüğü ilkesi; parlamenteonun herhangi bir konuda kanun yapıp yapmama hakkı ve hiçbir kişi veya kurulu, parlamenteonun yasama faaliyetlerini geçersiz kılma ya da askıya alma hakkına sahip olmadığı anlamına gelir.²⁶ İngiliz parlamerter sisteminde pratikte olmasa da teoride en yüksek yetki kaynağı Birleşik Krallık Parlamentosudur ve parlamento kararları hukukun en yüksek biçimidir.²⁷ Parlamenteonun üstünlüğü ilkesinin olumlu yönü; parlamenteonun kanun yapma yetkisinin sınırsızlığı, olumsuz yönü ise; kralın, meclislerden birinin, seçmenlerin ve mahkemelerin tek başlarına yasama yetkisine sahip bulunmayışlarını ifade eder.²⁸

Parlamerter sistemde yürütme organı çift başlıdır. Devlet başkanı parlamento karşısında bağımsız ve siyasi olarak sorumsuzdur. Dört, yedi ya da öngörülecek başka süreler içinde parlamenteonun devlet başkanını değiştirememesi; bu sistemde yürütme organının devam ve garantisini sağlar.²⁹

Bakanlar parlamentoya karşı siyasi sorumludur. Bu sebeple bakanlar kurulu, parlamenteonun güvenini taşıdığı sürece iş başında kalır, parlamenteonun güvenini kaybettiği anda ise devlet başkanına istifasını verip çekilmek durumundadır.³⁰ Gensoru aracılığıyla meclis; bakanların bireysel ya da kolektif sorumluluğuna gidebilir, yürütmenin politikasının değişmesini sağlayabilir ya da görevine son verebilir.³¹

²⁵ Gözler, 2014, s. 251.

²⁶ Albert Venn Dicey, *An Introduction To The Study Of The Law Of The Constitution*, Macmillan Yayınları, 8. baskı, Londra 1915, s. 3-4.

²⁷ Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, Routledge Yayınları, 10. baskı, Londra 2013, s.110.

²⁸ Ergun Özbudun, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1968, C. 25, S. 1, s. 59-79.

²⁹ Başgil, s. 340.

³⁰ Başgil, s. 347.

³¹ Faruk Bilir, “Türk Anayasa Hukukunda Gensorunun Düzenlenişi ve Etkililiği”, *Yasama Dergisi*, Ankara 2013, S. 25, s. 7-16.

Yürütmenin yasamayı fesih yetkisi ise parlamentonun “güvensizlik” yetkisine karşı parlamenter sistemin yürütme lehine getirdiği bir denge unsurudur. Çünkü bu sayede yürütme ile yasama arasında bir kuvvet dengesi sağlanacak ve meclis hükümeti sisteminde olduğu gibi, yürütme parlamentonun bir vekilharıcı konumuna düşmeyecektir.³²

Belirtmek gerekir ki parlamenter sistemde kuvvetler ayrılığı prensibinin tam manasıyla gerçekleşmesi ve sistemin selameti için, teoride olmasa bile pratikte iki meclisin bulunması şarttır. Yürütme ve idare yetkilerinin tek elde toplanması sistemi hükümet diktatörlüğüne götüreceği gibi, yasama yetkisinin tek mecliste toplanması da parlamento diktatörlüğüne yol açacaktır. Halbuki parlamenter sistem kimden ve nereden gelirse gelsin diktatörlüğü reddeden ve kamu hizmetinde denge ve huzuru arayan bir rejimdir.³³

2014 yılında cumhurbaşkanının halk tarafından seçimi öncesinde Türkiye’de de bir parlamenter hükümet sistemi uygulaması vardı.³⁴

Parlamenter sistemin bir türevi olan rasyonelleştirilmiş parlamenter sisteme burada kısaca değinmek gerekecektir. Rasyonelleştirilmiş parlamenter sistem, parlamenter sistemdeki uygulamaların çok partili sistemlerde ortaya çıkardığı hükümet buhranlarını engelleme amacını taşır ve siyasi hayatın bütünü yazılı hale getirilmesini ifade eder.³⁵ Hükümetlere istikrar kazandırabilmek amacıyla; kararname çıkarma yetkisi, güvenoyu konusunda özel düzenlemeler, güvensizlik oyu verilmesi hakkının sınırlanması ve bu yönde verilecek önergellerle oylama arasına belirli bir zaman aralığı eklenmesi gibi yöntemler uygulanmaktadır. 1949 Alman, 1958 Fransız ve 1982 Türk Anayasaları rasyonelleştirilmiş parlamentarizme örnek teşkil eden anayasalardır.³⁶

³² Başgil, s. 347.

³³ Başgil, s. 376.

³⁴ Gözler, 2014, s. 243.

³⁵ Teziç, s. 504.

³⁶ Hükümete istikrar sağlama amaçlanan bahse konu rasyonel usullere değinmek gerekirse: 1949 Alman Anayasası’nda öngörülen “yapıcı güvensizlik oyu” yöntemine göre; meclisin güvensizlik oyuyla başbakanı düşürebilmesi için yeni bir başbakan seçmesi gereklidir. Bu sistemde, yıkmak için önce yapmak gerekirken, güvensizlik oyunun “yapıcı” olması buradan gelmektedir. 1958 Fransız Anayasası’nda öngörülen “blok oylama” yönteminde; hükümet talep ederse,

b. Kuvvetlerin Sert Ayrılığı; Başkanlık Sistemi

Parlamentar rejimden farklı olarak kuvvetlerin birbirinden sert biçimde ayrılığı başkanlık sisteminin günümüzde tek uygulandığı yer Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'dir. Bu sistemden esinlenen bazı Latin Amerika ülkeleri kurumsal düzenlemeler öngörmüşlerse de hiç birisi sürekliliği sağlayamamıştır.³⁷ Başkan, kongre, federalizm ve yargı; ABD siyasal sisteminin üzerinde durduğu dört sacayağıdır.³⁸

Bu sistemde erkler birbirinden mutlak bir biçimde ayrılmış ve yetki yasama ve yürütme organları arasında paylaştırılmıştır. Bu iki organ hem kaynak hem de varlıklarını sürdürme açısından birbirinden bağımsızdır.³⁹

Yasama ve yürütme her ne kadar birbirlerinin faaliyetlerine kesin olarak katılamasa da başkanın yapacağı bazı önemli atamalarda ve başkan tarafından yapılacak milletlerarası antlaşmalarda "senato onayı" gerekmektedir. Kongrenin yürütme organının faaliyetleri hakkında "meclis araştırması" yapabilme yetkisi, cezai anlamda "meclis soruşturması" yapabilme yetkisi ve yürütmenin ihtiyacı "bütçe için onay yetkisi" ciddi etkileşimlere yol açabilmektedir. Buna karşılık başkanın, kongrenin kabul ettiği kanunları "veto yetkisi" ve "kanun teklif etme" yetkisi yoksa da kongreye "mesaj sunma" hakkı bulunmakta-

parlamento müzakere edilecek kanun tasarılarının bütünü tek bir seferde ve bütün halde oylatabilir. Bu sebeple parlamento kanun üzerinde değişiklik yapamaz. Tasarının tamamını kabul etmeli ya da tamamı reddedilmelidir. Esasen bu sistem kanunların kabul aşamasındaki süreci hızlandırmak ve kanunların iç tutarlılıklarını korumak için getirilmiştir. 1949 Alman Anayasası'nda öngörülen "teşrii zorunluluk hali" yönteminde; meclis tarafından usulüne uygun bir şekilde düşürülemeyen hükümete, istediği kanunları çıkarmayan meclisi altı ay süreyle saf dışı bırakma ve kanun çıkarma yetkisi tanınmıştır. Cumhurbaşkanıya başvuran başbakan, meclisin feshini sağlar ya da altı ay süreyle bir nevi olağanüstü hâl benzeri "teşrii zorunluluk hâli" ilan ettirerek yasama yetkilerini altı ay süreyle ele geçirir. 1958 Fransız Anayasası'nda öngörülen "giyotin" yönteminde ise; başbakan ve bakanlar kurulu bir tasarı metninin kabulü hakkında hükümetin sorumluluğunu ileri sürerse, izleyen yirmi dört saat içinde bir güvensizlik önergesi sunulmaz ise metin kabul edilmiş sayılır. Gözler, 2014, s. 256-257.

³⁷ Teziç, s. 508.

³⁸ Merve Ünal Açıkgöz, Hasan Tahsin Fendoğlu, Abdul Samet Güller, "Amerika Birleşik Devletlerinde Başkanlığın Düzenleyici İşlemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2020, C. 2020, S. 149, s. 225-252.

³⁹ Gözler, 2014, s. 231.

dır. Karşılıklı tüm bu yetkilerin amacı; organların birbirleriyle iş birliği ve uyum içinde çalışmalarını sağlamak olduğundan başkanlık sistemi “frenler ve dengeler sistemi” olarak adlandırılmaktadır.⁴⁰

Başkanlık sisteminde yürütme yasamayı feshedemediği gibi, yasa da siyasi sorumluluğa giderek başkanı görev uzaklaştırılmaz. Bu sebeple organlar arasında bir uyumsuzluk çıkarsa öngörülmuş bir anayasal çözüm bulunmadığından; ya devlet faaliyetleri duracak veya hükümet darbesi olacaktır.⁴¹

Başkanlık sisteminde birçok Latin Amerika örneğinde olduğu gibi sistemin antidemokratik bir yapıya dönüşme ihtimali her zaman söz konusudur. Yürütmeye ABD Anayasası'nın öngördüğünden daha geniş yetkiler tanınması, ekonomik ve sosyal yapılardan kaynaklı sorunlar, büyüyen sosyal sorunlara çözüm getirmedeki güçlükler; bu rejimlerin kısa süre bozulmasına ve ordunun denetimi altında yürütmenin üstünlüğü sonucuna yol açan yönetimlere yol açmıştır.⁴²

Ancak ABD’de; partili parlamenterlerin parlamento çatısı altındayken parti grup kararları ile bağlı olmamaları, başkanın ve parlamentodaki çoğunluğun başka partilerden olsa bile ABD’de siyasi hayata egemen iki partinin (Cumhuriyetçi-Demokrat) arasında kesin ideolojik ayrımların olmaması sebepleriyle ortak politikalar yürütülebilmesi pratikte ABD’de büyük siyasal sorunların önüne geçmektedir.⁴³

Burada kısaca “yarı başkanlık” olarak adlandırılan sisteme de değinmek gerekirse; yarı başkanlık sistemi cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği parlamenter sistem olarak tanımlanmaktadır. Yarı başkanlık sistemine; Fransa, Portekiz ve Finlandiya ülkeleri örnek verilebilir. Türkiye de 12. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçildiği 2014 yılında yarı başkanlık sistemi özelliği taşıyor hale gelmişti.⁴⁴

⁴⁰ Gözler, 2014, s. 235-237.

⁴¹ Teziç, s. 509.

⁴² Teziç, s. 516-517.

⁴³ Teziç, s. 515.

⁴⁴ Gözler, 2014, s. 241.

III. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNİN KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

2017 Anayasa değişikliklerine genel olarak bakıldığında; devletin temel esasları ya da temel hak ve hürriyetlerle ilgili değil, devletin temel organlarına ilişkin değişiklikler yapıldığı görülecektir. Değişiklikle liberal rejimlerde uygulanagelen hükümet sistemlerinden başkanlık sistemine geçiş amaçlanmaktadır. Ancak oluşturulan modelin anayasa hukuku literatüründe bulunmayan ve karşılaştırmalı hukuk verileri açısından kötü bir model olduğu söylenebilir.⁴⁵ Türk tipi bir başkanlık sistemi diyebileceğimiz cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi “sui generis” bir sistemdir.⁴⁶

Getirilen sistem değişikliğine rağmen Anayasa'nın başlangıç bölümünde parlamenter sistemden kalma kuvvetler ayrılığı tanımı varlığını halen devam ettirmektedir. Buna göre; “*kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu...*”. Bu şekildeki tanım klasik parlamenter sistemi yansıtan yumuşak kuvvetler ayrılığı tanımıdır.⁴⁷

André Krouwel isimli siyaset bilimci bir akademisyen; Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Macaristan, Letonya, Litvanya, Makedonya, Polonya, Romanya, Rusya, Slovakya, Slovenya'dan oluşan orta ve doğu Avrupa ülkelerinde uygulanan siyasi rejimlerle ilgili 2003 yılında bir çalışma yapmış, parlamenter ve başkanlık sistemlerinin en temel özellikleri üzerinden oluşturduğu parametreleri bahse konu ülkelerdeki görece başkanlık sistemlerini kategorize için kullanmıştır.⁴⁸ Krouwel'in bahse konu Avrupa ülkelerindeki görece başkanlık siste-

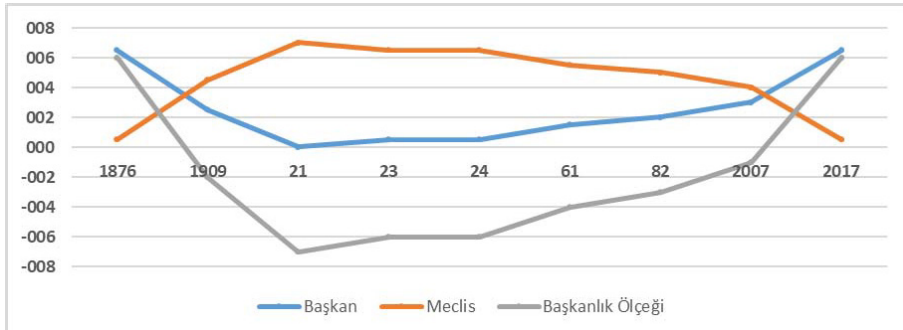
⁴⁵ Abdurrahman Eren, Başkanlık Sistemi 1- Genel Değerlendirme, 2017, <http://www.kanuniesasi.com/2017/02/14/baskanlik-sistemi-1-genel-degerlendirme/>, erişim tarihi: 22.12.2023.

⁴⁶ Osman Korkut Kanadoğlu/Ahmet Mert Duygun, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Onikilevha Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2021, s. 346.

⁴⁷ Necmi Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 17.

⁴⁸ André Krouwel, “Measuring Presidentialism And Parliamentarism: An Application To Central And East European Countries”, *Acta Politica*, Amsterdam 2003, C. 38, s. 333-364.

minin geçerli olduğu ülkeleri analiz için kullandığı; devlet başkanının seçimi, parlamentonun feshi, hükümet üyelerinin atanması, güven ve güvensizlik oyu, yasa tasarısı sunma ve veto ile yürütme yetkileri gibi parametreleri 1876 Kanuni Esasi'den 2017 Anayasal değişikliğine uygulayan başka bir çalışmada parlamento ile başkan arasındaki güç değişimi yıllara göre aşağıdaki şekilde (grafik A) ölçülmüştür.⁴⁹



Grafik A. "Krouwel'in başkanlık-parlamentarizm ölçeğine göre Kanun-i Esasi'den 2017'ye parlamento ve devlet başkanının gücünün değişimi"

Çalışmada yapılan analize göre cumhurbaşkanının yasama yetkileri açısından 1876 yılındaki padişaha yakın derecede yetkilere, yürütme açısından ise padişahın sahip olduğu temel yetkilere sahip olduğu değerlendirilmiş, 2017 Anayasa değişikliği ile neredeyse 1876'da padişahın sahip olduğu yetkilere dönüşün sağlandığı belirtilmiştir.⁵⁰

1876 Kanuni Esasi sisteminde başat aktör olan padişah, yürütme organının başı hatta kendisiydi. Heyet-i Vükela (bakanlar kurulu) ve yasamanın iki kanadından biri olan Heyet-i Ayan padişahın iradesiyle oluşmaktaydı. Padişahın söz sahibi olmadığı tek yer Meclis-i Mebusan'ın oluşumuydu.⁵¹ Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) oluşumunda parti başkanı sıfatıyla cumhurbaşkanının söz sahibi olması da dikkate alındığında,

⁴⁹ Demirkol/Demirdal, 441-477.

⁵⁰ Demirkol/Demirdal, 441-477.

⁵¹ Bülent Tanör, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, 36. baskı, İstanbul 2022, s. 136-137.

mevcut cumhurbaşkanı yetkilerinin Kanuni Esasi'deki padişah yetkilerinden daha ötede olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla klasik anayasa hukukuna göre kuvvetler ayrılığı ilkesini esas alan hükümet sistemleri arasında cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yerini belirlemek mümkün görünmemektedir. Giriş kısmında da belirtildiği gibi Gözler mevcut sistemi; *"kuvvetlerin cumhurbaşkanında birleşmesi esasına dayalı bir kuvvetler birliği hükümet sistemi"* olarak tanımlamaktadır.⁵²

2017 Anayasa değişiklikleri sonrası Türkiye'de kurulan siyasi rejimin geldiği durumu kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından ortaya koyabilmek için yasama, yürütme ve yargı erklerinin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

a. Yasama Organı

Getirilen sistemle Anayasa'nın yasama organını ilgilendiren birçok maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bunları temel olarak belirtmek gerekirse; 75'inci madde ile yasama organındaki milletvekili sayısı 550'den 600'e çıkarılmış, 76'ncı madde ile milletvekili seçilebilme yaşı 25'ten 18'e düşürülmüş, 77'nci madde ile TBMM'nin seçim dönemi 4 yıldan 5 yıla uzatılmış ve seçimlerin cumhurbaşkanlığı seçimleri ile aynı günde yapılacağı düzenlenmiş, 87 ve 91'inci maddeler ile TBMM'nin bakanlar kurulunu ve bakanları denetleme yetkisi ve bakanlar kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma konusunda yetki vermesi kaldırılmış, 88'inci madde ile bakanlar kurulunun kanun tasarısı sunma yetkisi kaldırılmış, 89'uncu madde ile cumhurbaşkanınca meclise geri gönderilen yasanın aynen kabulü için meclis basit çoğunluğu yerine meclis salt çoğunluğu şartı getirilmiş, 98'inci maddedeki TBMM'nin yürütmeyi denetleme yolları yeniden düzenlenerek gensoru müessesesi kaldırılmış, 101'inci maddede yer alan cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisinin kesileceğine dair hüküm kaldırılmış, 105'inci madde ile cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu konusunda TBMM'nin yüce divana sevk usulü yeniden düzenlenmiş, 116'ncı madde ile güvensizlik oyu sonucu seçime gitme kaldırılarak TBMM'nin seçimleri yenileme usulü değiştirilmiş, 161'inci madde ile cumhurbaşkanının sunduğu bütçe kanununun TBMM tarafından kabul edilmemesi halinde bir önceki yılın bütçesinin uygulanacağı düzen-

⁵² Gözler, 2016, s.25-36.

lenmiştir. Bu değişikliklerin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle ilgili olanlarını başlıklar halinde ele almak gerekecektir.

1. Meclisin Oluşumu

Anayasa'nın 101'inci maddesinin eski halinde; seçilen cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisinin kesileceği emredici olarak düzenlenmişken, 2017 değişikliği ile bu düzenleme kaldırılmıştır. Dolayısıyla artık cumhurbaşkanının parti üyesi ya da parti başkanı olmasına anayasal bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda milletvekili seçilecek kişiler parti başkanı sıfatı ile cumhurbaşkanı, yani yürütme organı, tarafından belirlenebilecek; meclis çoğunluğunu cumhurbaşkanının başkanı olduğu partiye mensup milletvekillerinin oluşturması durumunda ise yasama organı yürütmenin etkisi altında kalabilecektir.

Yapılacak genel seçimlerde, aynı zamanda yürütmeyi teşkil eden cumhurbaşkanının parti başkanı sıfatıyla milletvekili adaylarını belirlemesi kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır.⁵³ Bu durum devlet ve partinin cumhurbaşkanının kişiliğinde birleşmesine, böylelikle de parti devletine yol açabilecek mahiyettedir.⁵⁴

2. Seçimleri Yenileme Kararı Verme Yetkisi

Anayasa'nın 116'ncı maddesinde hem cumhurbaşkanına hem de meclise seçimleri yenileme yetkisi verilmiştir. Cumhurbaşkanı bu yetkiyi tek başına kullanırken, meclis ise üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Her iki şekilde de seçimlerin yenilenmesi durumunda, TBMM genel seçimi ile cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılacaktır. Düzenlemeyle cumhurbaşkanı kendi seçimlerini de yenilemek kaydıyla, TBMM'nin seçimlerini yenileyebilme kararı verebilmekte, yani meclisin görevine son verebilmektedir. TBMM de kendi seçimini yenilemek kaydıyla, cumhurbaşkanı seçimini yenileme kararı alabilmekte yani cumhurbaşkanının görevine son verebilmektedir. Halbuki yasama ve yürütme organlarının

⁵³ Kemal Gözler, Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan'da Neyi Oylayacağız? <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>, 2017, erişim tarihi: 22.12.2023.

⁵⁴ Selin Esen, "Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2016, C. 76, S. 4, s. 45-73.

birbirinin görevlerine son verebilmesi başkanlık sisteminde mümkün olmayan bir durumdur.⁵⁵

Belirtmek gerekir ki; yeni sistemde cumhurbaşkanının ve TBMM'nin seçimleri yenilemek bakımından eşit konumda olduğu iddiası, hukuken doğru değildir. Çünkü TBMM, kendisinin ve cumhurbaşkanının seçiminin yenilenmesine ancak *üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla* karar verebilmektedir. Yani TBMM'nin cumhurbaşkanlığı seçimlerini yenilemesi, anayasa değişikliği için gerekli çoğunluğun oyuyla mümkündür. Bu nedenle TBMM'nin seçimleri yenileme kararı verebilmesi zor bir ihtimaldir. Halbuki cumhurbaşkanı, beğenmediği TBMM çoğunluğunu değiştirmek için, herhangi bir şart ve zamanla bağlı olmaksızın TBMM'nin ve kendisinin seçimlerini yenileyebilir. Bu sebeple seçimleri yenileme yetkisi bakımından TBMM'nin ve cumhurbaşkanını eşit pozisyonda değildir. Bu düzenlemeyle yasama ve yürütme organları arasında ayrılığın ortadan kalktığı ve TBMM'nin cumhurbaşkanının kontrolü altına girdiği söylenebilir.⁵⁶ Düzenlemeyle yasama ve yürütme arasındaki denge yürütme lehine ölçsüz biçimde bozulmuştur.⁵⁷

Nitekim 10.03.2023 tarihinde Cumhurbaşkanı kararı ile Anayasa'nın 116'ncı maddesi gereğince TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yenilenmesine kararı verilmiştir.⁵⁸

3. Meclis ve Cumhurbaşkanı Seçimlerinin Aynı Tarihte Yapılması

Anayasa'nın 77'nci maddesine göre mevcut sistemde; TBMM seçimleri ile cumhurbaşkanı seçimlerinin aynı gün yapılması gerekmektedir. Bu düzenlemeyle cumhurbaşkanını destekleyecek bir meclis çoğunluğu oluşturulması hedeflenmiştir. Halbuki demokratik bir hükümet sisteminde yürütme erkine odaklanan bir bütünleşme değil, iş birliğini sağlayacak araç ve mekanizmalarla erklerin ayrımı esastır.

⁵⁵ Gözler, 2016, s. 25-36.

⁵⁶ Gözler, 2016, s. 25-36.

⁵⁷ Esen, s. 45-73.

⁵⁸ 10.03.2023 tarihli ve 32128 sayılı mükerrer Resmi Gazete ile yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararı için bakınız; <https://www.resmigazete.gov.tr/fihrist?tarix=2023-03-10&mukerrer=1>, erişim tarihi: 25.12.2023.

Dolayısıyla cumhurbaşkanlığı ve meclis seçimlerinin mutlak şekilde birbirlerine bağlanması, demokratik başkanlık sistemlerinde görülmemiş şekilde yasama erkini yürütme erki lehine aşırı zayıflatmıştır.⁵⁹

Ayrıca Anayasa'nın 78'inci maddesinde savaş durumunda seçimler yapılamazsa, TBMM'nin seçimleri bir yıl erteleme kararı verebileceği ve savaş durumu devam ediyorsa erteleme işleminin tekrarlanabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, olağanüstü hallerde cumhurbaşkanına verilen yetkiler de dikkate alındığında, savaş hali ihtimalinde seçimlerin ertelenmesi suretiyle geçici bir diktatörlüğün önü açılmaktadır.⁶⁰

4. Meclisin Yürütme Üzerinde Denetim Yetkisi

TBMM bilgi edinme ve denetleme yetkisini meclis araştırması, genel görüşme, meclis soruşturması ve yazılı soru yollarıyla kullanmaktadır.

Anayasa'nın 98'inci maddesinde meclis araştırması ve genel görüşme tanımlanmaktadır. Buna göre: "Meclis araştırması belli bir konuda bilgi edinmek için yapılan inceleme", "genel görüşme, toplumu ve Devlet faaliyetlerini ilgilendiren belli bir konunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda görüşülmesidir". Meclis araştırması ve genel görüşmenin nasıl yapılacağı, kapsamı ve içeriği TBMM iç tüzüğü ile düzenlenmiştir.

Meclis araştırması ve genel görüşme yöntemlerinin anayasal güvencelere sahip olmaması sebebiyle etkili bir denetim yolu olmadıkları söylenebilir. Oysaki, meclis araştırması, başkanlık sistemlerindeki etkili denetim yollarından biridir. Örneğin başkanlık sisteminin uygulandığı Arjantin, Meksika, Kolombiya, Ekvador, Paraguay, Uruguay, Costa Rica gibi çok sayıda ülkede, bakanların ve diğer kamu görevlilerinin parlamentonun istediği bilgileri vermesi anayasal bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple TBMM'nin yürütme organını denetleme yetkilerinin Latin Amerika'daki güçlü başkanlık sistemlerinin bile gerisinde olduğu söylenebilir.⁶¹

⁵⁹ Esen, s. 45-73.

⁶⁰ Esen, s. 45-73.

⁶¹ Esen, s. 45-73.

Yazılı soru ise Anayasa'nın 98'inci maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre: "Yazılı soru; yazılı olarak en geç on beş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir". Düzenlemeye göre TBMM'de yazılı soru yöntemi kullanılarak parlamenterler tarafından cumhurbaşkanına soru sorulamamaktadır. Yazılı soru hakkındaki usul, kapsam ve şekle ilişkin ayrıntılar TBMM İç Tüzüğü'nde düzenlenmiştir.

Yazılı soru, yasama organının yürütme organını denetlemede en az etkili olan araçlarından biridir. Düzenlemede soruların on beş gün içinde cevaplanmaması durumunda ne olacağına ilişkin hiçbir yaptırım getirmeyerek bunu uygulamada da tamamen işlevsiz ve etkisiz hale getirmektedir. Düzenleme ile yazılı soru yöntemine göre daha etkili olan sözlü soru yöntemi kaldırılmıştır. Halbuki bakanların mecliste milletvekilleri önünde soruları yanıtladıkları sözlü soru yöntemi yazılı soru yöntemine göre daha etkilidir.⁶²

Meclis soruşturması yöntemi ise cumhurbaşkanının sorumluluğu başlığı altında anlatılacaktır.

b. Yürütme Organı

2017 Anayasa değişikliği ile bakanlar kurulu ve başbakanlığın kaldırılması, bakanlar kurulu ve başbakanın sahip olduğu tüm yetkilerin cumhurbaşkanına aktarılması "iki başlı" yürütme yapısı "tek başlı" hale getirmiştir.⁶³ Böylelikle anayasal sistem içerisinde cumhurbaşkanına verilen yetkiler yürütmeyi, yani cumhurbaşkanını, başat unsur yapmıştır.

Nitekim cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 104'üncü maddesinde; cumhurbaşkanına "Devlet başkanı" sıfatı tanınması ve devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasından bahsedilirken; "gözetmek" yerine "temin etmek" ibaresinin kullanılması, cumhurbaşkanının güçlendirilmiş konumunu açıkça ortaya koymaktadır.⁶⁴

⁶² Esen, s. 45-73.

⁶³ Levent Gönenç/ Ali Ersoy Kontacı, "2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2019, C. 2019, S. 145, s. 53-79.

⁶⁴ Gönenç/Kontacı, s. 53-79.

Bu yetkilerin bir kısmı 1982 Anayasası'nın ilk halinde de bulunmaktadır. Ancak 2017'ye dek cumhurbaşkanı bu yetkileri "karşı imza kuralı" çerçevesinde ilgili bakan ve başbakanla birlikte kullanırken, değişiklik sonrasında ise bu yetkiler tek başına cumhurbaşkanı tarafından kullanılmaktadır.⁶⁵

Burada cumhurbaşkanının, kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından önem arz eden anayasal yetkilerini ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir.

1. Üst Düzey Görevlileri Sınırsız ve Kontrolsüz Atama Yetkisi

Anayasa'nın 104'üncü maddesine göre cumhurbaşkanı: "*Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları atar ve görevlerine son verir. Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.*" Bu görevlere atanacak kişilerin Anayasa'nın 106'ncı maddesine göre sadece milletvekili seçilme şartlarını taşıyor olmaları yeterlidir.

Başkanlık sisteminin uygulandığı ABD'de; Federal Yüksek Mahkeme yargıçlarını, yabancı ülkelere gönderilecek diplomatik temsilcileri ve çeşitli üst kademe yöneticileri atama yetkileri başkana verilmiş olmakla birlikte, bu makamlara aday olan kişiler ciddi bir yasama denetimine tâbi tutulmaktadır. Yürütme organının böyle önemli tasarruflarının meclis denetimine açık olması erkler arasında bir denge mekanizması oluştururken uzlaşma kültürüne de katkıda sağlamaktadır.⁶⁶

Örneğin 2017 yılında Başkan Donald Trump'ın adalet bakanı adayı Jeff Sessions'ın bakanlığı, ABD senatosu tarafından çok az bir farkla 47'ye karşı 52 oyla kabul edilmiştir.⁶⁷ Bu durum ABD başkanlık sisteminde, Türkiye'deki durumun tersine, başkanın önemli görevlere yaptığı atamaların sınırsız olmadığını ve yasama organı tarafından denetlendiğini gösteren somut bir örnektir. Başkanın böylesine önemli atamalarda senatoyu ikna etmesi gerekmekte, böylece yürütmenin keyfiliği önlenmediği gibi önemli kamu görevlerine atanacak kişilerin liyakati de tartışmaya açılmaktadır.

⁶⁵ Esen, s. 45-73.

⁶⁶ Gönenç/Kontacı, s. 53-79.

⁶⁷ ABD Senatosu'ndan Adalet Bakanı Sessions'a onay başlıklı haber için bakınız, <https://www.bbc.com/turkce/38915271>, erişim tarihi: 22.12.2023.

Cumhurbaşkanının yargı organı üzerindeki atama yetkilerine “yargı” başlığı altında değinilecektir.

2. Karşı İmza Kuralının Kalkması:

Değişiklik öncesi Anayasa'nın 105'inci maddesi; “cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan başbakan ve ilgili bakan sorumludur” şeklinde idi.

Yeni düzenleme ile cumhurbaşkanının yaptığı işlemlerle ilgili olarak Anayasa'nın 105'inci maddesinde yer alan karşı imza kuralı kaldırılmıştır. Bu durum cumhurbaşkanını yürütme adına tek yetkili kişi kılmaktadır. Halbuki çok sayıda başkanlık sisteminde karşı imza kuralı bulunmakta ve böylece yürütme yetkisinin paylaşımı sağlanmaktadır. Örneğin, Brezilya'da ve Bolivya'da başkanlık kararnamelerini bakanlar imzalarken; Kolombiya'da ise olağanüstü yönetim usullerinden birinin ilan ve halkoylaması gibi önemli konulardaki başkan kararları için karşı imza kuralı geçerlidir. Cumhurbaşkanının atama yetkisini ve diğer yürütme yetkilerini kullanmada neredeyse sınırsız yetkiye sahip kılınması, hiçbir demokratik başkanlık sisteminde örneği olmayan bir durumdur.⁶⁸

3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Anayasa'nın 104'üncü maddesine göre; cumhurbaşkanı, yürütme yetkisiyle ilgili konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmektedir. Yürütmenin tek yanlı iradesi ile oluşan ve icrai işlem niteliğindeki cumhurbaşkanlığı kararnameleri düzenleyici bir işlem olarak hukuk sistemimizde yerini almıştır.⁶⁹

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle çok geniş bir alanda cumhurbaşkanına yasama niteliğinde düzenleme yapma yetkisi verilmiştir.⁷⁰

⁶⁸ Esen, s. 45-73.

⁶⁹ Mehmet Boztepe, “Olağanüstü Hal Rejiminde Yürütmenin Düzenleyici Bir İşlemi Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri İle Mukayesesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Ankara 2018, C. 1, S. 3, s. 378-395.

⁷⁰ Esen, 45-73

Nitekim Anayasamızın 104 ve devamı maddeleri incelendiğinde; üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslar; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması; Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri; Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin teşkilatı ve görevleri; kamu tüzel kişiliği kurulması cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilmektedir. Ancak Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ve dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevleri cumhurbaşkanlığı kararnamesi kapsamında dışarda tutulmuştur. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ve kanunda açıkça düzenlenen konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümlerinin uygulanacaktır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi, parlamenter sistemlerde bakanlar kuruluna verilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinden çok daha geniştir. Çünkü; kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi meclisin kabul edeceği ve konu, amaç ve süre gibi unsurlar açısından sınırlandırılmış bir yetki kanununa dayanmakta, sonrasında ise meclisin kanun hükmünde kararnameyi onay yoluyla denetlemesini içermektedir. Halbuki cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde TBMM'nin denetim olanakları tamamen ortadan kalkmıştır.⁷¹

Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamazken, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda meclisin kanun yapabilmesi; meclisin cumhurbaşkanına tanınan zorlaştırmacı veto yetkisini aşacak bir çoğunluğu elde etmesi ile mümkün olacaktır. Meclis çoğunluğu ile cumhurbaşkanının aynı siyasi görüşe mensup olacağı ihtimaline göre kurgulandığı anlaşılan bu sistemde, aksi ihtimal söz konusu olduğunda, uzlaşma ve siyasi krizleri giderici mekanizmaların öngörülmediği görülmektedir.⁷²

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluk denetimi konusunda Anayasa Mahkemesi yetkilidir. Ancak, meclis

⁷¹ Esen, 45-73.

⁷² M. Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2017, C. 75, S. 3, s. 19-51.

denetiminin kabul edilmemiş olması ve denetimin belli bir süreye bağlanmamış olması bu yetkinin ölçüsüz biçimde kullanılmasını kolaylaştırmaktadır. Meclis çoğunluğunun cumhurbaşkanını desteklemediği durumlarda cumhurbaşkanı meclisle iş birliği ve uzlaşma yoluna gitmek istemezse, parlamentonun muhalefetini aşmak amacıyla cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ülkeyi yönetmeye girişebileceği gibi; meclis çoğunluğunun cumhurbaşkanını desteklediği durumlarda da cumhurbaşkanının işlemlerine karşı herhangi bir yasama denetimi olmadığından cumhurbaşkanının kararnamelerle ülkeyi yönetmesi mümkün olabilecektir. Kuvvetler ayrılığı bakımından değerlendirmek gerekirse; yasama organının denge unsuru olmadığı ve yargı organının denetiminin de sınırlı kaldığı bu durum, sistemi “hiper başkanlık” haline dönüştürmüştür.⁷³

4. Bütçe Kanunu

Anayasa'nın 161'inci maddesine göre; “bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılmaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilerek uygulanır.”

Bütçe konusu, başkanlık sisteminde olsun, parlamenter sistemde olsun, yasama organının yürütme organını denetlemesi için kullanılan en önemli anayasal araçlardan birisidir. Getirilen düzenlemeyle cumhurbaşkanı meclis onayı olmaksızın harcama yapabilecektir. Bu düzenlemeyle TBMM'nin en önemli denetim yetkilerinden birisi etkisiz hale getirilmiştir. Teklifin cumhurbaşkanı kaynaklı olması da sert kuvvetler ayrılığının olduğu başkanlık sistemi ile bağdaşmamaktadır.⁷⁴

Halbuki bütçe üzerindeki kontrol yetkisi, tarihsel olarak parlamentoculuğun ortaya çıkışındaki en önemli dinamiklerden biridir. Devlet bütçesinin meclis denetime açık olması, halkın kamu kaynakları üzerindeki demokratik kontrolünün önemli bir aracıdır. Bütçe üzerindeki meclis denetiminin zayıflatılması; hem kamu malî disiplini yönünden muhtemel birçok sakınca barındırmakta, hem de çağdaş demokrasi

⁷³ Esen, s. 45-73.

⁷⁴ Esen, s. 45-73.

teorisi açısından açıklanması son derece güç bir manzara ortaya koymaktadır.⁷⁵

5. Olağanüstü Yönetim Usulleri

Anayasa'nın 119'uncu maddesine göre: "*Cumhurbaşkanı; savaş, savaş gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.*" Sayılan dokuz halden biri bulunduğu cumhurbaşkanı olağanüstü hâl ilan edebilecektir.

Niteliği ve alınması gereken tedbirler itibariyle birbirinden çok farklı nedenler bir arada olağanüstü hâl ilan sebebi olarak sayılmıştır. Halbuki eski düzenlemede olduğu gibi niteliği gereği daha hafif veya daha ağır önlemler alınması gereken nedenlerin, her yönetim usulünde yürütme organının yetki alanının ve hangi temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanacağına ilişkin kriterlerin ayrı ayrı belirlenmesi gerekirdi. Bu sebeple mevcut düzenlemeyle cumhurbaşkanının yetkilerini ölçsüz biçimde kullanması ihtimali gündeme gelmektedir.⁷⁶

Düzenlemede olağanüstü halin en fazla kaç kez uzatılabileceği konusunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla TBMM çoğunluğunun desteğini bulan bir cumhurbaşkanının ülkeyi bu görevde bulunduğu süre boyunca sürekli olağanüstü halle yönetebilmesi olanaklı hale gelmektedir. Cumhurbaşkanının TBMM'yi fesih ve olağanüstü hâl kararnamesi çıkarma yetkileri birlikte düşünüldüğünde, mevcut düzenleme ülkeyi yıllarca tek kişinin olağanüstü hâl altında yönetmesine imkân verecek niteliktedir.⁷⁷

Olağanüstü dönemde çıkarılacak cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aynı gün TBMM onayına sunulma zorunluluğu ve TBMM'de

⁷⁵ Gönenç/Kontacı, s. 53-79.

⁷⁶ Esen, s. 45-73.

⁷⁷ Esen, s. 45-73.

üç ay içinde görüşülüp karara bağlanmayan kararnamelerin kendiliğinden yürürlükten kalkacağına ilişkin düzenleme, bu kararnameler üzerinde yasama organının siyasal denetimine imkân vermektedir.⁷⁸ Ancak TBMM'nin reddettiği bir kararnameyi cumhurbaşkanının yeniden çıkarmasına bir engel bulunmamaktadır.⁷⁹

Anayasa'nın 119'uncu maddesine göre: “*Olağanüstü hallerde cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104'üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*”. Yani olağanüstü dönem söz konusu olduğunda çıkarılacak cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle temel haklar, kişi hak ve ödevleri ile siyasal haklar hakkında düzenleme yapılabilecektir.

Anayasa'nın 148'inci maddesine göre; olağanüstü dönemde çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin herhangi yargısal denetimi bulunmamakta, şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla AYM'de dava açılmamaktadır. Halbuki olağanüstü dönem cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargı denetimine bağlı tutulması, yürütme organının olağanüstü dönemlerde anayasal sınırlar içinde kalmasının en önemli teminatıdır. Bu sebeple olağanüstü hallerde çıkarılan kararnamelerin yargı denetimi dışında tutulması hukuk devleti ilkesinin göz ardı edilmesi anlamına gelir. Bu durum Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine de aykırıdır ve Anayasa'nın olağanüstü dönemlerde askıya alınabilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla olağanüstü dönem cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargı denetimi dışında tutulmasının ne demokratik hukuk devletiyle ne de anayasal demokrasi ilkesiyle bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır.⁸⁰

Burada AYM'nin 2016 tarihli içtihat değişikliğine değinmek gerekecektir. AYM, 2016 yılı öncesinde olağanüstü dönemdeki kanun hükmündeki kararnamelerin gerçekten bu nitelikte olup olmadığını denetlemeye kendisini yetkili görmekte; yer, zaman ve konu bakımından olağanüstü dönemi aşan uygulamaların olağan dönemde çıkarı-

⁷⁸ Merve Ünal Açıkgöz, 2017 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Yürütmenin Yargı Tarafından Denetimi İle Hukuk Devletinin Gerçekleştirilmesi, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, Ankara 2021, s. 278.

⁷⁹ Esen, s. 45-73.

⁸⁰ Esen, s. 45-73.

lan kararnamelere dönüştüğünü kabul etmekte ve bunları yargı denetimine konu yapmaktaydı. Ancak uzun yıllar süregelen bu içtihadını 12.10.2016 tarihli ve 2016/167 esas 2016/160 karar sayılı kararıyla terk etmiş ve Anayasa'nın 148'inci maddesini gerekçe göstererek olağanüstü dönemdeki kanun hükmünde kararnamelerin denetimi konusunda bir anda kendisini yetkisiz görmüştür.⁸¹

Anayasa Mahkemesi'nin bahse konu içtihat değişikliği sonrasında cumhurbaşkanının, Anayasa hükümleri de dahil olmak üzere, olağanüstü dönemlerde hukuk düzeninde sürekli ve kalıcı değişiklikler yapması mümkündür. Bu durum cumhurbaşkanına olağanüstü hallerde antidemokratik rejimlerde bile görülmemiş ölçüde geniş ve denetimsiz bir yetki vermektedir. Olağanüstü hale ilişkin yeni düzenlemeler bir bütün olarak ele alındığında, yetkilerin büyük ölçüde tek kişinin elinde toplandığı ve cumhurbaşkanının bu yetkilerini anayasal ve yasal sınırları içinde kullanmasını sağlayacak yasama organı ve yargı organı denetiminin çok zayıf bırakıldığı görülmektedir.⁸²

6. Cumhurbaşkanının Sorumluluğu

2017 Anayasa değişikliği öncesinde karşı imza kuralı geçerli olduğu için cumhurbaşkanı yaptığı işlemler bakımından kural olarak sorumsuzdu. Ancak değişiklik sonrası cumhurbaşkanı bütün işlem ve eylemlerinden sorumlu hale getirilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 105'inci maddesi kapsamında, işlemesi hukuken ve fiilen mümkün olan, göreviyle ilişkili olsun veya olmasın, herhangi bir suç için cumhurbaşkanının sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu düzenleme cumhurbaşkanının yürütmenin tek yetkili organı olması bakımından yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi gereği yerinde olmuştur.⁸³ Ancak yeni durumda cumhurbaşkanının, izlediği bir politika sebebiyle "siyasi sorumluluğu" bulunmamaktadır.⁸⁴

⁸¹ Osman Can/Duygu Şimşek Aktaş, "Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Üzerine", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2017, C. 23, S. 1, s. 13-43.

⁸² Esen, s. 45-73.

⁸³ Salih Taşdöğen, "Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2019, C. 21, S. 2, s. 1293-1324.

⁸⁴ Esen, s. 45-73.

Anayasa'nın 105'inci maddesine göre; cumhurbaşkanına karşı soruşturma açma önergesi için meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu, soruşturma açılmasına karar verilebilmesi için meclis üye tamsayısının beşte üçü gibi büyük bir çoğunluk, soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde ise Yüce Divan'a sevk kararı için ise meclis üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyu gerekmektedir. Üstelik, görev sırasında işlediği suçlar açısından bu usul cumhurbaşkanının görevi bittikten sonra da uygulanacaktır. Görüldüğü üzere yasama organının cumhurbaşkanını denetleme yetkisi çok zor koşullara tabidir.⁸⁵

Cumhurbaşkanının sorumluluğu konusunda öngörülen soruşturma usulünün aynısı Anayasa'nın 106'ncı maddesinde cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar için de öngörülmüştür.

c. Yargı Organı Açısından Değerlendirme

Yargının niteliği ve amacı, yasama ve yürütme organlarından farklılık arz ettiğinden yargı, rejimlerin sınıflandırılmasında dikkate alınmaz. Çünkü yargı, hukukun ihlali ve bir dava açılması durumunda harekete geçer ve amacı da hukukun iadesidir. Bu sebeple anayasa hukukunda siyasi rejimlerin geleneksel sınıflandırması konusunda sadece yasama ve yürütme ilişkileri bakımından bir tasnif yapılmaktadır.⁸⁶ Hal böyle olsa da günümüzde yasama ve yürütme açısından fiilen bir denge ve denetim mekanizması olma potansiyeline sahip olduğu için kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından yargı organına da kısaca değinmek gerekecektir.

Yargı organının üçüncü bir erk kabul edilip edilmemesi öğretide tartışmalı olsa da istisnasız bütün hukuk devletlerinde yargı organı, yasama ve yürütme organları karşısında bağımsızdır.⁸⁷ Bu bağımsızlığı sağlamak için yargı görevini yerine getiren hakimlerin, diğer kamu personeline göre daha güvenceli bir statüye sahip olmaları benimsenmiştir.⁸⁸

⁸⁵ Esen, s. 45-73.

⁸⁶ Teziç, s. 474.

⁸⁷ Münci Kapani, İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1956, s. 17-23.

⁸⁸ Özbudun, 2014, s. 384.

Yargı bağımsızlığı ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesini bir sonucu olmadığı gibi, yargının ayrı bir erk olarak kabulüne de bağlı değildir.⁸⁹ Herhangi bir otoritenin baskı veya tesiri altında **hüküm veren hâkimin adaletli karar verebilmesi** mümkün değildir. Günümüzde bu gerçeği fark eden tüm hukuk devletleri; hakimlerin bağımsızlığı ilkesini temel bir ilke olarak kabul etmiştir. Hatta sadece liberal ve cumhuriyetçi sistemler değil, otoriter sistemler dahi bu ilkeyi tanımaktadır. Ancak bu ilkenin soyut olarak kabulü değil, gerçek anlamda uygulanması önemlidir.⁹⁰

Yargı bağımsızlığı anayasamızda “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “hakimlik teminatı ilkeleri” ile güvence altına alınmıştır. 2017 değişikliği ile Anayasa’nın 9’uncu maddesine bunlara ek olarak “tarafsız” ibaresi de eklenmiştir. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi; hakimlerin yasama ve yürütme organlarına bağlı olmayan, bu organlarca talimat verilemeyen ve tavsiyede bulunulamayan bir konumda olmasına gelmektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi yargı yetkisinin maddi anlamda kullanımı ile ilgilidir. Mahkemelerin organ olarak bağımsızlığı anlamına gelen hakimlik teminatı ise yargı görevini yerine getiren hakimlerin güvenceli bir statüye kavuşturularak görevlerini tam bir serbestlik ve tarafsızlıkla yerine getirmelerini sağlar. Hakimlik teminatının en temel unsuru ise hakimlerin azledilememesidir.⁹¹ Unutmamak gerekir ki; hakimlerin ve mahkemelerin bağımsızlığı önündeki en büyük tehlike daima “yürütme organından” gelmiştir.⁹²

Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından tanınan Bangolar Yargısal Davranış İlkeleri “yargısal etik” konusunda hem ulusal hem de uluslararası metinlerde çok geniş kabul görmekte ve ana kaynağı oluşturmaktadır.⁹³ Bangolar Yargısal Davranış İlkeleri’nin birincisi olan “bağımsızlık ilkesi” şu şekilde kaleme alınmıştır: “Yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğünün ön koşulu ve adil yargılanmanın temel garantisidir. Bu nedenle hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını korumalı ve bu konuda örnek teşkil etmelidir.” Bağımsızlık ilkesi başlığı altındaki üçüncü maddede ise hâkimin yasama ve yürüt-

⁸⁹ Kapani, s. 17.

⁹⁰ Kapani, s. 1-4.

⁹¹ Özbudun, 2014, s. 388.

⁹² Kapani, s. 5.

⁹³ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara 2007, s. 128.

me organlarından bağımsızlığı şu şekilde anlatılır: “*Hâkim, yasama ve yürütme organlarıyla uygunsuz bağlantılardan ve bu organların etkisinden bağımsız olmalı ve ayrıca makul bir şekilde gözlemlendiğinde de bunlardan bağımsız görünmelidir.*”⁹⁴ Bu ilkeler 2006 yılında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından 315 sayılı karar ile benimsenmiştir.⁹⁵

2017 Anayasal değişikliği ile askeri yargı kaldırılmış, Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK), AYM, Yargıtay ve Danıştay yapısal anlamda ve üyelerinin seçimi konusunda önemli değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliklere genel olarak bakıldığında yargı organının oluşumunda cumhurbaşkanının başat aktör olduğu görülmektedir. Bu durum yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.⁹⁶

Konuyla ilgili olarak HSK, AYM, Yargıtay ve Danıştay’ı ayrı ayrı ele almak gerekecektir.

1. Hakimler ve Savcılar Kurulu

Anayasa’nın 159’uncu maddesinde düzenlenen HSK, ülkede görevli adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını üzerinde; mesleğe kabul, atama, nakletme, geçici yetki verme, yükseltme, birinci sınıfa ayırma, disiplin cezası verme, meslekten çıkarma, Yargıtay ve Danıştay’a üye seçme gibi çok önemli yetkilere sahiptir.

13 üyeden oluşan HSK’nın 4 üyesini cumhurbaşkanı, 7 üyesini TBMM; belirli niteliklere sahip hâkim, savcı, akademisyen ve avukatlar arasından seçmektedir. Seçilen üyeler 4 yıl süreyle görev yapar. Kurulun başkanı adalet bakanıdır ve adalet bakanlığı müsteşarı da kurulun tabi üyesidir.

2017 Anayasa değişikliği sonrasında HSK yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı bakımından bugüne kadarki en olumsuz yapı olmuştur.⁹⁷ Oluşum ve işleyişinde cumhurbaşkanının etkisini sürdürdüğü açıktır.⁹⁸

⁹⁴ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, erişim tarihi: 27.12.2023.

⁹⁵ <https://www.hsk.gov.tr/yargi-etigi>, erişim tarihi: 27.12.2023.

⁹⁶ Kanadoğlu/Duygun, s. 353.

⁹⁷ Yüzbaşıoğlu, s. 109.

⁹⁸ Esen, s. 45-73.

Gözler; Kurul'un 6 üyesinin (adalet bakanı ve adalet bakanı müsteşarı ile birlikte) cumhurbaşkanı tarafından atanması ve geri kalan üyelerin cumhurbaşkanının kontrolü altındaki TBMM tarafından seçilmesinin yargı organının cumhurbaşkanının kontrolüne girmesi sonucunu doğurduğunu belirtmektedir.⁹⁹

Konuyla ilgili olarak Eeropen Network Of Councils For The Judiciary (Avrupa Yargı Konseyleri Ağı) isimli kuruluşun 08.12.2020 tarihli kararı da dikkat çekicidir. Kuruluş; HSK'nın faaliyet ve kararlarında yargı bağımsızlığına ilişkin herhangi bir endişe içermeyen yalnızca ismen bir kurul olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁰

2. Anayasa Mahkemesi

Anayasa mahkemesi kanunların ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi, Yüce Divan sıfatıyla cumhurbaşkanı, yüksek yargı üyeleri ve üst düzey bazı kamu görevlileri hakkındaki görev suçlarının yargılanması ve siyasi partiler hakkındaki kapatma davaları gibi çok önemli görevleri vardır. Anayasa'nın 153'üncü maddesine göre AYM kararları; yasama, yürütme ve yargı organları için bağlayıcıdır.

15 üyeden oluşan Anayasa Mahkemesi'nin; 3 üyesini meclis, 12 üyesini ise cumhurbaşkanı seçmektedir. Üyeler, anayasal şartları sağlayan ve yetkili kurul ve kişilerce önerilen adaylar arasından seçilmektedir. Seçilen üyeler 12 yıllığına seçilir, aynı kişi ikinci kez üye seçilemez ve 65 yaşını dolduruncaya kadar çalışabilir.

Fransa, ABD, Romanya, Arjantin, Brezilya, Avusturya, Azerbaycan, Slovenya gibi ülkelerde anayasa yargıçlarının seçiminde tek bir güce bağlı kalınmaması güvence altına alınarak yasama ve yürütme

⁹⁹ Gözler, 2016, s. 25-36.

¹⁰⁰ Bahse konu kararın bir bölümüne orijinal metni ile yer vermek gerekirse: "...The Council for Judges and Prosecutors is a Council in name only, as none of its actions or decisions demonstrate any concern for the independence of the judiciary. Without a Council to protect and guarantee the independent delivery of justice in Turkey, there is little hope for the Rule of Law in Turkey in general and for access to independent, fair and impartial courts for all who come before the courts including Turkish citizens..." <https://www.encj.eu/node/578>, erişim tarihi: 13.12.2023.

arasında bu yetki paylaştırılmışken; İtalya, İspanya, Bulgaristan'da ise yargı gücü de yargıç seçimine dahil olmaktadır. Almanya, Belçika, Macaristan, Polonya ve büyük ölçüde Portekiz'de ise meclis anayasa yargıçlarının seçiminde tek yetkili organdır. Ancak bu ülkelerde de anayasa yargıçları seçimi parlamentonun basit çoğunluğuna bırakılmamıştır. Hangi usuller belirlenirse belirlensin aranması gereken asıl koşul seçilecek yargıcın bu göreve ehil olmasıdır. Nitekim anayasa yargısının benimsendiği bütün ülkelerde seçilecek yargıçlar sadece konusunda uzmanlığı ile tanınmış hukukçular arasından seçilmektedir.¹⁰¹

Hâlihazırdaki AYM'nin 8 üyesi mevcut Cumhurbaşkanı tarafından, 2 üyesi ise 2022 yılında cumhurbaşkanının meclis çoğunluğunda etkili olduğu TBMM tarafından seçilmiştir.¹⁰² Ayrıca cumhurbaşkanının, görev süresi Nisan 2024 yılında dolan Zühtü Arslan'dan boşalan koltuk için 1 üye daha seçeceği düşünüldüğünde; 2024 Nisan Ayı sonrasında AYM'nin 15 üyesinden 11'i yürütmeyi temsil eden cumhurbaşkanı tarafından seçilmiş olacaktır. Bu sonuca göre iki dönem cumhurbaşkanlığı yapan birisi 15 AYM üyesinin 11'ini belirleyebilmektedir. Hâlbuki Anayasamız; AYM üyelerinin seçimini farklı makamlar arasında dağıtarak, güçlerin birbirini dengelediği ve sınırladığı bir kuvvetler ayrılığı sistemi tasarlamıştır. AYM ise kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından kilit noktasını oluşturmaktadır. Bu sebeple kendisinden beklenen fonksiyonu eda edebilmesi için yürütmeden bağımsız olması gerekmektedir.¹⁰³

3. Yargıtay ve Danıştay

Anayasa'nın 154'üncü maddesine göre Yargıtay; adli mahkemeler tarafından verilen kararların temyiz merciidir. Ayrıca kanunla belirlenmiş özel durumlarda ilk ve son derece mahkemesi olarak yargılama yapar. On iki hukuk ve on iki ceza dairesi bulunan Yargıtay'da halen

¹⁰¹ Osman Korkut Kanadoğlu, "Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı*, Ankara 2008, C. 24, S. 1, s. 61-89.

¹⁰² <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskanvekilleri-ve-uyeler/uyeler/>, erişim tarihi: 13.12.2023.

¹⁰³ Kemal Gözler, Elveda Anayasa Mahkemesi: İrfan Fidan Olayı, www.anayasa.gen.tr/irfan-fidan-olayi.htm, 2021, erişim tarihi: 13.12.2023.

322 üye görev yapmaktadır.¹⁰⁴ Yargıtay üyeleri birinci sınıfa ayrılmış adli hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından HSK tarafından on iki yıllığına seçilir, üyelik süresi bitenler yeniden seçilemezler.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve vekili, Yargıtay Genel Kurulu'nun belirleyeceği beşer aday arasından cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilmektedir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın; siyasi partiler hakkında kapatma davası açma, üst düzey kamu görevlileri hakkında cezai soruşturma yapma ve dava açma, AYM'de Yüce Divan sıfatıyla yapılacak yargılamalarda iddia makamını temsil etme ve kanun yararına bozma yoluna başvurma gibi çok önemli görevleri vardır.

Danıştay ise Anayasa'nın 155'inci maddesinde düzenlenmiştir, buna göre; Danıştay idari mahkemeler tarafından verilen kararların temyiz merciidir. Kanunlarla belirlenmiş özel durumlarda ilk ve son derece mahkemesi olarak da yargılama yapar. Halihazırda Danıştay'da 114 üye görev yapmaktadır.¹⁰⁵ Bu üyelerin dörtte üçünü birinci sınıfa ayrılmış idari hâkim/savcılar ve bu meslekten sayılanlar arasından HSK, dörtte birini ise kanunla belirlenmiş şartları sağlayan kişiler arasından cumhurbaşkanı on iki yıllığına seçer.

Yargıtay üyelerinin tamamı ve Danıştay üyelerinin dörtte üçü HSK tarafından seçilmektedir. HSK'nın oluşumunda ise yukarıda anlatıldığı üzere cumhurbaşkanı ve cumhurbaşkanı tarafından belirlenen yasa- ma organında çoğunluğu oluşturan milletvekilleri söz sahibidir.

Yürütmenin kontrolündeki HSK'nın hakimler ve savcılar üzerindeki atama, terfi, nakil gibi önemli yetkileri, zamanla Yargıtay ve Danıştay üye bileşimlerini de etkilemekte ve bu iki yüksek mahkemenin siyasi irade ile uyumlu bir yapıya bürünmesine sebep olmaktadır. Ayrıca meclis çoğunluğu elinde bulunan siyasi irade yüksek mahkemelerin üye sayılarını kanunla arttırma yoluna da gidebilmektedir ki uluslararası literatürde buna "court packing" (mahkemeleri kendi

¹⁰⁴ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/e0a573c2-6b4e-43bb-bb51-a968045002b3.pdf>, erişim tarihi: 11.12.2023.

¹⁰⁵ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/e0a573c2-6b4e-43bb-bb51-a968045002b3.pdf>, erişim tarihi: 11.12.2023.

yandaşlarıyla doldurmak) denilmektedir. Nitekim bu yolla 20 Kasım 2017 tarihli 696 sayılı KHK ile Yargıtay'a 100 yeni üye, Danıştay'a ise 16 yeni üye eklenmiştir.¹⁰⁶

SONUÇ

Kuvvetler ayrılığı ilkesi modern demokratik sistemlerin temel prensiplerindedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesiyle kamu gücü hukuk içinde birbirini dengeleyecek/denetleyecek yasama, yürütme ve yargı mekanizmalarına dağıtılır. Böylece gücü tek elde toplayan despot yönetimlerin ortaya çıkması engellenerek hak ve özgürlükler korunmuş olur. Anayasa hukukunun en temel ilkelerinden olan kuvvetler ayrılığı ilkesini güvence altına almayı amaçlayan modeller; kuvvetlerin birbirinden sert biçimde ayrıldığı başkanlık sistemi ile kuvvetlerin yumuşak ayrımının esas olduğu parlamenter sistemdir.

“Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi” olarak adlandırılan mevcut sistem, yürütmenin tek başlı olması bakımından başkanlık sistemine benzese de, kuvvetlerin sert ayrımını öngörmediği için bu sisteme “başkanlık sistemi” denilmesi mümkün görünmemektedir. Çünkü yürütme organının seçimleri yenileme kararı alarak yasama organını feshetmesi ve aynı şekilde yasama organının seçimleri yenileme kararı alarak yürütmenin görevine son vermesi başkanlık sistemlerinde görülmeyen bir durumdur. Mevcut sistem anayasa hukukundaki klasik tasnifte kuvvetler ayrılığı sistemleri arasında yer almayan “sui generis” bir sistemdir.

Bu sistemde cumhurbaşkanı tek başına yürütme organını oluşturmaktadır ve yetkileri alabildiğine genişletilmiştir. Hatta denilebilir ki hukuken karşılaştırıldığında mevcut sistemde yürütme organı olarak cumhurbaşkanının yetkileri 1876 Kanuni Esasi'deki padişah yetkilerinden daha geniş ve daha fazladır. Cumhurbaşkanının parti başkanı sıfatı, meclis çoğunluğu üzerinde söz sahibi olması itibarıyla yasama erkinin dengeleyici ve denetleyici niteliğini ortadan kaldırmıştır. Önemli kamu görevlilerini atama konusunda verilen sınırsız ve kontrolsüz yetkiler de başkanlık sistemlerinde benzeri olmayan bir

¹⁰⁶ Ergun Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 134-135.

durumdur. ABD örneğindeki gibi yürütmeyi dengeleyecek/denetleyecek ikinci bir meclis de bulunmamaktadır.

HSK ve AYM üzerinde özellikle üye seçimi aşamasında yürütme erki olarak cumhurbaşkanının etkisi yargı bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır. HSK üzerindeki yürütme etkisi zamanla Yargıtay'ın ve Danıştay'ın siyasi iktidara göre şekillenmesine yol açmaktadır. Olağanüstü dönem cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargı denetimi dışında tutulması da yargının yürütme üzerindeki denetleyici ve dengeleyici etkisini oldukça zayıflatmaktadır.

Yasama ve yargı organları karşısında yürütmenin aşırı güçlenmesini sağlayan ve yürütmeyi diğer iki organın çok sınırlı denetimine bağlayan bu durum, güçler ayrılığı ilkesini zayıflatan bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Cumhurbaşkanına tanınan bazı yetkiler; başkanın güçlü, yasama ve yargı organlarının görece güçsüz olduğu Latin Amerika tipi başkanlık sistemlerindeki başkanlarda dahi bulunmamaktadır. Mevcut sistemde yasama ve yürütme arasındaki denge yürütme lehine ölçsüz biçimde bozulmuştur.¹⁰⁷

1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde ise şu ifadeler yer alır: *"Hakların güven altına alınmadığı ve güçler ayrılığının belirlenmediği bir toplumun anayasası yoktur"*.¹⁰⁸ Bu bakımdan güçlerin birbirini dengelediği ve frenlediği bir anayasal sistemin oluşturulması ve yargı organının bağımsızlığının sağlanması, ülkemizi "anayasalı devlet" olmanın ötesinde bir "hukuk devleti" haline getirecektir. Bu sebeple kuvvetler ayrılığı ilkesi hukuk devleti ideali için *ülkemiz açısından* güncel kalması ve tutulması gereken en temel konulardan biridir.

¹⁰⁷ Esen, s. 45-73.

¹⁰⁸ Bildirinin 16'ncı maddesinin orijinal hali şöyledir: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.", https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789_eri-sim-tarhi:29.12.2023.

Kaynakça

Kitaplar

- Aristoteles, Politika, Çeviren: Mete Tuncay, Remzi Kitabevi, İstanbul 1975.
- Başgil Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, Baha Matbaası, İstanbul 1960.
- Barnett Hilaire, Constitutional and Administrative Law, Routledge Yayınları, 10. baskı, Londra 2013.
- Dicey Albert Venn, An Introduction To The Study Of The Law Of The Constitution, Macmillan Yayınları, 8. baskı, Londra 1915.
- Erdoğan Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion Yayınları, 7. baskı, Ankara 2004.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukuku Genel Esasları, Ekin Yayınları, 5. baskı, Bursa 2014.
- Hamilton Alexander/Madison James/Jay John, Federalist Yazılar, Çeviren: Şirin Tolga/Orcan Nejdet Umut, Runik Kitap, İstanbul 2021.
- İnceoğlu Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara 2007, s. 128.
- Kapanı Münci, İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1956.
- Kanadoğlu Osman Korkut/Duygun Ahmet Mert, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Onikilevha Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2021.
- Koçak Mustafa, Batıda ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- Locke John, Two Treatises of Government, Rod Hay, London 1823.
- Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, Çeviren: Fehmi Baldaş, Hiperlink Yayınevi, İstanbul 2014.
- Özbudun Ergun, Anayasacılık ve Demokrasi, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 15. baskı, Ankara 2014.
- Tanör Bülent, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, 36. baskı, İstanbul 2022.
- Yüzbaşıoğlu Necmi, Anayasa Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 17. baskı, İstanbul 2014.
- Uygun Oktay, Devlet Teorisi, On İki Levha Yayınları, 3. baskı, İstanbul 2017.

Makaleler

- Ardıçoğlu M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2017, C. 75, S. 3, s. 19-51.
- Ackerman Bruce, “The New Separation of Power”, *Harvard Law Review*, Cambridge 2000, C. 113, S. 3, s. 633-729.
- Bilir Faruk, “Türk Anayasa Hukukunda Gensorunun Düzenlenişi ve Etkililiği”, *Yasama Dergisi*, Ankara 2013, S. 25, s. 7-16.
- Boztepe Mehmet, “Olağanüstü Hal Rejiminde Yürütmenin Düzenleyici Bir İşlemi Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri İle Mukayesesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Ankara 2018, C. 1, S. 3, s. 378-395.

- Can Osman/Şimşek Aktaş Duygu, "Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Üzerine", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2017, C. 23, S. 1, s. 13-43.
- Demirkol Özhan/Demirdal M. Balkan, "1876'dan 2017'ye Devlet Başkanlarının Anayasal Güçleri", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2022, C. 26, S. 2, s. 441-477.
- Esen Selin, "Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2016, C. 76, S. 4, s. 45-73.
- Gönenç Levent/Kontacı Ali Ersoy, "2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2019, C. 2019, S. 145, s. 53-79.
- Gözler Kemal, "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2016, C. 74, S. 4, s. 25-36.
- Krouwel André, "Measuring Presidentialism And Parliamentarism: An Application To Central And East European Countries", *Acta Politica*, Amsterdam 2003, C. 38, s. 333-364.
- Kanadoğlu Osman Korkut, "Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı*, Ankara 2008, C. 24, S. 1, s. 61-89.
- Taşdöğen Salih, "Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2019, C. 21, S. 2, s. 1293-1324.
- Okandan Recai, "Parlamentarizm ve Bugünkü Şekli", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1935, C. 1, S. 2, s. 135-148.
- Özbudun Ergun, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1968, C. 25, S. 1, s. 59-79.
- Ünal Açıkgöz Merve, Fendoğlu Hasan Tahsin, Güller Abdul Samet, "Amerika Birleşik Devletlerinde Başkanlığın Düzenleyici İşlemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2020, C. 2020, S. 149.

İnternet Kaynakları

- Eren Abdurrahman, Başkanlık Sistemi 1 - Genel Değerlendirme, 2017, <http://www.kanuniesasi.com/2017/02/14/baskanlik-sistemi-1-genel-degerlendirme/>, erişim tarihi: 22.12.2023.
- Gözler Kemal, Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan'da Neyi Oylayacağız? <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>, 2017, erişim tarihi: 22.12.2023.
- Gözler Kemal, Elveda Anayasa Mahkemesi: İrfan Fidan Olayı, www.anayasa.gen.tr/irfan-fidan-olayi.htm, 2021, erişim tarihi: 13.12.2023.
- <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, erişim tarihi: 27.12.2023.
- <https://www.hsk.gov.tr/yargi-etigi>, erişim tarihi: 27.12.2023.
- <https://www.bbc.com/turkce/38915271>, erişim tarihi: 22.12.2023.
- <https://www.ency.eu/node/578>, erişim tarihi: 13.12.2023.

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskanvekilleri-ve-uyeler/uyeler/>, erişim tarihi: 13.12.2023.

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/e0a573c2-6b4e-43bb-bb51-a968045002b3.pdf>, erişim tarihi: 11.12.2023.

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/e0a573c2-6b4e-43bb-bb51-a968045002b3.pdf>, erişim tarihi: 11.12.2023.

<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss560.pdf>, erişim tarihi: 25.12.2023.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>, erişim tarihi: 29.12.2023.

Diğer Kaynaklar

Kansu Karadağ Akasya, Güçler Ayrılığı ve Hegemonya: Kurumsal Bir Tartışma, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2020.

Ünal Açıkgöz Merve, 2017 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Yürütmenin Yargı Tarafından Denetimi İle Hukuk Devletinin Gerçekleştirilmesi, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, Ankara 2021.

SOSYAL GÜVENLİK HAKKININ BİREYSEL BAŞVURU YOLUNA KONU EDİLEBİLİRLİĞİ*

(THE POSSIBILITY OF INDIVIDUAL APPLICATION ROUTE FOR THE RIGHT TO SOCIAL SECURITY)

Enes KETHÜDA**

Özet: İnsan yaşamına sosyoekonomik bakımdan asgari bir standart sağlama işlevi nedeniyle insan hakları ve insan haysiyeti açısından önemli bir yeri olan sosyal güvenlik hakkı, sosyal haklar arasında yer almasının bir sonucu olarak pek çok hukuk düzeninde dava edilebilirlik bakımından zayıf bir rejime tabidir. Bu makale, dava edilebilirlik sorunu bağlamında sosyal güvenlik hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve Anayasa'da öngörülen bireysel başvuru mekanizmaları kapsamında dolaylı olarak yargılanabilirliğini içtihat hukuku temelli ve karşılaştırmalı bir yaklaşımla ele almaktadır. Anılan belgelerin koruyucusu konumundaki İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM), taraf devletlerin hâlihazırda vadettiği sosyal güvenlik ödenekleriyle ilgili -bir kısmı oldukça karmaşık sosyoekonomik meselelere dair olan- şikâyetleri adil yargılanma hakkı, mülkiyet hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı ve ayrımcılık yasağı olmak üzere bireysel başvuru usulü kapsamındaki haklar çerçevesinde yargılanabilir bulmuştur. Bu kapsamdaki incelemede her iki Mahkemenin de sosyal güvenlik ödemelerini klasik haklar kapsamında görme konusunda istekli olduğu ancak esasa dair incelemede -sosyal güvenlik sisteminin kaynaklara bağımlı niteliği ve politik yönüne atıfla- kamusal makamlara geniş bir takdir marjı bıraktığı gözlemlenmiştir. Öte yandan hak öznelerinin hassas kategorilerde yer aldığı ve hak öznelerine katlanılamaz sosyoekonomik külfetler yüklediği durumlardaysa geniş takdir alanı, sosyal güvenlik hakkı lehine sonuca ulaşılmasına engel olmamaktadır. Ayrıca makalede sosyal devlet ilkesini ve sosyal hakları barındıran bir anayasayla yetkilendirilmiş ulusal bir mahkeme olan AYM'nin, hakların kap-

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yazılmakta olan ve sosyal hakların bireysel başvuru mekanizmalarına konu edilebilirliğini ele alan doktora tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, eneskethuda@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7896-8973, Makalenin Gönderim Tarihi: 14.05.2024, Kabul Tarihi: 03.08.2024

samı ve kamusal makamlara bırakılan takdir marjı konusunda kendi kendini uluslararası bir mahkeme olan ve bu nedenle egemenlik temelli çekinceleri hesaba katmak zorunda olan İHAM'ın yaklaşımıyla sınırlandırması eleştirilmiş, Mahkemenin daha aktivist bir yaklaşım benimsemesi gerektiği savunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Haklar, Sosyal Güvenlik Hakkı, Bireysel Başvuru Yolu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi

Abstract: The right to social security, which plays an essential role in terms of human rights and human dignity due to its function of providing a minimum socio-economic standard for human life, is subject to a weak regime in terms of enforceability in many legal orders as a result of being among the social rights. This article employs a case law-based and comparative approach to examine the litigability of the right to social security under the individual application mechanisms provided by European Convention on Human Rights (ECHR) and the Turkish Constitution. The European Court of Human Rights (ECtHR) and the Turkish Constitutional Court (TCC), which are the guardians of the aforementioned instruments, have determined that complaints about social security benefits already promised by States Parties—some of which are related to complex socio-economic issues—are triable within the framework of rights under the individual application procedure. This includes the right to a fair trial, the right to property, the right to respect for private and family life, and the prohibition of discrimination. In this context, it was observed that both courts were willing to consider social security payments within the scope of classical rights. However, they left a wide margin of appreciation to the public authorities in the examination of the merits, referring to the resource-dependent nature and political aspect of the social security systems. Conversely, in instances where the subjects of rights belong to vulnerable categories and are subjected to unbearable socioeconomic burdens, the wide margin of appreciation does not preclude the conclusion in favor of the subjects' right to social security. Moreover, the article critiques the fact that the Constitutional Court, as a national court authorized by a constitution that embodies the principle of the social state and social rights, limits itself to the approach of the ECtHR, which is an international court and therefore has to take into account sovereignty-based reservations regarding the scope of rights and the margin of appreciation left to public authorities. The article argues that the Court should adopt a more activist approach.

Keywords: Social Rights, the Right to Social Security, Individual Application, European Court of Human Rights, Constitutional Court

GİRİŞ

Sanayi Devrimi sonrası alt sınıflarının içinde bulunduğu olumsuz sosyoekonomik koşullara karşı tepkinin ürünü olarak doğan sosyal haklar, insan hakları arasında hiçbir zaman hak ettiği değeri bulama-

mış, klasik haklarla kıyaslandığında üvey evlat muamelesi görmüştür. Özellikle de 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren serpilerek artan neoliberal ekonomi dalgasıyla sosyal hakların pratikteki önemi katlanarak artmış ancak talep edilebilirliği konusundaki gelişim seyri bu ihtiyacı giderebilmiştir. Sosyal haklar, devletin sosyoekonomik hayattaki rolünü reddeden liberal anlayışa dayanan ideolojik nedenlerin etkisiyle teorik ve pratik düzeyde zayıf kalmıştır.

Sosyal haklar arasında önemli bir yeri olan sosyal güvenlik hakkı, karşılaşılabilecekleri yoksulluk, hastalık, engellilik, işsizlik, yaşlılık riskleri karşısında öznelere asgari bir geliri ve yaşam standardını garanti etme işlevine sahiptir. Bu işlev, devlet tarafından oluşturulan sosyal güvenlik sistemlerinin sunduğu, katkıya dayanan veya dayanmayan çeşitli ödenekler eliyle hayata geçer. Böylece sosyal güvenlik hakkı, insan yaşamının çeşitli boyutlarına asgari bir sosyoekonomik standart garanti ederek sosyal haklar ve insan hakları arasında ve bunların ulaşmayı hedeflediği insan haysiyeti kavramı bakımından vazgeçilmez bir yer işgal eder. Ancak bu önemli fonksiyonuna rağmen sosyal güvenlik hakkı gerek uluslararası insan hakları hukukunda gerekse ulusal anayasal düzenlemelerde sosyal hakların makus talihini paylaşmıştır.

Sosyal hakların ve bunlar arasındaki sosyal güvenlik hakkının talep edilebilir haklar olmadığına dair teorik kabuller, İHAS ve Anayasa'daki bireysel başvuru sisteminin biçimlendirilmesi aşamasına da yansımıştır. İHAS'ta bilinçli olarak yer verilmeyen sosyal haklar, bununla bağlantılı olarak Anayasa'nın bireysel başvuru için öngördüğü koruma alanının da dışında kalmıştır. Ancak insan haklarının bütünselliği ve karşılıklı bağımlı yapısı, sosyal haklar kapsamında yer alan pek çok menfaatin, klasik haklar sayesinde ve bünyesinde korunmasını sağlamaktadır. Böylece söz gelimi, sağlık bakımı, beslenme gibi bedensel sosyoekonomik ihtiyaçlardan yoksun kimselerin bu hakları, çeşitli klasik hakların bir bileşeni olan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı; işverenini eleştiren bir işçinin çalışma hakkı, ifade özgürlüğü; konutundan tahliye edilen hak öznelerinin barınma hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında gündeme gelebilmektedir.

Sosyal güvenlik hakkı da tıpkı bir önceki paragrafta anılan sosyal haklar gibi bireysel başvuru yolunun kapsamında yer alan bazı haklar çerçevesinde koruma görmektedir. Bu çalışmanın temel amacı, sosyal

güvenlik hakkının bireysel başvuru mekanizmaları kapsamında yer alan hangi haklar kapsamında ve ne ölçüde korunabileceğini ortaya koymaktır. Ayrıca bu kapsamdaki incelemede Mahkemelerin sosyal hakların -en tartışmalı yönü olan- maliyet gerektirme özelliği karşısında nasıl bir yaklaşım sergilediği değerlendirilecektir. Böylece bireysel başvuru hakkının Türkçe literatürde üzerinde pek durulmayan sosyo-ekonomik boyutu, sosyal güvenlik hakkı nezdinde ele alınmış olacaktır.

Mevcut makalede esasen içtihat hukuku temelli bir metot benimsenecektir. Bu kapsamda sosyal güvenlik hakkına ilişkin nispeten gelişkin bir birikime sahip olan İHAM'ın içtihadına öncelik verilecektir. Anayasa Mahkemesinin içtihadıysa ulusal bir Mahkeme olmasının doğurduğu farklı dinamiklerin ışığında, İHAM kararlarıyla karşılaştırmalı bir biçimde ele alınacaktır. Ayrıca çalışmada, sosyal hakların ve sosyal güvenlik hakkının anlamı, kapsamı ve gerektirdiği yükümlülükler bakımından sosyal haklara özgü uluslararası belgeler olan ve Türkiye'nin de taraf olduğu Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) ve Avrupa Sosyal Şartı'nın (ASS) rehberliğinden faydalanılacaktır.

Çalışmada öncelikle sosyal güvenlik hakkının anlamı ve insan hakları arasındaki yeri ele alınacaktır. Takip eden ikinci bölümdeyse sosyal güvenlik hakkının ve aslında daha genel olarak sosyal hakların yargılanabilirliği sorunu, bu sorunun giderimi için geliştirilen öneriler ile bunlar arasında özellikle de çalışmanın temelinde yer alan ve insan haklarının bütünselliğine dayanan dolaylı koruma yöntemi incelenecektir. Dahası yine ikinci bölümde, sosyal hakları klasik hakların çatısı altında korunabilir hâle getiren dolaylı koruma yönteminin İHAM ve AYM pratiğindeki yansıması, teorik altyapısına da temas edilerek önce sosyal haklar bakımından genel olarak daha sonra sosyal güvenlik hakkı bakımından özel olarak ele alınacaktır. Sosyal güvenlik hakkının bireysel başvuru usulüne konu edilebilirliğini içtihat hukuku temelinde ele alan üçüncü bölümdeyse İHAM'ın ve AYM'nin adil yargılanma hakkı, mülkiyet hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı ve ayrımcılık yasağı kapsamında verdiği ve sosyal güvenlik ödeneklerini konu edinen kararları karşılaştırmalı bir biçimde ele alınacaktır.

I. SOSYAL GÜVENLİK HAKKININ ANLAMI

Sosyal güvenlik hakkı, insan haklarının herkes için anlamlı bir biçimde hayata geçebilmesi ve herkesin insan haysiyetine yaraşır standartlara uygun bir yaşam sürebilmesinin güvencesidir. Bu yönüyle hak, sosyal devlet ilkesiyle yakından bağlantılıdır. Sosyal devlet, gerektiğinde yetki alanındaki hak öznelerine yoldaşlık ederek onları kaderlerine terk etmeyen ve bu uğurda sosyal adaleti ve herkes için insan haysiyetinin gerektirdiği asgari koşulları sağlayan devlet olarak anlamlandırılabilir.¹ Sosyal güvenlik hakkı, sahip olduğu yeniden dağıtıcılık rolü sayesinde yoksulluğun azaltılmasını ve sosyal dışlanmanın önlenmesini sağlayarak sosyal devlet ilkesinin anılan amaçlarının hayata geçmesine katkı sunar. Sağlık, çalışma, eğitim, barınma gibi diğer sosyal hakların tematik koruyuculuğu karşısında sosyal güvenlik hakkı, öznelerine çok yönlü bir asgari güvence sunar. Nitekim sosyal güvenlik hakkı aşağıda ele alınacak olan mahkeme kararlarında da gözlemlenebileceği üzere yer aldığı bağlama göre, sağlık, yaşlılık, malullük, işsizlik, kaza, ölüm, barınma, aile yaşamının desteklenmesi gibi pek çok farklı temayla bağlantılı olarak güvence sunma özelliğine sahiptir.

Bu önemli rolü nedeniyle sosyal güvenlik hakkı, diğer pek çok uluslararası ve ulusal insan hakları belgesinin yanı sıra, Birleşmiş Milletler (BM) bünyesindeki ESKHS, Avrupa Konseyi bünyesindeki AŞŞ ve Anayasa'da kendisine yer bulmuştur. Söz konusu belgelerin koruma organları, sosyal güvenlik hakkının kapsamını ortaya koyan çeşitli genel yorum,² görüş ve kararlar üretmektedir.

Sosyal güvenlik hakkını devletin Anayasa'daki özgürleştirme ödevinin (m. 5) bir yansıması olarak ele alan Anayasa Mahkemesine

¹ Paralel yönde bkz. Murat Sevinç, "Bülent Tanör ve Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2013, C. 2, S. 1, s. 158; AYM, E.2012/97, K. 2013/51, 03/04/2013; AYM, E. 1988/19, K. 1988/33, 26/10/1988. Sosyal devlet ilkesini tarihsel ve ideolojik arka planıyla birlikte ele alan bir çalışma için bkz. Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, ss. 91-94.

² Genel yorumlar koruma organlarının ilgili sözleşmede yer alan hakların ve diğer hükümlerin anlamlarını ve taraf devletlere yüklediği ödevleri soyut bir biçimde açıklığa kavuşturma işlevine sahiptir. Şu an itibarıyla BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin ESKHS'yi açıklayan toplam 26 genel yorumu vardır.

göre Anayasa'nın 60. maddesinde³ yer alan bu hakkın anlamı ve amacı şöyledir:

"Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kurumları oluşturularak, kişilerin yaşlılık, hastalık, malullük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır."⁴

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin (ESKHK) sosyal güvenlik hakkına (ESKHS m. 9) dair 19 No.lu Genel Yorum'una göre sosyal güvenlik hakkı diğerlerinin yanı sıra esasen üç temel bileşene sahiptir. Bunlar (a) Hastalık, engellilik, annelik, iş kazası, işsizlik, yaşlılık veya bir aile üyesinin ölümünden kaynaklanan işle ilgili gelir eksikliğinin giderilmesi; (b) herkesin sağlık hizmetlerine erişiminin sağlanması; (c) özellikle çocuklar ve bakmakla yükümlü olunan yetişkinler için yetersiz aile geliri gibi risklerden korunmayı güvence altına almak için ayrımcılık yapılmaksızın nakdi veya aynı yardımlara erişebilme ve bu yardımların sürdürülmesi haklarıdır.⁵ Böylece Sözleşme'ye göre taraf devletler, çeşitli nedenlerle yoksul ve yoksun durumdaki hak öznelerine asgari bir yaşam standardı garanti eden sosyal güvenlik sistemleri kurmakla yükümlü kılınmıştır.

Yine Avrupa Sosyal Haklar Şartı sosyal güvenlik hakkını 12. ve devamı maddelerinde benzer bir özle ele almıştır. Şart'ın bekçisi konumundaki Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, taraf devletlerin oluşturacağı sosyal güvenlik sistemlerinin hak öznelerinin karşılaşacağı geleneksel riskleri kapsamaya gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre sosyal güvenlik sistemleri en azından tıbbi bakım, hastalık bakımı, işsizlik yardımı, yaşlılık yardımı, iş kazası yardımı, aile ve annelik yardımı gibi kişisel ve toplumsal risklere karşı güvence sunmalıdır.⁶ Ayrıca

³ "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."

⁴ AYM, E.2006/111, K.2006/112, 15/12/2006.

⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment 19: The Right to Social Security (art. 9), 2007, §§ 1-3, 13-21.

⁶ Council of Europe, "Digest of the Case Law of The European Committee of Social Rights", 2022, s. 120, [https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd\(21/03/2024\)](https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd(21/03/2024)).

Komiteye göre sosyal güvenlik sistemleri ayrımcı olmamalı ve sosyal adalet ilkesine uygun bir biçimde mümkün olduğunca kapsayıcı olmalıdır.⁷

Anılan belgelerin ve koruma organlarının tamamı sosyal güvenlik hakkının öznelere için müşkül durumlara karşı asgari yaşam standardı oluşturma işlevine vurgu yapmaktadır. Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkının temel fonksiyonu, herkesin insan haklarının ve insan haysiyetinin gerektirdiği asgari sosyoekonomik koşullara sahip olmasını temin etmektir. Bu yönüyle sosyal güvenlik hakkı bugünün bireyci toplumsal yaşamı bakımından elzemdir. Zira sosyal düzeydeki bireycilik, güçlüğü düşmüş pek çok hak öznesinin ancak sosyal güvenlik sistemlerinin sağladığı güvencelerle hayata tutunabilmesine yol açmaktadır. Sosyallik vasfını haiz olan devletler, sahip olduğu bu niteliğin hakkını en zor zamanlarda hak öznelerinin yanında durarak verebilir.

II. SOSYAL GÜVENLİK HAKKININ YARGILANABİLİRLİĞİ VE BİREYSEL BAŞVURU HAKKININ KAPSAMI

A. Sosyal Hakların Yargılanabilirliğine Dair Sorunlar ve Çözüm Önerileri

İkinci kuşak haklar arasında yer alan sosyal güvenlik hakkı, pozitif statü hakları olarak da anılan sosyal ve ekonomik haklar arasında yer alır. Söz konusu hak kategorisiyle ilgili genel sorun, bunların talep edilemez ve yargılanamaz olduğuna dair yaygın bir kanaatin varlığıdır. Buna göre sosyal hakların kapsamı ve taraf devletlere yükledikleri ödevler belirsizdir.⁸ Ayrıca sosyal haklar pozitif yükümlülükler gerektirir ve sınırlı mali kaynaklara bağımlıdırlar, bu nedenle talep edilmeleri ve tamamen hayata geçirilmeleri mümkün değildir.⁹ Dahası sınırlı mali kaynakların kamusal ihtiyaçlara nasıl taksim edileceği politik ma-

⁷ ibid.

⁸ Serkan Yolcu, *Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 92, 112-113; Tolga Şirin, "Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)", *Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu IV Bildiriler*, İstanbul: Petrol-İş Yayını, 2014, s. 343.

⁹ ibid, Yolcu, ss. 92, 113 vd.; Tanör, ss. 8-10.

kamaların yetkisinde ve takdir alanında olup yargısal makamların bu meseleler hakkında karar verecek donanımı yoktur.¹⁰

Literatürde sosyal hakları ötekileştiren bu argümanlar, insan haklarının bütünselliği ilkesine, sosyal haklarla klasik haklar arasındaki benzerliklere ve sosyal hakların yargılanabilirliğini gösteren örneklerle dayanan karşı tezlerle çürütülmüştür. Buna göre sosyal haklardan yoksun bir insan hakları anlayışı toplumun önemli bir bölümü için gerçek bir özgürlük vaadinde bulunamaz ve klasik hakların teorik ve hayali olarak kalmasına yol açar.¹¹ Ayrıca tıpkı sosyal haklar gibi klasik haklar da bazı belirsizlikler içerir, maliyet gerektirir ve politik karar alım süreçleriyle yakından ilgilidir.¹² Söz gelişi özel yaşama saygı hakkı, ifade özgürlüğü, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı gibi pek çok klasik hak muğlak ve açık dokulu bir biçimde formüle edilmekte ve yargısal pratiklerle anlam bulmaktadır. Söz konusu haklarla ilgili yargısal pratik oluşturabilen mahkemeler pekâlâ sosyal haklarla için de genelgeçer ilkeler oluşturabilir.¹³ Maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkıysa gerektirdiği güvenlik teşkilatı, hastaneler, personel, personelin eğitilmesi ve ekipman için en az sosyal haklar kadar ciddi harcamalar yapılmasını ve politika üretilmesini gerekli kılar.¹⁴ O hâlde

¹⁰ Tolga Şirin, "Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)", s. 343; Malcolm Langford, "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory", *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, ed. Malcolm Langford, New York: Cambridge University Press, 2008, s. 30.

¹¹ Yolcu, s. 95; Tanör, ss. 63-65.

¹² Ida Elisabeth Koch, "Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective", *The International Journal of Human Rights*, 2006, C. 10, S. 4, s. 406; Engin Yıldırım, "Uluslararası Deneyimler Işığında Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı: Bir Scylla ve Charybdis İkilemi mi?", Haşim Kılıç'a Armağan, ed. Ali Rıza Çoban vd., Ankara: Kalkan Matbaacılık, 2015, s. 1133 vd; Tolga Şirin, "Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)", s. 343.

¹³ Aoife Nolan vd., *The justiciability of social and economic rights: An updated appraisal*, New York: CHRGI Working Paper no. 14, 2007, s. 11.

¹⁴ Ruth Gavison, "On the Relationships Between Civil and Political Rights, and Social and Economic Rights", *The Globalization of Human Rights*, ed. Jean-Marc Coicaud, Michael W. Doyle, Anne-Marie Gardner, Tokyo/New York/ Paris: United Nations University Press, 2003, ss. 34-35.

söz konusu eleştiri ve tereddütler pek çok pozitif yükümlülük gerektiren klasik haklar bakımından da geçerlidir.¹⁵ Son olarak belirtmek gerekir ki diğerleri arasında özellikle de Güney Afrika, Kolombiya, Hindistan ve Alman Anayasa Mahkemelerinin içtihadı birikimi, sosyal hakların yargılanabilir olduğunu ortaya koymaktadır.¹⁶

Ne var ki yargılanabilirlik karşıtı argümanlar bazı istisnalar dışında sosyal haklara ilişkin maddi düzenlemeler ve denetim sistemleri üzerinde hâlâ baskın bir etkiye sahiptir.¹⁷ Bunun sonucunda klasik haklar için öngörülen emredici lafız ve etkili denetim sistemleri sosyal haklara sıra geldiğinde zayıf maddi düzenlemelere ve mekanizmalara dönüşmektedir. Böylece sosyal haklar ekonomik kaynaklara bağımlı oldukları ve politik alanda kaldıkları gerekçeleriyle normatif bakımdan zayıf bir biçimde ele alınmıştır¹⁸. Kamusal makamlar sosyal haklardan doğan ödevleri bakımından geniş bir takdir alanına sahiptir ve bunlar klasik haklar gibi talep edilebilir ve yargılanabilir değildir.¹⁹

Nitekim sosyal haklarla ilgili maddi düzenlemeler ve denetim sistemleri klasik haklarla karşılaştırıldığında oldukça zayıftır. Söz gelimi BM bünyesinde yer alan BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (MSHS) taraf devletlerin yükümlülüklerini açıklayan ikinci maddesi koşulsuz bir yükümlülük öngörmekteyken (to ensure) onun ikizi olduğu iddia edilen ESKHS'nin konu bakımından koşul ikinci maddesi taraf devletlerin yükümlülüklerini mevcut kaynakları ölçüsünde, zamanla ve kademeli olarak gerçekleştirmek için gerekli tüm adımları atmayı (to undertake to take steps) vadettiğinden söz etmektedir.²⁰

¹⁵ Yolcu, ss. 52-56, 118.

¹⁶ Detaylı inceleme için bkz. ibid, ss. 110, 161 vd; Bertil Emrah Oder, "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2008, ss. 199-232; Ingrid Lejten, "The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection", *German Law Journal*, C. 16, S. 1, 2015, ss. 23-48

¹⁷ Langford, s. 30; Yolcu, ss. 92 vd.

¹⁸ Sosyal haklara ilişkin düzenleme biçimleri için bkz. Tanör, ss. 165-187.

¹⁹ Virginia Mantouvalou, "The Case for Social Rights", *Debating Social Rights*, ed. Conor Gearty, Virginia Mantouvalou, Oxford: Hart Publishing, 2010, s. 5.

²⁰ "Taraf devletlerin tamamı, Sözleşme'de tanınan hakların kademeli şekilde ve tam olarak hayata geçirilmesini sağlamak amacıyla... mevcut kaynaklarının azamisi ölçüsünde, yasal tedbirlerin kabulü de dahil olmak üzere gerekli tüm adımları atmayı vadeder."

Bunun gibi İHAS ile kıyaslandığında içerik ve bağlayıcılık yönünden muğlak hükümler içeren²¹ ASŞ, taraf devletlere belirli sınırlar çerçevesinde hangi hükümlerle bağlı olacağını seçme özgürlüğü tanımaktadır.²² Yine Anayasa'nın 65. maddesi²³ ve AYM'nin onu yorumlama biçimi, sosyal hakların ekonomik kaynaklara bağımlı olduğunu ve devletin takdir alanında kaldığını kabul etmektedir.²⁴

Sosyal hakların normatif varlığını ve yargılanabilirliğini reddeden tutum, bunlar için öngörülen denetim sistemleri bakımından da yansıma bulmuştur. Sosyal haklar, ESKHS, ASŞ ve Anayasa'da, klasik hakların sahip olduğu etkili ve bağlayıcılığa sahip denetim sistemlerinden yoksundur. Sosyal hakların denetim sistemiyle ilgili sorunlar genel hatlarıyla üç başlıkta toplanabilir: 1- İstisnalar bir kenara bırakılırsa²⁵ sosyal haklara bireysel başvuruya konu olma imkânı tanınmamıştır. 2- Denetim organları bağlayıcı karar alma yetkisinden yoksundur.²⁶ 3- Siyasi makamlar gerek denetim organlarının oluşumunda gerekse denetim sonucu verilen karar ve görüşlerin izlenmesinde baskın rol oynamaktadır.²⁷ Diğer bir ifadeyle -her ne kadar son dönemlerde bu konuda çeşitli olumlu gelişmeler olmuşsa da- genel olarak sosyal haklarla ilgili denetim sistemlerinin etkililiği oldukça zayıftır.

Sosyal haklara ilişkin maddi düzenlemelere ve denetim sistemlerine yansıyan normatiflik ve yargılanabilirlik sorunlarının çözümü için

²¹ İzzet Mert Ertan, Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 100.

²² Bkz. ASŞ'nin "Üstlenimler" başlıklı 20/1-b hükmü.

²³ "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."

²⁴ Kuddis Büyükkakılı, B. No: 2014/3941, 5/10/2017, § 59; Ayrıca bkz. İsmail Hakkı Bulunmaz, B. No: 2014/2960, 4/10/2017, §§ 66-67.

²⁵ Bunlardan biri 2013 yılında yürürlüğe giren ESKHS/Ek Protokol'ün öngördüğü bireysel başvuru usulüdür. Ancak bu usulde inceleme bir "karar" ile değil tavsiye niteliğindeki "görüş" ile (views) sonuçlanır. Ayrıca Komite, mahkeme niteliğini haiz değildir. Komitenin verdiği bireysel başvuru kararlarının çevirisi için bkz. Tolga Şirin, Can Yalçın Armutcuoğlu (ed.), Sosyal Haklar, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2023.

²⁶ ibid; Koch, "Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective", s. 406.

²⁷ Urfan Khaliq, Robin Churchill, "The European Committee of Social Rights", Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law, ed. Malcolm Langford, New York: Cambridge University Press, 2008, s. 428.

çeşitli öneriler geliştirilmiştir.²⁸ Bunların bir kısmı sosyal hakların en azından özünü korumayı mümkün kılan bir yaklaşım geliştirilmesi²⁹ gerektiğini savunurken diğer bir kısmı, uluslararası insan hakları belgelerinde sosyal haklarla ilgili sorunları gideren değişiklikler yapmayı, bunlara yeni protokoller eklemeyi önermektedir.³⁰ Bu doğrultuda sosyal hakların İHAS'a eklenmesine yönelik üç girişim olmuşsa da bunlar çeşitli sebeplerle akim kalmıştır.³¹

Mevcut çalışmanın temelinde yatan diğer bir yaklaşımsa sosyal hakların hâlihazırda güçlü düzenlemelerle ve koruma mekanizmalarıyla güvence altına alınan medeni ve siyasi haklar kapsamında dolaylı olarak korunmasıdır (indirect protection). Söz konusu koruma yöntemi esas itibarıyla insan haklarının bütünselliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkelerine dayanmaktadır. Anılan ilkelere göre insan hakları ancak bir bütün hâlinde ve birbirlerine destek olarak hak öznelere gerçek bir özgürlük ve haysiyetli bir yaşam sunabilir. Diğer bir ifadeyle insan hakları birbirine bağımlıdır ve ancak birbiriyle dayanışma hâlinde gerçek anlamda hayata geçebilirler.³² Bunun bir sonucu olarak insan hakları, birbiriyle olan organik ya da bağlamsal iç içe geçmiş-

²⁸ Bu konuda bkz. Şirin, "Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)", ss. 341-66.

²⁹ İzzet Mert Ertan, "Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/Çekirdek Yükümlülükler", Sosyal Adalet için İnsan Hakları: Sosyal Haklar, ed. Kuvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay, Ankara: TODAİE Yayınları, 2014, ss. 85-86, 92-93; CESCR, General Comment No. 3: The Nature of States Parties Obligations, 1990, § 10.

³⁰ Chisanga Puta-Chekwe, Flood Nora, "From Division to Integration: Economic, Social, and Cultural Rights as Basic Human Rights", Giving Meaning to Economic, Social, and Cultural Rights, ed. Isfahan Merali, Valerie Oosterveld, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2001, s. 45. causing the pole inequality relations between men and women. Therefore, in this study wanted to dismantled the detail view of some theories, both social and feminist about gender relations in the family. Each of these theories (structural functional, conflict and feminist

³¹ Bu konuda bkz. Ida Elisabeth Koch, Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, ss. 321-26.

³² Nitekim Dünya İnsan Hakları Konferansında kabul edilen Viyana Bildirisi ve Eylem Planı'nda insan haklarının "... indivisible (bölünmez), interdependent (karşılıklı bağımlı) ve interrelated (karşılıklı ilişkili) ..." olduğu vurgulanmaktadır. (Vienna Declaration and Programme of Action <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx> (26/11/2023)).

lik düzeylerine göre bir diğerinin çatısı altında korunabilmektedir.³³ Böylece bu yöntem, anayasalarda ve insan hakları metinlerinde hak ettiği değeri bulamayan sosyal hakların klasik haklar vasıtasıyla belirli bir düzeyde korunabilmesine imkân tanımaktadır. Bu metot Türkçe literatürde “bütüncül yaklaşım”, bunun sonucunda sosyal haklar lehine gerçekleşen koruma da dolaylı/sekmeli/yansımali koruma olarak adlandırılmıştır.³⁴

Dolaylı koruma yaklaşımı diğer pek çok hakkın yanı sıra sosyal güvenlik hakkı bağlamında da yansıma bulmaktadır. Örneğin MSHS'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi ilk kez 1987 yılında Hollanda aleyhine sonuçlandırdığı iki kararda ayrımcılık yasağıyla sosyal güvenlik hakkı arasındaki ilişkiyi ele almıştır. Komite bu kararlarda evli kadınların işsizlik yardımı almak için evli erkeklerden farklı olarak ailenin geçimini sağlayan kişi olduğunu kanıtlamak zorunda kalmasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak görmüştür. Üstelik Komite bu sonuca hükümetin sosyal hakların Sözleşme'nin kapsamının dışında olduğuna dair karşı argümana rağmen ulaşmıştır.³⁵

B. Bireysel Başvuru Sisteminde Sosyal Haklar ve Dolaylı Koruma

1. İHAS Kapsamında

İHAS, içerdiği haklar itibarıyla bir medeni ve siyasi haklar haklar Sözleşmesi'dir. Klasik bakış açısına göre bu haklar, hak öznelere

³³ Martin Scheinin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, ss. 29-54; Craig Scott, “Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights”, *Osgoode Hall Law Journal*, 1989, C. 27, S. 3, ss. 769-878.

³⁴ Ulaş Karan, “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan: ‘Bütüncül Yaklaşım’”, *Amme İdaresi Dergisi*, 2007, C. 40, S. 3, ss. 31-62; Şirin, “Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)”, s. 348; Ertan, *Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi*, s. 22.

³⁵ HRC, F. H. Zwaan-de Vries/the Netherlands, Communication No. 182/1984, 9/4/1987; S.W.M. Broeks/the Netherlands, Communication No. 172/1984, 9/4/1987.

kamu gücünün keyfi tasarruflarına karşı koruma işlevi görmektedir. Buna karşılık güncel bakış açısı, tüm insan haklarının devlete olumsuz ödevlerin yanı sıra olumlu ödevler yüklediğini göstermektedir.³⁶ Ayrıca insan haklarının karmaşık ve birbirine bağımlı yapısı taraf devletlere her bir hak bakımından hak kategorilerinin sınırlarını aşan çeşitli yükümlülükler getirmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak Sözleşme’de yer alan klasik hakların etkili bir biçimde korunması taraf devletlere sosyoekonomik alana taşan, negatif ve pozitif bazı ödevler yükleyebilmektedir.³⁷

Nitekim Mahkeme ilk kez Airey kararında Sözleşme’nin klasik haklar belgesi olduğunu ancak haklar arasında su geçirmez ayrımların bulunmadığını vurgulamıştır:

“Öte yandan Sözleşme, günümüz koşulları ışığında yorumlanmalıdır ve ele aldığı alanlarla ilgili olarak bireyi gerçek ve pratik bir şekilde korumak için tasarlanmıştır. Sözleşme, esasen medeni ve siyasi hakları ortaya koyarken, bunların birçoğunun sosyal veya ekonomik nitelikte yansımaları vardır. Bu nedenle Mahkeme, tıpkı Komisyon gibi, Sözleşme’nin bir yorumunun sosyal ve ekonomik haklar alanına uzanabileceği gerçeğinin, böyle bir yoruma karşı belirleyici bir faktör olmaması gerektiğini düşünmektedir; bu alanı Sözleşme’nin kapsadığı alandan ayıran su geçirmez bir ayrım yoktur.”³⁸

Mahkeme 1950 yılında kabul edilen Sözleşme’nin esasen klasik haklarla sosyal haklar arasında ayrım yapma fikrini benimsediğini kabul etmekteyse de haklar arasındaki karşılıklı bağımlılık ve geçirgenlik ilişkisinin mutlak bir ayrıma izin vermediğini vurgulamaktadır.³⁹

³⁶ Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, New Jersey: Princeton University Press, 1980, ss. 51-53.

³⁷ Bu konuya dair bazı eserler için bkz. Koch, *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*; Ingrid Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018; Eva Brems, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, ed. Daphne Barak-Erez, Aeyal M. Gross, Portland: Hart Publishing, 2007, ss. 135-67;; Colin Warbrick, “Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights”, *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, ed. Mashood Baderin, Robert McCorquodale, Oxford: Oxford Academic, 2007, ss. 241-256.

³⁸ Airey/İrlanda, B. No: 6289/73, 9/10/1979, § 26.

³⁹ Beeler/İsviçre, B. No: 78630/12, 11/10/2022, §§ 50-52.

Bu nedenle “Sözleşme’nin bir yorumu(nun) sosyal ve ekonomik haklar alanına...”⁴⁰ uzanması oldukça doğaldır. Mahkeme bu sonuca ulaşırken Sözleşme’nin etkili korunması prensibine⁴¹ ve dinamik yorum metodu,⁴² teleolojik yorum metodu,⁴³ otonom (özerk) yorum metodu⁴⁴ ile karşılaştırmalı yorum metodu gibi klasik ve Sözleşme’ye özgü çeşitli aktivist ve evrimci yorum yöntemlerine⁴⁵ sıklıkla atıf yapmaktadır.

Söz konusu yorum araçları sayesinde Mahkeme, sosyal haklara sağladığı korumayı, Sözleşme’nin kurucu iradesine rağmen geliştirmiştir. Sözleşme’nin tarihsel amacı, Avrupa’da İkinci Dünya Savaşı öncesinde ortaya çıkan baskı ve tiranlık rejimleri ile savaşın tekrar etmesini önlemek ve bu amaç için bir emniyet supabı oluşturmaktır.⁴⁶ Böylece temel amacı demokrasi ve hukuk devletinin aşınmasını ve yok olmasını engellemek olan kurucular, hak olma niteliği tartışmalı olan sosyal hakları taraf devletler arasındaki konsensüsü zayıflatabileceği gerekçesiyle bilinçli bir biçimde dışlamıştır.⁴⁷ Buna karşılık Mahkeme Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne⁴⁸ uygun olarak başlangıç iradesine yalnızca tamamlayıcı bir rol atfetmekte, Sözleşme’nin “...yazarlarının kırk yıldan daha uzun bir süre önce ifade ettikleri niyetlerine uygun olarak yorumlanamayacağı...” fikrini benimsemektedir.⁴⁹ Dahası Mahkeme, Sözleşme’nin sosyal hakları içermediği itirazları karşısında ASŞ bünyesindeki gelişmelere atıfla taraf devletlerin sosyal hakları güçlendirme iradesi olduğunu kabul etmektedir:

⁴⁰ Beeler/İsviçre, § 51.

⁴¹ Airey/İrlanda, § 24.

⁴² Stec ve diğerler/Birleşik Krallık, B. No: 65731/01, 65900/01 ve 06/07/2005, § 47.

⁴³ M.S.S./Belçika ve Yunanistan, B. No: 30696/09, 21/01/2011, § 253.

⁴⁴ Feldbrugge/Hollanda, B. No: 8562/79, 29/05/1986, § 26-40; Salesi/İtalya, B. No: 13023/87, 26/02/1993, § 18.

⁴⁵ Bu konuda bkz. Janneke Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, New York: Cambridge University Press, 2019, s. 46 vd.

⁴⁶ David Harris vd., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, 4. Baskı İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 3.

⁴⁷ Council of Europe, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires”*: Volume I, The Hague: Martinus Nijhoff, 1975, s. 218.

⁴⁸ “... Antlaşmanın hazırlık çalışmaları ve akdedildiği koşullar da dahil olmak üzere, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.” (. 32/1-b). İHAM, söz konusu hükme doğrudan atıf yapmaktadır. (Naït-Liman/İsviçre, B. No: 51357/07, 15/03/2018, § 192.).

⁴⁹ Loizidou/Türkiye (ön itirazlar), B. No: 15318/89, 23/03/1995, § 71. Ayrıca bkz. Beeler/İsviçre, § 50-52.

“Ancak Mahkeme, üye devletlerin bu tutumuna, Hükümet tarafından da kabul edildiği üzere, Avrupa Sosyal Şartı mekanizmasını güçlendirme isteğinin eşlik ettiğini gözlemlemektedir. Mahkeme bunu, Sözleşmeciler Devletler arasında ekonomik ve sosyal hakların desteklenmesi konusunda bir uzlaşmanın varlığını destekleyen bir argüman olarak görmektedir. Mahkeme, Sözleşme hükümlerini yorumlarken Sözleşmeciler devletlerin bu genel isteğini dikkate almaktan kaçınmamaktadır.”⁵⁰

Neticede Airey kararında temelleri atılan dolaylı koruma yaklaşımı sonraki yıllarda pek çok sosyoekonomik çıkarın Sözleşme kapsamında serpilmesine yol açmıştır. Söz gelimi sağlık hakkı, fiziksel ve zihinsel bütünlükle ilgili haklar olan; yaşama hakkı,⁵¹ işkence ve kötü muamele yasağı⁵² ve özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı⁵³ kapsamında gündeme gelmiştir. Çalışma hakkı, başta özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı⁵⁴ olmak üzere adil yargılanma hakkı,⁵⁵ ayrımcılık yasağı⁵⁶ gibi Sözleşmesel haklar kapsamında koruma görmüştür. Yine barınma hakkı, çoğunlukla özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı⁵⁷ kapsamında olmak üzere Sözleşme çerçevesinde gündeme gelebilmiştir.

2. Anayasa Kapsamında

Bireysel başvuru usulü ilk defa 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasa’ya dahil edilmiştir. Anayasa’nın 148. maddesi bireysel başvuru hakkını Anayasa ve İHAS’ta yer alan ortak hak ve özgürlüklerle sınırlı tutmuştur.⁵⁸ “Ortak alan” koşulunun sonucu olarak bireysel başvuru hakkı, Sözleşme’de yer alan klasik haklarla sınırlı kalmış, Anayasa’nın 41 vd. maddelerinde yer alan sosyal ve ekonomik haklar

⁵⁰ Demir ve Baykara/Türkiye, B. No: 34503/97, 12/11/2008, § 84.

⁵¹ Nencheva ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 48609/06, 18/06/2013.

⁵² M.S.S./Belçika ve Yunanistan.

⁵³ Jivan/Romanya, B. No: 62250/19, 08/02/2022.

⁵⁴ Denisov/Ukrayna, B. No: 76639/11, 25/09/2018, §§ 115.

⁵⁵ Pişkin/Türkiye, B. No: 33399/18, 25/12/2020.

⁵⁶ Mile Novaković/Hırvatistan, B. No: 73544/14, 17/12/2020.

⁵⁷ Yordanova ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 25446/06, 24/04/2012; Marzari/İtalya, B. No: 36448/97, 04/05/1999.

⁵⁸ “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”.

kapsam dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla sosyal hakların dava edilemezliğine dair yaygın kanı, Anayasa'da öngörülen bireysel başvuru sisteminde de yansıma bulmuştur. Neticede Şirin'in de ifade ettiği üzere sosyal haklar bir kez daha "üvey evlat" muamelesi görmüş ve insan haklarının bölünmezliği ilkesi görmezden gelinmiştir.⁵⁹

Öte yandan çeşitli nedenler, Anayasa'daki ortak alan hükmünün sosyal hakları en azından İHAM'ın koruduğu düzeyde kapsayacak şekilde yorumlanmasını gerektirmektedir. Birincisi, sosyal haklar Sözleşme'de lafzen yer almasa da İHAM etkililik prensibine ve dinamik yorum metoduna dayanarak Anayasa'da yer alan sosyal hakların bazı boyutlarını İHAS'ın çeşitli maddeleri kapsamında korunabilir bulmaktadır. Bu durumda söz konusu sosyal hak ve menfaatler İHAS ile Anayasa'nın kesişim kümesinde kalmaktadır. O hâlde AYM, bireysel başvuru kararlarında bu durumu hesaba katmalı, konu bakımından yetkisini sosyoekonomik alana genişletmelidir. Böyle bir yaklaşım şu temel nedenlerle elzemdir: İlk olarak Sözleşme'nin 32. maddesine göre Sözleşme'yi yorumlama ve onun kapsamını ortaya koyma yetkisi İHAM'dadır. Taraf devlet makamları, taraf olmanın gereklerini Sözleşme'nin lafzına göre değil İHAM'ın yorumlarına göre hayata geçirmelidir. Sözleşme'nin lafzı İkinci Dünya Savaşı döneminin henüz filizlenme aşamasındaki insan hakları anlayışını yansıtır. Daha önce ifade edildiği üzere Mahkeme bu kurucu iradeye yalnızca tamamlayıcı bir rol atfederek Sözleşme'yi bambaşka bir belgeye dönüştürmüştür.⁶⁰ Orijinalist bir yaklaşım sergilemesi durumunda AYM bu dönüşümü ıskalamış olacaktır. Dahası böyle bir yaklaşım bireysel başvuru yolunun ihdas edilme amacı için de elzemdir. Zira bireysel başvuru usulü, İHAM'a giden bireysel başvuruları azaltma ve insan hakları standartlarını yükseltme niyetiyle ihdas edilmiştir.⁶¹ Mahkemenin İHAM'ın

⁵⁹ Tolga Şirin, Bireysel Başvuru (Anayasa Sikâyeti) Usul Hukuku: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 7, 2. Baskı, Ankara: Epamat, 2018, s. 5 vd; Şirin, Armutcuoğlu, s. 11.

⁶⁰ Ed Bates, The Evolution of the European Convention on Human Rights, New York: Oxford University Press, 2010.

⁶¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/656), Dönem: 23, Yasama Yılı: 4, s. 18; Sibel İnceoğlu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 237 vd.

sosyal haklara dair içtihadını gözden kaçırması iki amacı da tehlikeye atacaktır.⁶²

AYM'nin İHAM'ın sosyal haklar içtihadının altında kalmamasını, hatta onu aşmasını gerektiren ikinci neden Sözleşme'nin 53. maddesinde yer alan asgari eşik ilkesidir. Bu ilkenin mealine göre taraf devletler insan hakları alanında oluşturdukları daha yüksek standartları İHAS'ın daha düşük standartlarını gerekçe göstererek daraltamazlar.⁶³ Diğer bir ifadeyle 53. madde, Sözleşme'nin taraf devletler bakımından tavan etkisi oluşturmasını engellemeyi amaçlamaktadır. 2010 Anayasa değişiklikleri Sözleşme'yi, Anayasa'daki sosyal hakları bireysel başvuru sisteminin dışında tutmak için araçsallaştırarak söz konusu ilkeyi ihmal etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, İHAM'ın dolaylı koruma içtihadını takip ederek ve hatta aktivist yorumuyla bu içtihadı aşarak bu sorunlu durumu giderme imkânına sahiptir. Üstelik Mahkemenin İHAM'a kıyasla sahip olduğu bazı farklı dinamikler bu fikri destekleyici niteliktedir. Bir kere İHAM'ın aksine Anayasa Mahkemesi ulusal bir yargı makamıdır ve egemenliği kullanma konusunda doğrudan Anayasa⁶⁴ ile yetkilendirilmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme İHAM'ın aksine egemenlikle ilgili eleştirilerle boğuşmak zorunda değildir. Ayrıca Anayasa, İHAS'ın aksine sosyal devlet ilkesini (m.2), devletin özgülleştirme ödevini (m.5) ve birçok sosyal hakkı (m. 41-65) bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla dayandığı belgenin liberal karakterli ve uluslararası olma nitelikleri nedeniyle diken üstünde faaliyet gösteren İHAM'ın sosyal haklar lehine aktivist davranabildiği yerde AYM'nin insan haklarının bütünselliği ilkesinin ve insan haysiyetinin gerekli kıldığı durumlarda evleviyetle sosyal haklar lehine aktivist davranabilmesi beklenir.

Ne var ki Anayasa Mahkemesi, ortak alan ve dolayısıyla bireysel başvuru hakkının kapsamı konusunda genel olarak ürkek bir yaklaşım sergilemiştir. Mahkeme deyim yerindeyse dayandığı belgenin Anayasa olduğunu unutmuş, konu bakımdan yetkisini mümkün

⁶² Şirin, "Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)", s. 348.

⁶³ Micallef/Malta, B. No: 17056/06, 15/01/2008, § 44-45; Janneke Gerards, "Article 53 ECHR and Minimum Protection by the European Court of Human Rights Janneke", *European Convention on Human Rights Law Review*, 2022, C. 3, ss. 451-80.

⁶⁴ Özellikle bkz. Anayasa m. 6, 9, 138, 153.

olan en dar alanla sınırlı tutmuştur. Bu kapsamda Mahkeme, yalnızca hangi hakların bireysel başvuru konusu olabileceğinde değil, haklar kapsamında korunan menfaatlerin belirlenmesinde de esas itibarıyla İHAS'ta yer alan dar kapsamı esas almıştır.⁶⁵ Bu yaklaşımıyla Mahkeme, Anayasa'ya değil kapsamı daha dar olan Sözleşme'ye uygunluk denetimi yapan bir denetim organı görünümü sunmaktadır.⁶⁶

AYM'nin sosyal haklar özelindeki yaklaşımıysa gelgitli bir seyir içinde olmuştur. Bu konuda Mahkemenin çalışma hakkına dair yaklaşımı örnek gösterilebilir. Başvurucunun çeşitli nedenlerle çalışma sözleşmesinin feshedilmesinden şikâyet ettiği Turan Dal başvurusunda Mahkeme, çalışma yaşamına dair meselelerin klasik haklar kapsamında ileri sürülebilirliğini dahi tartışmadan Anayasa'nın 48 ve 49. maddelerinde yer alan çalışma hak ve özgürlüğünün konu bakımından yetkisi dışında olduğu gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁶⁷ Yine başvurucunun engelli olması nedeniyle çalışma yaşamında çeşitli zorluklar yaşamaktan ve ayrımcılığa uğramaktan yakındığı Muzaffer Akkanat başvurusunda Mahkeme, çalışma hakkının Anayasa'da bireysel başvuru hakkı için belirlenen ortak alanın dışında kaldığını belirtmekle yetinmiştir.⁶⁸ Hâlbuki İHAM, çalışma yaşamının özel hayatla bağlantılı olduğu benzer vakalarda Sözleşme'nin sekizinci maddesini uygulanabilir bulabilmektedir.⁶⁹ Dolayısıyla Mahkeme İHAM içtihadını takip etmiş olsaydı muhtemelen farklı bir sonuca ulaşmış olacaktı. Ne var ki Mahkeme, hâkimin hukuku kendiliğinden uygulayacağına dair *jura novit curia* ilkesini⁷⁰ gözden kaçırarak başvurucunun "çalış-

⁶⁵ Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013; İnceoğlu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s. 249 vd; Tolga Şirin, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Eksekinde Karşılaştırılması, ed. Ece Göztepe, Mustafa Mert Albaz, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, ss. 46, 48.

⁶⁶ İnceoğlu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s. 256.

⁶⁷ Turan Dal, B. No: 2013/5964, 6/1/2016. Benzer yönde bkz. Necmettin Doğru, B. No: 2013/1337, 16/5/2013.

⁶⁸ Muzaffer Akkanat, B. No: 2013/2339, 7/5/2015.

⁶⁹ Denisov/Ukrayna, §§ 115 vd.

⁷⁰ Bu ilkenin dolaylı koruma içtihadı bakımından anlamı için bkz. Şirin, "Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)", ss. 357-59.

ma hakkı" nitelemesiyle bağlı kalmış ve konu bakımından yetkisizlik neticesine ulaşmıştır.

Buna karşılık Mahkeme diğer pek çok kararında çalışma yaşamına dair şikâyetleri özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında görmüştür. Mahkeme bu davalarda "...özel hayata saygı hakkının kişinin çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını içerdiğini, özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına aldığını ve kişilerin mesleki hayatlarının özel hayatlarıyla sıkı bir ilişki içinde olduğunu vurgulamıştır."⁷¹ Mahkeme bu davalarda çalışma hakkıyla özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı arasındaki ilişki bakımından İHAM'a paralel ilkeler oluşturmuştur.⁷²

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin İHAM içtihadını aşmak bir yana, onu taklit ederken dahi bazı çelişkili kararlara imza attığı gözlemlenmiştir. Dolayısıyla Mahkemenin ulusal bir denetim organı olması, yetkisini doğrudan Anayasa'dan alması gibi olumlu dinamikleri sosyal haklar ve insan haklarının bütünselliği ilkesi lehine kullanmadığını ve İHAS'ın 53. maddesinde yer alan asgari eşik ilkesinin gerekliliklerini yerine getiremediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

C. Sosyal Güvenlik Hakkının Bireysel Başvuru Kapsamındaki Haklarla İlişkisi

Sosyal haklar arasında yer alan sosyal güvenlik hakkı, liberal karakteriyle ön plana çıkan İHAS'ın ve Anayasa'daki bireysel başvuru yolu için öngörülen koruma alanının dışında yer almaktadır. Buna karşılık insan haklarının karşılıklı bağımlı ve geçirgen yapısı, sosyal güvenlik hakkının da bireysel başvuru usulü kapsamında yer alan bir dizi klasik hak çerçevesinde koruma görmesini sağlamaktadır.

Her şeyden önce Sözleşme'nin kural olarak hak öznelerine bir sosyal yardım veya güvence talep etme hakkı tanımadığını vurgulamak gerekir. Sosyal güvenlik hakkının dolaylı olarak korunmasındaki genel kural, hak öznelerinin yalnızca taraf devletlerin hâlihazırda tanıdığı sosyal ödenekleri dava konusu edebilmesidir. Dolayısıyla Sözleşme, ESKHS ve ASŞ gibi sosyal haklara özgü belgelerin aksine taraf devlet-

⁷¹ Fatih Özalın ve İbrahim Esinler [GK], B. No: 2019/17374, 29/11/2023, § 30.

⁷² Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020, §§ 84-90.

lere bir sosyal güvenlik sistemi kurmak veya sosyal yardımlarda bulunmak gibi ödevler yüklememektedir. İHAM'a göre Sözleşme, taraf devletlerin "...herhangi bir sosyal güvenlik programı uygulayıp uygulamama veya bu tür bir program kapsamında sağlanacak yardımların türünü veya miktarını seçme özgürlüğüne herhangi bir kısıtlama getirmemektedir."⁷³ Buna karşın önceden prim ödenmesi şartına bağlı olsun ya da olmasın yürürlükteki mevzuatın hâlihazırda ödemeyi vadettiği sosyal yardımlar bağlamına göre çeşitli Sözleşme hükümlerinin korumasından yararlanabilmektedir.⁷⁴

Şimdiye dek bu genel kuralın tek istisnası Sözleşme'nin üçüncü maddesinde yer alan işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında gündeme gelmiştir. Mahkemeye göre sosyal yardımların tamamıyla yetersiz olması, üçüncü madde bakımından sorun doğurma potansiyeline sahiptir. Başvurucunun yaşlılık aylığının yetersizliğinden yakılarak daha fazla sosyal yardım talep ettiği Larioshina kararında Mahkeme "sosyal yardımların tamamen yetersiz olduğuna ilişkin bir şikâyet(in), ilke olarak üçüncü madde kapsamında bir sorun teşkil..."⁷⁵ edebileceğini kabul etmiştir. Buna karşılık Mahkeme somut olaydaki yardım miktarının başvurucunun fiziksel ve zihinsel varlığı üzerinde üçüncü madde kapsamında bir sorun oluşturacak etkiye ulaşmadığı sonucuna varmıştır. Karardaki yaklaşım bir yönüyle sosyal güvenlik hakkı ve hakların bütünselliği ilkesi bakımından önemli bir vaatte bulunmaktadır. Öte yandan Mahkemenin aylık 25 Euro'yu insan haysiyetine uygun bir yaşam için yeterli görmesi, yardımın yeterliliği konusunda herhangi bir kriter belirlememesi ve daha sonraki içtihatlarında bu vaadi hayata geçirecek bir karar vermemesi, kararda sosyal güvenlik hakkı lehine yapılan tespitin değerini azaltmaktadır.

Bu istisnai yaklaşım bir kenara bırakılırsa bir sonraki kısımda detaylıca ele alınacağı üzere hâlihazırda taraf devletlerce tanınan sosyal güvenlik güvenceleri Sözleşme ve Anayasa'daki bireysel başvuru sis-

⁷³ Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık, § 54.

⁷⁴ ibid; Petrovic/Avusturya, B. No: 20458/92, 27/03/1998.; Salesi/İtalya; Gaygusuz/Avusturya, B. No: 17371/90, 16/09/1996.

⁷⁵ Larioshina/Rusya, B. No: 56679/00, 23/04/2002. Benzer bir karar için bkz. Budina/Rusya, B. No: 45603/05, 18/09/2009; Francine van Volsem/Belçika, B. No: 1464/89, 09/05/1990.

teminde esasen adil yargılanma hakkı,⁷⁶ mülkiyet hakkı,⁷⁷ özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı⁷⁸ ve ayrımcılık yasağı⁷⁹ bağlamında gündeme gelmiştir. Sözleşmeyle sosyal güvenlik hakkı arasındaki geçirgenlik ilişkisinin serüveni adil yargılanma hakkıyla başlamıştır. Mahkeme otonom yorum metodunu⁸⁰ uygulayarak iç hukukta çoğunlukla kamu hukukunun bir parçası olarak görülen sosyal ödenekleri adil yargılanma hakkı bağlamında “medeni hak” olarak görmüş ve hak öznelerinin bu kapsamdaki yargulamalarda adil yargılanma hakkının sağladığı usuli güvencelerden faydalanabileceğine karar vermiştir.⁸¹

Daha sonra Mahkeme, adil yargılanma hakkı bağlamındaki bu yaklaşımını mülkiyet hakkına dair kapsam belirlemesine de tatbik etmiştir. Mahkeme, hak öznelerinin bu konuda mevzuattan veya yargısal içtihattan kaynaklı olarak haklı bir beklentiye sahip olduğu durumlarda sosyal ödenekleri mülkiyet hakkı kapsamında görmektedir.⁸² Diğer bir ifadeyle hak öznelerinin ilgili mevzuattaki koşulları yerine getirdiği durumlarda sosyal güvenlik ödemeleri mülkiyet hakkı çerçevesinde ele alınabilmektedir.⁸³ Mahkeme bu sonuca ulaşırken sosyal güvenlik yardımlarını adil yargılanma hakkı kapsamında “medeni hak” gördüğü kararlarına da atıf yapmıştır. Böylece Mahkeme, sistematik yorum yoluna başvurarak sosyal yardımlar bakımından adil yargılanma hakkıyla mülkiyet hakkına dair yorumları arasında paralellik oluşturmuştur.⁸⁴

Sosyal güvenlik hakkının Sözleşme kapsamında sıklıkla gündeme geldiği diğer bir hak, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıdır. Mahkeme ebeveynlik ödeneği gibi taraf devletlerin aile yaşamını desteklemek için öngördüğü sosyal güvenlik ödeneklerinin yanı sıra fark-

⁷⁶ Salesi/İtalya.

⁷⁷ Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık.

⁷⁸ Petrovic/Avusturya.

⁷⁹ Gaygusuz/Avusturya.

⁸⁰ Otonom yorum metodu, Sözleşme’de yer alan kavramların taraf devletlerin iç hukukundaki anlamları temelinde değil, Sözleşme bağlamında özerk bir anlama sahip olacak şekilde yorumlanmasıdır. (Gerards, General Principles of the European Convention on Human Rights, ss 67 vd.

⁸¹ Feldbrugge/Hollanda, §§ 26-40; Salesi/İtalya, §§ 18 vd.

⁸² Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık.

⁸³ ibid, § 54.

⁸⁴ Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık, § 48.

lı bir amaç güden ancak bağlamsal olarak özel yaşamı ve aile yaşamını ilgilendiren ödeneklere ilişkin davalarda sekizinci maddeyi uygulanabilir bulmaktadır. Zira Mahkemeye göre taraf devletlerce sunulan bu tür yardımların kime ödendiği ve ödenme biçimi aile hayatını etkileyebilmektedir. Ayrıca taraf devletler bu tür ödeneklerle aile hayatına saygı duyduğunu göstermektedir. Bu nedenle hâlihazırda sunulması vad edilen sosyal güvenlik ödemelerine dair kısıtlama ve ayrımcı uygulamalar sekizinci maddenin ve sekizinci maddeyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının kapsamına girmektedir.⁸⁵

Neticede lafzen Sözleşme'de ve Anayasa'nın belirlediği bireysel başvuru alanında yer almayan sosyal güvenlik hakkı, Mahkemenin haklar arası geçirgenliğe dayalı evrimci yorumuyla içinde yer aldığı bağlama göre Sözleşme'deki pek çok hakla ve bu haklarla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağıyla birlikte dava konusu olabilmektedir:

III. SOSYAL GÜVENLİK HAKKININ KORUNMASINI SAĞLAYAN KLASİK HAKLAR

Sosyal güvenlik hakkı İHAM ve AYM'nin ortaya koyduğu içtihadi birikimde, Sözleşme'de ve Anayasa'nın bireysel hakkının kapsamı için belirlediği ortak alanda kalan pek çok medeni ve siyasi hakla ilişkili olarak gündeme gelmiştir. Ancak bu örtüşmeyi konu edinen davaların oldukça büyük bir bölümü, adil yargılanma hakkı, mülkiyet hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı ve ayrımcılık yasağı bağlamında gündeme gelmektedir. Çalışmanın mevcut üçüncü kısmında bu içtihadi birikim, anılan haklara dair ayrı başlıklar altında, önce İHAM'ın daha sonra AYM'nin birikimi olmak üzere ele alınacaktır.

A. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, İHAS'ın altıncı ve -hak arama özgürlüğü kenar başlığıyla- Anayasa'nın 36. maddesinde yer almaktadır. Hakkın temel fonksiyonu, yargılamaların hukuk devletinin gerektirdiği usul kurallarına⁸⁶ uygun bir biçimde ilerlemesini güvence altına almak ve

⁸⁵ Petrovic/Avusturya, §§ 27-29.

⁸⁶ Usuli güvencelerin bir kısmı doğrudan altıncı maddenin lafzında yer alırken diğer kısmını Mahkeme bu hükümden çıkarsamıştır.

böylece adil bir karara varılmasını sağlamaktır.⁸⁷ Bir başka perspektiften bakıldığında bu hak, diğer insan haklarının ve menfaatlerinin etkili bir yargı sistemi aracılığıyla korunmasını sağlamaktadır. Adil yargılanma hakkının sosyal güvenlik hakkıyla olan ilişkisi bu çerçevede ortaya çıkmaktadır. Öte yandan hakkın Sözleşme'deki kapsamı yalnızca medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklar ve suç isnadıyla sınırlı tutulmuştur.⁸⁸ Dahası Anayasa Mahkemesi de Anayasa'da böyle bir kapsam sınırı olmamasına rağmen ortak alan konusundaki daraltıcı tutumuyla adil yargılanma hakkını benzer bir çerçevede kavramaktadır.⁸⁹ Bu durumun bir sonucu olarak -suç isnadının ceza yargulamalarıyla ilgili olduğu da hesaba katıldığında- sosyal haklarla ilgili şikâyetlerin adil yargılanma hakkı çerçevesinde ileri sürülebilmesi, medeni hak ve yükümlülükler kapsamında görülmesine bağlıdır.

İHAM, altıncı maddede yer alan “medeni hak ve yükümlülük” kavramını taraf devletlerin iç hukukta benimsediği tanımlama ve kategorizasyondan farklı şekilde, otonom bir biçimde yorumlamaktadır. Bu kapsamda ilk defa Feldbrugge/Hollanda kararında sosyal yardımları adil yargılanma hakkı kapsamında medeni hak ve yükümlülük olarak görmüştür. Söz konusu davada başvuru, hastalık ödeneğinin kesilmesiyle ilgili yargulamaların adil olmadığından yakınmıştır. Mahkeme altıncı maddenin kapsamıyla ilgili değerlendirmelerinde meselenin kamu hukukuna bakan yönüyle özel hukuka bakan yönü arasında bir tartım gerçekleştirmiş ve ikincisinin baskın olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre söz konusu sağlık sigortası; primlerin toplanması, risklerin hesaplanması, yardımların ödenmesi, iş sözleşmesiyle olan bağlantısı gibi yönleriyle geleneksel olarak özel hukuk kapsamında kalan sigorta biçimleriyle benzeşmektedir.⁹⁰ Kapsam belirlemesinin ardından yaptığı esas incelemesindeyse iç hukuktaki yargılama sürecinde başvuruçunun yeterince dinlenilmemiş olmasını,

⁸⁷ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4, Ankara: MRK Yayıncılık, 2018, s. 1.

⁸⁸ İHAS m.6: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar 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.” (Vurgu eklenmiştir).

⁸⁹ Onurhan Solmaz.

⁹⁰ Feldbrugge/Hollanda, §§ 26-40.

bazı delillere ulaşamamış olmasını ve kararı üst yargı merciine taşıyamamış olmasını dikkate alarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁹¹

Prime dayanan sosyal yardımları konu edinen söz konusu karardan sonra Mahkeme Salesi/İtalya kararında devletin kamu yardımı biçiminde sunduğu ve hak öznelerinin katkısına dayanmayan sosyal ödenekleri de medeni hak kapsamında görmüştür.⁹² Söz konusu kararda Mahkeme, sosyal güvenlik sistemlerinin çeşitliliğine değindikten sonra bunların hak sahipleri üzerinde doğurduğu sonuç bakımından oldukça benzer olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle Mahkeme dinamik bir yorumla⁹³ ve muamele eşitliği ilkesine dayanarak artık katkıya dayanmayan ödenekleri de katkıya dayanan ödenekler gibi altıncı madde bağlamında “medeni hak” olarak değerlendirmeye karar vermiştir.⁹⁴ Ayrıca Mahkemeye göre dava konusu malûliyet ödeneği, bireysel ve ekonomik bir menfaat olması ve hak öznesinin geçim kaynakları üzerindeki yoğun etkisi nedeniyle medeni haklarla benzeşmektedir.⁹⁵ Esasa dair incelemedeyse Mahkeme, ödeneğin başvuru bakımından önemini, davanın karmaşık olmamasını ve başvuruçunun davanın uzaması üzerinde etkili olmamasını dikkate alarak altı yıllık bir yargılama süresinin makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.⁹⁶

Sözü edilen iki kararın ardından Mahkeme birçok kararda katkıya dayansın veya dayanmasın farklı sosyal güvenlik ödeme türlerini altıncı maddenin sağladığı çeşitli güvenceler kapsamında ele almıştır. Söz gelimi Mahkeme ölüm aylığı talebinin dava sürerken çıkarılan bir yasa nedeniyle reddedilmesini silahların eşitliği ilkesi,⁹⁷ maluliyet aylığıyla

⁹¹ ibid, §§ 44-46.

⁹² Salesi/İtalya, §§ 18 vd.

⁹³ Sözleşme düzeni bakımından oldukça önemli bir yorumlama aracı olan dinamik yorum metodu, normların zamanın yarattığı dönüşüme paralel olarak yorumlanmasını sağlayarak Sözleşme'nin çağın koşullarına uyarlanması işlevi görür. (Gerards, General Principles of the European Convention on Human Rights, s. 51; Harris vd., ss. 7-8; Bates,.)

⁹⁴ Salesi/İtalya, § 19.

⁹⁵ ibid.

⁹⁶ ibid, §§ 20-25.

⁹⁷ D'Amico/İtalya, B. No: 46586/14, 17/02/2022. Yasamanın sürmekte olan bir yargılamaya etkisiyle silahların eşitliği ilkesi arasındaki ilişki için bkz. İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4, ss. 125-26.

ilgili iç hukuk yargılamasında bilirkişinin davaya müdahil olan kamu kurumunca atanmasını mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı,⁹⁸ konut ödeneği talebinin başvuruçunun iddialarını yeterince dikkate almayan bir yargılama sonucunda reddedilmesini gerekçeli karar hakkı⁹⁹ kapsamında ele almıştır.

Daha önce de ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru hakkının kapsamı konusunda benimsediği daraltıcı yaklaşımdan nasiplenen (!) hakların başında adil yargılanma hakkı gelir. Öte yandan Mahkeme, İHAM'a koştur bir yaklaşımla "medeni hak ve yükümlülük" ifadesini sosyoekonomik alana genişletme eğilimi göstermektedir¹⁰⁰. Üstelik Mahkeme sosyal güvenlik hakkına ilişkin şikâyetleri "medeni hak ve yükümlülük" olarak görme konusunda İHAM'a nazaran daha net bir yaklaşım sergilemiştir. Nitekim Zekiye Şanlı başvurusunda Mahkeme şunları belirtmiştir:

"Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin olan somut uyuşmazlığın, özel kişiler arasında veya özel kişiler ile devlet arasındaki hak ve yükümlülüklerle ilişkin olması ve Sözleşme'nin 6. maddesinde ifade edilen 'medeni hak ve yükümlülükler' kavramı içerisinde yer alması itibarıyla Anayasa ve Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkının koruma alanı kapsamında yer aldığı konusunda tereddüt yoktur."¹⁰¹

Bir kısmı alıntılanan bu davada başvuruçusu, daha düşük prim ödeyenlerle aynı emekli maaşını almaktan yakındığı yargılama sürecinde çıkarılan bir kanunun kendi lehine olan bir Yargıtay içtihadını anlamsız kılmasından şikâyet etmiştir. Değerlendirmelerinde İHAM'a paralel bir yaklaşım sergileyen AYM, silahların eşitliği ilkesi bağlamındaki bu müdahalenin sosyal güvenlik sistemini mali bakımdan istikrara kavuşturma amacını meşru görmüşse de bu amacın sürmekte olan davayı öngörülemez bir biçimde başvuruçusu aleyhine sonuçlandırarak başvuruçusuya katlanılması güç bir külfet yüklenmesini ölçülü kılmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁰²

⁹⁸ Hamzagic/Hırvatistan, B. No: 68437/13, 09/12/2021.

⁹⁹ Tsfayo/Birleşik Krallık, B. No: 60860/00, 14/11/2006, § 40.

¹⁰⁰ Nesrin Kılıç, B. No: 2013/772, 7/11/2013, §§ 82-83; Şuayip Şen, B. No: 2014/4859, 14/9/2017, §§ 46-49.

¹⁰¹ Zekiye Şanlı, B. No: 2012/931, 26/6/2014, § 47.

¹⁰² ibid § 87. Benzer yönde bkz. Yasemin Mutlu, B. No: 2013/1426, 25/3/2014, §§ 85-85; Veysel Akdoğan, B. No: 2018/34556, 29/12/2021, §§ 29-31.

Erken tarihli bu karardan sonra Mahkeme tıpkı İHAM gibi sosyal güvenlik hakkına dair meseleleri adil yargılanma hakkının çeşitli boyutları kapsamında ele alma fırsatı bulmuştur. Bu çerçevede yaşlılık aylığının artış oranıyla ilgili davanın yedi yıl sürmesi, makul sürede yargılanma hakkı,¹⁰³ maluliyet maaşının olması gerekenden oldukça geç bir tarihte bağlandığı bir yargılanmada gecikmenin nedenlerinin yeterince incelenmemesi, gerekçeli karar hakkı,¹⁰⁴ emekliliğe esas çalışma süresiyle ilgili başvuru lehine sonuçlanan davanın uygulanmaması, mahkemeye erişim hakkı¹⁰⁵ ve Yargıtay dairelerinin sigorta primine esas kazanç miktarının tespiti konusunda başvurucular aleyhine farklı sonuçlara ulaşıyor olması hukuki belirlilik ilkesiyle bağlantılı olarak¹⁰⁶ adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınmıştır.

Neticede gerek İHAM gerekse AYM başvurucuların sosyal güvenlik sistemleri çerçevesindeki hak iddialarını, meselenin özel hukuka bakan yönüne ağırlık vererek medeni hak ve yükümlülükler ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı kapsamında görme eğiliminde olmuştur. Bu kapsamda sosyal güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkının pek çok alt güvencesi kapsamında gündeme gelmiştir. Üstelik söz konusu usulü güvenceler doğurdukları sonuçlar itibarıyla yargılamanın yeniden görülmesini ve sosyal güvenlik hakkı lehine sonuçlanmasını sağlayabilmektedir. Diğer bir ifadeyle adil yargılanma hakkı her ne kadar esasen usul güvenceler vadetse de söz konusun güvencelerin doğurduğu bağlamsal ve çok yönlü sonuçlar sosyal güvenlik hakkının maddi yönüne de katkı sunabilmektedir. Ayrıca Mahkemeler esas incelemesinde zaman zaman meselenin sosyoekonomik boyutuna önem atfedebilmektedir. Örneğin makul sürede yargılanma hakkını ilgilendiren kimi davalarda yargılama konusu ödeneğin başvuru konusunun sosyoekonomik koşulları kapsamındaki önemi etkili olabilmektedir.¹⁰⁷

¹⁰³ Veysel Akdoğan, §§ 32-37.

¹⁰⁴ Nurten Esen, B. No: 2013/7970, 10/6/2015.

¹⁰⁵ Mehmet Hocaoğlu, B. No: 2013/3207, 15/10/2015, § 72-74.

¹⁰⁶ Ahmet Gül ve diğerleri, B. No: 2014/1182, 22/9/2016.

¹⁰⁷ Örneğin bkz. Salesi/İtalya, § 25. Zira sürenin makullüğünde hesaba katılan etkenlerden biri de başvuru konusunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliğidir. (Veysel Akdoğan, § 35.)

B. Mülkiyet Hakkı

İnsan hakları, öznelerinin fiziksel ve zihinsel bütünlük, hareket serbestisi, özerklik, mahremiyet, aile yaşamı gibi çeşitli menfaatlerini korumaktadır. İHAS'a Ek 1 No.lu Protokol'ün birinci, Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkıysa esasen ekonomik menfaatlere korumaktadır. Ancak söz konusu hükümler kural olarak her türlü ekonomik değeri değil var olan mülkiyeti veya en azından meşru beklenti düzeyine ulaşmış ekonomik menfaatleri konu edinir.¹⁰⁸ Mülkiyet kavramı iç hukukta yer alan tanımlamalardan bağımsız bir anlam ifade etmekte ve böylece taşınır ve taşınmaz birçok klasik malvarlığının yanında, lisans, hisse, patent gibi modern çağın doğurduğu pek çok ekonomik değeri kapsamaktadır.¹⁰⁹

Klasik yaklaşıma göre sosyal haklarla mülkiyet hakkı arasında esasen bir zıtlık ilişkisi vardır. Zira sosyal hakların finansman yöntemi çoğu zaman mülkiyet hakkına müdahale oluşturur ve sosyal adalet idealiyle onun yansıması olan sosyal haklar esasen var olan toplam mülkiyetin adil bir şekilde dağıtılmasıyla yakından ilgilidir.¹¹⁰ Buna karşılık haklar arası geçirgenlik ilişkisinin karmaşık doğası paradoksal bir biçimde sosyal hakları mülkiyet hakkı kapsamında korunabilir hâle getirmektedir. Nitekim İHAM ve Anayasa Mahkemesi diğer bazı sosyal hakların yanı sıra sosyal güvenlik hakkını mülkiyet hakkı kapsamında dolaylı olarak korunabilir bulmaktadır. Zira sosyal güvenlik hakkının öznelerine vadettiği ödenekler, mülkiyet hakkının temel ölçütü olan ekonomik değer varlığı koşulunu sağlayabilmektedir. Böylece hak öznelerinin sosyal güvenlik pozisyonundan kaynaklanan aylık, gelir ve ödenek gibi maddi menfaatleri, mülkiyet hakkı kapsamında bireysel başvurunun konusu olabilmektedir.¹¹¹

¹⁰⁸ Pieter van Dijk vd., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, s. 685 vd.

¹⁰⁹ Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, Clarev Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 7. Baskı Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 547-48.

¹¹⁰ Jack Donnelly, *Universal Human Rights In Theory and Practice*, 3. Baskı, New York: Cornell University Press, 2013, s. 44.

¹¹¹ H. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6*, Ankara: MRK Yayıncılık, 2018, ss. 42, 85 vd; M. Gözde Atasayan, *Sosyal Hakların Yargısallaştırılması*, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2023, ss. 51-52; Yolcu, ss. 370-374.

İHAM'ın sosyal güvenlik hakkı kapsamındaki köşe taşı niteliğindeki kararlarından birisi, Gaygusuz/Avusturya başvurusu sonucunda verilmiştir. Söz konusu davada Mahkeme, gerekli diğer koşulları yerine getiren başvurusunun vatandaşlık statüsü nedeniyle katkıya dayalı emekli maaşından işsizlik avansı alamamasını mülkiyet hakkı bağlamında görmüş ve taraf devletin böyle bir ayrımı haklı çıkaracak gerekçeler sunamadığı sonucuna ulaşmıştır.¹¹² Böylece hiç kimsenin keyfi olarak mülkünden mahrum edilmemesi için ortaya çıkan mülkiyet hakkı, henüz bir malvarlığı olmayan hak öznelerinin talep edebileceği sosyal yardımlar bakımından uygulanabilir görülmüştür.¹¹³

Öte yandan daha önce de temas edildiği üzere Sözleşme, taraf devletlere herhangi bir sosyal güvenlik sistemi kurma ve belirli hak öznelerini ve gruplarını sosyal güvence sistemine dahil etme ödevi yüklenmez. Sosyal güvenlik hakkının mülkiyet hakkı kapsamında gündeme gelebilmesi, hâlihazırda bir sosyal güvenlik sisteminin kurulmuş olmasına ve başvuruçuların ödenek için gerekli şartları taşımasına, yani en azından ödeneğe hak kazanma konusunda haklı bir beklentisinin var olmasına bağlıdır.¹¹⁴ Bir başka ifadeyle Mahkemenin bu kapsamdaki rolü, iç hukukta hâlihazırda tanınmış ve başvuruçular tarafından hak edilmiş sosyal güvencelere yapılan müdahalelerin meşruiyetini, ölçülülüğünü ve ayrımcılık yasağına uygunluğunu denetlemekle sınırlıdır.¹¹⁵

¹¹² Gaygusuz/Avusturya, §§ 41, 50. Kararın detaylı incelemesi için bkz. Warbrick, ss. 248-49.

¹¹³ Marc Bossuty, "Should the Strasbourg Court Exercise More Self-Restraint? On the Extension of the Jurisdiction of the European Court of Human Rights to Social Security Regulations", *Human Rights Law Journal*, 2007, C. 28, s. 327.

¹¹⁴ "...bir Sözleşmeci devletin, önceden prim ödenmesi şartına bağlı olsun ya da olmasın, yürürlükte sosyal yardımın hak olarak ödenmesini öngören bir mevzuatı varsa, bu mevzuatın, gerekliliklerini yerine getiren kişiler için 1 No.lu Protokolün 1. maddesi kapsamına giren bir mülkiyet menfaati oluşturduğu kabul edilmelidir." (Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık, § 54. (vurgu eklenmiştir)). "Mevcut davada, başvuranın iyi niyetle yaptığı emeklilik başvurusuna ekli dosyanın olumlu değerlendirilmesi ve Sosyal Güvenlik Kurulu'nun bu hakkı tanımasıyla bir mülkiyet hakkı doğmuştur." (Moskal/Polonya, B. No: 10373/05, 15/09/2009, § 68.).

¹¹⁵ Šaltinytė/Litvanya, B. No: 32934/19, 26/10/2021, §§ 57 vd; Maija Dahlberg, "Should Social Rights Be Included in Interpretations of the Convention by the European Court of Human Rights?", *European Journal of Social Security*, 2014, C. 16, S. 3, s. 264.

Prime dayalı sosyal güvenlik ödemeleriyle bağlantılı olan Gaygusuz kararının ardından Mahkeme, Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık kararında dinamik ve otonom bir yorumla adil yargılanma hakkı kapsamındaki medeni hak ve yükümlülükler dair yaklaşımına paralel bir tutumla önceki tavrını değiştirerek prime dayanmayan sosyal güvenlik ödemelerini de mülkiyet hakkı kapsamında görmeye başlamıştır¹¹⁶.

Stec kararından sonra Mahkemenin sosyal güvenlik hakkı kapsamındaki içtihadı gelişmiş ve daha önce mülkiyet hakkıyla ilişkilendirilmesi pek mümkün olmayan pek çok mesele bu kapsamda görülmüştür.¹¹⁷ Söz gelişi Sovyet rejimi sonrasında vatansız kalan hak öznelerinin Sovyet Rusya dönemindeki çalışmalarının katkıya dayanmayan emekli maaşı için esas alınmaması,¹¹⁸ mahkûm olarak çalıştırılanların emeklilik sisteminin dışında kalması,¹¹⁹ sosyal yardımların hak kazanma tarihinden sonra getirilen yeni kriterler sebebiyle¹²⁰ sonlandırılması veya ölçsüz bir biçimde azaltılması,¹²¹ kıdem tazminatından yüksek oranlarda vergi alınması¹²² gibi karmaşık sosyoekonomik meseleler mülkiyet hakkı kapsamında görülebilmektedir. Üstelik Mahkeme bu kararların önemli bir kısmında, başvurucunun sosyoekonomik koşullarına ölçülülük testi bakımından önem atfetmektedir.¹²³

Öte yandan sosyoekonomik politikalarla ilgili olan bu davalarda Mahkeme, kamu kaynaklarının mali bakımdan sınırlılığını dikkate alarak taraf devletlere geniş bir takdir alanı tanıma eğiliminde olmuştur. Söz gelimi yasal zeminin kamu yararı lehine değiştirilmesinin bir sonucu olarak sosyal güvenlik ödemelerinin ölçülü bir biçimde azal-

¹¹⁶ Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık, §§ 49-50.

¹¹⁷ Ingrid Leijten, "From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2013, C. 13, S. 2, s. 321 vd.

¹¹⁸ Andrejeva/Latvia, B. No: 55707/00, 11/07/2006.

¹¹⁹ Stummer/Avusturya, B. No: 37452/02, 11/10/2007.

¹²⁰ Buna karşın hak öznelerinin kendi iradeleriyle yasal koşulları yerine getirmediği veya getirmeyi bıraktığı durumlarda mülkiyet hakkının varlığından söz edilemez. (P.C./İrlanda, B. No: 26922/19, 01/09/2022, §§ 46-47.).

¹²¹ Bkz. Bélané Nagy/Macaristan, B. No: 53080/13, 10/02/2015, §§ 80 vd.

¹²² N.K.M./Macaristan, B. No: 66529/11, 14/05/2013.

¹²³ Söz gelimi kıdem tazminatından yüksek oranda vergi alınmasıyla ilgili bir ihlal kararında başvurucunun işsiz olduğu zorlu bir dönemden geçmesine önem atfetmiştir. (N.K.M./Macaristan, § 70.).

tılması çoğunlukla yetkili makamların takdir alanında görülmüştür¹²⁴. Özellikle de ekonomik kriz dönemlerinde mali durumu onarmak için uygulanan kemer sıkma tedbirleri kapsamında gerçekleştirilen ölçülü kesintiler konusunda taraf devletler oldukça geniş bir takdir alanından yararlanmaktadır. Bu kapsamda gerçekleştirilen ücret, sosyal yardım, ikramiye ve emeklilik maaşlarının azaltılması gibi tedbirler Mahkeme tarafından meşru ve ölçülü bulunmuştur.¹²⁵

Buna karşılık sosyoekonomik konulardaki geniş takdir marjı, Mahkemenin denetim yetkisinden feragat ettiği anlamına gelmemektedir. Mahkeme birçok davada taraf devletin sosyal güvenlik alanında kendisine tanınan marjı aştığı sonucuna varmıştır. Özellikle de geçiş dönemi dahi belirlemeden öngörülemez yasal değişikliklerle ya da uygulamalarla sosyal güvenlik ödemelerinin orantısız bir biçimde azaltılması, kesilmesi, iadesinin istenmesi gibi hak öznelere aşırı külfet yükleyen ve muhataplarının sosyoekonomik koşullarını görmezden gelen müdahaleler ihlalle sonuçlanabilmektedir.¹²⁶ Söz gelimi Mahkeme, ölüm aylığı konusundaki yeni düzenlemenin başvurusunun hakkını anlamsız kılacak şekilde ani ve öngörülemez bir biçimde yürürlüğe girmesini,¹²⁷ başvurusunun engellik aylığının orantısız ve öngörülemez bir biçimde tamamen kesilmesini,¹²⁸ hatalı olarak ödenen işsizlik ödeneklerinin başvurusunun içinde bulunduğu zorlu sosyoekonomik koşullar dikkate alınmadan, iyi yönetim ilkesine aykırı bir biçimde, yasal faiziyle birlikte ve yüksek tutarlı

¹²⁴ Žegarac/Sırbistan, B. No: 54805/15 ve diğerleri, 17/01/2023, §§ 82 vd. ESKHK de sosyal güvenlik ödeneklerinin azaltılması konusunda benzer bir yaklaşım sergilenmektedir. Miguel Angel Lopez Rodriguez/İspanya kararında Komite başvurusunun almakta olduğu ödeneğinin cezaevinde aldığı bakım ölçüsünde azaltılmasını kendisi ve ailesinin geçim olanakları üzerinde ciddi bir etkisi olmaması gereğiyle Sözleşme'ye uygun bulmuştur. Bkz. CESCR, Miguel Angel Lopez Rodri/Spain, Appl. No. 1/2013, 4/3/2016. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Şirin, Armutcuoğlu, ss. 59-87.

¹²⁵ Jernej L. Černič, "The European Court of Human Rights, Rule of Law and Socio-Economic Rights in Times of Crises", *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, C. 8, S. 2, ss. 239-40; Fedulov/Rusya, B. No: 53068/08, 08/10/2019, § 77; Žegarac/Sırbistan.

¹²⁶ Atasayan, s. 55.

¹²⁷ Valverde Digon/İspanya, B. No: 22386/19, 26/01/2023.

¹²⁸ Bélané Nagy/Macaristan.

taksitler hâlinde geri talep edilmesini¹²⁹ ve mevzuatta vadedilen sosyal yardımların kaynak yetersizliği bahane edilerek hukuki güvenlik ilkesine aykırı bir biçimde ödenmemesini¹³⁰ Sözleşme'ye aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre her ne kadar kamu yararı taraf devletlerin sınırlı kamu kaynaklarının paylaşılması konusunda hassas davranmasını gerektiriyorsa da yetkili makamlar, özellikle de sosyal yardımlar gibi bireyin geçimi bakımından oldukça önemli olan konularda ve kendi hatalarından kaynaklı sorunlarda titizlikle davranmalı ve ölçülü kararlar almalıdır.¹³¹

Tıpkı İHAM gibi Anayasa Mahkemesi de ilk davalardan itibaren -bazı istisnai çelişkili kararlara rağmen¹³²- sosyal güvenlik hakkıyla mülkiyet hakkı arasındaki ilişkiyi yukarıda temas edilen Stec ve diğerleri kararına da atıf yaparak¹³³ içtihadına yansıtılmaktadır. Ayrıca Mahkeme yine İHAM'a paralel bir yaklaşımla devlete herhangi bir sosyal güvenlik sistemi oluşturma, belirli türde ve miktarda sosyal yardım sunma gibi ödevler yüklememekte, hâlihazırda vadedilen sosyal güvenlik güvenceleri kapsamında değerlendirme yapmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 35. maddesi öznelerine herhangi bir yardım ve aylık talep etme hakkı tanımamaktadır. Ancak hak öznelerinin bu yöndeki taleplerinin kanuni düzenleme ve tutarlı yargı içtihatlarına dayanması durumunda meşru beklenti oluşmakta ve mülkiyet hakkı uygulanabilir hâle gelmektedir.¹³⁴ Bunun için başvuruçuların mevzuatta veya içtihadta belirlenen koşulları taşınması gerekir. Mevzuatta aranan şartların sağlanmaması durumunda Mahkeme mülkiyet hakkının uygulanmasını sağlayacak bir meşru beklentinin oluşmadığı sonucuna varmaktadır.¹³⁵ Söz gelimi Mahkeme, boşandıktan sonra eşyle birlikte yaşamaya devam eden bir kadının ölüm aylığına dair taleplerinin yasa ve bu konudaki içtihatla uyumsuz olduğu gerekçesiyle meşru beklenti oluşturmadığına karar vermiştir. Zira ebeveynleri ölen bekar kadınları destekleyen bu aylığın kötüye kullanımını engellemeyi amaçlayan

¹²⁹ Čakarević/Hırvatistan, B. No: 48921, 26/04/2018, §§ 77-91.

¹³⁰ Fedulov/Rusya, §§ 70-81

¹³¹ Moskal/Polonya, §§ 67-76.

¹³² Atasayan, ss. 479-80; Yolcu, s. 361;

¹³³ Ramazan İpek, B. No: 2012/1105, 17/7/2014, § 17.

¹³⁴ Zekiye Şanlı, § 38;

¹³⁵ Ramazan İpek, §§ 25 vd.

mevzuat, boşandıktan sonra eşiyle yaşamaya devam eden kadınların bu sosyal güvenceden yararlanamayacağını açıkça düzenlemektedir.¹³⁶

Anayasa Mahkemesi, daha önce açıklanan farklı dinamiklere (ulusal ve sosyal haklar ile sosyal devlet ilkesini içeren bir anayasayla yetkilendirilmiş bir mahkeme olma) rağmen esasa dair incelemesinde de İHAM'ı taklit ederek kamusal makamlara geniş bir takdir alanı tanımaktadır. Mahkemeye göre: "Sosyal güvenlik, devlet tarafından üstlenilen önemli bir sorumluluk olup, bu sorumluluğun gereklerinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi için birtakım düzenlemeler yapılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla devletin sosyal güvenlik alanına ilişkin takdir yetkisi geniştir."¹³⁷

Üstelik Mahkeme Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" kısmındaki ilgili hükümleri paradoksal bir biçimde kamusal makamlara bıraktığı geniş takdir marjını haklılaştırmak için kullanabilmektedir. Bu kapsamda Mahkeme bazı kararlarında sosyal güvenlik hakkını kısıtlayan şikâyet konusu tedbirlerin aslında devletin sosyal güvenlik hakkını sınırlı mali imkânları doğrultusunda hayata geçirme çabalarının bir ürünü olduğunu vurgulamıştır.¹³⁸ Yine Mahkeme Anayasa'nın "Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları" kenar başlıklı 65. maddesini de yetkili makamlara bırakılmış bir açık çek olarak görmüş, bu konuda etkili bir denetim yapma iradesi göstermemiştir¹³⁹. Hükümün gerekçesine de atıf yapan Mahkeme, "... sosyal ve ekonomik hakların kişilere bir "talep hakkı" vermekten ziyade, devlete mali gücüyle sınırlı bir "ödev" yüklediğini..."¹⁴⁰ kabul etmektedir. Dolayısıyla bu makaledeki önerilerin aksine Mahkemenin Anayasa'nın İHAS'tan farklı olan sosyal dinamiklerini ve Anayasa'nın bütünselliği ilkesini dolaylı koruma metodu aleyhine görmezden geldiği ve sosyoekonomik konularda ulusal bir mahkemeye yaraşır ve -İHAM'a kıyasla- daha etkili bir denetim yapma niyetinin olmadığı anlaşılmaktadır.

¹³⁶ Emel Kavas, B. No: 2013/8032, 9/9/2015, § 38.

¹³⁷ Zekiye Şanlı, § 58.

¹³⁸ Hamza Buğdaci, § 63; Arif Sarıgül, B. No: 2013/8324, 23/2/2016, § 51.

¹³⁹ Yolcu'ya göre Mahkeme'nin 65. maddeye ilişkin yaklaşımı, insan haklarının bütünselliği ilkesi ve sosyal hakların "anayasal hak" olma niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Bkz. Yolcu, ss. 306 vd.

¹⁴⁰ Kuddis Büyükkallı, § 59. Ayrıca bkz. İsmail Hakkı Bulunmaz, §§ 66-67.

Mahkeme geniş takdir marjı yaklaşımını pek çok kararında tatbik etmiştir. Bunlar arasında yer alan ve başvurunun emekli olduktan sonra çalışmaya devam ettiği için maaşından sosyal güvenlik primi alınmasından yakındığı Hamza Buğdacı davasında Mahkeme, yetkili makamların sosyal güvenlik ödenekleri ve çalışma yaşamını düzenleme konusundaki geniş takdir alanına atıfla ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁴¹ Benzer bir biçimde başvurunun emekli maaşında beklenen zammın yapılmamasından yakındığı Zekiye Şanlı davasında, buna neden olan düzenlemenin emekli maaşını belirli bir asgari standardın altına düşürmediğini ve bu müdahalenin sosyal güvenlik sisteminin mali istikrarını koruma kamu yararı karşısında ölçülü olduğunu vurgulayarak benzer bir sonuca ulaşmıştır.¹⁴²

Buna karşılık Mahkeme, başta yersiz sosyal güvenlik ödemelerine dair davalar olmak üzere diğer pek çok kararında geniş takdir marjına rağmen ihlal sonucuna ulaşabilmiştir. Mahkeme hata sonucu yapılan ödemelerin iadesinde iyi yönetim ilkesine de atıf yaparak esas kusur kamu makamlarında olmasına rağmen başvurucuya ağır bir külfet yüklenerek meblağın faiziyle birlikte¹⁴³ ve/veya başvurunun ödemesini güçleştirecek şekilde; tek seferde ve kısa sürede¹⁴⁴ geri istenmesi gibi müdahalelerin ölçüsüz olduğuna karar vermektedir. Mahkemenin bu konudaki genel yaklaşımına göre yersiz ödemeler tamamen idarenin kusurundan kaynaklansa bile geri alınabilmelidir. Buna karşın yersiz ödemelerin iadesine ilişkin davalarda; idarenin kusur derecesi ve kendi hataları karşısındaki tutumu, meblağın miktarı, iade edilme yöntemi ve süresi, faiz uygulanıp uygulanmadığı gibi kriterler kapsamındaki değerlendirme belirleyici olmaktadır.¹⁴⁵ Mahkemenin konuya dair yaklaşımı, hak öznelerinin sosyoekonomik koşullarına manalı bir rol yüklememesi dışında İHAM'inkine oldukça benzerdir.

¹⁴¹ Hamza Buğdacı, B. No: 2013/1858, 3/2/2016, § 57-66.

¹⁴² Zekiye Şanlı, §§ 49-62. Benzer yönde bkz. Yasemin Mutlu, § 49 vd; Veysel Akdoğan, §§ 23-25.

¹⁴³ Tefvik Baltacı, B. No: 2013/8074, 9/3/2016, §§ 79-80. Benzer yönde bkz. Uğur Ziyaretli, B. No: 2014/5724, 15/2/2017; Kuddis Büyükkallı; Kemal Özcan, B. No: 2017/18560, 12/2/2020.

¹⁴⁴ Fatma Ülker Akkaya, B. No: 2014/18979, 22/2/2018.

¹⁴⁵ Bülent Sinan Kaya, B. No: 2016/1854, 28/5/2019, § 54.

Mahkeme yersiz ödemeler dışındaki diğer bazı konularda da kamu makamlarının kendilerine bırakılan takdir alanını aştığına karar vermiştir. Diğer pek çok karar arasında iyi yönetim ilkesi bağlamında ele alınan Tefik Baltacı kararında Mahkeme idarenin kusurundan kaynaklı olarak ölüm maaşının olması gerekenden beş yıl sonra yatırılmaya başlanmasının ve idarenin kendi kusurunu giderecek bir telafi metodu önermemesinin başvurucuya orantısız bir külfet yüklediği sonucuna ulaşmıştır.¹⁴⁶ Yeşim Bullock davasındaysa başvurucu, babasının ölümünden haberdar olmaması nedeniyle yetim aylığı için başvuru süresini kaçırmamasından ötürü kendisine aylık bağlanmamasından yakınmaktadır. Mahkeme başvurucunun 13 yaşında evlat edinilmesi nedeniyle babasından uzakta yaşadığına dair iddiasının yeterince incelenmeden mücbir sebep sayılmamasının başvurucuya aşırı ve katlanılmaz külfet yüklediğinden bahisle ihlal sonucuna ulaşmıştır.¹⁴⁷ Diğer bir davada emekli ikramiyesinin ödeme tarihindeki yerine emekli aylığının bağlandığı tarihteki katsayılara göre ödenmesinin enflasyonun etkisiyle başvurucuya ağır bir külfet yüklediğine karar verilmiştir.¹⁴⁸

Sonuç olarak mülkiyet hakkı, özellikle de İHAM'ın Gaygusuz ve Stec ve diğerleri kararlarının ardından sosyal güvenlik hakkı lehine serpilerek bu kapsamda ortaya çıkan pek çok karmaşık sorunun bireysel başvuru mekanizmaları çerçevesinde ele alınmasını sağlamaktadır. Bu kapsamdaki koruma taraf devletlere belirli nitelikleri haiz bir sosyal güvenlik sistemi oluşturma ödevi yüklemese de gönüllü olarak sunulan ve mülk veya meşru beklenti oluşturan ödenekler mülkiyet hakkı çerçevesinde korunabilmektedir. Belirli hak öznelerinin sistemden dışlanması, ödemelerin azaltılması/kesilmesi gibi müdahalelerde Mahkemelerin üstlendiği asli rol, başvurucunun sosyoekonomik koşullarını iyileştirmek değil mülkiyet hakkı kapsamındaki çıkarlarıyla kamu yararı arasındaki adil dengenin kurulmasında hakemlik yapmaktır. Buna karşılık Mahkemelerin gerçekleştirdiği denetimin sosyoekonomik etkileri hafife alınmamalıdır. Zira özellikle de İHAM'ın esasa dair değerlendirmelerinde hak öznelerinin sosyoekonomik koşulları davanın seyri üzerinde etkili olmuştur ve verilen kararların pek

¹⁴⁶ Besime Çetin, B. No: 2014/17809, 8/11/2017.

¹⁴⁷ Yeşim Bullock, B. No: 2014/13223, 20/9/2017.

¹⁴⁸ Ferda Yeşiltepe [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017. Benzer yönde bkz. Öktaş Şahin, B. No: 2019/11913, 19/1/2022.

çoğu taraf devletlere sosyal güvenlik sistemlerini hak öznelinin sosyoekonomik menfaatleri doğrultusunda iyileştirme ödevi yüklemektedir. Ayrıca sosyal haklara özgü belgelerin koruma organlarının da İHAM'a paralel bir biçimde egemenlik temelli çekincelerle devletlerin ekonomik koşullarına ve ulusal önceliklerine uygun bütçe ve sosyal politikalara alan bırakma eğiliminde olduğunu ve taraf devletlere katı maddi ödevler yüklemek yerine hesap verilebilirliğe, usuli ödevlere ve gerekçelendirmeye odaklandığını belirtmekte yarar vardır.¹⁴⁹ Öte yandan ulusal bir Mahkeme olan Anayasa Mahkemesinin Anayasa'da yer alan sosyal dinamiklere rağmen uluslararası koruma organlarıyla benzer bir çekingenliğe sahip olması ve yetkili makamlara geniş bir takdir alanı bırakması eleştiriye açıktır.

C. Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı

Sözleşme'nin sekizinci maddesinde yer alan özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı; özel yaşama, aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakları üzere dört alt başlık hâlinde ele alınmıştır.¹⁵⁰ Mahkeme zaman zaman birbiriyle örtüşen bu alt başlıkları otonom ve dinamik bir biçimde yorumlamakta, çeşitli yönlerden insan yaşamına ve özerkliğine temas eden pek çok meseleyi bu kapsamda ele almaktadır. Böylece Mahkeme cömert bir tutumla; cinsiyet kimliği, kişisel veriler, çocuk koruma yargılaması, arama ve el koyma işlemleri ile çevre sorunları gibi olağan koşullarda birbiriyle pek de ilişkisi olmayan meseleleri sekizinci madde kapsamında ele almaktadır.¹⁵¹ Bu nedenle söz konusu hakkın tanımı ve kapsamı literatürde oldukça tartışmalıdır.¹⁵²

Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kural olarak sağlık bakımı, barınma hakkı gibi sosyal menfaatler içermemektedir. Buna kar-

¹⁴⁹ Sandra Liebenberg, "Between Sovereignty and Accountability: The Emerging Jurisprudence of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights Under the Optional Protocol", *Human Rights Quarterly*, 2020, C. 42, S. 1, ss. 48-84.

¹⁵⁰ "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."

¹⁵¹ Harris vd., ss. 475 vd.

¹⁵² Ivana Roagna, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, çev. Ayşe Gül Alkış Schaling, Ankara: Şen Matbaa, 2012, s. 9.

şılık sekizinci maddenin pek çok meseleye temas eden geniş kapsamı çeşitli sosyoekonomik çıkarları korumaktan da geri kalmamaktadır. Bunun temel nedeni sekizinci madde kapsamında korunan kişisel özerklik, fiziksel ve zihinsel bütünlük, aile yaşamı, konut gibi menfaatlerin, hak öznelerinin sosyoekonomik durumundan bağımsız bir biçimde değerlendirilemeyeceği gerçeğidir. Bu kapsamda İHAM, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde sağlık hakkı,¹⁵³ çalışma hakkı,¹⁵⁴ barınma hakkı,¹⁵⁵ yeterli yaşam standartlarına sahip olma hakkı¹⁵⁶ ve nihayet sosyal güvenlik hakkı kapsamında yer alan çeşitli menfaatleri ele almaktadır.

Sözleşme'nin diğer maddeleri gibi özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı da öznelerine belirli bir miktarda sosyal güvenlik yardımı verilmesini veya belirli bir yaşam düzeyi sunulmasını garanti etmemektedir. Buna karşılık sahip olduğu kapsayıcı koruma alanı sayesinde sekizinci madde ve özellikle de aile yaşamına saygı hakkı, sosyal güvenlik hakkının koruma alanıyla örtüşebilmektedir. Bu örtüşme en başta ebeveyn ödenekleri ve aile yaşamını desteklemeyi amaçlayan diğer sosyal ödenekler kapsamında ve ayrımcılık yasağıyla bağlantılı olarak gerçekleşmiştir.¹⁵⁷ Mahkemenin sergilediği yaklaşıma göre taraf devletin aile yaşamını desteklemek için öngördüğü sosyal ödemeler, aile yaşamını ve ailenin organize olma biçimini etkileyebilmektedir. Bu nedenle taraf devletler bu kapsamdaki ödenekleri aile yaşamına saygı hakkına uygun bir biçimde düzenlemelidir.¹⁵⁸

Konuya dair içtihadın evriminden söz etmeden önce Mahkemenin sosyal güvenlik ödemelerine dair davalarda mülkiyet hakkı ile özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını uygulama pratiğine karşılaştırmalı bir biçimde temas etmek gerekir. Sosyal ödeneklerle ilgili başvurularda zaman zaman mülkiyet hakkıyla özel yaşama ve aile yaşamı-

¹⁵³ Pentiacova ve diğerleri/Moldova, B. No: 14462/03, 04/01/2005.

¹⁵⁴ Denisov/Ukrayna.

¹⁵⁵ Yordanova ve diğerleri/Bulgaristan; Marzari/İtalya.

¹⁵⁶ Lacatus/İsviçre (hukuki özet), B. No: 14065/15, 19/01/2021.

¹⁵⁷ Dhahbi/İtalya, B. No: 17120/09, 08/04/2014, § 41; Mata Estevez/İspanya, B. No: 56501/00, 10/05/2001; Klaus Kapuy, "Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple Has Become Presentable", *European Journal of Social Security*, 2007, C. 9, S. 3, ss. 230-33.

¹⁵⁸ Konstantin Markin/Rusya, B. No: 30078/06, 22/03/2012, § 130.

na saygı hakkı birlikte gündeme gelebilmektedir. Nitekim Mahkeme sosyal ödemelerle ilgili bazı başvurularda her iki hakkı birlikte uygulamaktadır.¹⁵⁹ Bu kapsamda önemli olan, uyuşmazlık konusunun kendine özgü koşullarında Mahkemenin otonom bir biçimde yorumladığı mülk veya meşru beklenti kavramları kapsamına girip girmediği ve başta aile yaşamı olmak üzere sekizinci maddenin alt başlıklarını ne ölçüde ilgilendirdiğidir. Söz misali emeklilik ödeneklerine ilişkin meseleler çoğunlukla aile yaşamını doğrudan ilgilendirmediği için mülkiyet hakkı kapsamında ele alınmaktadır. Buna karşılık Mahkeme gerektiğinde şikâyet konusunun bağlamsal yönünü hesaba katarak sekizinci maddeyi uygulanabilir bulabilmektedir. Örneğin Mahkeme Moskal/Polonya başvurusunda emekli maaşının başvuruçuların ağır hasta olan çocuklarına bakma araçları olmasını ve aile bütçesinin temelini oluşturmasını dikkate alarak sekizinci maddeyi uygulanabilir bulmuştur.¹⁶⁰ Bunun gibi Mahkeme yetim aylığı gibi sosyal aylıklara yönelik müdahalelerin, henüz küçük yaştaki hak öznelerinin özel ve aile yaşamının normal gelişimini olumsuz yönde etkileme potansiyelini dikkate alarak sekizinci madde kapsamında görülebileceğini kabul etmektedir.¹⁶¹ Buna karşılık sosyal yardımlarla ilgili başvurularda Mahkemenin genel eğiliminin, meseleyi öncelikle mülkiyet hakkı kapsamında ele almak şeklinde olduğunu belirtmek gerekir. Dahası Mahkeme mülkiyet hakkı bağlamında kabul edilebilir gördüğü pek çok başvuruda meseleyi ayrıca özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında ele almayı gerekli görmemektedir. Ayrıca bizzat ifade ettiği üzere Mahkemenin sosyal güvenlik ödemeleriyle özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı arasındaki ilişkiye dair yaklaşımı, mülkiyet hakkıyla olan ilişkiye dair yaklaşımına nazaran muğlaktır.¹⁶²

Mahkeme ebeveynlik izni ödeneğiyle ilgili Petrovic/Avusturya kararından itibaren sosyal güvenlik yardımıyla ilgili şikâyetlerin sekizinci madde kapsamında korunabileceğini kabul etmektedir. Erkek

¹⁵⁹ Şerife Yiğit/Türkiye, B. No: 3976/05, 02/11/2010; Aldeguer Tomás/İspanya, B. No: 35214/09, 14/06/2016.

¹⁶⁰ Moskal/Polonya, § 93.

¹⁶¹ European Court of Human Rights, "Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights: Social Rights", 2022, s. 39, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Social_rights_ENG\(30/11/2023\)](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Social_rights_ENG(30/11/2023)).

¹⁶² Moskal/Polonya, § 94; Beeler/İsviçre, §§ 54, 56, 58.

olan başvurucunun iç hukuka göre yalnızca kadınlar için öngörülen ebeveynlik izni ödeneğinden yararlanamamaktan şikâyet ettiği bu başvuruda Mahkeme, şikâyet konusu mevzuatın cinsiyete dayalı ayırım yaparak ailenin organize olma biçimini etkilemesi nedeniyle sekizinci maddenin uygulanabilir olduğunu tespit etmiştir. Mahkemeye göre bu tür ödenekler taraf devletlerin aile yaşamına saygı duyma biçimini ifade eder. Bu nedenle böyle ödeneklerin düzenlenme ve uygulanma biçimi aile yaşamına saygı hakkına uygun olmalıdır.¹⁶³ Mahkeme esasa dair incelemesinde ihlal olmadığı sonucuna ulaşmışsa da daha sonraki benzer içerikli kararlarında aile içindeki ve iş yaşamındaki cinsiyet rollerine dair dönüşen Avrupa konsensüsünü dikkate alarak bu yaklaşımını değiştirmiştir.¹⁶⁴

Ebeveynlik izni ödeneği dışındaki bazı ödenekler de bağlamsal olarak aile yaşamı kapsamında gündeme gelebilmektedir. Örneğin kadın olan başvurucunun almakta olduğu maluliyet ödeneğinin çocuk yaptığı dönemde -malul olmasaydı da çocuğuna bakacağı gerekçesiyle- kesilmesine dair Trizio/İsviçre davasında Mahkeme sekizinci maddede ve onunla bağlantılı olarak 14. maddenin uygulanabilir olduğu ve ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁶⁵

Ölüm aylığıyla ilgili Yocheva ve Ganeva/Bulgaristan davasında başvurucular, babası tarafından tanınmayan çocukların söz konusu aylıktan diğer çocuklar gibi faydalanamamasından yakınmıştır. Mahkeme, her çocuğun iki ebeveyne sahip olması gerektiğine dair baskıncu düşünceye dayanan bu uygulamayı da kadının aile içi rolüne dair cinsiyetçi yaklaşıma benzer bir biçimde mahkûm etmiştir.¹⁶⁶

Çocuk aylığıyla ilgili Niedzwiecki/Almanya davasında Mahkeme sosyal yardımlar için öngörülen ikametgâh, vatandaşlık gibi şartların ulaşılmak istenen meşru amaçla olan uyumunu denetlemiştir. Taraf devletin ileri sürdüğü, çocuk yardımını Almanya'da uzun süre kalma-

¹⁶³ Petrovic/Avusturya §§ 27-29.

¹⁶⁴ ibid, 38-43; Konstantin Markin/Rusya, §§ 129-152.

¹⁶⁵ Di Trizio/İsviçre, B. No: 7186/09, 02/02/2016, §§ 80-104. ESKHK'nin ev kadınlarının emeklilik hakları bakımından benzer bir dolaylı ayrımcılık yaklaşımı sergilediği bir karar için bkz. CESCER, Trujillo Calero/Ecuador, Appl. No. 10/2015, 26/3/2018. Kararın çevirisi için bkz. Şirin, Armutcuoğlu, ss. 120-151.

¹⁶⁶ Yocheva ve Ganeva/Bulgaristan, B. No: 18592/15 ve 43863/15, 11/05/2021, §§ 100-126.

sı muhtemel çocuklara yönlendirme amacına odaklanan Mahkemeye göre belirli bir dönemdeki ikamet durumuna dayalı kriter, muhatapların ülkede kalma süresini hesaplamak için yeterli bir temel oluşturulması yönüyle sorunlu bir ölçüttür.¹⁶⁷

Son olarak 2022 yılının sonunda verilen ve Mahkemenin sosyal güvenlik ödemeleri kapsamındaki yaklaşımını dönüştüren Beeler/İsviçre kararından ve bu kararın etkilerinden söz etmek gerekir. Anılan kararda Mahkeme sosyal güvenlik hakkına dair yaklaşımında birtakım kusurlar olduğunu kabul etmiştir. Buna göre geçmişteki cömert içtihat sosyal güvenlik hakkına dair sorunların hangi durumlarda özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında ele alınabileceğini net bir şekilde ortaya koymamaktadır.¹⁶⁸ Bu kararla birlikte Mahkeme artık sosyal güvenlik ödemelerini yalnızca aile hayatının düzenleniş biçimini mutlak surette etkilediği (necessarily affected) durumlarda ele alacağını deklare etmiştir. Zira sosyal yardımların önemli bir bölümü bir şekilde aile yaşamını etkileme potansiyeline sahiptir. Aile yaşamını etkileme potansiyeli olan her meselenin sekizinci madde kapsamında görülmesi, bu hükmün sosyal yardımlara uygulanmasına ilişkin eşik ve kriterlerin öngörülemez olmasına yol açmaktadır.¹⁶⁹ Bu nedenle Mahkeme, örneğin yukarıda ele alınan Trizio/İsviçre kararındaki yaklaşımın aksine, “aile hayatının düzenlenme şeklini etkileme olasılığı” olan her meseleyi değil yalnızca vakanın somut özellikleri çerçevesinde aile yaşamını mutlak surette etkileyen düzenleme ve uygulamaları sekizinci madde kapsamında ele alacaktır. Diğer bir ifadeyle Mahkeme, aile yaşamıyla ilgili olan her türlü sosyal güvenlik düzenlemesinin sekizinci madde kapsamına girdiğine dair varsayımsal nedensellik bağı ve karineyi terk etmiştir. O hâlde artık bir sosyal ödeneğin aile yaşamı kapsamında ele alınabilmesi için ödenekle ilgili dezavantajın, aile yaşamını mutlak surette etkilemesi gerekmektedir.

¹⁶⁷ Niedzwiecki/Almanya, B. No: 58453/00, 25/10/2006.

¹⁶⁸ Beeler/İsviçre, § 66.

¹⁶⁹ Beeler/İsviçre, §§ 63-64, 66-72; Maija Dahlberg, “More human rights at the cost of the state sovereignty? Clarifying the scope of applicability of Article 8 ECHR to social welfare benefits in Beeler v Switzerland”, 2023, <https://strasbourgobservers.com/2023/02/21/more-human-rights-at-the-cost-of-the-state-sovereignty-clarifying-the-scope-of-applicability-of-article-8-echr-to-social-welfare-benefits-in-beeler-v-switzerland/> (12/02/2024)..

Ayrıca Mahkeme anılan kararda sosyal yardımlara ilişkin şikâyetlerin aile yaşamını mutlak surette etkilemiş kabul edilebilmesi için bazı ölçütler belirlemiştir. Tüketici olmayan bir biçimde sayılan bu kriterler şunlardır: Yardımın amacı; yardımın verilmesi, hesaplanması ve sona erdirilmesine ilişkin kriterlerin mahiyeti; yardımın aile hayatının düzenlenme şekli üzerindeki etkileri; başvuru sahibinin özel koşulları ve aile hayatı göz önünde bulundurulduğunda yardımın ödendiği dönemde aile hayatı üzerindeki pratik yansımalarıdır.¹⁷⁰

Somut başvuru bağlamındaki incelemesinde Mahkeme yeni yaklaşımını ve söz konusu kriterleri tatbik ettiğinde, kadınların aksine erkeklerin dul maaşının bakmakla yükümlü oldukları en küçük çocuğun reşit olmasından itibaren kesilmesine dair şikâyeti sekizinci madde kapsamında görmüştür. Zira -bir önceki paragrafta sayılan kriterler arasından- ödeneğin amacı, başvurucunun işe gitmeden çocuklarına bakabilmesidir ve ödendiği süre boyunca başvurucu ve ailesinin temel geçim kaynağını oluşturmuştur. Ayrıca başvurucunun özel koşullarını dikkate alan Mahkeme, ödeneğin başvurucunun ailesine bakmak amacıyla oldukça uzun süre iş yaşamından uzak kalmasının ardından, 57 yaşında ve hassas mali koşullara sahip olduğu bir dönemde kesilmesine dikkat çekmiş ve neticede sekizinci maddenin ve onunla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının uygulanabilir olduğuna ve ihlaline karar vermiştir.¹⁷¹

Mahkeme daha sonra verdiği iki kabul edilemezlik kararıyla Beeler kararının anlamını daha açık bir biçimde ortaya koyma olanağı bulmuştur. Bunlardan biri olan Berisha/İsviçre davasında Mahkeme ailesiyle birlikte yaşayan başvurucuya kamu tesislerinde yaşayan engelli bireylerden daha az yardım yapılmasının aile yaşamını mutlak surette etkilemediğine karar vermiştir. Zira başvurucu bu fark dolayısıyla hiçbir zaman kamu tesislerine taşınmak zorunda kalmamıştır ve başvurucuya kendi evinde kalmasına yardımcı olmak amacıyla bakım yardımı da dahil olmak üzere başka bir dizi önemli yardım verilmiştir.¹⁷² Yine kabul edilemez bulunan X ve diğerleri/İrlanda kararındaysa başvurucuların alamamaktan yakındığı çocuk yardımının

¹⁷⁰ Beeler/İsviçre, § 72.

¹⁷¹ Beeler/İsviçre, § 73-83, 108-110, 113.

¹⁷² Berisha/İsviçre (hukuki özet), B. No: 23851/20, 24360/20, 22/06/2023.

günlük yaşamlarının temel yönlerini biçimlendirecek bir etkiye sahip olmamasını, ödeneğin verilmediği dönemin oldukça kısa sürmesini, aile birliğinin olumsuz yönde etkilenmemesini ve taraf devletin başvuruçulara diğer araçlarla maddi destek vermesini dikkate almıştır.¹⁷³

Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıyla sosyal güvenlik hakkı arasındaki ilişki, AYM'nin kararlarına da yansımıştır. Mahkemenin İHAM içtihadına da atf yaparak benimsediği yaklaşıma göre özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı¹⁷⁴ hiç kimseye belirli bir yaşam standardı ve sosyal ödeme sağlanmasını garanti etmez. Ancak böyle bir ödenek bir kere tanındıktan sonra yetkili makamlar bu hakkı, özünden yoksun bırakacak kadar sınırlandıramazlar.¹⁷⁵

Ne var ki Mahkemenin bu örtüşmeye dair kararları İHAM ile kıyaslandığında oldukça sınırlı sayıda kalmaktadır. Ulaşılan toplam üç karardan ilki olan ve başvuruçunun resmî evliliği olmaması nedeniyle dul aylığından yararlanamamaktan yakındığı Vecide Ayyıldız başvurusu, başvuruçunun ölümü nedeniyle düşme kararıyla sonuçlanmıştır.¹⁷⁶ Vazife malullüğü aylığının yükseltilmesi talebinin reddedilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin olan Emre Bayram davasındaysa Mahkeme şikâyetlerin yeterince temellendirilmediğinden bahisle açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermiştir.¹⁷⁷

¹⁷³ X ve diğerleri/İrlanda, B. No: 23851/20, 24360/20, 22/06/2023, §§ 71 vd.

¹⁷⁴ İHAS'ın sekizinci maddesinde yer alan bu hak Anayasa'da farklı maddelere yayılmıştır. Genel hatlarıyla ifade etmek gerekirse özel yaşama saygı hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ve 20. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği hakları kapsamında korunmaktadır. Sekizinci maddenin diğer unsurlarından aile yaşamı, esasen Anayasa'nın 20. maddesinde; konuta saygı hakkı, 21. maddesinde ve haberleşmeye saygı hakkı 22. maddesinde yer almaktadır. Bu konuda daha detaylı bir inceleme ve karşılaştırılmalı bir tablo için bkz. Gülay Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Şen Matbaa, 2013, s. 332. Benzer bir karşılaştırma yapan AYM kararı için bkz. Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık, B. No: 2013/6587, 24/3/2016, § 41.

¹⁷⁵ Devrim Alyüz, B. No: 2017/40383, 16/9/2020, § 35 vd.

¹⁷⁶ Vecide Ayyıldız, B. No: 2014/5841, 5/4/2018. Benzer vakalarda İHAM taraf devletlere bu tür evliliklerin sosyoekonomik sonuçları bakımından geniş bir takdir alanı tanımaktadır (Şerife Yiğit/Türkiye, §§ 93-103.).

¹⁷⁷ Emre Bayram, B. No: 2019/40656, 22/2/2022, § 27.

Mahkemenin esasa dair inceleme yaptığı tek dava olan Devrim Alyüz davasında başvuru, kendisine bağlanan engelli aylığının sonradan getirilen kriterler nedeniyle kesilmesinden yakınmıştır. Kapsam konusunda tatmin edici bir açıklama sunmayan Mahkemenin başvuru aylığın engelli olan başvuru kişinin özerk yaşama kabiliyeti üzerindeki etkisi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında görüldüğü anlaşılmaktadır.¹⁷⁸

Esasa ilişkin değerlendirmesinde Mahkeme, engelli ödeneğinden yararlanmak için hane halkı gelirinin belirli bir miktarın altında olması gerektiğine dair sonradan getirilen koşulun başvuru kişinin aylığının tamamen kesilmesine neden olmasını ölçsüz bulmuştur. Mahkeme Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan devletin sosyal ödevlerinin sınırı hükmüne ve taraf devletin sosyoekonomik alandaki geniş takdir alanına atıf yaparak şikâyet konusu gelir limiti ölçütünün, ödenekleri sosyal yardımlara daha fazla ihtiyaç duyanlara yönlendirme amacı bakımından elverişli ve gerekli olduğunu kabul etmiştir. Buna karşılık Mahkeme, ödeneğin tamamen kesilmesi tedbirinin hâlihazırda hassas durumda olan başvuru kişiyi aşırı bir külfet altına soktuğu, kamu yararıyla başvuru kişinin çıkarları arasında adil denge gözetmediği ve dolaşısıyla orantısız sonucuna ulaşmıştır.¹⁷⁹

Sonuç olarak her iki Mahkemenin kararları göz önünde bulundurulduğunda sosyal güvenlik hakkı-özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı arasındaki örtüşme hakkında şunlar söylenebilir: Birincisi, sosyal güvenlik hakkı, mülkiyet hakkıyla kıyaslandığında özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında sınırlı düzeyde ve sınırlı türdeki ödenekler bağlamında gündeme gelmiştir. Bu durumun temel nedeni, iç hukukta öngörülen sosyal ödeme biçimlerinin haklı beklenti oluşturma ihtimalinin özel yaşama ve aile yaşamına temas etme ihtimalinden fazla olmasıdır. İkincisi, yetkili makamlar aile yaşamını desteklemek için herhangi bir sosyal güvenlik sistemi kurmak veya sosyal ödeme yapmak zorunda değildir. Ancak taraf devlet özel yaşama veya aile yaşamına saygı duyma yöntemi olarak bir sosyal ödenek öngörmüşse bu ödeneye yönelik müdahaleler sekizinci maddenin gerek-

¹⁷⁸ Devrim Alyüz, § 51.

¹⁷⁹ ibid, §§ 73-85.

leriyle uyumlu olmalıdır. Son olarak İHAM, Beeler kararında sosyal güvenlik ödeneklerinin hangi koşullar altında sekizinci madde kapsamında gelebileceğine dair kriterler belirlemiştir. Buna göre sosyal güvenlik ödemelerine dair sorunlar artık yalnızca aile hayatının organize olma biçimini mutlak surette etkilemesi durumunda sekizinci madde kapsamında görülebilecektir.

D. Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı esasen Sözleşme'nin 14. maddesinde yer almaktadır.¹⁸⁰ Ayrımcılık yasağının iki temel özelliği hükmün lafzından kolaylıkla anlaşılabilir. Birincisi ayrımcılık temelleri söz konusu hükümde tüketici bir biçimde sayılmamıştır. Bu nedenle hüküm, lafzında yer almayan ayrımcılık temelleri bakımından da uygulama alanı bulur. İkincisi ve bu çalışma bakımından daha önemlisi, ayrımcılık yasağının bağlı/asalak yapısıdır. Buna göre ayrımcılık yasağı, taraf devletlerin yaptığı her türlü ayrımcılığı yasaklamamakta, yalnızca Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerle ilgili ayrımcı muameleleri kapsamaktadır. Dolayısıyla 14. madde Sözleşme'de yer alan hakların kapsamına girmeyen menfaatler bakımından ayrımcılığı yasaklamamaktadır.¹⁸¹

Genel olarak ayrımcılık yasağı sosyoekonomik hakların hayata geçirilmesi bakımından oldukça önemlidir. Zira bu yasak, klasik haklarda olduğu gibi sosyal hakların herkese eşit bir biçimde tanınmasını gerektirir.¹⁸² Üstelik ESKHK'ye göre ayrımcılık yasağı, diğer sosyal haklardan farklı olarak taraf devletlere aşamalı değil derhal gerçekleştirilmesi gerektiren bir yükümlülük (immediate obligation) yükler.¹⁸³ Diğer bir ifadeyle sosyal hakların yumuşak karnı olan kaynakların kıtlığı sorunu, ilkesel olarak sosyal hakların ayrımcı bir biçimde uygulanması için yeterli bir neden oluşturmamaktadır.

¹⁸⁰ "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

¹⁸¹ Rasmussen/Denmark, B. No: 8777/79, 28/11/1984, § 29.

¹⁸² CESCR, General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2009, § 7.

¹⁸³ ibid; CESCR, General Comment No. 3, § 1.

O hâlde klasik haklarla birlikte doğan ayrımcılık yasağının diğer kuşak hakların doğumu ve gelişimiyle birlikte hak kuşaklarının/kategorilerinin üzerinde konumlandığı söylenebilir. Bununla da bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı, klasik haklarla sosyal haklar arasında birleştirici bir rol üstlenerek sosyal hakların dolaylı olarak korumasında önemli bir rol oynar. Nitekim İHAM, başta sosyal güvenlik hakkını ilgilendirenler olmak üzere pek çok kararında ayrımcılık yasağını sosyoekonomik içerikli başvurularda uygulamış, sosyal faydaların, yaş, uyruk, cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik gibi temellere dayalı olarak paylaşılmasını yargılamıştır.

Öte yandan ayrımcılık yasağının bağlı yapısı, sosyal hakların bu kapsamda gündeme gelmesini güçleştirmektedir. Diğer bir ifadeyle bağlı bir hak olması nedeniyle ayrımcılık yasağı, şikâyet konusu sosyoekonomik menfaatin Sözleşme’de yer alan diğer haklarla ilişkilendirilebilirliği ölçüsünde dolaylı koruma pratiğine katkı sunabilecektir.¹⁸⁴ Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkı kapsamındaki menfaatlerin ayrımcılık yasağı bağlamında gündeme gelebilmesi, başta mülkiyet hakkı ve özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı olmak üzere Sözleşmesel haklar kapsamında görülebilmesine bağlıdır. Bununla birlikte Mahkeme, ayrımcılık yasağının ihlalden yakınılan davalarda, ilgili Sözleşmesel hakkın kapsamını esnek yorumlayarak ayrımcılık yasağının sosyal güvenlik hakkı bakımından uygulanabilirliğini geliştirmektedir.¹⁸⁵ Özellikle de Mahkemenin ayrımcılık yasağı-mülkiyet hakkı-sosyal güvenlik hakkı üçlüsünün örtüştüğü başvurulara dair içtihadı, mülkiyet hakkının sosyal haklar lehine esnek yorumlanması bakımından dikkat çekicidir.¹⁸⁶ Hatırlanacağı üzere herhangi bir ekonomik çıkarın mülkiyet hakkı kapsamında korunabilmesi, bir mülkün veya en azından haklı beklentinin varlığını gerektirmektedir. Ancak Mahkemenin sosyal güvenlik hakkı kapsamındaki içtihadına göre şikâyet

¹⁸⁴ Oddný Mjöll Arnardóttir, “Discrimination as a Magnifying Lens: Scope and Ambit Under Article 14 and Protocol 12”, *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, ed. Eva Brems, Janneke Gerards, Cambridge University Press, 2013, s. 332.

¹⁸⁵ Brems, ss. 158-59.

¹⁸⁶ Ingrid Leijten, “Social Security As A Human Rights Issue İn Europe – Ramaer And Van Willigen And The Development Of Property Protection And Non Discrimination Under The Echr”, *Heidelberg Journal Of International Law*, 2013, C. 73, S. 2, Ss. 189-91; Bossuty, Ss. 327-29.

edilen ayrımcı kriterden dolayı henüz sosyal yardım almaya hak kazanamayan, dolayısıyla bu konuda tam anlamıyla bir meşru beklentisi dahi olmayan hak özneleri de mülkiyet hakkının korumasından faydalanabilmektedir.¹⁸⁷

“... Ayrımcı bir gerekçeyle belirli bir yardımın tamamından veya bir kısmından yoksun kalınmasına ilişkin davalarda, ilgili test, başvuranın şikâyet ettiği hak kazanma koşulu olmasaydı, söz konusu yardımı almak için iç hukuk uyarınca uygulanabilir bir hakka sahip olup olmayacağıdır.”¹⁸⁸

Böylece Mahkemenin esnek yaklaşımı ayrımcılık yasağının bağlı yapısını sosyal haklar lehine geliştirmektedir ve Sözleşme hükümlerinin “geniş kapsamına” girdiği müddetçe taraf devletlerin “gönüllü” olarak sağlamayı taahhüt ettiği sosyal yardımlar, ayrımcılık yasağına uygun bir biçimde hayata geçirilmelidir.¹⁸⁹ Söz gelimi bu konudaki köşe taşı niteliğindeki kararlardan olan Gaygusuz kararında başvurucu, vatandaşlık statüsü nedeniyle emeklilik maaşına hak kazanamamasına rağmen mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağından faydalanmıştır.¹⁹⁰ Yine Koua Poirre/Fransa davasında başvurucu, vatandaşlığı nedeniyle engelli aylığına hak kazanamamasına rağmen mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağının korumasından faydalanmıştır.¹⁹¹

Benzer bir biçimde özel yaşama saygı hakkının birçok sosyoekonomik menfaatle ilişkilendirilebilen geniş kapsamlı doğası, ayrımcılık yasağının sosyal menfaatler bakımından uygulama alanını genişletmiştir.¹⁹² Bu yolla Mahkeme, normal koşullarda sekizinci madde kapsamında görmediği menfaatleri, bu hakla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirebilmiştir. Mahkeme bu tutumunu yukarıda ele alınan Beeler/İsviçre kararında Sözleşme'nin 53. maddesinde yer alan asgari eşik ilkesiyle de ilişkilendirerek açıkça ifade etmiştir:

¹⁸⁷ Leijten, “From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights”, ss. 331-32.

¹⁸⁸ Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık, § 54 (vurgu eklenmiştir).

¹⁸⁹ Scheinin, ss. 45-46.

¹⁹⁰ Gaygusuz/Avusturya.

¹⁹¹ Koua Poirrez/Fransa, B. No: 40892/98, 30/09/2003.

¹⁹² Arnardóttir, s. 339.

“Her ne kadar sekizinci madde sosyal yardım hakkını güvence altına almasa da bir devletin böyle bir hak yaratırken sekizinci madde kapsamındaki yükümlülüklerinin ötesine geçmeye karar vermesi halinde -ki bu Sözleşme'nin 53. maddesi uyarınca kendisine açık bir imkândır- bu hakkın uygulanmasında 14. madde anlamında ayrımcı tedbirler alamaz... Sonuç olarak, sekizinci maddeyle birlikte okunan 14. maddenin kapsamı, tek başına okunan sekizinci maddenin kapsamından daha geniş olabilir.”¹⁹³

Dolayısıyla belirli standartlara sahip bir sosyal güvenlik sistemi kurma konusunda herhangi bir yükümlülük altında olmamalarına karşın taraf devletler, özel yaşamı ve aile yaşamını destekleyen sosyal ödemeler öngördüklerinde bunu ayrımcılık yasağına uygun olarak yapmalıdır. Aile yaşamını ve özel yaşamı ilgilendirdiği ölçüde çocuk yardımı,¹⁹⁴ ebeveynlik izni ödeneği,¹⁹⁵ iş göremezlik ödeneği,¹⁹⁶ ölüm aylığı,¹⁹⁷ maluliyet aylığı,¹⁹⁸ emeklilik aylığı,¹⁹⁹ kaza ve sağlık ödeneği²⁰⁰ gibi sosyal ödeneklerin ayrımcı uygulamaları, ayrımcılık yasağını özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıyla bağlantılı olarak uygulanabilir kılmıştır.

Ayrımcılık yasağı kapsamındaki testinde Mahkeme, farklı muamelelerin varlığını tespit ettikten sonra taraf devletin farklı muamele için meşru gerekçe sunup sunmadığını ve ileri sürülen meşru amaçla hak öznelerinin katlandığı külfet arasında adil bir denge olup olmadığını denetlemektedir.²⁰¹ Mahkemenin bu kapsamdaki testi, ileri sürülen meşru nedenin ağırlığına, şikâyetin konusuna ve ayrımcılığın türüne dayanmaktadır. Sosyal güvenlik hakkına ilişkin başvurular taraf devletin sosyoekonomik politikalarıyla yakından bağlantılı olduğundan Mahkeme bu kapsamda taraf devletlere belirli ölçüde takdir alanı tanıma eğiliminde olmaktadır. Söz gelimi Mahkeme bu makalede sıklıkla atıf yapılan *Stec* ve diğerleri/ Birleşik Krallık kararında kadınların

¹⁹³ Beeler/İsviçre, §§ 61-63 (vurgu eklenmiştir).

¹⁹⁴ Niedzwiecki/Almanya.

¹⁹⁵ Petrovic/Avusturya; Konstantin Markin/Rusya.

¹⁹⁶ Di Trizio/İsviçre.

¹⁹⁷ Yocheva ve Ganeva/Bulgaristan.

¹⁹⁸ Belli ve Arquier-Martinez/İsviçre, 65550/13, 11/12/2018.

¹⁹⁹ Şerife Yiğit/Türkiye; Moskal/Polonya.

²⁰⁰ P.B. ve J.S./Avusturya, B. No: 18984/02, 22/07/2010.

²⁰¹ ESKHK de sosyal haklarla ilgili oldukça benzer bir ayrımcılık testi yapmaktadır. (CESCR, General Comment No. 20, §. 13.).

iş göremezlik ödeneğine dair rejimden daha az avantajlı olan emeklilik rejimine erkeklere nazaran daha erken yaşta geçmek zorunda olmasını taraf devletin takdir alanında görmüştür. Mahkemeye göre bu tedbir kadınların iş yaşamındaki ve aile içindeki olgusal eşitsizliğini telafi etmeyi amaçlayan pozitif ayrımcılıktan kaynaklanır ve bunun kadınlar aleyhine doğurduğu külfet ölçülüdür.²⁰² Benzer bir biçimde Carson ve diğerleri davasında, taraf devletin kıt kaynakların dağıtımındaki ve makro-ekonomik politikadaki geniş takdir marjına atıfla emekli maaşlarının hak öznelerinin göç ettiği ülkelerdeki alım gücüne endekli bir biçimde hesaplanmamasını hak ihlali olarak görmemiştir²⁰³

Buna karşılık Mahkemenin taraf devletlere tanıdığı marjın bir sınırı vardır. Mahkemeye göre taraf devletlere bırakılan takdir alanı özellikle de belirli ayrımcılık temellerine ilişkin davalarda daralmaktadır. Mahkeme özellikle cinsiyet, cinsel yönelim, etnik köken, engellilik gibi nedenlerle ayrımcılığa uğrayan hassas konumdaki hak öznelerinin maruz kaldığı farklı muamelenin ancak “oldukça ağır nedenler (very weighty reasons)” ile haklılaştırılabileceğini kabul etmektedir.²⁰⁴ Dolayısıyla sosyoekonomik konularda taraf devletlere bırakılan geniş takdir alanı ayrımcılık yasağı bağlamında davanın koşullarına göre daralabilmektedir.²⁰⁵ Söz gelimi erkek olan başvurunun dulluk ve ebeveynlik ödeneklerinden kadınlar gibi yararlanamamaktan yakındığı Willis/Birleşik Krallık davasında Mahkeme, ödeneğe hak kazanmada gelir testi gibi objektif ölçütler yerine artık Avrupa ve Birleşik Krallık’ın terk ettiği geleneksel cinsiyet rollerine dayanılmasını Sözleşme’ye aykırı bulmuştur.²⁰⁶ Yine oldukça yakın tarihli Jurcic/Hırvatistan davasında tüp bebek tedavisi gördükten hemen sonra yeni bir işe giren başvurucuya hakkı kötüye kullandığı gerekçesiyle hastalık

²⁰² Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık, §§ 54-67. Ancak belirtmek gerekir ki ilkesel olarak taraf devletlerin “muameledeki farklılıkların pozitif ayrımcılık amacı güttüğü durumlarda bile, ayrımcı araçların makul ölçüde gerekli ve izlenen amaçla orantılı olduğunu göstermesi...” gerekmektedir. (Runkee ve White/Birleşik Krallık, B. No: 42949/98 ve 53134/99, 10/05/2007, § 28.).

²⁰³ Carson ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 42184/05, 04/11/2008, § 81.

²⁰⁴ P.B. ve J.S./Avusturya, § 42; Runkee ve White/Birleşik Krallık, § 27; Arnardóttir, ss. 345-46.

²⁰⁵ Leijten, Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights, s. 250.

²⁰⁶ Willis/Birleşik Krallık, B. No: 36042/97, 11/06/2002, §§ 37-42.

izni ödeneği verilmemesi ihlalle sonuçlanmıştır. Mahkemeye göre sağlık sisteminin genel istikrarını sağlama ve kamu fonlarının korunması meşru amaçları muteber olmakla birlikte peşinen “şüpheli” görülen hamile kadınların iş arama konusundaki cesaretini kıran bu uygulama ölçülü değildir.²⁰⁷

Mahkeme hassas kategoriler aleyhine gerçekleşen ayrımcı muameleler bakımından da taraf devletlerin takdir marjını dar bir biçimde yorumlamıştır. Bu kapsamda taraf devletlerin hassas hak öznelerinin özel durumunu ve olgusal eşitsizlikleri dikkate alma ödevi vardır. Hassas kategorilerin resmî olmayan evliliklerine sosyal güvenlik ödemeleri bağlamında sonuç bağlanmaması bu kapsamdadır. Roman geleneklerine göre yapılan evliliğin dul maaşı almak için yeterli görülmemesinden yakınılan Munoz Diaz/İspanya kararında Mahkeme bazı öngörülebilirlik sorunlarının yanı sıra ulusal azınlıklara mensup kişilerin özel koşullarını dikkate alma yönünde gelişen uluslararası konsensüsü de dikkate alarak ihlal sonucuna ulaşmıştır.²⁰⁸ Benzer bir biçimde P.B. ve J.S./Avusturya kararında Mahkeme eşcinsel evliliklerin sosyoekonomik sonuçlarının Avrupa genelinde tanınmaya başlamasını dikkate alarak kaza ve sağlık sigortasının homoseksüel birlik-telikler bakımından ayrımcı bir biçimde düzenlenmesini ihlal olarak görmüştür.²⁰⁹

Sözleşme kapsamında son olarak 12 No.lu Protokol’ün sosyal haklar bakımından anlamına temas etmek gerekir. Protokol’ün birinci maddesi, Sözleşme’de yer alan diğer haklardan bağımsız genel bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir.²¹⁰ Bu nedenle 14. maddede yer alan ayrımcılık yasağının zamanla önemini yitireceği öngörülmüştür.²¹¹ Söz konusu hüküm, Sözleşme’de yer alan diğer haklarla ilgili olmasa dahi taraf dev-

²⁰⁷ Jurčić/Hırvatistan, B. No: 54711/15, 04/02/2021. Bu konuda ayrıca bkz. Oleg M. Yaroshenko vd., “Gender Inequality in Social Security on the Basis of the ECtHR Case-Law”, *Sriwijaya Law Review*, 2022, C. 6, S. 2, ss. 224-38.

²⁰⁸ Muñoz Díaz/İspanya, B. No: 49151/07, 08/12/2009.

²⁰⁹ P.B. ve J.S./Avusturya, §§ 40-42.

²¹⁰ “Kanunla öngörülen haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır.” (Vurgu eklenmiştir).

²¹¹ Koch, *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, s. 32.

letlerin kanunlarında kabul ettiği sosyal hakların Sözleşme kapsamında korunmasına imkân tanınması bakımından önemlidir.²¹² Böylece sosyal güvenlik hakkına ilişkin ayrımcı muameleler, Sözleşme'deki diğer haklarla herhangi bir bağı olmasa dahi ayrımcılık yasağı bakımından ele alınabilecektir. Nitekim yakın tarihli Moraru ve Marin/Romanya kararı çalışma ve sosyal güvenlik haklarını genel ayrımcılık yasağı kapsamında ele almıştır. Kadın başvuruçuların erkeklerden daha önce emekli olmak zorunda kalmaktan yakındığı davada Mahkeme, ekonomik veya sosyal strateji konularındaki geniş marja rağmen mevcut düzenlemenin cinsiyet rollerine ilişkin basmakalıp bir görüşü sürdürdüğünü ve kadınların mesleki kariyer konusundaki arzularını göz ardı ettiğini tespit ederek ihlal sonucuna ulaşmıştır.²¹³ Bu kararın da ortaya koyduğu üzere söz konusu hüküm, sosyal hakların ve sosyal güvenlik hakkının İHAS kapsamında yargılanabilirliği bakımından önemli bir potansiyel barındırır. Buna karşılık oldukça uzun bir zaman önce yürürlüğe girmesine rağmen pek çok büyük Sözleşmeciler devlet bu protokolü hâlâ onaylamamıştır.²¹⁴ Dahası bununla bağlantılı olarak Mahkemenin Protokol'e ilişkin içtihadı oldukça zayıftır.²¹⁵ Dolayısıyla genel ayrımcılık yasağı hükmünün etkili ve anlamlı bir biçimde uygulanabilmesi için hâlâ uzun bir zamana ihtiyaç var gibi görünmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı, tıpkı 12 No.lu Protokol'de olduğu gibi özerk bir hak ve ilke olarak ele alınmıştır. Diğer bir ifadeyle Anayasa'da yer alan ayrımcılık yasağı, yalnızca Anayasa'daki haklar kapsamına girenleri değil her türlü menfaati kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.²¹⁶ Buna karşılık AYM bireysel başvuru davalarında Anayasa'nın 148. maddesindeki ortak alan hükmünü ayrımcılık yasağı bakımından dar bir biçimde yorumlamaktadır:

²¹² Leijten, "Social Security as a Human Rights Issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the Development of Property Protection and Non Discrimination under the ECHR", s. 187; Karan, "Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkân: 'Bütüncül Yaklaşım'", ss. 53-54.

²¹³ Moraru ve Marin/Romanya, B. No: 53282/18 ve 31428/20, 20/12/2022, §§ 117 vd.

²¹⁴ Council of Europe, "Chart of signatures and ratifications of Treaty 177", <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=177> (22/11/2023).

²¹⁵ Dahlberg, s. 257.

²¹⁶ Ulaş Karan, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 182.

“...Bir başka ifadeyle ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için kişinin, hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı sorusuna cevap verebilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla ayrımcılık yasağı, bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ve korunmasını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte bir haktır.”²¹⁷

Mahkemenin bu yaklaşımı, sosyal hakların bireysel başvuru yoluna konu edilebilirliğini de olumsuz etkilemektedir.²¹⁸ Bununla birlikte Mahkeme tıpkı İHAM’ın yaptığı gibi ortak alanda yer alan klasik hakları sosyal menfaatleri kapsayacak şekilde yorumlayarak ayrımcılık yasağının sosyal haklar ve sosyal güvenlik ödemeleri bakımından uygulanabilirliğine zemin hazırlamaktadır. Bu kapsamdaki Nazıla Adıgozalzade ve Ferid Adıgozalzade davasında iş akdi sona eren yabancı uyruklu başvuruçular, iş sonu tazminatı ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme öncelikle yabancı uyruklu öğretim görevlilerinin söz konusu tazminatı alabileceğine dair bir yasa ya da yerleşik uygulama bulunmadığını tespit etmiştir. Buna karşılık Mahkeme tıpkı İHAM gibi mülkiyet hakkını farklı muameleye dayalı sosyal güvenlik ödemeleri bakımından geniş yorumlamıştır:

“Bununla birlikte içtihadın yerleşik hâle gelmediği kabul edilse bile başvuruçulara iş sonu tazminatı ödenmemesinin sebebinin Türk vatandaşlığının bulunmaması olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle başvuruçuların bu haktan yararlandırılmamasının yegâne nedeni Türk vatandaşı olmamalarıdır. Sözleşmeli olarak çalışan başvuruçuların Türk vatandaşı olma dışındaki şartları sağladığı gözetildiğinde Anayasa’nın 35. maddesi kapsamında korunması gereken bir ekonomik menfaatinin var olduğu sonucuna ulaşılmıştır.”²¹⁹

Kapsam sorununun ardından esasa dair incelemesinde Mahkeme kamu makamlarının bu tür ödenek ve tazminatların düzenlenmesi konusunda belirli bir takdir alanının olduğunu kabul etmekle birlikte somut olayda ayrımcılığı haklı çıkaracak herhangi bir nesnel ve haklı nedene dayanılmadığı sonucuna ulaşmıştır.²²⁰ Ayrıca Mahkemeye

²¹⁷ Göksel Korkmaz, B. No: 2012/869, 16/4/2013, § 26. Paralel yönde bkz. Onurhan Solmaz, §§ 33-34.

²¹⁸ Muzaffet Akkanat, §§ 26-35.

²¹⁹ Nazıla Adıgozalzade ve Ferid Adıgozalzade, B. No: 2019/8334, 16/3/2022, § 44.

²²⁰ ibid, §§ 58 vd.

göre yargısal Makamlar bu sonuca varırken dayandıkları kanun altı düzenlemeleri Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine uygun yorumlama ödevlerini ihmal etmişlerdir.²²¹

Sosyal güvenlik hakkıyla ilgili yapısal bir sorunun ele alındığı Bedrettin Morina davasındaysa başvuru, aylık almaya başladıktan altı ay sonra, borçlanma süresinin bir kısmının başvuruçunun vatandaşlık kazanmasından önceki döneme ilişkin olması nedeniyle yaşlılık aylığının kesilmesinden şikâyetçi olmuştur. Başvuruçuya göre ilgili mevzuat, sonradan vatandaş olanlara, yurt dışındaki tüm çalışma süreleri için borçlanabilen doğuştan vatandaş olanlarla kıyaslandığında aşırı bir külfet yüklemektedir. Mahkemeye göre vatandaşlığın kazanılma anına dayanan bu farklı muamelenin haklı bir nedeni yoktur. Zira "... başvuruçunun doğuştan Türk vatandaşı olanlar ile aynı primi ödeyerek borçlanması hâlinde yaşlılık aylığının tahsis edilebileceği dikkate alındığında gerek prim miktarı gerekse de aylık miktarı bakımından da sosyal güvenlik sistemine ek bir malî külfetten de söz edilemez."²²²

Sonuç olarak ayrımcılık yasağının bağlı yapısına rağmen gerek İHAM'ın gerekse AYM'nin, klasik hakları esnek yorumlayarak sosyal güvenlik ödemelerine dair şikâyetleri ayrımcılık yasağı bağlamında ele alma eğilimi gösterdikleri söylenebilir. Bu bağlamda ayrımcılık yasağı çoğunlukla mülkiyet hakkı ve özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıyla bağlantılı olarak gündeme gelmektedir. Esasa dair incelemede her iki Mahkeme de taraf devletlerin sosyoekonomik konularda belirli bir takdir marjının olduğunu ancak bu durumun farklı muameleyi peşinen haklılaştırmadığını kabul etmektedir. Özellikle de ilgili makamların sosyal güvence konusundaki farklı muameleyi makul ve nesnel nedenlere dayandırmadığı ve başvuruçuların hassas pozisyonları nedeniyle farklı muameleden ağır bir biçimde etkilendiği davalarda ayrımcılık yasağının daha katı uygulandığı gözlemlenmiştir. Öte yandan AYM'nin Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan ortak alanı ayrımcılık yasağı bakımından dar yorumlaması, sosyal hakların bu kapsamda ileri sürülebilirliğini olumsuz yönde etkilemektedir.

²²¹ ibid, § 61. Benzer bir dava için bkz. Arif Huseynli ve diğerleri, B. No: 2019/39033, 28/6/2022, §§ 55-58.

²²² Bedrettin Morina [GK], B. No: 2017/40089, 5/3/2020, § 51.

SONUÇ

Uluslararası ve ulusal hukuk düzenlerinde benimsenen genel yaklaşım, sosyal hakların ve bu makalenin konusunu oluşturan sosyal güvenlik hakkının klasik haklar gibi yargılanabilir olmadığı yönündedir. Buna karşılık insan haklarının bütünselliği ilkesi ve haklar arasındaki geçirgenlik, bu hakların klasik haklar kapsamında belirli bir düzeyde korunabilmesini sağlamaktadır. Esasen klasik hakların bekçiliğini yapan çeşitli uluslararası ve ulusal denetim organları bu yöntemle sosyal hakları çeşitli klasik haklar vasıtasıyla ele almaktadır.

Verdiği kararların bağlayıcılığı ve sergilediği aktivist yaklaşımla uluslararası insan hakları hukukunun başat aktörlerinden olan İHAM ve bireysel başvuru uygulamasında onu bir rol model olarak gören AYM, hak kategorileri arasındaki geçirgenliğe kayıtsız kalmamaktadır. Başta dinamik yorum metodu olmak üzere çeşitli yorum yöntemlerine, pozitif yükümlülükler öğretisine ve insan haklarının bütünselliği ilkesine dayanan dolaylı koruma pratiği, özellikle de sağlık, çalışma, barınma ve sosyal güvenlik haklarının bazı boyutlarının Sözleşme ve Anayasa'da öngörülen bireysel başvuru sistemleri kapsamında korunmasını sağlamaktadır. İki Mahkemenin bu kapsamdaki yaklaşımı oldukça benzer olmasına rağmen, sosyal hakların bilinçli bir şekilde dışlandığı uluslararası bir belgenin koruyucusu olan ve taraf devletlerin egemenlik temelli tereddütlerini hesaba katmak zorunda olan İHAM'ın bu konuda aktivist bir yaklaşım sergilediği buna karşılık ulusal bir Mahkeme olan ve yetkisini aldığı Anayasa'da sosyal devlet ilkesi ile sosyal haklar gibi dolaylı korumayı teşvik eden düzenlemeler bulunan AYM'nin bu konuda çekingen kaldığı söylenebilir. Ayrıca AYM bu kapsamdaki içtihadında bireysel başvuru hakkının kapsamı ve kamusal makamlara bırakılan takdir alanı konusunda Anayasa'ya değil Sözleşme'ye uygunluk denetimi yapan bir denetim organı görüntüsü vermektedir. Bu nedenle Mahkemenin dolaylı koruma bağlamındaki çekingen yaklaşımı, İHAS'ın 53. maddesinde yer alan asgari eşik ilkesi ve Anayasa'nın bütünselliği ilkesi bakımından sorunludur.

Sosyal güvenlik hakkı, Sözleşme'de ve Anayasa'nın bireysel başvuru hakkı için öngördüğü koruma alanında yer alan adil yargılama hakkı, mülkiyet hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı ve ayrımcılık yasağı bağlamında gündeme gelebilmektedir. Ne var ki bu kapsamdaki koruma taraf devletlere herhangi bir sosyal güvenlik

sistemi oluşturma, belirli türde ve miktarda sosyal yardım sağlama gibi ödevler yüklememekte, devletin gönüllü olarak üstlendiği sosyal yardımlara yapılan müdahalelerin anılan klasik haklara uygunluğunu tartmaktadır. Yine de bu çerçevedeki korumanın sosyoekonomik etkileri hafife alınmamalıdır. Bir kere bu kapsamdaki incelemelerde hak öznelerinin sosyoekonomik koşullarına ve kırılabilirliğine belirleyicilik atfedilebilmektedir. Dahası doğal olarak inceleme sonucunda verilen kararların hak özneleri lehine önemli sosyoekonomik yansımaları olmaktadır.

İHAM'ın Feldbrugge/Hollanda kararından itibaren gelişen adil yargılanma hakkı pratiği, sosyal güvenlik hakkının altıncı madde kapsamında "medeni hak" olarak görülmesini ve bu hak kapsamındaki güvencelerin iç hukuktaki sosyal güvenlik ödeneklerine ilişkin yargılamalar bakımından geçerli olmasını sağlamıştır. Diğer bir ifadeyle adil yargılanma hakkının öznelerine sunduğu güvenceler, "medeni hak" olarak görülen sosyal güvenlik ödenekleri bakımından da geçerlidir.

Gaygusuz ve akabinde Stec ve diğerleri kararlarının ardından serpiyen mülkiyet hakkı pratiğinde İHAM ve AYM sosyal güvenlik hakkına dair oldukça karmaşık meseleleri ele almıştır. Ayrımcı nedenlerle ödeneğe hak kazanamama, ödeneğin kesilmesi, azaltılması, yersiz ödemelerin ağır koşullar altında iade edilmesi gibi devletin hâlihazırda sunmayı vadettiği ödeneklere yapılan müdahalelerde Mahkemelerin temel rolü, hak öznelerine yüklenen külfet ile sosyal güvenlik sisteminin istikrarını ve sınırlı kamusal kaynakların adil dağıtımını sağlama kamu yararını tartmaktır. Bu tartımda hak öznelerinin sağlık durumu, çalışabilme kapasitesi, işsiz olup olmaması, herhangi bir gelir veya mülke sahip olup olmaması gibi sosyoekonomik koşullarına önem atfedilmektedir. Mahkemeler kamu yararıyla hak öznelerinin menfaatleri arasındaki bu sosyoekonomik temalı tartımda taraf devletlere -başta ekonomik kriz dönemlerindeki kemer sıkma tedbirleri konusunda olmak üzere- geniş bir takdir alanı tanıma eğiliminde olmuşsa da pek çok kararda bu marjın aşıldığına karar verebilmiştir.

Çoğunlukla mülkiyet hakkı bağlamında ele alınan sosyal güvenlik hakkı, büyük oranda aile yaşamını ilgilendiren ödeneklerle bağlantılı olmak üzere özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında da gündeme gelebilmektedir. Petroviç kararından itibaren İHAM, her ne kadar böyle bir ödenek sağlama yükümlülüğü yoksa da aile yaşamını

desteklemek için “gönüllü” olarak öngörülen ödeneklerin taraf devletlerin aile yaşamına saygı gösterme biçimi olduğunu ve aile yaşamının organizasyonu etkileyebildiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla bir kere öngörülen bu tür ödeneklere sonradan yapılan müdahaleler, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında sorun doğurabilmektedir. Öte yandan Mahkeme, yakın tarihli Beeler/İsviçre kararından itibaren sekizinci maddenin kapsamının sosyal güvenlik hakkı lehine esnetilebilirliği konusunda daha titiz bir inceleme yapacağını belirterek bu konuda çeşitli kriterler belirlemiştir. Buna göre ancak somut vakanın özel koşulları ele alındığında aile yaşamının düzenleniş biçimini mutlak surette etkileyen müdahaleler özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında ele alınabilecektir. Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının kapsamını belirginleştirmeyi hedefleyen bu karar, sekizinci maddenin sosyal güvenlik ödenekleri bakımından uygulanabilirliğini daraltmıştır.

Son olarak, yukarıda anılan Sözleşmesel hakların kapsamına giren sosyal güvenlik ödemeleri, ayrımcılık yasağına uygun bir biçimde düzenlenmelidir. Her ne kadar ayrımcılık yasağı Sözleşme ve AYM uygulamasında bağlı bir hak olarak görülse de gerek İHAM gerek AYM, ayrımcılık yasağını konu edinen yargılamalarda ilgili Sözleşmesel hükmün kapsamını sosyal haklar lehine geniş yorumlayarak ayrımcılık yasağının sosyal güvenlik hakkına uygulanabilirliğini genişletme eğilimi göstermektedir. Dahası esasa dair incelemede -ve özellikle de başvuru sahiplerinin hassas bir kategoriye ait olduğu durumlardaki farklı muamele iddialarına dair davalarda- takdir alanı titiz bir biçimde denetlenmektedir.

Neticede bireysel başvuru sistemlerinin sosyal güvenlik ödenekleri bakımından sağladığı dolaylı korumanın çok yönlü ve oldukça kapsayıcı olduğu söylenebilir. Üstelik bu kapsamdaki korumanın düzeyi ve içeriği, sosyal haklara özgü bir belgenin koruyucusu konumundaki ESKHK'nin sosyal güvenlik hakkına dair yaklaşımıyla belirli yönlerden benzerlik göstermektedir. Diğer bir ifadeyle eleştiriye açık yönleri bulunmakla birlikte İHAM ve AYM'nin sosyal güvenlik hakkı lehine sağladığı dolaylı korumanın tesadüfi örtüşme ve gerekçelendirmelerin ötesine geçerek sistemli bir hâl aldığı söylenmelidir. Dahası her iki Mahkeme de bunu sosyal hakların bilinçli bir biçimde dışlandığı bireysel başvuru mekanizmaları çerçevesinde yapmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

- Atasayan M. Gözde, Sosyal Hakların Yargısallaştırılması, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2023.
- Bates Ed, The Evolution of the European Convention on Human Rights, New York: Oxford University Press, 2010.
- Council of Europe, Collected Edition of the "Travaux Préparatoires": Volume I, The Hague: Martinus Nijhoff, 1975.
- Dijk Pieter Van vd., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. Baskı., Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006.
- Donnelly Jack, Universal Human Rights In Theory and Practice, 3. Baskı, New York: Cornell University Press, 2013.
- Ertan İzzet Mert, Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.
- Gemalmaz H. Burak, Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 6, Ankara: MRK Yayıncılık, 2018.
- Gerards Janneke, General Principles of the European Convention on Human Rights, New York: Cambridge University Press, 2019.
- Harris David vd., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, 4. Baskı., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021.
- İnceoğlu Sibel, Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 4, Ankara: MRK Yayıncılık, 2018.
- — —, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Karan Ulaş, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Koch Ida Elisabeth, Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Langford Malcolm, "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory", *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, ed. Malcolm Langford, New York: Cambridge University Press, 2008
- Leijten Ingrid, Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Nolan Aoife vd., The justiciability of social and economic rights: An updated appraisal, New York: CHRGI Working Paper no. 14, 2007
- Rainey Bernadette, Wicks Elizabeth, Ovey Clarev, The European Convention on Human Rights, 7. Baskı., Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Roagna Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, çev. Ayşe Gül Alkış Schaling, Ankara: Şen Matbaa, 2012.
- Shue Henry, Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy, New Jersey: Princeton University Press, 1980.

Şirin Tolga, Bireysel Başvuru (Anayasa Sikâyeti) Usul Hukuku: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 7, 2. Baskı., Ankara: Epamat, 2018.

Şirin Tolga, Armutcuoğlu Can Yalçın (ed.), Sosyal Haklar, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2023.

Tanör Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Yolcu Serkan, Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Makaleler

Arnardóttir Oddný Mjöll, "Discrimination as a Magnifying Lens: Scope and Ambit Under Article 14 and Protocol 12", *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, ed. Eva Brems, Janneke Gerards, Cambridge University Press, 2013, ss. 567-99.

Arslan Öncü Gülay, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Şen Matbaa, 2013, ss. 301-32.

Bossuty Marc, "Should the Strasbourg Court Exercise More Self-Restraint? On the Extension of the Jurisdiction of the European Court of Human Rights to Social Security Regulations", *Human Rights Law Journal*, 2007, C. 28, ss. 321-32.

Brems Eva, "Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights", *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, ed. Daphne Barak-Erez, Aeyal M. Gross, Portland: Hart Publishing, 2007, ss. 135-67.

Čerňič Jernej L., "The European Court of Human Rights, Rule of Law and Socio-Economic Rights in Times of Crises", *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, C. 8, S. 2, ss. 227-47.

Dahlberg Maija, "Should Social Rights Be Included in Interpretations of the Convention by the European Court of Human Rights?", *European Journal of Social Security*, 2014, C. 16, S. 3 ss. 252-76.

Ertan İzzet Mert, "Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/Çekirdek Yükümlülükler", *Sosyal Adalet için İnsan Hakları: Sosyal Haklar*, ed. Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay, Ankara: TODAİE Yayınları, 2014, ss. 85-102.

Gavison Ruth, "On the Relationships Between Civil and Political Rights, and Social and Economic Rights", *The Globalization of Human Rights*, ed. Jean-Marc Coicaud, Michael W. Doyle, Anne-Marie Gardner, Tokyo/New York/ Paris: United Nations University Press, 2003, ss. 34-35.

Gerards Janneke, "Article 53 ECHR and Minimum Protection by the European Court of Human Rights Janneke", *European Convention on Human Rights Law Review*, 2022, C. 3, ss. 451-80.

Kapuy Klaus, "Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple Has Become Presentable", *European Journal of Social Security*, 2007, C. 9, S. 3, ss. 221-41.

Karan Ulaş, "Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkân: 'Bütüncül Yaklaşım'", *Amme İdaresi Dergisi*, 2007, C. 40, S. 3, ss. 31-62.

- Khaliq Urfan, Robin Churchill, "The European Committee of Social Rights", *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, ed. Malcolm Langford, New York: Cambridge University Press, 2008, ss. 428–52.
- Koch Ida Elisabeth, "Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective", *The International Journal of Human Rights*, 2006, C. 10, S. 4, ss. 405–30.
- Leijten Ingrid, "The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection", *German Law Journal*, C. 16, S. 1, 2015, ss. 23–48.
- — —, "From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2013 C. 13, S. 2, ss. 309–49.
- — —, "Social Security as a Human Rights Issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the Development of Property Protection and Non Discrimination under the ECHR", *Heidelberg journal of international law*, 2013, C. 73, S. 2, ss. 177–208.
- Liebenberg Sandra, "Between Sovereignty and Accountability: The Emerging Jurisprudence of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights Under the Optional Protocol", *Human Rights Quarterly*, 2020, C. 42, S. 1, ss. 48–84.
- Mantouvalou Virginia, "The Case for Social Rights", *Debating Social Rights*, ed. Connor Gearty, Virginia Mantouvalou, Oxford: Hart Publishing, 2010, ss. 1–32.
- Oder Bertil Emrah, "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2008, ss. 199–232
- Putu-Chekwe Chisanga, Nora Flood, "From Division to Integration: Economic, Social, and Cultural Rights as Basic Human Rights", *Giving Meaning to Economic, Social, and Cultural Rights*, ed. Isfahan Merali, Valerie Oosterveld, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2001, ss. 39–51.
- Scheinin Martin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, 2. Edition., The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, ss. 29–54.
- Scott Craig, "Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights", *Osgoode Hall Law Journal*, 1989, C. 27, S. 3, ss. 769–878.
- Sevinç Murat, "Bülent Tanör ve Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 1, 2013, ss. 155–64.
- Şirin Tolga, "Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)", *Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu IV Bildiriler*, İstanbul: Petrol-İş Yayını, 2014, ss. 341–66.
- — —, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması*, ed. Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpaz, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 26 vd.

- Warbrick Colin, "Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights", *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, ed. Mashood Baderin, Robert McCorquodale, Oxford: Oxford Academic, 2007, ss. 241-256.
- Yaroshenko Oleg M. vd., "Gender Inequality in Social Security on the Basis of the ECtHR Case-Law", *Sriwijaya Law Review*, 2022, C. 6, S. 2, ss. 224-38.
- Yıldırım Engin, "Uluslararası Deneyimler Işığında Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı: Bir Scylla ve Charybdis İkilemi mi?", Haşım Kılıç'a Armağan, ed. Ali Rıza Çoban vd., Ankara: Kalkan Matbaacılık, 2015, ss. 1131-96.

İnternet Kaynakları

- Council of Europe, "Chart of signatures and ratifications of Treaty 177", <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty=177> (22/11/2023).
- — —, "Digest of the Case Law of The European Committee of Social Rights", 2022, <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd> (21/03/2024).
- Dahlberg Maija, "More human rights at the cost of the state sovereignty? Clarifying the scope of applicability of Article 8 ECHR to social welfare benefits in *Beeler v Switzerland*", 2023, <https://strasbourgobservers.com/2023/02/21/more-human-rights-at-the-cost-of-the-state-sovereignty-clarifying-the-scope-of-applicability-of-article-8-echr-to-social-welfare-benefits-in-beeler-v-switzerland/> (12/02/2024).
- European Court Of Human Rights, "Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights: Social Rights", 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Social_rights_ENG (30/11/2023).

Kararlar

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

- Airey/İrlanda, B. No: 6289/73, 9/10/1979.
- Aldeguer Tomás/İspanya, B. No: 35214/09, 14/06/2016.
- Andrejeva/Latvia, B. No: 55707/00, 11/07/2006.
- Beeler/İsviçre, B. No: 78630/12, 11/10/2022.
- Bélané Nagy/Macaristan, B. No: 53080/13, 10/02/2015.
- Belli ve Arquier-Martinez/İsviçre, 65550/13, 11/12/2018.
- Berisha/İsviçre (hukuki özet), B. No: 23851/20, 24360/20, 22/06/2023.
- Budina/Rusya, B. No: 45603/05, 18/09/2009.
- Çakarević/Hirvatistan, B. No: 48921, 26/04/2018.
- Carson ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 42184/05, 04/11/2008.
- D'Amico/İtalya, B. No: 46586/14, 17/02/2022.
- Demir ve Baykara/Türkiye, B. No: 34503/97, 12/11/2008.
- Denisov/Ukrayna, B. No: 76639/11, 25/09/2018.
- Dhahbi/İtalya, B. No: 17120/09, 08/04/2014.
- Di Trizio/İsviçre, B. No: 7186/09, 02/02/2016.

- Fedulov/Rusya, B. No: 53068/08, 08/10/2019.
- Feldbrugge/Hollanda, B. No: 8562/79, 29/05/1986.
- Francine van Volsem/Belçika, B. No: 1464/89, 09/05/1990.
- Gaygusuz/Avusturya, B. No: 17371/90, 16/09/1996.
- Hamzagić/Hırvatistan, B. No: 68437/13, 09/12/2021.
- Jivan/Romanya, B. No: 62250/19, 08/02/2022.
- Jurčić/Hırvatistan, B. No: 54711/15, 04/02/2021.
- Konstantin Markin/Rusya, B. No: 30078/06, 22/03/2012.
- Koua Poirrez/Fransa, B. No: 40892/98, 30/09/2003.
- Lacatus/İsviçre (hukuki özet), B. No: 14065/15, 19/01/2021.
- Larioshina/Rusya, B. No: 56679/00, 23/04/2002.
- Loizidou/Türkiye (ön itirazlar), B. No: 15318/89, 23/03/1995.
- M.S.S./Belçika ve Yunanistan, B. No: 30696/09, 21/01/2011.
- Marzari/İtalya, B. No: 36448/97, 04/05/1999.
- Mata Estevez/İspanya, B. No: 56501/00, 10/05/2001.
- Micallef/Malta, B. No: 17056/06, 15/01/2008.
- Mile Novaković/Hırvatistan, B. No: 73544/14, 17/12/2020.
- Moraru ve Marin/Romanya, B. No: 53282/18 ve 31428/20, 20/12/2022.
- Moskal/Polonya, B. No: 10373/05, 15/09/2009.
- Muñoz Díaz/İspanya, B. No: 49151/07, 08/12/2009.
- N.K.M./Macaristan, B. No: 66529/11, 14/05/2013.
- Naït-Liman/İsviçre, B. No: 51357/07, 15/03/2018.
- Nencheva ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 48609/06, 18/06/2013.
- Niedzwiecki/Almanya, B. No: 58453/00, 25/10/2006.
- P.B. ve J.S./Avusturya, B. No: 18984/02, 22/07/2010.
- P.C./İrlanda, B. No: 26922/19, 01/09/2022.
- Pentiacova ve diğerleri/Moldova, B. No: 14462/03, 04/01/2005.
- Petrovic/Avusturya, B. No: 20458/92, 27/03/1998.
- Pişkin/Türkiye, B. No: 33399/18, 25/12/2020.
- Rasmussen/Denmark, B. No: 8777/79, 28/11/1984.
- Runkee ve White/Birleşik Krallık, B. No: 42949/98 ve 53134/99, 10/05/2007.
- Salesi/İtalya, B. No: 13023/87, 26/02/1993.
- Šaltinytė/Litvanya, B. No: 32934/19, 26/10/2021.
- Stec ve diğerler/Birleşik Krallık, B. No: 65731/01, 65900/01 ve 06/07/2005.
- Stummer/Avusturya, B. No: 37452/02, 11/10/2007.
- Şerife Yiğit/Türkiye, B. No: 3976/05, 02/11/2010.
- Tsfayo/Birleşik Krallık, B. No: 60860/00, 14/11/2006.
- Valverde Digon/İspanya, B. No: 22386/19, 26/01/2023.

Willis/Birleşik Krallık, B. No: 36042/97, 11/06/2002.
X ve diğerleri/İrlanda, B. No: 23851/20, 24360/20, 22/06/2023.
Yocheva ve Ganeva/Bulgaristan, B. No: 18592/15 ve 43863/15, 11/05/2021.
Yordanova ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 25446/06, 24/04/2012.
Žegarac/Sırbistan, B. No: 54805/15 ve diğerleri, 17/01/2023.

Anayasa Mahkemesi

Ahmet Gül ve diğerleri, B. No: 2014/1182, 22/9/2016.
Arif Huseynli ve diğerleri, B. No: 2019/39033, 28/6/2022.
Arif Sarıgül, B. No: 2013/8324, 23/2/2016.
AYM, E. 1988/19, K. 1988/33, 26/10/1988.
AYM, E.2006/111, K.2006/112, 15/12/2006.
AYM, E.2012/97, K. 2013/51, 03/04/2013.
Bedrettin Morina [GK], B. No: 2017/40089, 5/3/2020.
Besime Çetin, B. No: 2014/17809, 8/11/2017.
Bülent Sinan Kaya, B. No: 2016/1854, 28/5/2019.
Devrim Alyüz, B. No: 2017/40383, 16/9/2020.
Emel Kavas, B. No: 2013/8032, 9/9/2015.
Emre Bayram, B. No: 2019/40656, 22/2/2022.
Fatih Özaltın ve İbrahim Esinler [GK], B. No: 2019/17374, 29/11/2023.
Fatma Ülker Akkaya, B. No: 2014/18979, 22/2/2018.
Ferda Yeşiltepe [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017.
Göksel Korkmaz, B. No: 2012/869, 16/4/2013.
Hamza Buğdacı, B. No: 2013/1858, 3/2/2016.
Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık, B. No: 2013/6587, 24/3/2016.
İsmail Hakkı Bulunmaz, B. No: 2014/2960, 4/10/2017.
Kemal Özcan, B. No: 2017/18560, 12/2/2020.
Kuddis Büyükakıllı, B. No: 2014/3941, 5/10/2017.
Mehmet Hocaoğlu, B. No: 2013/3207, 15/10/2015.
Muzaffer Akkanat, B. No: 2013/2339, 7/5/2015.
Nazıla Adıgozalzade ve Ferid Adıgozalzade, B. No: 2019/8334, 16/3/2022.
Necmettin Doğru, B. No: 2013/1337, 16/5/2013.
Nesrin Kılıç, B. No: 2013/772, 7/11/2013.
Nurten Esen, B. No: 2013/7970, 10/6/2015.
Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013.
Ökkaş Şahin, B. No: 2019/11913, 19/1/2022.
Ramazan İpek, B. No: 2012/1105, 17/7/2014.
Şuayip Şen, B. No: 2014/4859, 14/9/2017.
Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020.

Tevfik Baltacı, B. No: 2013/8074, 9/3/2016.

Turan Dal, B. No: 2013/5964, 6/1/2016.

Uğur Ziyaretli, B. No: 2014/5724, 15/2/2017.

Vecide Ayyıldız, B. No: 2014/5841, 5/4/2018.

Veysel Akdoğan, B. No: 2018/34556, 29/12/2021.

Yasemin Mutlu, B. No: 2013/1426, 25/3/2014.

Yeşim Bullock, B. No: 2014/13223, 20/9/2017.

Zekiye Şanlı, B. No: 2012/931, 26/6/2014.

Birleşmiş Milletler

CESCR, General Comment 19: The Right to Social Security (art. 9), 2007.

CESCR, General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2009.

CESCR, General Comment No. 3: The Nature of States Parties Obligations, 1990.

CESCR, Miguel Angel Lopez Rodri/Spain, Appl. No. 1/2013, 4/3/2016.

CESCR, Trujillo Calero/Ecuador, Appl. No. 10/2015, 26/3/2018.

HRC, F. H. Zwaan-de Vries/the Netherlands, Communication No. 182/1984, 9/4/1987

HRC, S.W.M. Broeks/the Netherlands, Communication No. 172/1984, 9/4/1987.

TÜRKİYE'DE ÜNİVERSİTE GENEL SEKRETERLİK KURUMUNUN HUKUKİ ARKA PLANI VE UYGULAMASI

LEGAL BACKGROUND AND PRACTICE OF THE UNIVERSITY GENERAL
SECRETARIAT INSTITUTION IN TÜRKİYE

Fatih GÜLER*

Çağrı ÇOLAK**

İlker KARAÖNDER***

Özet: Üniversitelerin akademik faaliyetlerinin sağlıklı ve kesintisiz bir şekilde sürdürülebilmesinde idari örgütlenme oldukça önem taşımaktadır. Zira idari örgütlenme; öğrenci işlerinden bilgi işleme, kütüphane ve dokümantasyondan idari ve mali işlere kadar birçok faaliyet alanını içermektedir. Söz konusu faaliyetlerin ayrı birer uzmanlık alanı olmasından ötürü kanun koyucu, idari hizmetleri, akademik faaliyetlerden ayırarak ayrı bir yapı içerisinde sunmayı tercih etmiştir. Bu bağlamda çalışmanın konusunu üniversitenin idari örgütlenmesinin zirve makamı olan “genel sekreterlik” ve bu örgütün faaliyetlerinden rektöre karşı sorumlu olan “genel sekreter” oluşturmaktadır. Üniversitelerin idari örgütlenmesi; idare hukuku, kamu yönetimi ve yükseköğretim yönetimi alanlarının kesişiminde yer almasına rağmen akademik çalışmalarda araştırma nesnesi olarak yeterince incelenmemiştir. Buradan hareketle çalışmada ilk olarak genel sekreterlik makamının tarihsel gelişimi ve hukuki dayanaklarına, ardından mevcut genel sekreterlik uygulamasına ve son olarak ise 2024 yılı Mart ayı itibarıyla devlet üniversitelerinde görev yapan genel sekreterlerin profillerine ilişkin verilere yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Üniversite, İdari Örgütlenme, Genel Sekreter, Genel Sekreterlik, Yükseköğretim

* Doç. Dr., Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, fatih.guler@comu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5365-5700

** Doç. Dr., Trabzon Üniversitesi, cagricolak@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5806-9084

*** Dr. Öğr Üyesi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, ilkerkaraonder@comu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3625-7273, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.05.2024, Kabul Tarihi: 05.08.2024

Abstract: The administrative organization is of great importance for maintaining the academic activities of universities in a wholesomely and uninterrupted manner. This is because the administrative organization encompasses many areas of activity, from student affairs, information processing, library and documentation to administrative and financial matters. Since these activities are separate disciplines, the legislature has preferred to separate administrative services from academic activities and present them in a separate structure. In this context, the subject of this study is the “General Secretariat”, which is the head of the administrative organization of the college, and the “Secretary General”, who is responsible to the Rector for the activities of this organization. Although the administrative organization of universities is located at the intersection of administrative law, public administration and higher education administration, it has not yet been sufficiently investigated as a subject of research in academia. This study therefore first examines the historical development and legal basis of the office of the General Secretariat, then the current practice of the Secretary General’s office and finally the profiles of the Secretaries General working at state universities from March 2024.

Keywords: University, Administrative Organization, Secretary General, General Secretariat, Higher Education

GİRİŞ

Üniversitelerin idari örgütlenmesi ve söz konusu yapı içerisinde genel sekreterliğin rolü sınırlı sayıda çalışmaya konu olmuştur.¹ Üstelik bu çalışmaların da çoğunluğu insan kaynakları yönetimi ya da yönetim ve organizasyon perspektifinden ele alınmıştır. Bu nedenle üniversite idari örgütlenmesinin kamu hukuku bağlamında ele alın-

¹ Zeynep Höbel & Naci Karkın, “Üniversite İdari Personelinin Yönetmel ve Örgütsel Sorunları: Pamukkale Üniversitesi (PAÜ) Örneği”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 2013, C. 4, S. 1, s. 135-159; Abdülkadir Özdemir, “Üniversitelerin Türk İdari Teşkilatı İçerisindeki Yeri ve Üniversite Teşkilatı”, *İktisadiyat*, 2017, C. 1, S. 1, s. 171-192; Nalan Sabır Taştan & Kürşat Taştan, “Yetkinliğe Dayalı İnsan Kaynakları Yönetimi ve Üniversite Genel Sekreterleri”, 2. *Ahi Eoran International Conference on Scientific Research*, 21-23 Ekim 2022, s. 548-556; Nalan Sabır Taştan & Kürşat Taştan, “Üniversite İdari Teşkilatlarının Yeniden Yapılandırılması”, *9th International Mardin Artuklu Scientific Researches Conference*, 20-22 Ocak 2022, s. 48-61; Nalan Sabır Taştan & Kürşat Taştan, “Üniversite Yönetim Hizmetleri Örgütü Yönetici Kadroları İçin Atama-Yükseltme Modeli Önerisi”, *Ege 7th International Conference on Social Sciences*, 24-25 Aralık 2022, s. 526-539; Mehmet Mecek & Hüsnü Doğan. “Müdür Yardımcıları ve Yüksek Okul Sekreteri Arasındaki Ast-Üst İlişkisi Örneği Esasında Meslek Yüksekokullarında Yaşanan Görev ve Yetki Uyuşmazlıkları ve Çözüm Önerileri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 22, S. 1, s. 27-57.

ması, çalışmanın hareket noktasını ve özgün değerini yansıtmaktadır. Ayrıca hukuki perspektif temelli bir analiz, yükseköğretim idari örgütlenmesindeki bazı kronik sorunların literatüre de yansımalarına zemin hazırlamaktadır.

Üniversitelerin akademik faaliyetlerinin sağlıklı ve kesintisiz bir şekilde sürdürülebilmesinde idari örgütlenme oldukça önem taşımaktadır. Zira idari örgütlenme; öğrenci işlerinden bilgi işleme, kütüphane ve dokümantasyondan idari ve mali işlere kadar birçok faaliyet alanını içermektedir. Söz konusu faaliyetlerin ayrı birer uzmanlık alanı olmasından ötürü kanun koyucu; idari hizmetleri, akademik faaliyetlerden ayırarak ayrı bir yapı içerisinde sunmayı tercih etmiştir. Hâlihazırda yükseköğretim mevzuatının en temel normu 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'dur. 2547 sayılı Kanun, üniversitelerin idari örgütlenmesi ile ilgili hükümler de ihtiva etmektedir. Söz konusu kanunun, idari örgütün genel esaslarını tespit etmesine rağmen ayrıntısına girmediğini değerlendiren hükümet; 17.06.1982 tarih ve 2680 sayılı "*Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Kuruluş, Görev ve Yetkilerinin Düzenlenmesi ile İlgili Yetki Kanunu*" hükümleri çerçevesinde 07.10.1983 tarih ve 124 sayılı "*Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumlarının İdari Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*"'yi kabul etmiştir. Bilindiği üzere kanun hükmünde kararnamelerin Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün geçerlilik açısından TBMM'ye sunulması zorunlu olmakla birlikte, TBMM'de görüşülüp görüşülmemesinin geçerliliğine bir etkisi söz konusu değildir.² Üzerinden yaklaşık kırk yıl geçmesine ve her dönem başında tekrar yasama organına sunulmasına rağmen hâlâ TBMM'de kabul edilmeyen 124 sayılı KHK'nın kanuna dönüştürülmemesi başlı başına bir sorun olarak görülebilir. Bu sorunun ortaya çıkışında yalnızca konuya ilişkin yürütme ve yasama organlarının umarsızlığı değil, aynı zamanda akademik çevrelerin ilgisizliği de etkili olmuştur. Nitekim üniversitelerin idari örgütlenmesi; idare hukuku, kamu yönetimi ve yükseköğretim yönetimi alanlarının kesişiminde yer almasına rağmen akademik çalışmalarda araştırma nesnesi olarak yeterince incelenmemiştir.

Öte yandan 124 sayılı KHK, yalnızca kanuna dönüşmemesi açısından değil, üniversitelerin idari örgütlenmesine yönelik normatif

² Turgut Tan, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması ve Sorunlar", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1995, C. 50, S. 1, s. 342.

durum bakımından da eksiklikler barındırmaktadır. Örneğin, mezkûr KHK'nın 26. maddesinde yer alan Kontrolörlük Daire Başkanlığı ve Destek Hizmetleri Daire Başkanlığı, 14.12.1983 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 190 sayılı "Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"ye istinaden alınan, 13 Ağustos 1984 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 84/8360 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile birleştirilmesine rağmen hâlâ KHK metninde yer almaktadır. 24.12.2005 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 5436 sayılı "Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 15/c maddesi gereği üniversitelerde Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı kurulmasına rağmen konuya ilişkin hükümler yükseköğretim idari örgütüne ilişkin hukuki düzenlemelere doğrudan yansımamıştır.

Hâlihazırda üniversitelerin en önemli hedefleri arasında araştırma, geliştirme, uluslararasılaşma ve proje üretme gibi faaliyetlerin yer aldığı ifade edilebilir. Zira bunlar, yükseköğretim genel mevzuatında hukuki dayanağı haiz, akademik camia tarafından genel kabul görmüş, somut ve çağdaş nitelikte hedeflerdir. Söz konusu hedeflere elbette, yalnızca akademik çaba ve süreçlerle erişilememekte, bunun için ayrıca idari nitelikte kadrolara da ihtiyaç duyulmaktadır. Buradan hareketle çalışmada üniversitenin idari örgütlenmesinin zirve makamı olan "genel sekreterlik" ve bu örgütün faaliyetlerinden rektöre karşı sorumlu olan "genel sekreterler" konu edilmektedir. Bu çerçevede, çalışmanın ilk bölümünde üniversite genel sekreterliği kavramsal, tarihsel ve hukuki çerçevelerde ele alınmaktadır. İkinci bölümde genel sekreterlere tanınan hukuki ve mali haklar, üçüncü bölümde ise genel sekreter yardımcılığına ilişkin mevzuat ve uygulamalar incelenmektedir. Son bölümde ise 2024 yılı Mart ayı itibarıyla devlet üniversitelerinde görev yapan genel sekreterlerin profillerine ilişkin verilere yer verilmektedir.

I. KAVRAMSAL, TARİHSEL VE HUKUKİ ÇERÇEVE: ÜNİVERSİTE GENEL SEKRETERLİĞİ

Üniversite genel sekreterliğine karşılık gelen ve başlıca görevleri öğrenci kayıtlarını tutmak ve kurul kararlarını yazmak olan makam, ilk kez Bologna'da ve daha sonra Paris'te "notarius", ardından

Louvain Üniversitesi'ndeki "dictator" kavramları ile tanımlanmıştır.³ Kıta Avrupası ülkelerinde tarihsel olarak, rektöre idari işlerde yardımcı olan ve üniversitelerde bugünkü genel sekretere karşılık gelen amirler, genellikle hukukçular arasından seçilen yetkililer olup "dictator", "notarius", "syndicus", "registrar" gibi isimlerle ifade edilmekteydi.⁴ Bu bağlamda üniversite genel sekreterleri için Avusturya'da "universitätsdirektor", Belçika'da "regierungs commissaris" veya "administrateur", Danimarka'da "administrationchef", Finlandiya'da "förvaltningsdirektor", İsviçre'de kanton üniversitelerinde "administrateur" veya "verwaltungsdirektor", İtalya'da "direttore amministrativo" ünvanları kullanılmakta ve söz konusu makama atama ilgili bakan tarafından yapılmaktadır. İsveç ve Norveç'te ise "universitetsdirektor", bakanlar kurulunca atanmaktadır.⁵

Türkiye'de genel sekreterlik kurumunun teşkili, üniversite reformundan kısa bir süre sonra gerçekleşmiştir. Dolayısıyla reforma hukuki dayanak teşkil eden 31.05.1933 tarih ve 2252 sayılı "İstanbul Darülfünununun İlgasına ve Maarif Vekâletince Yeni Bir Üniversite (İstanbul Üniversitesi) Kurulmasına Dair Kanun" da genel sekreterlik kurumuna yer verilmemiştir. 20.07.1944 tarihli "İstanbul Teknik Üniversitesi Hakkında Kanun" da ise genel sekterlik kurumu ile ilgili bir hüküm bulunmamasına rağmen kanuna ekli kadro cetvelinde "umumi kâtip" adıyla genel sekreterlik kurumuna yer verildiği görülmektedir.

Genel sekreterlik kurumuna yer verilen ilk hukuki düzenleme, 13.06.1946 tarih ve 4936 sayılı Üniversiteler Kanunu'dur. Mezkûr kanunda genel sekreter, "rektörün emrinde ve idare örgütünün başında olan kamu görevlisi" olarak tanımlanmıştır. Üniversite yönetim kuruluna katılma hakkını haiz genel sekreter, üniversite yönetim kurulunun kararı ve rektörün teklifi üzerine Millî Eğitim Bakanı tarafından atanmaktadır. Bu düzenlemeyle birlikte genel sekretere; idari personelin görev dağılımını rektörün onayına sunma, diğer idari personelin atanması konusunda rektöre teklif yapma, bütçe hazırlama ve memur disiplin kurulu başkanlığı yapma yetkileri tanınmıştır.

³ Kemal Gürüz, *Dünyada ve Türkiye'de Yükseköğretim Tarihçe ve Bugünkü Sevk ve İdare Sistemleri*, 2. Baskı, YÖK Yayını: Ankara, 2003, s. 15.

⁴ Kemal Gürüz, s. 61.

⁵ İhsan Doğramacı, *Türkiye'de ve Dünyada Yükseköğretim Yönetimi*, Meteksan: Ankara, 2007, s. 5.

4936 sayılı Kanun'u ilga eden 20.06.1973 tarih ve 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu da genel sekreterle ilgili hükümler ihtiva etmektedir. Bütçe hazırlama dışındaki görev ve yetki tanımı 4936 sayılı Kanun ile örtüşmektedir. Ancak genel sekreterin oy hakkı olmaksızın senatoya ve yönetim kuruluna katılması ve raportörlük görevini ifa etmesi, yönetim kurulunun teklifi üzerine rektör tarafından atanması ve genel sekreterlerin yüksek öğrenim mezunu olma koşulunu sağlaması gibi hususlar, 1750 sayılı Kanun'da ilk kez düzenlenmiştir.

Sekiz yıl sonra, 1750 sayılı Kanun'u ilga eden 04.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda da genel sekreterlik, 1750 sayılı Kanun'a benzer şekilde düzenlenmiştir. 2547 sayılı Kanun'un ilk hâline göre genel sekreterin görev ve yetki tanımı büyük oranda 1750 sayılı Kanun ile örtüşmektedir. İlave olarak ise üniversitenin ita amiri olan rektörün, bu yetkisini genel sekretere devredebilmesi imkânı 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Ayrıca genel sekreterin atanması sürecinde yönetim kurulunun teklif yetkisi, görüş vermek şeklinde yumuşatılmış ve rektörün genel sekreterin atanması konusundaki inisiyatif alanı genişletilmiştir. Bu noktada üniversite genel sekreterlerini atayan rektörlerin atanma usulüne de değinmekte fayda vardır.

13.06.1946 tarih ve 4936 sayılı Üniversiteler Kanunu'nun 12. maddesine göre rektör, fakülte profesör kurullarının bir arada yapacakları toplantıda iki yıl için, ordinaryüs profesör veya profesörler arasından, sıra ile her seçim döneminde farklı bir fakülteden olmak üzere salt çoğunlukla seçilmekteydi. 27.10.1960 tarih ve 115 sayılı Kanun ile rektörün seçim yönteminde basit değişiklikler öngörülmüştür.⁶ 27.07.1967 tarih ve 923 sayılı Kanun ile ise altı asli profesörü olmayan fakültelerden rektör seçilemeyeceği hususu düzenlenmiştir.

4936 sayılı Kanun'u ilga eden 20.06.1973 tarih ve 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu'nun 13. maddesine göre rektörün, her üniversitenin bütün öğretim üyelerinin bir arada yapacakları toplantıda, üç yıl için, üniversitenin aylıklı profesörleri arasından, salt çoğunlukla seçilmesi ilkesi benimsenmiştir.

4936 ve 1750 sayılı Kanunlar rektör belirleme sürecinde ana aktör olarak öğretim üyelerini tespit etmişken 12 Eylül'ün oluşturduğu

⁶ Suna Kavili Arap, "Türkiye'de Rektör Belirleme Süreci ve 'Mütevelli Heyeti' Tartışmaları", *Memleket Siyaset Yönetim*, 2011, C. 6, S. 16, s. 6.

siyasi iklimin tezahürü olarak 2547 sayılı Kanun, ana aktörü Cumhurbaşkanı olarak kurgulamıştır. Gerçekten de 1750 sayılı Kanun'u ilga eden 04.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13. maddesinde üniversite tüzel kişiliğinin temsilcisi olan rektörün; Yükseköğretim Kurulu'nun önereceği yükseköğretimden sonra en az on beş yıl başarılı hizmet vermiş, tercihen devlet hizmetinde bulunmuş, ikisi üniversitelerde görevli profesörlerden olmak üzere dört kişi arasından devlet başkanınca beş yıl için atanması öngörülmekteydi. Üstelik aynı maddede, önerilenlerin atanmadığı ve iki hafta içerisinde yeni adaylar gösterilmediği takdirde devlet başkanınca doğrudan atama yapılması düzenlemesi yer almaktaydı. 17.08.1983 tarih ve 2880 sayılı Kanun ile söz konusu maddede değişiklik yapılarak devlet başkanı ifadesi "Cumhurbaşkanı" olarak değiştirilmiştir.

Yaklaşık dokuz yıl sonra, 07.07.1992 tarih ve 3826 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun'un 13. maddesi tekrar değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikte, 2547 sayılı Kanun'un ilk hâlinin ortaya koyduğu rektör atama sistemi ile 4936 ve 1750 sayılı Kanunlarda öngörülen rektör atama sistemleri harmanlanarak yeni bir rektör atama yöntemi ortaya konulmuştur. Buna göre devlet üniversitelerinde rektör atanması sürecinde hem öğretim üyelerinin seçim yapması hem de Cumhurbaşkanı'nın ataması birlikte uygulanmıştır. Bu çerçevede önce görevdeki rektörün daveti üzerine üniversite öğretim üyeleri tarafından gizli oyla profesör ünvanlıma sahip kişiler arasından seçim yapılır. Ardından her öğretim üyesinin oy pusulasına bir isim yazarak seçtiği en çok oy alan altı kişi, Yükseköğretim Kurulu tarafından üç kişiye indirilerek atanmak üzere Cumhurbaşkanı'na sunulur. 18.06.2008 tarih ve 5772 sayılı Kanun ile söz konusu maddede yapılan değişiklik, yalnızca metni daha anlaşılır bir hâle getirmekten ibarettir.

29.10.2016 tarih ve 676 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve bu kanun hükmünde kararnamenin kabul edilmesine ilişkin 01.02.2018 tarih ve 7070 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile 2547 sayılı Kanun'un rektörün atanmasını düzenleyen 13. maddesi değiştirilmiştir. Bu düzenleme uyarınca devlet üniversitelerinde rektörün, Yükseköğretim Kurulu tarafından önerilecek, profesör olarak en az üç yıl görev yapmış üç aday arasından Cum-

hürbaşkanınca atanması uygulamasına geçilmiştir. Ayrıca söz konusu düzenlemeyle bir aylık sürede önerilenlerden birisinin atanmaması ve Yükseköğretim Kurulu tarafından iki hafta içinde yeni adaylar gösterilmemesi hâlinde Cumhurbaşkanınca doğrudan atama yapılabilmesi benimsenerek, tabiri caizse 2547 sayılı Kanun'un ilk hâline dönülmüştür.

İki yıl sonra, 09.07.2018 tarih ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile ise rektör atanma sürecinde Yükseköğretim Kurulunun yetkisi kaldırılmış ve rektörün devlet üniversitelerine Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanması öngörülmüştür. Cumhuriyet Halk Partisi tarafından üniversitelerin özerkliği, hukuk devleti, kamu yararı ve liyakat ilkeleriyle çeliştiği gerekçesi ve anayasaya aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla söz konusu düzenlemenin iptali yönünde Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi 07.12.2023 ve E.2018/117, K.2023/212 sayılı kararında Cumhuriyet Halk Partisinin anayasaya aykırılık gerekçelerini değerlendirmemiş olmakla birlikte rektörlerin atanmasına ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın İkinci Kısmı'nın Dördüncü Bölümü'nde yer alan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olduğuna işaret etmiştir. Bu çerçevede Anayasa'nın mülga 91. maddesine göre kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemeyecek yasak alanda kalan değişikliğin anayasaya aykırı bir şekilde kanun hükmünde kararnameyle kabul edildiği saptanmış ve bu çerçevede değişikliğin iptal edilip iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından (4 Haziran 2024) başlayarak on iki ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

Rektörlerin atanmasına ilişkin hükümler aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde de düzenlenmektedir. 10.07.2018 tarih ve 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ilk hâlinde rektörlerle ilgili bir düzenleme yer almamaktaydı. 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin yayımlanmasından beş gün sonra yayımlanan 15.07.2018 tarih ve 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 800. maddesi ile 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne eklenen hükümle rektörlerin en az üç yıl profesörlük yapanlar arasından dört yıllık süre için Cumhur-

başkanı tarafından atanması ilkesi benimsenmiştir. Bu düzenlemeden yaklaşık iki ay sonra 13 Eylül 2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 17 sayılı Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile madde metninde yer alan “en az üç yıl” ifadesi madde metninden çıkartılmıştır.

Yükseköğretim mevzuatına ilişkin yukarıdaki değişikliklere bakıldığında rektör atanmasına ilişkin yöntemlerin tarihsel süreç içerisinde sürekli değişikliğe uğradığı görülmektedir. 2018 yılı içerisinde rektör atanma sürecinin dört kez değişikliğe uğramış olması ise ayrı bir eleştiri konusu olmuştur.⁷ Bununla birlikte rektörlerin öğretim üyelerinin oylarıyla seçilmesinin demokrasi ile doğrudan bir bağlantısı olmadığına dair görüşlerle birlikte⁸ bu sistemin üniversiteleri toplumsal taleplerden uzak bir alana taşıdığı eleştirileri de ifade edilmiştir.⁹ Hatta 1992 yılındaki düzenleme ile birlikte öğretim üyelerinin rektör atama sürecine dahil edilmesinin hemen ardından Yükseköğretim Kurulu Başkanı Prof. Dr. İhsan Doğramacı’nın “hocaların kendi yöneticilerini seçmelerini ülke açısından yararlı görmediğine” işaret ederek istifa etmesi de bu bağlamda değinilmesi gereken bir olaydır.¹⁰ Sahip oldukları hak ve yetkilerle üniversitelerin en önemli aktörü olan rektörlerin atanma sürecindeki değişikliklerin, tüm üniversite ekosistemine etki ettiği gibi idari kadrolar ve bunların en üst pozisyonunda yer alan genel sekretere de etki etmesi kaçınılmazdır.

II. GENEL SEKRETERLERE TANINAN HUKUKİ VE MALİ HAKLAR

2547 sayılı Kanun’da süreç içerisinde yapılan değişikliklerle genel sekreterin konumunun güçlendiği ifade edilebilir. Bunlardan ilki,

⁷ Bu düzenlemelerle ilgili ayrıntılı eleştiri için bkz. Kemal Gözler, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Uygulamadaki Değeri: Bir Buçuk Yıllık Bir Bilanço”, www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm, (Yayın Tarihi: 27 Aralık 2019).

⁸ Kemal Gözler, “Cumhurbaşkanı- YÖK Çatışması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001, C. 59, S. 1, s. 37-59; aksi görüş için bkz. Ahmet Battal, “Kemal Gözler’in ‘Cumhurbaşkanı-YÖK Çatışması’ Başlıklı Makalesi Üzerine Notlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001, C. 59, S. 4, s. 69-81.

⁹ Durmuş Günay ve Muharrem Kılıç, “Cumhuriyet Dönemi Türk Yükseköğretiminde Rektör Seçimi ve Atamaları”, *Yükseköğretim Dergisi*, 2011, C. 1, S. 1, s. 37.

¹⁰ Durmuş Günay ve Muharrem Kılıç, s. 38.

14.04.1982 tarih ve 2653 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle genel sekreter hakkında son soruşturma açılması konusunda rektör ve rektör yardımcılarında oluşacak bir kurul tarafından karar verilmesine ilişkindir. 21.01.2010 tarih ve 5947 sayılı Kanun'da öngörülen değişiklikle rektör ve rektör yardımcılarının yanında genel sekreterin de gelir getirici katkılarına bakılmaksızın, üniversite yönetim kurulunun uygun gördüğü birimin döner sermaye hesabından yönetici payı olarak ayrılan tutar üzerinden ek ödeme yapılmasına karar verilmiştir. Her ne kadar genel sekretere gelir getirici katkılarına bakılmaksızın üniversite yönetim kurulunun uygun gördüğü birimin döner sermaye hesabından yönetici payı olarak ayrılan tutar üzerinden ek ödeme yapılması mümkün olsa da bu durum genel sekreter kadrosunda asaleten görevli kamu görevlisi için söz konusudur. Bu görevi vekâleten yürütenler açısından aynı durum söz konusu olmadığı gibi,¹¹ genel sekreter kadrosunu işgal eden kamu görevlisinin genel sekreter kadrosu dışında görevlendirildiği ve bunun üzerine genel sekreterlik görevinin üçüncü bir kişi tarafından vekâleten yürütüldüğü durumlarda; her iki kamu görevlisine de döner sermaye hesabından yönetici payı olarak ayrılan tutar üzerinden ek ödeme yapılması hukuken mümkün değildir.¹² Özetle, bu ödeme sadece asaleten genel sekreterlik görevini yürüten kamu görevlisi açısından söz konusu olabilmektedir.

1971 yılı Ekim ayında İstanbul Üniversitesi, İstanbul Teknik Üniversitesi, Ankara Üniversitesi, Ege Üniversitesi ve Hacettepe Üniversitesi tarafından hazırlanan Üniversiteler Ortak Kanunu Tasarısı'nda, genel sekretere aylığının yüzde yirmisi kadar makam ödeneği verilmesi öngörülmesine rağmen bu husus o dönemde kanun metnine yansımamıştır.¹³ Her ne kadar o dönemde bu talep gerçekleşmemiş olsa da 03.04.1997 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 570 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname" ile üniversite genel sekreterlerine 2.000 göstergeli makam tazminatı

¹¹ Sayıştay Temyiz Kurulu, 2013/39932, 14.02.2018.

¹² Sayıştay Temyiz Kurulu, 2016/43927, 05.12.2018.

¹³ Üniversiteler, Üniversiteler Ortak Kanunu Tasarısı. İstanbul Üniversitesi, İstanbul Teknik Üniversitesi, Ankara Üniversitesi, Ege Üniversitesi ve Hacettepe Üniversitesi tarafından müştereken hazırlanmıştır, (1971), s. 26.

ödenmesine yönelik hüküm 657 sayılı Kanun'a eklenmiştir. Bununla birlikte makam tazminatı genel sekreter kadrosunda asaleten görev yapan kamu görevlileri için öngörülen bir düzenleme olup, genel sekreterlik görevini vekâleten yürütenler açısından makam tazminatı ödenmesi mümkün değildir.¹⁴

30.06.1989 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 375 sayılı "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı ile Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" ile 7.000'den daha düşük göstergeler üzerinden makam tazminatı öngörülen kadrolara atanmış olanlara, 15.000 gösterge rakamını geçmemek üzere Cumhurbaşkanınca tespit edilecek gösterge rakamlarının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucunda bulunacak miktarda görev tazminatı ödenmesi kararlaştırılmıştır. Bu çerçevede mezkûr 570 sayılı KHK hükmü doğrultusunda 03.04.1997 tarihinden itibaren genel sekreterlere makam tazminatı yanında görev tazminatı ödenmesi mümkün olmuştur. Görev tazminatının ödenmesine ilişkin 11.06.2008 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan "Görev Tazminatı Ödenmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı"nın 1. maddesindeki hüküm doğrultusunda genel sekreterlere 8.000 göstergeli görev tazminatı ödenmektedir. Mezkûr Bakanlar Kurulu kararının atıf yaptığı 26.04.2000 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan "Temsil Tazminatı Ödenmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı"nın 4. maddesi uyarınca; 21.01.2010 tarih ve 5947 sayılı Kanun ile üniversite yönetim kurulunun uygun gördüğü birimin döner sermaye hesabından yönetici payı olarak ayrılan tutar üzerinden genel sekretere yapılan ek ödemenin görev tazminatından mahsup edilmesi gerekir. "Görev Tazminatı Ödenmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı"nın 4. maddesinin "görev tazminatı tutarından mahsup edilecek tutarın, görev tazminatının %20'sini geçmesi hâlinde, görev tazminatının %80'i asgari görev tazminatı olarak ödenir" hükmü doğrultusunda, döner sermaye hesabından yönetici payı olarak ayrılan tutar üzerinden genel sekretere yapılan ek ödemenin görev tazminatından

¹⁴ Devlet Personel Başkanlığı'nın 17.03.2017 tarih ve 1630 sayılı görüşü.

fazla olması durumunda, genel sekretere makam tazminatının tamamı değil, %80'i ödenmesi gerekir.¹⁵

Genel sekreterlik makamı görevde yükselme sınavı sonucu atamaya tabi bir makam olmayıp, görevden alınması konusunda da ilave kanuni bir prosedür öngörülme- yen bir alanda kalmaktadır. Bununla birlikte idari yargı organlarının genel sekreterin görevden alınması konusunda güvence teşkil edecek birtakım içtihatlar ortaya koyduğu görülmektedir. Genel sekreterin görevden alınması süreciyle ilgili idare ve bölge idare mahkemelerinin farklı yönde verdiği kararlar mevcuttur. Bununla beraber 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 46. maddesinin "...*daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davalarının...*" Danıştay'da temyiz edilebileceğine dair hüküm doğrultusunda genel sekreterlerin görevden alınmasına veya naklen atanmasına ilişkin davalarda nihai karar mercii Danıştay olmaktadır.

İdare hukukunun en temel ilkelerinden birisi de yetki ve usulde paralellik ilkesidir. Bu ilke, tesis edilen bir idari işlemin geri alınması, değiştirilmesi veya kaldırılması sürecinde aynı yetkililer tarafından aynı usulün uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Genel sekreter, her ne kadar rektör tarafından atansa da yukarıda ifade edildiği gibi atanması sürecinde üniversite yönetim kurulunun görüşü alınmaktadır. Bu çerçevede, genel sekreterin görevden alınması sürecinde, atanma sürecindeki gibi üniversite yönetim kurulunun görüşünün alınması zorunlu olup, aksi yönde uygulamalar Danıştay tarafından hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir.¹⁶

Danıştay, rektör ve üniversite yönetim kurulunun genel sekreterin görevden alınması konusunda takdir yetkisinin geniş olduğuna işaret ederek, genel sekreterin görevden alınmasına gerekçe teşkil eden disiplin cezasının idare mahkemesi tarafından iptal edilmesi¹⁷ veya ceza soruşturmasının beraat ile sonuçlanması¹⁸ durumlarında dahi, kanun-

¹⁵ Sayıştay 8. Daire, 2023/284-2, 27.04.2023.

¹⁶ Danıştay 2. Daire, 15/09/2021 tarih ve E: 2021/15705, K: 2021/2712.

¹⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 24/03/2021 tarih ve E: 2020/2986, K: 2021/582.

¹⁸ Danıştay 2. Daire, 02/07/2020 tarih ve E: 2020/572, K: 2020/2052.

da belirtilen usule uyulmak şartıyla, genel sekreterin görevden alınmasında bir hukuka aykırılık görmemektedir. Bununla beraber Danıştay, genel sekreterin görevden alınması sürecinde apaçık mobbing benzeri uygulamalar varsa, genel sekreterin görevden alınmasına ilişkin idari işlemleri iptal etme eğilimindedir.¹⁹

III. GENEL SEKRETER YARDIMCILIĞI

124 sayılı KHK, 2547 sayılı Kanun'dan farklı olarak üniversite idari örgütünün başı ve bu örgütün çalışmasından rektöre karşı sorumlu makam olarak genel sekretere en çok iki yardımcı atanabilmesini öngörmüştür. KHK metninde bu konuda açık hüküm olmamakla birlikte 2547 sayılı Kanun'un 52. maddesinin genel sekreter, daire başkanları ve müdürlerin yönetim kurulunun görüşü alınarak rektör tarafından atanacağına dair hüküm doğrultusunda; genel sekreter yardımcılarının yönetim kurulunun görüşü alınarak rektör tarafından atanacağı ifade edilebilir.

2547 sayılı Kanun veya 124 sayılı KHK genel sekreter yardımcılığına atanmak için sarih bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı İdari İşler Başkanlığı, 06.11.2018 tarihli ve 74073113-010.99-E.138965 sayılı yazısı ile, 09.07.2018 tarihli ve 30473 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 703 sayılı "*Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*"nin 172. maddesi ile 657 sayılı Kanun'un 68. maddesi hükümleri çerçevesinde, devlet memurlarının kazanılmış hak aylık derece ve kademesinde değerlendirilen hizmet süreleri esas alınmak suretiyle, genel sekreter yardımcılığına atanmak için beş yıllık hizmet süresinin zorunlu olduğuna karar vermiştir.

Ek ödeme, özel hizmet zammı, iş gücü zammı, teminde güçlük zammı bağlamında genel sekreter yardımcısı ile daire başkanı arasında bir denklik olmasına rağmen ek gösterge anlamında genel sekreter yardımcısı aleyhinde dengenin bozulmuş olması oldukça dikkat çekici bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. 124 sayılı KHK'nın sistematığı, idare hukuku ve kamu yönetimi ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda üniversite idari örgütü açısından genel sekreter, genel sekreter

¹⁹ Danıştay 2. Daire, 22/10/2020 tarih ve E: 2020/516, K: 2020/3123.

yardımcısı, daire başkanı şeklinde bir hiyerarşik modelin öngörüldüğü açıktır. Gerçekten de uygulamada üniversite idari örgütlenmesinin işleyişi göz önünde bulundurulduğunda daire başkanlıklarının genel sekreter yardımcıları aracılığıyla genel sekretere bağlı olduğu görülmektedir. Bu çerçevede mali haklar açısından hiyerarşik kademeler arasında bir artış ya da en azından eşitlik durumunun söz konusu olması gerekmektedir.

Genel sekreter, mali hakları açısından genel sekreter yardımcısı ve daire başkanına karşı üstün konumda olmasına rağmen bu denge genel sekreter yardımcısı ve daire başkanı arasında bozulmuş durumdadır. 24.05.2013 tarih ve 6487 sayılı *"Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"* ile 657 sayılı Devlet Memurların Kanunu'nda değişiklik yapılmadan önce genel sekreter yardımcısı ile daire başkanının ek göstergeleri aynı (3000) idi. Mezkûr kanunla yapılan değişiklik ile daire başkanının ek göstergesi 3600'e yükseltilmekle birlikte genel sekreter yardımcısının ek göstergesinde bir değişiklik yapılmamıştır. Bu değişikliğin ardından oluşan durum eğitim, öğretim ve bilim hizmet kolunda faaliyet gösteren sendikalar tarafından istikrarlı bir şekilde eleştirilmiştir. Bunun yanında 25.08.2017 tarih ve 30165 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan *"Kamu Görevlilerinin Geneline ve Hizmet Kollarına Yönelik Mali ve Sosyal Haklara İlişkin 2018 ve 2019 Yıllarını Kapsayan 4. Dönem Toplu Sözleşmesinin Eğitim, Öğretim ve Bilim Hizmet Koluna"* ilişkin kısmın 13. maddesinde genel idari hizmet sınıfına dâhil üniversite daire başkanlığı için ilgili mevzuatta öngörülen ek gösterge rakamının üniversite genel sekreter yardımcılığını da kapsamına yönelik çalışma yapılması öngörülmüştür. Devlet memurlarının ek göstergelerinde oldukça kapsamlı bir değişiklik öngören 01.07.2022 tarih ve 7417 sayılı *"Devlet Memurları Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"* ile daire başkanının ek göstergesi 4200'e yükseltilmesine rağmen genel sekreter yardımcısının ek göstergesi 3600'e yükseltilmiş ve yukarıda ifade edilen sorun giderilmemiştir.

Genel sekretere gelir getirici katkılarına bakılmaksızın üniversite yönetim kurulunun uygun gördüğü birimin döner sermaye hesabından yönetici payı olarak ayrılan tutar üzerinden ek ödeme yapılmasının mümkün olduğu yukarıda ifade edilmişti. Aynı durum genel

sekreter yardımcısı için söz konusu değildir. Genel sekreter yardımcısı rektör tarafından 2547 sayılı Kanun'un 13/b-4 maddesi doğrultusunda döner sermaye gelirlerinin elde edildiği birimlere görevlendirilse dahi, yukarıda ifade edilen ve sadece genel sekretere yönelik öngörülen hüküm çerçevesinde, genel sekreter yardımcısına bir ek ödeme yapılması hukuken mümkün değildir.²⁰

Tablo 1: Devlet Üniversitelerinin Genel Sekreter Yardımcısı Sayısına Göre Dağılımı

Genel Sekreter Yardımcısı Sayısı	Üniversite Sayısı	Dağılım Oranı
0	12	%9,30
1	36	%27,91
2	70	%54,26
3	9	%6,98
4	2	%1,55

Tablo 1'de çalışmaya konu üniversiteler genel sekreter yardımcısı sayısına göre incelenmiştir. Bu üniversitelerin %91,47'inde kanuni hadde uygun olarak en çok iki genel sekreter yardımcısı atanmışken, üniversitelerin %8,53'ünde ise kanuni haddin üzerinde ikiden fazla genel sekreter yardımcısı atandığı görülmektedir. Uygulamada tedviren atama ile gerekçelendirilen kanuni haddi aşan sayıda genel sekreter yardımcısı görevlendirilmesine yönelik bu uygulamanın yaygınlaşmasının birçok sakıncayı beraberinde getireceği ifade edilebilir.

İkiden fazla genel sekreter yardımcısı bulunan üniversitelerde, bu konuda iki ihtimalin bulunduğu söylenebilir. Ya genel sekreter yardımcılarının tümü 2547 sayılı Kanun'un 13/b-4 maddesi uyarınca tedviren görevlendirilmiş olmalı ya da genel sekreter yardımcılarının bir kısmı asil, bir kısmı ise vekil olmalıdır. Özellikle ikinci ihtimal açısından, iki asil genel sekreter yardımcısının bulunduğu bir üniversitede, vekil genel sekreter yardımcılığının hukukiliği tartışmalı olabilecektir. Yine tedviren görevlendirilmiş bir genel sekreter yardımcısı, genel sekretere vekâlet edebilecek midir? Bu çerçevede, 124 sayılı KHK'ya

²⁰ Sayıştay Temyiz Kurulu, 2014/43521, 2.12.2020; Sayıştay Temyiz Kurulu, 2015/42614, 23.09.2020; Sayıştay Temyiz Kurulu, 2014/40688, 01.03.2017; Sayıştay Temyiz Kurulu, 2013/39932, 14.02.2018; Sayıştay Temyiz Kurulu, 2013/40012, 14.02.2018; Sayıştay Temyiz Kurulu, 2014/43521, 27.06.2018; Sayıştay Temyiz Kurulu, 2013/40012, 05.12.2018; Sayıştay Temyiz Kurulu, 2016/44981, 23.09.2018.

aykırı şekilde üniversitelerde ikiden fazla genel sekreter yardımcısı atama uygulaması ile zorunluluk dışında tedviren görevlendirme usulünün yaygınlaşmasının bu şekilde hukuksal sorun ve tartışmalara yol açacağı açık bir şekilde görülmektedir.

Arapça kökenli tedvir kelimesinden türeyen tedviren atama ve görevlendirme sözlük anlamı itibarıyla şu şekilde tanımlanmıştır. Tedvir; yönetme, çekip çevirme, çevirme; tedviren; devretmek üzere; tedviren atama/görevlendirme; boş bir kadroya asıl olarak atanma şartlarını taşımayanların daha sonra devretmek üzere o kadroda görevlendirilmesi olarak tanımlanmaktadır.²¹ Herhangi bir kanuni dayanağı olmayan²² tedviren atamanın en temel hukuki dayanağı 17 Mayıs 1987 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 99 Seri Numaralı Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinin 2. maddesinde yer alan "*asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı takdirde, hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görevin öncelikle varsa yardımcıları yoksa asilde aranan şartlara en yakın personel tarafından tedviren gördürülmesi mümkün görülmektedir*" ifadesidir. Her şeyden önce kanuni idare ilkesine aykırı olan tedviren atama usulü²³, boş bir kadroya yapılan bir atama/görevlendirmeyi ifade eder. Bu çerçevede ikiden fazla genel sekreter yardımcısı atama usulünde boş bir kadro durumu söz konusu olmadığı için bu atamaların tedviren atama olarak değerlendirilmesi de hukuken mümkün değildir.

Bununla birlikte kanuni haddin üstünde atama konusu genel sekreter yardımcılığına özgü olmayıp, benzer bir durum rektör yardımcılığı için de söz konusu olabilmektedir. Gerçekten de 2547 sayılı Kanun, merkezi açık öğretim yapmakla görevli üniversiteler için beş, diğerleri için üç rektör yardımcısını azami sayı olarak tespit etmesine rağmen bu sınırı aşan sayıda rektör yardımcısı atandığı da uygulamada görülen bir diğer husustur.

Bu tür uygulamaların hukuka aykırılığına işaret edilmekle beraber, bazı üniversiteler açısından idari personel/akademik personel/

²¹ <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 10.03.2024.

²² Selman Sacit Boz, "Tedviren Görevlendirme Usulünün Hukukiliği ve Sonuçları", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, C. 13, S. 1, s. 197.

²³ Ayşe Aslı Yücesoy, "Kanuni İdare İlkesi Çerçevesinde Tedviren Görevlendirme Usulü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 26, S. 1, s. 143.

öğrenci sayıları bağlamında oluşan iş yükünün ikiden fazla genel sekreter yardımcısı atanması ihtiyacını ortaya çıkardığı göz önünde bulundurulduğunda, genel sekreter yardımcısı sayısının artırılmasının idari personel/akademik personel/öğrenci sayıları gibi kriterlere bağlanmasına yönelik kanuni düzenleme yapılması hususu düşünülebilir.

IV. AKADEMİSYEN GENEL SEKRETERLERİN PROFİLİ

Çalışmada elde edilen bulgular çerçevesinde; Türkiye'deki devlet üniversitelerinde genel sekreterlik makamını işgal edenlerin %64,34'ünün idari kadrolarda görev yapanlardan, %35,66'sının ise akademik personel arasından atandığı görülmektedir. Konuyla ilgili diğer bir çalışmada²⁴, araştırmanın gerçekleştirildiği Kasım 2021-Şubat 2022 tarih aralığı itibarıyla devlet üniversitelerinde görev yapan genel sekreterlerin %40'ünün akademisyen olduğu tespit edilmiştir. Buradan hareketle devlet üniversitelerinde genel sekreterlik makamına akademik personel arasından görevlendirme yapma eğiliminin, benzer bir oranda devam ettiği sonucuna ulaşılabilir.

Tablo 2: Devlet Üniversitelerindeki Genel Sekreterlerin Personel Kategorisine Göre Dağılımı

Personel Kategorisi	Genel Sekreter Sayısı	Dağılım Oranı
Akademik	46	%35,66
İdari	83	%64,34

Genel sekreterin atanması ile ilgili paydaşlar açısından en çok itiraz edilen konuların başında bu göreve akademik personelin atanması gelmektedir.²⁵ Yukarıdaki verilere bakıldığında uygulamada bu duruma

²⁴ Nalan Sabır Taştan & Kürşat Taştan, "Yetkinliğe Dayalı İnsan Kaynakları Yönetimi ve Üniversite Genel Sekreterleri", 2. Ahi Evran International Conference on Scientific Research, 21-23 Ekim 2022, s. 552.

²⁵ Eğitim-Bir-Sen, Eğitim Çalışanlarının Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara, 2017, s. 70; Üniversite İdari Personel Sendikası, Yükseköğretim İdari Kurulu Biran Önce Kurulmalıdır..., <https://www.unipersen.org.tr/y%C3%B6ki-darikurul>, Erişim Tarihi: 11.04.2024.; Türk Eğitim-Sen, Yükseköğretim Kurumları ile İlgili Taleplerimiz, <https://turkegitimsen.org.tr/yuksekogretim-kurumlari-ile-ilgili-taleplerimiz/>, Erişim Tarihi: 11.04.2024.; İrfan Hatipoğlu, "Üniversitelerde İdari Personelin Sorunları ve Çözüm Önerileri", Türk Eğitim-Sen Cumhuriyetimizin 100. Yılına Doğru Üniversite Vizyonumuz Sempozyumu, 16-18 Nisan, 2010, s.164.

sıklıkla başvurulduğu görülmektedir. Her şeyden önce genel sekreterlik kurumuna idari personel yerine akademik personelin atanması, kuruma uzun süre emek veren idari personelin kendini değersiz hissetmesine sebep olması yönünden motivasyon kırıcı bir unsur olarak görülebilir. Diğer taraftan saf idari hizmetleri²⁶ yürütmekle görevli genel sekreterlik görevine bilim alanı tamamen farklı bir akademisyenin getirilmesi uzmanlaşma ilkesi ile ciddi bir çelişki içerisindedir. Uzmanlık veya akademik çalışma alanı genel sekreterliğin görev alanı dışında olan akademisyenlere yasal ve sosyolojik zeminde yüklenen misyona ek olarak, birçok birimden müteşekkil büyük bir tüzel kişilik olan üniversitelerin en üst idari makamının teslim edilmesinin ne kadar rasyonel olduğu tartışmalıdır. Bunun yanında, üniversite idari birim yöneticilerinin akademisyenler arasından görevlendirilmesi uygulaması, akademik kariyerin kişiyi her bakımdan yetkin kılacağı gibi bir algının oluşmasına da neden olmaktadır. Hâlbuki akademi dışındaki memuriyet, bilgi birikiminden ziyade tecrübenin gerekli olduğu bir sahadır. Bu yönüyle akademisyenlikten ayrılmaktadır. Dolayısıyla, birbirinden tamamıyla farklı bu iki görevin, tek bir kişide toplanmasındaki kamu yararı tartışmaya açıktır.

Üniversitelerde genel sekreterlik makamına akademik personel arasından görevlendirme yapılması uygulaması, diğer yasallıktan uzak tedviren görevlendirmelerde olduğu gibi, yargı makamları önüne gelmedikçe herhangi bir sorun teşkil etmemekte ve devam etmektedir. Bu nedenle konunun yasal zeminin ötesinde bilim ve üniversite politikası temelinde tartışılması ve elde edilecek neticeler çerçevesinde gerekli tedbirlerin alınması hususu düşünülmelidir.

Yaygın bir akademisyen genel sekreter uygulamasının, çalışmanın genelinde ifade edildiği üzere, hukuki formülasyonu itibarıyla tedviren veya vekâleten görevlendirmeye dayanması hasebiyle, üniversite idari yapılanmasının zirve makamı olan genel sekreterliğin, fiiliyatta geçici bir kadro olarak algılanmasına yol açtığı ileri sürülebilir. Zira bu görevlendirmelerin, 2547 sayılı Kanun'un 13/b-4 maddesi uyarınca yapıldığı açıktır. Bu hüküm rektöre, üniversitede görevli öğretim

²⁶ Yunus Anıl Ay, "Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 Sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 8, S. 2, s. 283.

elemanlarının ve diğer personelin görev yerlerini değiştirmek veya bunlara yeni görevler vermek yetkisini tanımaktadır. Ancak madde hükmünde herhangi bir sınırlama öngörülmemesine rağmen, rektöre tanınan takdir yetkisinin, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması ve geçici/sürekli olması ilkelerinin Danıştay tarafından benimsendiği görülmektedir.²⁷ Uygulamada akademisyen genel sekreter görevlendirilmesi yoluna yaygın bir şekilde başvurulmasının, genel sekreterlik makamı ile ilgili yasal düzenlemeleri işlevsiz kılacağı ve ayrıca makamın ciddiyetini zedeleyeceği de düşünülebilir.

Üniversite genel sekreterinin akademisyenler arasından görevlendirilmesi eğiliminin bir diğer sakıncası, “*tedviren görevlendirme*” usulünün hukuken tartışmalı bir kurum olmasıyla da ilgilidir. Yukarıda da temas edildiği üzere tedvir usulü, kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesine aracılık eden, geçici ve istisnai durumlarda başvuru olan bir yol olarak kabul edilmektedir.²⁸ Tablo 2’de yer alan sonuç, istisnai olarak kullanılması gereken bir yolun, esas hâline getirildiğini göstermektedir. İdarenin takdir yetkisinin sınırlarını zorlayan bu uygulamanın, keyfiliğe kapı aralayacağı ve Türk üniversite örgüt yapısının dinamiklerini ciddi şekilde zedeleyebileceğini düşündürmektedir.

Akademik personel arasından atanan genel sekreterlerin ünvanlara göre dağılımı Tablo 3’te verilmiştir. Bu tablodaki veriler incelendiğinde, akademisyen genel sekreterlerin %41,30’unun profesör, %36,96’sının doçent, %17,39’unun doktor öğretim üyesi ve %4,35’inin de öğretim görevlilerinden oluştuğu görülmektedir.

Tablo 3: Devlet Üniversitelerindeki Akademisyen Genel Sekreterlerin Ünvanlara Göre Dağılımı

Ünvan	Genel Sekreter Sayısı	Dağılım Oranı
Profesör	19	%41,30
Doçent	17	%36,96
Doktor Öğretim Üyesi	8	%17,39
Öğretim Görevlisi	2	%4,35

²⁷ Danıştay 2. Daire, 11/04/2018 tarih E:2018/305, K: 2018/2505; Danıştay 2. Daire 02/03/2022 tarih E: 2021/17430, K: 2022/936.

²⁸ Danıştay 5. Daire, 14/12/2004 tarih ve E: 2001/1374, K: 2004/5356.

2547 sayılı Kanun'un 3/m maddesine göre, profesör, doçent ve doktor öğretim üyeleri öğretim üyesi kavramı altında toplanmıştır. Öğretim üyelerinin görevleri ise, aynı kanunun 22. maddesinde sıralanmıştır. İlgili madde hükmü uyarınca ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim - öğretim faaliyetinde bulunmak ile yükseköğretim kurumlarında, bilimsel araştırmalar ve yayınlar yapmak öğretim üyelerinin önemli iki asli görevidir. Bu görevlerden ilki 2547 sayılı Kanun'un 36/3. maddesi uyarınca haftalık belirli saatlik bir ders yükünün doldurulmasını zorunlu kılmaktadır. İkinci görev ise akademisyenleri diğer kamu görevlilerinden ayırmaya yarayan kıstasa işaret etmektedir. Örneğin, öğretim üyesinin bilimsel çalışma ve yayın yapma görevinin belirli bir mahal ve zamanla sınırlanamayacağına Danıştay tarafından içtihat olarak benimsenmesi bu ayrımın göstergelerinden birisidir.²⁹ Doktor öğretim üyelerini, doçent ve profesör kadrolarından ayıran unsur ise bu kadronun 2547 Sayılı Kanun'un 23. maddesi hükmü uyarınca süreli atamaya tabi olmasıdır. Bunun dışında, 2547 sayılı Kanun'un 22. maddesinde hüküm altına alınan görevler doktor öğretim üyeleri açısından da geçerlidir. Öğretim görevlilerinin ana görevlerinin ise, 2547 sayılı Kanun'un 31. maddesi uyarınca, yükseköğretim kurumlarında ders vermek şeklinde belirtildiği görülmektedir. Netice olarak, akademisyen genel sekreterlerin büyük çoğunluğunu oluşturan doçent ve profesörlerin tecrübe ve birikimlerini bilime hasretmeleri, doktor öğretim üyelerinin üniversiteler arasında değişmekle beraber yeniden atama kriterlerini yerine getirmeleri, öğretim görevlilerinin ise ders vermeleri kanuni bir zorunluluktur. Bunun yanında söz konusu bu görevlerin akademik özgürlük içerisinde yerine getirilmesinin devlet tarafından temin edilmesi de büyük bir önem taşımaktadır. Zira akademik özgürlüğün korunması için gerekli ortamları yaratamayan toplumların gelecekte ciddi kayıpları göze alması gerektiği ifade edilmektedir.³⁰

Yukarıda temas edildiği üzere, akademisyenlik ve akademisyenlik dışındaki memuriyet, nitelikleri ve kendisinden beklenenler noktasında farklılık arz etmekte ve her iki görevin tek bir kişide toplanması

²⁹ Danıştay 8. Daire, 29/01//2018 tarih E: 2013/11579, K: 2018/372.

³⁰ Tokay Gedikoğlu, "Yükseköğretimde Akademik Özgürlük". *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, 2013, C. 3, S. 3, s. 181.

birçok sakıncayı beraberinde getirmektedir. Ancak uygulamada bu şekilde bir eğilimin bulunması nedeniyle, çalışma kapsamında Türkiye’deki devlet üniversitelerindeki akademisyen genel sekreterlerin doçentlik temel alanları da incelenmiştir. Buna göre, akademisyen genel sekreterlerin doçentlik temel alanına göre dağılımı Tablo 4’te verilmiştir.

Tablo 4: Devlet Üniversitelerindeki Akademisyen Genel Sekreterlerin Doçentlik Temel Alanına Göre Dağılımı

Doçentlik Temel Alanı	Genel Sekreter Sayısı	Dağılım Oranı
Sosyal, Beşerî ve İdari Bilimler	13	%28,26
Mühendislik	11	%23,91
Sağlık Bilimleri	8	%17,39
Eğitim Bilimleri	4	%8,70
Fen Bilimleri ve Matematik	3	%6,52
İlahiyat	3	%6,52
Spor	2	%4,35
Hukuk	1	%2,17
Filoloji	1	%2,17
Güzel Sanatlar	1	%2,17

Eğitim, öğretim ve bilim hizmet kolunda faaliyet gösteren sendikalar, genel sekreterlik makamına akademisyenlerin atanmasına prensip olarak karşı çıkmakla birlikte, bu makama akademik personel atanacaksa bile, atamanın en azından kamu yönetimi, idare hukuku, yükseköğretim yönetimi gibi genel sekreterliğin görev alanı ile ilgili bilim alanlarında çalışma yapan akademisyenler arasından yapılabileceğini ifade etmektedir.³¹

Tablo 4 incelendiğinde akademisyen genel sekreterlerin %28,26’sının doçentlik temel alanı, sosyal, beşerî ve idari bilimlerdir. Bunu %23,91 ile mühendislik, %17,39 ile ise sağlık bilimleri takip etmektedir. Söz konusu tablodaki bu veriler, yukarıda yer verilen iddiaları destekler niteliktedir. Zira sosyal, beşerî ve idari bilimler ile hukuk temel alanları hariç tutulduğunda, akademisyen genel sekreterlerin büyük çoğunluğunun hukuk ve yönetim bilimlerine temas etmeyen alanlarda akademik kariyer yaptığı görülmektedir. Bir akademik personele

³¹ Eğitim-Bir-Sen, Eğitim Çalışanlarının Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara, 2017, s. 70.

kendi uzmanlık alanı dışında bir iş gördürülmesi durumunda, söz konusu akademik personelin her iki vazifesinde de ne oranda başarılı olacağı konusu tartışmalıdır.

Esasen ve kural olarak genel sekreterlerin idari personel arasından atanması gerekir. Diğer taraftan uygulamada akademisyen genel sekreterlerin sayısının azımsanmayacak düzeyde olması, rektörler tarafından bunun bir tercihten ziyade ihtiyaç olarak görüldüğüne işaret etmektedir. Çalışmada bütüncül olarak ifade edildiği üzere akademisyen genel sekreterler asaleten değil vekâleten atanmakta ve genel sekretere tanınan ilave mali haklardan (döner sermaye, makam tazminatı, görev tazminatı) yararlanamamaktadır. İlaveten 2547 sayılı Kanun, rektör, rektör yardımcısı, dekan ve enstitü ile yüksekokul müdürlerinin ders verme yükümlülüğünü ortadan kaldırmışken, başhekimler, dekan yardımcısı, enstitü ve yüksekokul müdür yardımcısı ve bölüm başkanları için beş saate düşürmüştür. Görüldüğü üzere akademisyen genel sekreterler için ders yükü bağlamında da bir düzenleme söz konusu değildir. Uygulamada var olan bu duruma hukuki dayanak sağlamak amacıyla, akademisyen genel sekreter atanmasının, paydaşların görüşleri doğrultusunda kamu yönetimi, idare hukuku, yükseköğretim yönetimi gibi genel sekreterliğin görev alanı ile ilgili bilim alanlarında çalışma yapan akademisyenler arasından atanması şeklinde sınırlayan veya belli bir süre kamu yöneticiliği veya belli bir süre akademik yöneticilik (rektör yardımcısı, dekan, enstitü müdürü, yüksekokul müdürü, meslek yüksekokul müdürü) yapma şartına bağlayan düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirilmesi hususu göz önünde bulundurulmalıdır.

Tablo 2'de gösterilen 46 akademisyen genel sekreterin bu görevlerinden önceki akademik yöneticilik (rektör yardımcılığı, dekanlık, enstitü müdürlüğü, meslek yüksekokulu/yüksekokul müdürlüğü) görevlerinde bulunma durumu Tablo 5'te gösterilmiştir. Bir akademisyen genel sekreter, aşağıda belirtilen akademik yöneticilik görevlerinden birden fazlasında bulunmuş ise daha kıdemli olduğu değerlendirilen³² görev tablosu yansıtılmış, diğer/ diğerleri ise ihmal edilmiştir.

³² Kıdem sıralaması olarak rektör yardımcılığı, dekanlık, enstitü müdürlüğü, meslek yüksekokulu/yüksekokul müdürlüğü sıralaması takip edilmiştir

Tablo 5: Devlet Üniversitelerindeki Akademisyen Genel Sekreterlerin Akademik Yöneticilik Deneyimi

İdari Görev	Genel Sekreter Sayısı	Oran
Rektör Yardımcılığı	5	%10,87
Dekanlık	1	%2,17
Enstitü Müdürlüğü	1	%2,17
MYO / Yüksek Okul Müdürlüğü	14	%30,43

Çalışmada bütüncül olarak ifade edildiği üzere akademisyen genel sekreter atanması birçok açıdan tartışmaya açıktır. Akademisyen genel sekreter uygulamasının sakıncalarını kısmen de olsa azaltacak unsurlardan biri, bu göreve atanacak olan akademisyenlerde rektör yardımcılığı, dekanlık, enstitü müdürlüğü ve meslek yüksekokulu/ yüksekokul müdürlüğü gibi akademik yöneticilik tecrübesinin aranması olduğu ifade edilebilir. Tablo 5'teki veriler, akademisyen genel sekreterlerin yarısından çoğunun, idari anlamda tecrübe sağlama imkânı verebilecek olan rektör yardımcılığı, dekanlık, enstitü müdürlüğü ve meslek yüksekokulu/ yüksekokul müdürlüğü gibi görevlerde hiç bulunmadan genel sekreterlik görevine atandığını göstermektedir.

Çalışma kapsamında Türkiye'deki devlet üniversitelerinde genel sekreterlik makamını işgal eden kişilerin cinsiyet dağılımı da incelenmiş ve buna ilişkin bilgiler Tablo 6'da verilmiştir.

Tablo 6: Devlet Üniversitelerindeki Genel Sekreterlerin Cinsiyete Göre Dağılımı

Cinsiyet	Genel Sekreter Sayısı	Dağılım Oranı
Erkek	125	%96,90
Kadın	4	%3,10

Tablo 6'daki veriler incelendiğinde, devlet üniversitelerinde sadece dört kadın genel sekreterin bulunduğu görülmektedir. Cinsiyet bakımından genel sekreterlik makamı özelindeki bu dengesiz dağılımın, üst kademelerde kadın istihdamındaki genel durumun üniversite idari örgütündeki görünümü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Literatürde de iş hayatının farklı boyutlarında gerçekleştirilen çalışmalarda benzer sonuçlara ulaşılmıştır. Türkiye'de ve dünyada çalışma

yaşamında kadınların sayısının giderek arttığı,³³ ancak gerek ülkemizde gerekse de gelişmiş ülkelerde iş gücündeki kadın sayısındaki artış oranının üst pozisyonlardaki kadın artış oranıyla örtüşmediği ifade edilmektedir.³⁴ Dolayısıyla Tablo 6'daki verilerin literatürde yer alan savları desteklediği söylenebilir. Benzer verilere yükseköğretim kurumları ile ilgili yapılan çalışmalarda da rastlamak mümkündür. Bu çerçevede yapılan diğer bir çalışmada³⁵, Türk akademik yaşamı içerisinde üst kademelere çıktıkça kadınların oransal değerinin azaldığı tespit edilmiştir. Çalışmanın kapsamı dışında olmakla beraber, Tablo 6'daki reel durumun nedenlerinin, toplumsal cinsiyet eşitliği ve cam tavan sendromu bağlamlarında ayrı bir araştırma konusu olması gerektiği değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Anayasa'nın 130. maddesinde hüküm altına alındığı şekilde, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yaparak ülkeye ve insanlığa hizmet etme misyonuna sahip olan üniversitelerin bu misyonu yerine getirebilmeleri için sağlam bir idari altyapıya sahip olmaları gereklidir. Üniversitelerin idari yapısı ve bu yapının alt birimleri 124 sayılı KHK ile belirlenmiştir. İdari ve mali işler, yapı işleri, kütüphane, personel, bilgi işlem gibi birbirinden farklı fonksiyonları yerine getiren birimlerin zirve makamında ise genel sekreter bulunmaktadır. Bu şekilde farklı farklı uzmanlık alanlarından müteşekkil bir yapının zirve makamı olmanın doğal sonucu olarak da genel sekreterin liyakat ilkesine uygun olarak belirlenmesi gerekli görülmektedir. Başta Anayasa, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 124 sayılı KHK ve yükseköğretim örgütünü hüküm altına alan tüm mevzuatın ruhunun da bunu gerektirdiği açıktır. Aksi durumda, üniversitelerden beklenen kamu hizmetinin sürekliliği ve niteliğinin sekteye uğrama olasılığının artacağı savunulabilir.

³³ Edip Örucü & Recep Kılıç & Taşkın Kılıç, "Cam Tavan Sendromu ve Kadınların Üst Düzey Yönetici Pozisyonuna Yükselmelerindeki Engeller: Balıkesir İli Örneği", *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 2007, C. 14, S. 2, s. 133.

³⁴ Neslihan Derin, "Dünyadan ve Türkiye'den Örneklerle Cam Tavan Sendromu", *Birey ve Toplum Sosyal Bilimler Dergisi*, 2020, C. 10, S. 2, s. 148.

³⁵ Hava Tahtaloğlu, "Türkiye'de Yükseköğretim Kurumlarında Cam Tavan Sendromunun Kadınlar Üzerindeki Etkileri", *Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 9, S. 2, s. 101.

Bu çalışmada, üniversite genel sekreterlik makamı tarihsel ve hukuksal açıdan ele alındıktan sonra, 2024 yılı Mart ayı itibarıyla devlet üniversitelerinde göreve devam eden genel sekreterlere ilişkin profil verilerinin ortaya koyulması amaçlanmıştır. Bu bağlamda öncelikle, genel sekreterlerin atanma usulleri ile atamadan önceki görevleri ortaya koyulmuş ve değerlendirilmiştir. Araştırma kapsamında Türkiye’de devlet üniversitelerinde genel sekreterlik makamını işgal edenlerin %35,66’sının akademisyen olduğu tespit edilmiştir. Bu oranın azımsanmayacak ölçüde yüksek olduğu ortadadır. Ayrıca bu atamaların tedviren yapıldığı gerçeği karşısında, esasen hukuki dayanağı tartışmalı olan ve istisnai olarak uygulanması gereken tedviren görevlendirme usulünün Türk devlet üniversitelerinde sınırlarının zorlandığı çıkarımında bulunmak mümkündür. Dahası bu tespit, birçok üniversitede genel sekreterlik kadrosunun boş tutulduğunun da bir göstergesidir. Kanuni idare ilkesine aykırı olduğu değerlendirilen bu durumun nedenlerinin araştırılması çalışma kapsamının dışında olmakla birlikte, bu durumun üniversitelerden beklenen kamu hizmetini sekteye uğratma ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır. Bu ihtimal, akademisyen genel sekreterlerin doçentlik temel alanlarına göre dağılımının tespiti ile belirgin hâle gelmektedir. Zira akademisyen genel sekreterlerin büyük çoğunluğunun hukuk ve yönetim bilimlerine temas etmeyen alanlarda akademik kariyer yapmış olması, hukukiliğin yanında yönetim bilimi ve liyakat temelleri açısından da tartışılması gereken bir konudur. Konuya akademik personelin görevleri açısından bakıldığında da kamu hizmetinin niteliğinin sekteye uğraması ihtimali ile karşı karşıya kalınması olasıdır. Zira mesaisini eğitim-öğretim ile bilime hasretmesi beklenen akademisyenlerin emeklerini başka mecraya kaydırmalarındaki kamu yararı izaha muhtaçtır.

Çalışma kapsamında araştırılan bir diğer husus, genel sekreterlerin cinsiyet dağılımıdır. Türkiye’de devlet üniversitelerinde kadın genel sekreter oranı dikkat çekici düzeyde düşüktür. Bu tespit esasen gelişmiş ülkelerde dahi karşılaşılan kronik bir soruna götürmektedir. Üst kademe yöneticilik düzeyinde büyük bir potansiyelin kullanılmaması anlamına gelen bu durumun sosyolojik ve toplumsal cinsiyet temelli nedenleri üzerinde müstakil çalışmaların yapılması ve kamu politikalarının üretilmesinin gerekli olduğu değerlendirilmektedir.

Çalışma kapsamında elde edilen verilerden hareketle, Türkiye'de üniversite genel sekreterlik makamının hukuksal açıdan esnek bir temel üzerinde bulunduğu ifade edilebilir. Bu çerçevede genel sekreterlerin atanma usullerinin liyakat ilkesi kapsamında yeniden düzenlenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında tedviren görevlendirme usulünün istisnai olma sınırına çekilmesi de son derece önemlidir. Zira tedviren görevlendirme uygulamasının yaygın ve gereksiz olarak devam etmesi hâlinde, yükseköğretim idari örgütü ile ilgili liyakat ilkesine bağlı olarak yapılacak yasal düzenlemelerin uygulamaya yansımaya olanağı bulunmamaktadır.

Çalışmada dikkat çekildiği üzere akademisyen genel sekreter ve kanuni haddi aşan genel sekreter yardımcısı sayısı sorunları üzerinde ciddi bir tartışma yürütülmelidir. Uygulamada tercih edilen ve kanuni dayanağı tartışmalı olan bu konuların devamı konusunda yarar görülmesi hâlinde bu hususların, amaca uygun, somut ve ölçülebilir kriterlere bağlanmasına yönelik iradenin ortaya konması düşünülmelidir. Bu bağlamda, akademisyen genel sekreter atanmasında, paydaşların görüşleri doğrultusunda kamu yönetimi, idare hukuku, yükseköğretim yönetimi gibi genel sekreterliğin görev alanı ile ilgili bilim alanlarında çalışma yapan akademisyenler arasından atanması şeklinde sınırlayan veya belli bir süre kamu yöneticiliği veya belli bir süre akademik yöneticilik (rektör yardımcısı, dekan, enstitü müdürü, yüksekokul müdürü, meslek yüksekokul müdürü) yapma şartına bağlayan düzenlemeler göz önünde bulundurulabilir. Diğer taraftan, bazı üniversiteler açısından idari personel/ akademik personel/ öğrenci sayıları bağlamında oluşan iş yükünün ikiden fazla genel sekreter yardımcısı atanması ihtiyacını ortaya çıkardığı göz önünde bulundurulduğunda, genel sekreter yardımcısı sayısının artırılmasının idari personel/akademik personel/öğrenci sayıları gibi kriterlere bağlanmasına yönelik kanuni düzenleme yapılması hususu da gündeme getirilebilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Doğramacı İhsan, Türkiye’de ve Dünyada Yükseköğretim Yönetimi, Meteksan: Ankara, 2007.
- Eğitim-Bir-Sen, Eğitim Çalışanlarının Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara, 2017.
- Gürüz Kemal, Dünyada ve Türkiye’de Yükseköğretim Tarihçe ve Bugünkü Sevk ve İdare Sistemleri, 2. Baskı, YÖK Yayını: Ankara, 2003.

Makaleler

- Ay Yunus Anıl, “Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 Sayılı Kanun’da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 8, S. 2, s. 277-307.
- Battal Ahmet, “Kemal Gözler’in ‘Cumhurbaşkanı-YÖK Çatışması’ Başlıklı Makalesi Üzerine Notlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001, C. 59, S. 4, s. 69-81.
- Boz Selman Sacit, “Tevdiren Görevlendirme Usulünün Hukukiliği ve Sonuçları”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, C. 13, S. 1, s. 191-216.
- Derin Neslihan, “Dünyadan ve Türkiye’den Örneklerle Cam Tavan Sendromu”, *Birey ve Toplum Sosyal Bilimler Dergisi*, 2020, C. 10, S. 2, s. 137-154.
- Gedikoğlu Tokay, “Yükseköğretimde Akademik Özgürlük”, *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, 2013, C. 3, S. 3, s. 179-183.
- Gözler Kemal, “Cumhurbaşkanı- YÖK Çatışması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001, C. 59, S. 1, s. 37-59.
- Günay Durmuş ve Kılıç Muharrem, “Cumhuriyet Dönemi Türk Yükseköğretiminde Rektör Seçimi ve Atamaları”, *Yükseköğretim Dergisi*, 2011, C. 1, S. 1, s. 37.
- Höbel Zeynep & Karkın Naci, “Üniversite İdari Personelinin Yönetimsel ve Örgütsel Sorunları: Pamukkale Üniversitesi (PAÜ) Örneği”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 2013, C. 4, S. 1, s. 135-159.
- Kavili Arap Suna, “Türkiye’de Rektör Belirleme Süreci ve ‘Mütevelli Heyeti’ Tartışmaları”, *Memleket Siyaset Yönetim*, 2011, C. 6, S. 16, s. 1-32.
- Mecek Mehmet & Hüsna Doğan. “Müdür Yardımcıları ve Yüksek Okul Sekreteri Arasındaki Ast-Üst İlişkisi Örneği Esasında Meslek Yüksekokullarında Yaşanan Görev ve Yetki Uyuşmazlıkları ve Çözüm Önerileri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 22, S. 1, s. 27-57.
- Örücü Edip & Kılıç Recep & Kılıç Taşkın, “Cam Tavan Sendromu ve Kadınların Üst Düzey Yönetici Pozisyonuna Yükselmelerindeki Engeller: Balıkesir İli Örneği”, *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 2007, C. 14, S. 2, s. 117-135.
- Özdemir Abdülkadir, “Üniversitelerin Türk İdari Teşkilatı İçerisindeki Yeri ve Üniversite Teşkilatı”, *İktisadiyat*, 2017, C. 1, S. 1, s. 171-192.
- Tahtaloğlu Hava, “Türkiye’de Yükseköğretim Kurumlarında Cam Tavan Sendromunun Kadınlar Üzerindeki Etkileri”, *Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 9, S. 2, s. 89-105.

Tan Turgut, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması ve Sorunlar", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1995, C. 50, S. 1, s. 335-353.

Yücesoy Ayşe Aslı, "Kanuni İdare İlkesi Çerçevesinde Tedviren Görevlendirme Usulü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 26, S. 1, s. 127-147.

Mahkeme Kararları

Danıştay 5. Daire, 14/12/2004 tarih E: 2001/1374, K: 2004/5356.

Danıştay 2. Daire, 11/04/2018 tarih E:2018/305, K: 2018/2505.

Danıştay 2. Daire, 02/07/2020 tarih ve E: 2020/572, K: 2020/2052.

Danıştay 2. Daire, 22/10/2020 tarih ve E: 2020/516, K: 2020/3123.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 24/03/2021 tarih ve E: 2020/2986, K: 2021/582.

Danıştay 2. Daire, 15/09/2021 tarih ve E: 2021/15705, K: 2021/2712.

Danıştay 2. Daire 02/03/2022 tarih E: 2021/17430, K: 2022/936.

Danıştay 8. Daire, 29/01//2018 tarih E: 2013/11579, K: 2018/372.

Sayıştay 8. Daire, 2023/284-2, 27.04.2023.

Sayıştay Temyiz Kurulu, 2014/40688, 01.03.2017.

Sayıştay Temyiz Kurulu, 2013/39932, 14.02.2018.

Sayıştay Temyiz Kurulu, 2013/40012, 14.02.2018.

Sayıştay Temyiz Kurulu, 2013/39932, 14.02.2018.

Sayıştay Temyiz Kurulu, 2014/43521, 27.06.2018.

Sayıştay Temyiz Kurulu, 2016/44981, 23.09.2018.

Sayıştay Temyiz Kurulu, 2013/40012, 05.12.2018.

Sayıştay Temyiz Kurulu, 2016/43927, 05.12.2018.

Sayıştay Temyiz Kurulu, 2015/42614, 23.09.2020.

Sayıştay Temyiz Kurulu, 2014/43521, 02.12.2020.

İnternet Kaynakları

<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 10.03.2024.

Gözler Kemal, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Uygulamadaki Değeri: Bir Buçuk Yıllık Bir Bilanço", www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm, (Yayın Tarihi: 27 Aralık 2019), Erişim Tarihi: 02.08.2024.

Türk Eğitim-Sen, *Yükseköğretim Kurumları ile İlgili Taleplerimiz*, <https://turkegitim-sen.org.tr/yuksekogretim-kurumlari-ile-iligili-taleplerimiz/>, Erişim Tarihi: 11.04.2024.

Üniversite İdari Personel Sendikası, *Yükseköğretim İdari Kurulu Bir an Önce Kurulmalıdır...*, <https://www.unipersen.org.tr/y%C3%B6ki-darikurul>, Erişim Tarihi: 11.04.2024.

Diğer Kaynaklar

Cumhurbaşkanı İdari İşler Başkanlığı 6.11.2018 tarihli ve 74073113-010.99-E.138965 sayılı yazısı.

Devlet Personel Başkanlığının 17.03.2017 tarih ve 1630 sayılı görüşü.

- Hatipoğlu İrfan, “Üniversitelerde İdari Personelin Sorunları ve Çözüm Önerileri”, Türk Eğitim-Sen Cumhuriyetimizin 100. Yılına Doğru Üniversite Vizyonumuz Sempozyumu, 16-18 Nisan, 2010, s. 161-166.
- Taştan Nalan Sabır & Taştan Kürşat, “Üniversite İdari Teşkilatlarının Yeniden Yapılandırılması”, 9th International Mardin Artuklu Scientific Researches Conference, 20-22 Ocak 2022, s. 48-61.
- Taştan Nalan Sabır & Taştan Kürşat, “Üniversite Yönetim Hizmetleri Örgütü Yönetici Kadroları İçin Atama-Yükseltme Modeli Önerisi”, Ege 7th International Conference on Social Sciences, 24-25 Aralık 2022, s. 526-539.
- Taştan Nalan Sabır & Taştan Kürşat, “Yetkinliğe Dayalı İnsan Kaynakları Yönetimi ve Üniversite Genel Sekreterleri”, 2. Ahi Evran International Conference on Scientific Research, 21-23 Ekim 2022, s. 548-556.
- Üniversiteler, Üniversiteler Ortak Kanunu Tasarısı. İstanbul Üniversitesi, İstanbul Teknik Üniversitesi, Ankara Üniversitesi, Ege Üniversitesi ve Hacettepe Üniversitesi tarafından müştereken hazırlanmıştır, (1971).

YÜKSEKÖĞRETİM DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA SAVUNMA HAKKINA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER

CURRENT DEVELOPMENTS REGARDING THE RIGHT TO DEFENSE IN HIGHER EDUCATION DISCIPLINARY INVESTIGATIONS

Lale Burcu ÖNÜT*

Özet: Savunma hakkına saygı ilkesi, disiplin hukukuna egemen ilkeler arasında yer almaktadır. Savunma hakkının soruşturulana şeklen değil, gerçek anlamda tanınmış olması gerekmektedir. Ancak savunma hakkı güvence altına alınırken savunmanın sınırlarına da dikkat edilmesi gerekir. Soruşturmada gizliliğin sağlanması amacıyla savunma hakkının ihlali veya savunma hakkının etkin kullanımının teminini sağlamak adına gizliliğin ihlali hukuka aykırı olacaktır. Yükseköğretim Kanunu'nda yer alan savunma hakkı kapsamında gözetilecek hususlara ilişkin düzenlemeler, savunma hakkının etkili şekilde kullanılmasına imkân vermedikleri, söz konusu düzenlemeler ile savunma hakkının güvence altına alınmasının mümkün olmadığı belirtilerek, Anayasa Mahkemesi'nin 13.10.2022 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. İptal kararı sonrasında savunma hakkının etkin kullanımını sağlayacak yeni bir düzenleme henüz yapılmamıştır. Bu süreçte içtihatlarla geliştirilen esasların uygulanması önem arz etmektedir. Çalışmada yükseköğretim disiplin soruşturmasında savunma hakkı kavramı ve savunma hakkının sınırları güncel içtihatlar çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yükseköğretim, Disiplin Soruşturması, Disiplin Yaptırımı, Savunma Hakkı, Soruşturmanın Gizliliği

Abstract: The principle of respect for the right to defense is among the dominant principles of disciplinary law. The right to defense should be granted to the person under investigation in a real sense, not formally. However, while the right to defense is guaranteed, the limits of defense must also be taken into consideration. Violation of the right to defense in order to ensure confidentiality in the investigation or violation of confidentiality to ensure the ef-

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, burcu.onut@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9853-5238, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.05.2024, Kabul Tarihi: 01.07.2024

fective use of the right to defense will be contrary to the law. The Constitutional Court annulled, with its decision dated 13.10.2022, the provisions of the Higher Education Act relating to issues to be respected within the framework of the right to defense, stating that they do not allow the effective use of the right to defense and that it is not possible to guarantee the right to defense with the said provisions. After the annulment decision, a new regulation guaranteeing the effective exercise of the right to defense has not yet been adopted. At this stage, it is important to apply the principles developed by jurisprudence. In this study, the concept of the right to defense and the limits of the right to defense in higher education disciplinary investigations were examined within the framework of current jurisprudence.

Keywords: Higher Education, Disciplinary Investigation, Disciplinary Sanction, Right to Defense, Confidentiality of the Investigation

GİRİŞ

Disiplin soruşturması, mevzuatta öngörülen usul izlenerek yürütülen, kurum düzeninin korunmasını amaçlayan ve neticesinde disiplin yaptırımına karar verilebilen bir süreçtir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/b maddesinde, devlet ve vakıf yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarına uygulanabilecek disiplin yaptırımları belirtilmiş olup, öğretim elemanları dışında iş sözleşmesiyle çalışan personelin 4857 sayılı İş Kanunu ve iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesine tabi olduğu, üniversitede görevli memurlar hakkında ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 125. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Üniversitede görevli memurlara uygulanacak disiplin hükümleri bakımından DMK'nın yalnız 125. maddesine atıf yapılmıştır. Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller başlıklı söz konusu düzenleme genel itibarıyla memurlara verilecek disiplin cezaları ile disiplin cezalarını gerektiren fiil ve halleri düzenlemektedir. Bu çerçevede üniversitede görevli devlet memurlarına uygulanacak yaptırım türleri ve yaptırımı gerektiren fiiller bakımından DMK m. 125'in uygulama alanı bulacağını, soruşturma usulü ve bu çerçevede savunma hakkı bakımından ise Yükseköğretim Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanabileceğini belirtebiliriz. **Üniversitelerde** idari hizmet sözleşmesi ile **çalışan personel** bakımından ise 2023 yılı öncesinde DMK m. 4/B'de ve "Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar" da disiplin hükümlerine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişti. DMK m. 125'te belirtilen disiplin yaptırımlarının uy-

gulanabileceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı gibi DMK'daki disiplin hükümlerine de atıfta bulunulmamıştı. DMK m. 4/B kapsamında istihdam edilen sözleşmeli personel için DMK'daki disiplin hükümlerinin doğrudan uygulanamayacağı, ancak "*referans norm*" olarak dikkate alınabileceği kabul edilmekteydi.¹ 7433 sayılı Kanun ile DMK m. 4/B'de değişiklik yapılarak, sözleşmeli personele memurların tabi olduğu disiplin hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak söz konusu personelin kademe ilerlemesi söz konusu olmadığından kademe ilerlemesinin durdurulması yaptırımına, memur olmadıklarından memuriyetten çıkarma yaptırımına tabi olabilmeleri mümkün değildir. DMK m. 4/B uyarınca, belirtilen yaptırımları gerektiren durumlarda disiplin kurulu kararı alınarak atamaya yetkili amirin onayı ile sözleşmeli personelin görevine son verilir. Vakıf üniversitelerinde çalışan idari personel de iş sözleşmesi ile çalıştığından İş Kanunu, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi uygulanacaktır.² Yükseköğretim kurumları öğrencilerinin disiplin işleri ise, 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinde düzenlenmektedir.³

Disiplin soruşturmasında, soruşturmacı görevlendirilmesine, savunma alınmasına, tanık dinlenmesine ilişkin işlemler ile soruşturma raporu gibi icrai nitelikte olmayan birçok hazırlık işlemi gerçekleştiri-

¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD İtiraz No: 2013/357, T. 17.6.2013, (www.kazanci.com.tr); Danıştay 12. D., E. 2014/7526, K. 2015/454, T. 18.02.2015, (www.kazanci.com.tr); Danıştay 12. D., E. 2015/1695, K. 2015/4717, T. 09.09.2015, (www.kazanci.com.tr); Danıştay 12. D., E. 2015/2005, K. 2015/5076, T. 08.10.2015, (www.kazanci.com.tr).

² Zehreddin Aslan/Halil Altındağ, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 128, 134.

³ Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi 08.09.2022 tarihli kararı ile Yükseköğretim Kanunu'nun 54. maddesinin a bendi ile 65. maddesinin a fıkrasının 9 numaralı alt bendinde yer alan "ile öğrencilerin" ibaresi iptal edilmiştir. Böylece öğrencilerin disiplin işlemleri ile ilgili hususların Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesini öngören kural iptal edilmiştir. Diğer bir ifade ile Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin dayanağı iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi E.2022/54, K. 2022/99, T. 08.09.2022, RG, 20.09.2022, S. 31959; Anayasa Mahkemesi'nin kararı sonrasında, 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinde 02.02.2023 tarih ve 7437 sayılı kanun ile değişiklik yapılmıştır. RG, T. 09.02.2023, S. 32099. Söz konusu değişikliğin ardından Resmî Gazetede "Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik" yayımlanmıştır. RG, T. 11.03.2023, S. 32129.

lir.⁴ Bu işlemler idari yargıda dava konusu edilemez. Nitekim İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m. 14 uyarınca ilk incelemede dilekçeler, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden de incelenir. Hazırlık işlemlerine karşı dava açılması durumunda İYUK m. 15/1-b uyarınca davanın reddine karar verilir. Her ne kadar savunma istemi ve savunma alınmasına ilişkin işlemler hazırlık işlemi niteliğinde olduklarından dava konusu olmasa da yaptırım kararına karşı dava açılabilir. Nitekim Anayasamızın 129/3. maddesinde de disiplin yaptırımlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı belirtilmiştir. Yaptırım kararına karşı açılan davada ise re'sen inceleme ilkesi çerçevesinde mahkeme idareden soruşturma dosyasını ister ve savunmanın usulüne uygun alınıp alınmadığını da denetler.

Nitekim savunma hakkına saygı ilkesi disiplin hukukuna egemen olan ilkeler arasında yer almaktadır. Ceza hukukuna egemen olan ilkeler niteliğine uygun düştüğü ölçüde disiplin hukukunda uygulama alanı bulur.⁵ Savunma hakkına saygı ve gizlilik ilkeleri de bu ilkeler arasında yer almaktadır. Söz konusu ilkelerin uygulanmasında sağlanacak denge; hem soruşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi, hem de soruşturma neticesinde yaptırım kararı alınması durumunda idari yargıda açılacak dava bakımından önem arz etmektedir. Bu çerçevede savunma hakkının sınırsız olmadığını belirtebiliriz. Nitekim gizliliğin sağlanması amacıyla savunma hakkının ihlali veya savunma hakkının etkin kullanımının teminini sağlamak adına gizliliğin ihlali hukuka aykırı uygulamalara neden olacaktır. Ayrıca savunma sınırını

⁴ Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 365; Oğuz Sancakdar/Elif Altınok Çalışkan/Gizem Dursun Özdemir/ Serkan Seyhan/Pınar Yağcı/Egemen Karaca, *Disiplin Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 38; Lale Burcu Önüt, "Disiplin Soruşturması", *Hukuk Bilimleri Ansiklopedisi* (Ed. Özkaya/Erat/Çoban İnce/Duran), Nobel Yayınevi, Ankara 2022, s. 91-92.

⁵ Onur Karahanoğulları, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C.8, S. 3, 1999, s. 76-77; Cemil Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Anıme İdaresi Dergisi*, C. 38, S.2, 2005, s. 86; Egemen Karaca, *Üniversitelerde Disiplin Rejimi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 129; Eser Us Doğan/Özge Yücel Dericiler, "Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelerinin Uygulanması", *ÇÜHFD*, C.5, S.1, Nisan 2020, s. 1097- 1099; Güven Süslü, "Disiplin Hukuku", *Hukuk Bilimleri Ansiklopedisi* (Ed. Özkaya/Erat/Çoban İnce/Duran), Nobel Yayınevi, Ankara 2022, s. 87; Önüt, "Disiplin Soruşturması", s. 91.

aşan ifadelerin de savunma hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir.

Disiplin soruşturmasında savunma hakkına ilişkin güncel gelişmelerin değerlendirildiği çalışmamızda öncelikle yükseköğretim disiplin soruşturmasında savunma hakkı kavramı (I), ardından savunma hakkının sınırları (II) değerlendirilmektedir.

I. YÜKSEKÖĞRETİM DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA SAVUNMA HAKKI KAVRAMI

A. Disiplin Soruşturmasında Savunma Hakkının Temel Mevzuat Dayanağı

Mevzuatımızda savunma hakkına ilişkin çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Örneğin; Anayasamızın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesinde herkesin yargı mercileri önünde savunma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Yargılama usullerini düzenleyen kanunlarımızda da savunmaya ilişkin hükümler yer almaktadır. Örneğin İYUK'ta dilekçelerin verileceği yerler, tebligat ve cevap verme, duruşma, dosyaların incelenmesi başlıkları altında savunmaya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun birinci kitap altıncı kısmı da savunmaya ilişkindir. Savunma hakkı yalnız yargı mercileri önünde değil, idari merciler tarafından yürütülmekte olan soruşturmalar bakımından da önem arz etmektedir⁶.

Disiplin soruşturmasında savunma hakkı bakımından Anayasamızın 129/2. maddesinde "*Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*" hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenleme ile disiplin soruşturmalarında savunma hakkı anayasal güvence altına alınmıştır⁷.

⁶ Bahtiyar Akyılmaz, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", *GÜHFD*, C.6, S.2, 2022, s. 253; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir/Seyhan/Yağcı/Karaca, s. 44; Farklı görüşler için bkz. Sencer Abdullah Akkoyunlu, "Disiplin Soruşturmasında Memurun Savunma Hakkını Kullanımında İdarenin Uyması Gereken Esaslar", *DÜHFD*, C. 28, S. 48, Yıl 2023, s. 16-18.

⁷ Kaya, s. 81; Selman Sacit Boz, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.2, 2017, s. 25; Karaca, s. 130; Aslan/Altındağ, s. 108.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 129/2'de "*Hakkında memurluktan çıkarılma cezası istenen memur, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir*", savunma hakkı başlıklı 130. maddesinde "*Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 gündен az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır*" hükmü yer almaktadır. Ancak söz konusu düzenlemeler savunma hakkının kapsamı konusunda ayrıntılı hükümler değildir.

Günümüzde Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nde⁸ ise, savunma hakkı bakımından ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu yönetmeliğe göre soruşturmacının (*muhakkik*) savunma isteme yetkisi bulunmamaktadır. Yönetmeliğin savunma başlıklı 30. maddesinde, "*(1) Memura savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilemez. Savunma, soruşturma sürecinin son aşamasında disiplin amiri tarafından istenir. (2) Savunma, memur hakkındaki iddialar, bu iddiaların dayandığı deliller, isnat edilen fiil veya hâllerin hukuki nitelendirmesi ve 657 sayılı Kanun'un 125 inci maddesinde sayılan fiil veya hâllerden hangisinin kapsamına girdiği bent ve alt bent belirtilerek istenir. (3) Memur, yetkili kurulun veya disiplin amirinin yedi gündен az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapar. (4) Savunma istemine ilişkin yazıda, süresi içinde yapılmaması hâlinde savunma hakkından vazgeçilmiş sayılacağı belirtilir. (5) Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına ilişkin soruşturma süreci sonunda disiplin amiri savunmayı aldıktan sonra soruşturma dosyasını disiplin kuruluna gönderir. (6) Devlet memurluğundan çıkarılma cezasına ilişkin soruşturma süreci sonunda disiplin amiri savunmayı aldıktan sonra ceza verilmesi gerektiği kanaatine varırsa soruşturma dosyasını, kanaatini içeren yazı ile birlikte yüksek disiplin kuruluna gönderir. Yüksek disiplin kurulunca, memurun sözlü veya yazılı olarak son savunması, 657 sayılı Kanun'un 129'uncu maddesinde tanınmış olan haklardan yararlanmasına imkân sağlanmak suretiyle ayrıca talep edilir*" hükmü yer almaktadır. Esasen söz konusu düzenlemeler içerik olarak yönetmelik öncesinde aşağıda belirtilen mahkeme içtihatlarında da vurgulanmaktaydı. İctihatlarda vurgulanan daha sonra yönetmelikte yer alan savunma hak-

⁸ RG, T. 30.04.2021, S. 31470.

kına ilişkin hususlar, idare hukukunun içtihatlarla gelişen bir hukuk dalı olduğunun somut bir örneğini oluşturmaktadır.

Avrupa Birliği Memurları Statüsü'nün⁹ 6. bölümünde yer alan m. 86 da disiplin rejimine ilişkin olup, statünün 30 maddeden oluşan 9 numaralı ekinde soruşturma usulü düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, atamaya yetkili makam disiplin konseyine danışmadan uyarma ve kınama kararı alma yetkisine sahiptir. Söz konusu kararlar öncesinde ilgili memurun atamaya yetkili makam tarafından dinlenmesi gerekir (Ek 9 m. 11). Diğer yaptırım türlerini gerektiren durumlarda, atamaya yetkili makam iddiaları, ihlalin gerçekleştiği koşulları, ağırlatıcı ve hafifletici nedenleri içeren bir rapor hazırlar ve disiplin konseyine iletir. Konsey de bu raporu ilgili memura iletir (Ek 9 m. 12). Memura söz konusu raporun tebliğinden itibaren savunmasını hazırlaması için en az 15 günlük bir süre tanınır (Ek 9 m. 13/2). Memur, dosyasını isteme, aklanmasını sağlayacak olanlar dahil olmak üzere soruşturma ile ilgili tüm evrakların kopyasını alma hakkına sahiptir (Ek 9 m. 13/1). Soruşturma sırasında memurun kendi belirleyeceği bir kişinin yardımından yararlanabilmesi de mümkündür (Ek 9 m. 13/3). Memur konseyde savunmasını yazılı veya sözlü, bizzat veya belirlemiş olduğu temsilci aracılığıyla yapabilir (Ek 9 m. 16/1). Disiplin konseyi neticede, atamaya yetkili makam tarafından kendisine iletilen iddiaların gerçek olup olmadığı tespitini içeren ve önerdiği yaptırımı belirten gerekçeli bir görüş hazırlayarak atamaya yetkili makam ile soruşturulan memura iletir (Ek 9 m. 18). Atamaya yetkili makamın kararı öncesinde memurun dinlenmesi gerekir. Disiplin konseyinde savunma alınmış olması yeterli değildir. Memuru dinleyen atamaya yetkili makam yaptırım kararını disiplin konseyinin görüşünün kendisine iletiliği tarihten itibaren iki ay içinde gerekçeli olarak verecektir (Ek 9 m. 22/1).¹⁰

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun disiplin soruşturması ve savunma hakkı başlıklı 53/A maddesinde ise, "Soruşturulana, iddialar

⁹ Statü için bkz. JOUE, 27.04.2004, L.124/1-118; Statüde birçok kez değişiklik yapılmıştır. Son şekli için bkz. "https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31962R0031&qid=1713610594512".

¹⁰ AB memurlarının disiplin soruşturmalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sylvain Dalle-Crode, *Le fonctionnaire communautaire: Droits, obligations et régime disciplinaire*, Bruylant, Bruxelles 2008; Lale Burcu Önüt, "Avrupa Birliği Personel Rejiminin Disiplin Hukuku Boyutu", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 5, S.45, s. 23-39.

hakkında savunma imkânı tanınmadan disiplin cezası verilemez...Hakkında üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezası istenenler soruşturma evrakını inceleme, tanık dinletme, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir” hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi kararı ile 2547 sayılı Kanun’un 53/A maddesinde yer alan savunma hakkı kapsamında gözetilecek hususlara ilişkin diğer düzenlemeler¹¹, “2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülecek disiplin soruşturması bakımından, hakkında soruşturma yapılan kişiye çeşitli disiplin cezalarından biri verilmeden önce savunma hakkından bütün gerekleriyle birlikte yararlanmasını temin etmemektedir” denilmek suretiyle iptal edilmiştir.¹² İptal kararına ilişkin olarak aşağıda Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı başlığı altında ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi hukuki boşluk oluşmaması için kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir, ancak çalışmayı hazırladığımız tarih itibarıyla henüz konuya ilişkin yeni bir düzenleme yapılmamıştır. Kanaatimizce savunma hakkı kapsamında gözetilecek hususlara ilişkin olarak içtihatlarla geliştirilen esasların Yükseköğretim Kanunu’nda yer alması uygun olacaktır. Ancak bu süreçte de aşağıda belirtilen içtihatlarla geliştirilen esasların uygulanması önem arz etmektedir.

¹¹ Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen savunma hakkına ilişkin Yükseköğretim Kanunu’ndaki düzenlemeler şöyledir: “a)...Soruşturmayı yapanın yedi günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen tarihte geçerli bir mazereti olmaksızın savunmasını yapmayan, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır. b) Savunmaya davet yazısında hakkında disiplin soruşturması açılan fiilin neden ibaret bulunduğu, savunmasını belirtilen sürede yapmadığı takdirde savunmasından vazgeçmiş sayılacağı bildirilir. c) Disiplin cezası vermeye yetkili makamlar gerek görürse, isnat edilen fiil ve soruşturma raporunda önerilen disiplin cezasını da belirtmek suretiyle, bu maddedeki esaslar çerçevesinde (a) ve (b) bentlerindeki usule göre tekrar savunma isteyebilir”. Anayasa Mahkemesinde iptal davası, söz konusu düzenlemede yer alan, “Soruşturmayı yapanın”, “verdiği”, “gerek görürse”, “tekrar”, “isteyebilir” ifadeleri nedeniyle açılmıştır. Anayasa Mahkemesi’ne itirazın temel gerekçesi, soruşturmayı yapanın soruşturma dosyası tamamlanmadan kişilerden savunma istemesinin, isnat edilen eylem ve ceza konusundaki belirsizlik nedeniyle etkili savunma yapma hakkının ihlaline yol açması ve yaptırım kararı alma yetkisine sahip makamlara tanınan takdiri yetki ile bu eksikliğin giderilememesidir.

¹² Anayasa Mahkemesi, E. 2022/87, K. 2022/121, T. 13.10.2022, RG, T. 02.02.2023, S. 32092.

Fransız Eğitim Kodu'nda¹³ da yükseköğretim kurumundaki disiplin sürecine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu düzenlemelere göre, personel hakkında soruşturma açılıp, disiplin kuruluna hakkında soruşturma açılan kişinin ismini, adresini, statüsünü, isnat edilen fiilleri içeren belge tüm destekleyici belgeler eşliğinde gönderildiğinde, kurul başkanı bu belgelerin örneğini soruşturulana iletir, açıklamalarını sunması için süre verir ve kendi belirleyeceği bir danışmandan yardım alabileceğini bildirir. Bu aşamada tarafların açıklamaları ile açıklamalara ekli belgelerin teatisi sağlanır. Kurul başkanı, her olay için soruşturma komisyonu görevlendirir. Komisyon, soruşturulanı ayrıca açıklamalarını sunması için davet eder. Sözlü aşamada taraflar ve tanıklar da dinlenir. Komisyon önündeki sözlü aşama tutanak altına alınır. Komisyon tarafından rapor hazırlanır. Raporla, yürütülen işlemler, olayların özeti, soruşturmayı başlatan makamın ve soruşturulanın açıklamaları yer alır. Söz konusu rapor ve varsa ek raporlar oturumdan en az on beş gün önce taraflara iletir. Disiplin kurulu başkanı karar oturumunun tarihini belirler ve yetkili heyeti toplar. Taraflara en az on beş gün önce çağrı iletir. Soruşturulan oturumda sözlü açıklamalarını sunabilir ve tanıklarını belirtebilir. Bu aşamada soruşturulan kendi belirleyeceği üçüncü bir kişiden yardım alabilir. Oturum sonrasında gerekçeli karar alınır. Yaptırım kararı ilgiye tebliğ edilir. Bildirimde karara karşı başvuru yolları ve itiraz süresi belirtilir (m. R712-29- m. R712-41).

Ülkemizde yükseköğretim öğrencileri disiplin soruşturmalarında savunma hakkı ise 2547 sayılı Kanun'un 54/5. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede, "a) Hakkında disiplin soruşturması açılan öğrenciye isnat edilen suçun neden ibaret olduğu, savunmasını yapacağı tarihten en az yedi gün önce yazılı olarak bildirilir; ayrıca öğrenci bilgi sistemi üzerinden veya elektronik posta ya da kısa mesaj ile de bildirilebilir. Bu yazıda; öğrenciden belirtilen gün, saat ve yerde savunmasını yapmak üzere hazır bulunması istenilir. b) Savunma yapmak üzere gelen kişi, savunmasını sözlü olarak yapabileceği gibi yazılı olarak da sunabilir. Yazılı savunma sunulduktan sonra soruşturmacı öğrenciye ek sorular yöneltebilir. c) Öğrenciye gönderilecek davetiyede; çağrıya özürsüz olduğu

¹³ Code de l'éducation, "https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071191/", 25.04.2024.

halde uymadığı veya özrünü zamanında bildirmediği takdirde, savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı ve mevcut delillere dayanılmak suretiyle hakkında gerekli kararın verileceği belirtilir. ç) Geçerli bir özür bildiren veya mücbir sebep dolayısıyla davete uymadığı anlaşılan öğrenciye uygun bir süre verilir. Tutuklu öğrencilere savunmalarını yazılı olarak gönderebilecekleri bildirilir. d) Soruşturma öğrencinin kendini gereği gibi savunmasına imkân verecek şekilde yürütülür” hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından dayanağı iptal edilen Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’ndeki düzenlemeye benzetilmektedir. Yönetmelikteki düzenlemeden farklı olarak kanunda isnat edilen suçun yazılı bildirimine ek olarak öğrenci bilgi sistemi üzerinden veya elektronik posta ya da kısa mesaj ile de bildirilebileceği belirtilmiştir. Elden veya adrese bildirim yoluyla tebligat yapılmadığında, ilan yoluyla tebligat yapılabilmesi de mümkündür.¹⁴

Fransız Eğitim Kodu’nda da yükseköğretim kurumu öğrencilerinin disiplin sürecine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır (m. R.811-10 m. R.811-42). Soruşturma sürecinde savunma hakkına ilişkin düzenlemeler de bu kapsamdadır. Söz konusu düzenlemelere göre, disiplin kuruluna hakkında soruşturma açılan kişinin ismini, adresini, statüsünü, isnat edilen fiilleri içeren belge tüm destekleyici belgeler eşliğinde gönderildiğinde, kurul başkanı bu belgelerin örneğini soruşturulana, soruşturulanın küçük olması durumunda veli veya vasisine iletir, yazılı açıklamalarını sunması için süre verir ve kendi belirleyeceği bir kişiden yardım alabileceğini, raportörden sözlü olarak dinlenmesini talep edebileceğini, soruşturma sürecinde dosyaya ilişkin bilgi edinebileceğini bildirir. Raportör tüm soruşturma işlemlerini tek başına gerçekleştirir. Soruşturma raporunda olayların özeti ve soruşturmada sunulan açıklamalar yer alır. Soruşturma raporu disiplin komisyonu başkanına iletir (m. R.811-26 m. R.811-29). Söz konusu düzenlemelere göre, raportör soruşturulandan yazılı açıklamalarını alacaktır. Soruşturulanın talebi halinde, sözlü açıklama sunması mümkündür. Soruşturma sürecinde, soruşturulan kendi belirleyeceği üçüncü bir kişiden yardım alabilir. Bu kişinin avukat olma zorunluluğu bulunmamakta-

¹⁴ Bahattin Duman, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 426-427.

dır.¹⁵ Hazırlanan rapor sonrasında komisyon toplantısından en az on beş gün önce soruşturulan davet edilir. Davette, toplantıdan en az on gün önce başlamak üzere soruşturulanın ve temsilcisinin soruşturma raporunu ve dosyayı inceleme hakkına sahip olduğu belirtilir. Davette, toplantıda soruşturulan veya temsilcisi tarafından sözlü olarak da açıklamaların sunulabileceği belirtilir (m. R.811-31).

B. Savunma Hakkının Tanımı

Savunma hakkı, disiplin soruşturmasında geniş anlamda savunma ve dar anlamda savunma olarak iki şekilde tanımlanabilir. Disiplin soruşturmasında geniş anlamda savunma, isnadın bildirilmesini, soruşturma sürecinde soruşturma dosyasını incelemeyi, örnek almayı, tanık dinletmeyi ve bilgi sahibi olmayı kapsar. Fransa'da da, isnadın bildirilmesi gerektiği, kamu görevlisinin dosyaya erişim hakkına sahip olduğu, bu konuda idarenin kamu görevlisini bilgilendirmesi gerektiği, soruşturulanın dosyadan örnek alabileceği, tanık dinletebileceği, soruşturma sürecinde kendi belirleyeceği üçüncü bir kişiden yardım alabileceği kabul edilmektedir.¹⁶ Kişinin dosyaya erişimi ve daha genel olarak savunma hakkı kişinin kendisiyle ilgili kararların alınması sürecine katılımını sağlamaktadır.¹⁷ Geniş anlamda savunmanın, talebi reddetme hakkı ile kararın değiştirilmesi için hukuki başvuru imkânının mevcudiyetini de kapsadığı belirtilebilir.¹⁸ Esasen Yükseköğretim Kanunu'nda, hakkında üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma yaptırımları istenenler bakımından soruşturma evrakını inceleme, tanık dinletme, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak soruşturulan veya vekili tarafından savunma yapılması hakkı açıkça düzenlenmiştir. Diğer yaptırım türleri bakı-

¹⁵ Maître Dakos, "Vous êtes étudiant et faites l'objet d'une procédure disciplinaire : les 5 choses à savoir", "<https://www.alexia.fr/fiche/10531/vous-etes-etudiant-et-faites-l-objet-d-une-procedure-disciplinaire-les-5-choses-a-savoir.htm>", 25.04.2024.

¹⁶ André Maurin, Droit administratif, Dalloz, Paris 2007, p. 264-265; Pascale Gonod/ Fabrice Melleray/ Philippe Yolka, Traité de droit administratif, T.2, Dalloz, Paris 2011, p. 391, 392; Pierre Tifine, Droit administratif français, EJFA, 2012, p. 318; Didier Truchet, Droit administratif, Puf, Paris 2017, p. 166-167, 253.

¹⁷ Truchet, p. 149.

¹⁸ Karaca, s. 130; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s. 510; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir/Seyhan/Yağcı/Karaca, s. 43.

mından açıkça düzenlenmemiş olsa da soruşturma evrakını incelemeyi, tanık dinletmeyi veya vekilin savunma sırasında bulunmasını yasaklayan bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Yasaklayıcı nitelikte açık kanun hükmü olmayan durumlarda da mevzuat hükümlerinin anayasal ilkeler gözetilerek yorumlanması gerekmektedir.¹⁹ Savunma hakkına saygı ilkesi uyarınca, hakkında üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma yaptırımları dışında yaptırım istenenler de bu haklara sahip olabilmelidir.²⁰ Nitekim Danıştay kararlarında da disiplin soruşturması altındaki kişinin veya hakkında tamamlanmış disiplin soruşturması bulunan kişinin, soruşturma çerçevesinde ihtiyaç duyduğu belgeleri bizzat veya avukatı vasıtasıyla inceleyebileceği Avukatlık Kanunu'nun avukatlığın amacı başlıklı 2. maddesine atıfta bulunularak belirtilmiştir.²¹ Ayrıca 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 4. maddesine göre de herkes, bilgi edinme hakkına sahiptir. Ancak bilgi edinme hakkının da sınırları bulunmaktadır. Kurum ve kuruluşlar bilgi edinme kanununda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi talepte bulunanların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak için gerekli idari ve teknik tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır (4982 sayılı Kanun m. 5). Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun dördüncü bölümü ise bilgi edinme hakkının sınırlarına ilişkindir. Bu bölümde idari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler başlıklı düzenlemeye de yer verilmiştir. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca, disiplin soruşturması ile ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması durumunda "...a) Kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak, b) Kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak, c) Soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek, d) Gizli kalması gereken bilgi kaynağının

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, Arif Huseynli ve diğerleri, Başvuru no. 2019/39033, T. 28.06.2022, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>); Anayasa Mahkemesi, Tural Balayev ve diğerleri, Başvuru no. 2019/42294, T. 01.02.2023, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>).

²⁰ Boz, s. 29-30; Karaca, s. 140, 176-177; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir/Seyhan/Yağcı/Karaca, s. 58; Duman, s. 278; Son yıllarda CMK'da yer alan müdafî yardımından yararlanmaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak, disiplin soruşturmasında da savunmalarda avukat bulundurulmasına imkân tanındığı yönünde bkz. Aslan/Altındağ, s. 112.

²¹ Danıştay 10. D., E. 2012/6939, K. 2016/186, T.15.01.2016.

açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek, bilgi veya belgeler” kanun kapsamı dışındadır. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 30. maddesindeki düzenleme de benzer niteliktedir. Özetle söz konusu düzenlemeler uyarınca disiplin soruşturması ile ilgili olan ancak açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde kişilerin veya soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek, gizli bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya bu tür bilgi ve bilgi kaynağının elde edilmesini güçleştirecek, özel hayata müdahale sonucu doğuracak ve bu çerçevede örneğin kişisel verilerin ihlaline neden olacak bilgi ve belgeler istenemez.²²

Dar anlamda savunma ise iddia karşısında soruşturulan veya vekili tarafından yapılan yazılı veya sözlü savunmayı ifade eder.²³ Yükseköğretim disiplin soruşturmalarında savunma istenirken iddialar ile dayandığı deliller sunulmalı, isnat edilen fiillerin hukuki nitelendirilmesi yapılmalı ve soruşturulana savunmasını hazırlaması için yedi günden az olmayan bir süre tanınmalıdır. Savunma süresi verip vermemeye veya mevzuatta öngörülen asgari savunma süresinin tanınması bakımından idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.²⁴ Mevzuatta öngörülen süre asgari savunma süresi olup, daha uzun bir süre verilebilmesi de mümkündür.²⁵ Mazereti bulunmamasına rağmen tanınan

²² Özel hayatın korunması hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı bağlantılıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de kişisel verilerin korunması hakkına açıkça yer verilmemiş olmasına karşın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında kişisel verilerin korunması, Sözleşmenin özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı 8. maddesi kapsamında ele alınmaktadır. Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta, İstanbul 2008, s. 30-38; Cemal Başar, Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 176-187. Örneğin bkz. AİHM, YY. v. Rusya, Başvuru no. 40378/06, T. 23.02.2016, “<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161048>”, p. 38; AİHM, Mockuté v. Litvanya, Başvuru no. 66490/09, T.27.02.2018, “<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181202>”, p. 95.

²³ Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s. 510; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir/Seyhan/Yağcı/Karaca, s. 43.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/87; K. 2022/121, 13.10.2022, p. 17, RG, T. 02.02.2023, S. 32092.

²⁵ Akyılmaz, s. 255; Kaya, s. 82; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir/Seyhan/Yağcı/Karaca, s. 49.

süre içinde savunma yapılmaması durumunda savunma hakkından vazgeçilmiş sayılacağı ve bu durumda dosyada yer alan bilgi ve belgelere göre değerlendirme yapılacağı da soruşturulana bildirilmelidir.²⁶

Yaptırım kararına karşı açılan bir iptal davasında, yaptırım kararının hukuka uygunluğu mahkeme tarafından yetki, şekil, sebep, konu, amaç unsurları bakımından değerlendirilmekte olup, disiplin soruşturmasında savunmanın usulüne uygun alınmamış olması yaptırım kararının şekil unsuru bakımından iptal edilmesine neden olur.²⁷ Usulüne uygun savunma alınması aynı zamanda hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir.²⁸ Yükseköğretim disiplin soruşturmasında savunma hakkının usulüne uygun olarak tanınmaması nedeniyle iptal kararı verildiğinde idare, kararın kendisine ulaştığı tarihten itibaren kalan zamanaşımı süresi içerisinde, zamanaşımı süresinin dolması veya üç aydan daha az süre kalması durumunda en geç üç ay içerisinde karar gerekçesini dikkate alarak yeniden yaptırım kararı alabilir (2547 sayılı Kanun m. 53/C).

C. Güncel İçtihatlar Çerçevesinde Savunma Hakkının Kapsamı

1. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

2547 sayılı Kanun'un 53/A maddesinde yer alan savunma hakkı kapsamında gözetilecek hususlara ilişkin düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve kararın Resmî Gazete'de yayınlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde 2547 sayılı Kanun'un 53/A maddesinde "a)...Soruşturmayı yapanın yedi günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen tarihte geçerli bir mazereti

²⁶ Savunma isteminde yer alacak hususlara ilişkin olarak ayrıca bkz. Boz, s. 26-27.

²⁷ Karaca, s. 131; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir/Seyhan/Yağcı/Karaca, s. 46; Şekil unsurunun usulü de kapsadığı doktrinde genellikle kabul edilmektedir. Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s.144; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s. 333; Ali Ulusoy, Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 423; Farklı yönde bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.1, Ekin Basım Yayın, Bursa 2019, s. 937.

²⁸ Danıştay 5. D., E. 2016/16509, K. 2018/5060, T. 25.01.2018, (www.kazanci.com.tr).

²⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/87, K. 2022/121, T. 13. 10.2022, RG, T. 02.02.2023, S. 32092.

olmaksızın savunmasını yapmayan, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır. b) Savunmaya davet yazısında hakkında disiplin soruşturması açılan fiilin neden ibaret bulunduğu, savunmasını belirtilen sürede yapmadığı takdirde savunmasından vazgeçmiş sayılacağı bildirilir. c) Disiplin cezası vermeye yetkili makamlar gerek görürse, isnat edilen fiil ve soruşturma raporunda önerilen disiplin cezasını da belirtmek suretiyle, bu maddedeki esaslar çerçevesinde (a) ve (b) bentlerindeki usule göre tekrar savunma isteyebilir” hükmü yer almaktaydı.

Somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne iletilen olayda, hakkında aylıktan kesme disiplin yaptırım kararı verilen öğretmen görevlisinin yaptırım kararının iptali istemiyle açtığı davada itiraz konusu kuralların Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatinde olan Mahkeme söz konusu kuralların iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi’ne itirazın temel gerekçesi, soruşturmayı yapanın soruşturma dosyası tamamlanmadan kişilerden savunma istemesinin, isnat edilen eylem ve ceza konusundaki belirsizlik nedeniyle etkili savunma yapma hakkının ihlaline yol açması ve yaptırım kararı alma yetkisine sahip makamlara tanınan takdiri yetki ile bu eksikliğin giderilememesidir.

Anayasa Mahkemesi, kanundaki “soruşturmayı yapan” kavramını soruşturmacı olarak kabul etmiştir³⁰. Kararda, Anayasa m. 129/2 ile savunma hakkının güvence altına alındığı, söz konusu güvencenin gereklerinin yerine getirilebilmesi için savunma hakkının soruşturulana şeklen değil, gerçek anlamda sağlanmış olması gerektiği, bu çerçevede soruşturulana isnadın bildirilmesi, bu bildirimde isnadın sebebi diğer bir ifade ile hangi fiilin nerede ve ne zaman işlendiği ile niteliğinin diğer bir ifade ile fiilin hukuki yönden nitelendirilmesinin (fiilin hangi normu ihlal ettiğinin) yer alması gerektiği belirtilmiştir. Ancak iptal edilen m. 53/A-1-b’e göre savunmaya davet yazısında yalnızca soruşturmaya konu fiilin neden ibaret bulunduğu belirtilecektir. Söz konusu düzenlemede savunma hakkına ilişkin güvencenin gereklerinin karşılanmasını sağlayacak şekilde bir davet yazısı zorunluluğu öngörülmemiştir. Mahkeme iptal edilen düzenlemeler uyarınca, soruşturma dosyasının

³⁰ Duman, s. 276.

olgunlaşmadığı bir aşamada da savunma istenebileceğini, soruşturmacının savunmaya davet yazısında yalnızca soruşturma açılmasına neden olan iddia çerçevesinde bildirimde bulunmasının yeterli görül-
düğü, bu çerçevede isnadın sebebi bakımından bile yeterli bilgilendirme yapılmamasına imkân tanındığı, yaptırım kararı vermeye yetkili makamların takdiri olarak isteyebilecekleri savunma için önerilen disiplin cezasının belirtilmesi kuralına karşın soruşturmacının davet yazısında isnadın hukuki yönden nitelendirilmesine ilişkin bildirimde bulunmayacağını belirtmiştir. Kararda sonuç olarak soruşturmacı tarafından gönderilen savunmaya davet yazısının içeriğinin “...kişinin isnattan haberdar olmasını sağlamaya, dolayısıyla Anayasa’nın 129. maddesinin ikinci fıkrası anlamında savunma hakkını etkili bir şekilde kullanmasına elverişli...” olmadığı, yaptırım kararı verilmeden önce savunma hakkının etkili şekilde kullanılmasına imkân verecek şekilde soruşturulunun tekrar dinlenilmesinin telafi imkânı sağlayabileceği, ancak “...disiplin cezası vermeye yetkili makamlara gerek görmeleri halinde tekrar savunma isteme yetkisinin soruşturma dosyası tamamlanıp teslim edildikten sonra verildiği...yetkinin takdiri nitelikte olduğu...soruşturma dosyasının tesliminden sonra fakat disiplin cezası verilmeden önce ilgili makamlara tekrar savunma isteme yetkisinin takdiri olarak verilmesiyle de soruşturulunun savunma hakkının güvence altına alınmasının mümkün olmadığı...” belirtilmiştir. Bu çerçevede kanunda savunma hakkının etkili bir şekilde kullanılmasına imkân veren bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

2. Danıştay’ın Yaklaşımı

Savunma hakkının usulüne uygun bir şekilde tanınması bakımından; soruşturulana savunma istem yazısının usulüne uygun tebliğini izleyen günden itibaren yedi günden az olmamak kaydıyla savunmasını hazırlaması için makul bir süre verilmesi ve savunma istem yazısında soruşturulana hangi fiil ile itham edildiğinin açık bir şekilde belirtilmesi, fiilin hukuki nitelendirmesinin yapılması, diğer bir ifade ile fiilin mevzuattaki fiil veya hâllerden hangisinin kapsamına girdiğinin belirtilmesi ve iddiaların dayandığı delillerin soruşturulana verilmesi önem arz etmektedir. Bu çerçevede örneğin soruşturulana 22 Ocak 2023 tarihinde savunma istem yazısı iletilmişse savunması en erken 30 Ocak 2023 tarihinde alınabilecektir. Soruşturulana hangi fiil ile itham edildiğinin açık bir şekilde belirtilmesi, itham edildiği fiilin hukuki nitelendirmesinin

yapılabilmesi, diğer bir ifade ile fiilin mevzuattaki fiil veya hâllerden hangisinin kapsamına girdiğinin belirtilmesi ise ancak soruşturma raporu hazırlandıktan sonraki savunma istemi ile mümkün olabilir. Nitekim disiplin yaptırım önerisinin yer aldığı soruşturma raporunda bu hususlara yer verilmektedir. Soruşturma emrinde yaptırım türüne yer verilmesi veya yaptırım türünün yer aldığı düzenleme ile ilintilendirme peşin hüküm olarak değerlendirilecektir. Soruşturmacı tarafından ifadeye çağrı sırasında da tüm bu hususlarda dosya henüz olgunlaşmadığından netlik oluşmamış olabileceği gibi bu aşamada iddiaların dayandığı delillerin soruşturulana verilmesi, soruşturmanın, soruşturmacının veya üçüncü kişilerin güvenliğini tehlikeye düşürebileceği gibi, gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi kaynaklarının temininin güçleşmesine de neden olabilir. Ayrıca deliller tamamen toplanmadan isnatta bulunulması ve fiilin hukuki nitelendirmesinin yapılması hukuka aykırı olacaktır.³¹ Bu çerçevede yükseköğretim disiplin soruşturmaları bakımından soruşturmacının ifade, yaptırım kararı almaya yetkili makamların savunma almasına yönelik düzenleme yapılması yararlı olacaktır.³² İfade ile savunmanın farklı olduğunu belirtmemiz gerekir. İfade başlangıçta bilgi alınması anlamına gelmekte olup, soruşturulana ayrıca savunma imkânı tanınmalıdır.³³ Soruşturmacı tarafından ifade alındıktan sonra dosyadaki deliller bir bütün olarak değerlendirilecek ve yaptırım önerisinin yer aldığı soruşturma raporu hazırlanacaktır. Soruşturma raporunun düzenlenme-

³¹ Akkoyunlu, s. 25.

³² Duman, s. 277.

³³ Karahanoğulları, s. 69; Karaca, s. 131; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir/Seyhan/Yağcı/Karaca, s. 46; Akkoyunlu, s. 59; Dosya oluşturulduktan ve nihai rapor yazılmasın önce savunma hakkı tanınması gerektiği yönünde bkz. Oğuz Sancakdar, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 305; Müfettişler veya soruşturmacılar tarafından alınan savunmanın soruşturmaya açıklık getirmeye yönelik olduğu ve DMK m. 130 çerçevesinde savunma sayılamayacağı yönünde bkz. İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 621; DMK m. 130'da yer alan "soruşturmayı yapan" kavramının yaptırım kararı vermeye yetkili makam olarak anlaşılması gerektiği, müfettiş veya soruşturmacının böyle bir yetkisi olmadığı yönünde bkz. Oğuz Sancakdar, Memur Hukuku, Anadolu Üniversitesi yayını, Eskişehir 2011, s. 151; Soruşturma sırasında memurun savunmasının alınmayacağı, sadece ifadesinin saptanacağı yönünde bkz. Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku, C.1, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 674.

sinden sonra disiplin cezasına ise karar verilmeden önce savunmanın usulüne uygun alınması güncel içtihatlar çerçevesinde önemlidir. Bu durumda savunma önerilen yaptırımın türüne göre mevzuatta yetkili kılınan makam tarafından alınacaktır. Savunma hakkının gerçek anlamda tanınması, hakkın yaptırım kararı veren makam önünde kullanılmasına bağlıdır.³⁴ Savunmanın karar almaya yetkili makam tarafından alınması vicahilik, doğrudanlık ilkelerinin uygulanması bakımından da daha güvenceli bir usuldür.³⁵ Bu çerçevede örneğin 2547 sayılı Kanun m. 53/Ç uyarınca kınama yaptırımına karar verme yetkisini haiz Fakülte Dekanı, soruşturma raporunda kınama yaptırımı önerildiğinde savunmayı alacak, soruşturma raporunda aylıktan kesme yaptırımı önerisine yer verildiğinde soruşturulanın görevli olduğu birim disiplin kurulu tarafından savunma alınacaktır. Devlet memurları bakımından ise, uyarı, kınama, aylıktan kesme kararı disiplin amirleri tarafından, kademe ilerlemesinin durdurulması yaptırımı memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra atamaya yetkili amirler, il disiplin kurulu kararına dayanan hallerde Valiler tarafından alınacak olmasına karşın Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği uyarınca kademe ilerlemesinin durdurulması yaptırımları bakımından da savunma disiplin amiri tarafından alınacak, memuriyetten çıkarma yaptırımında disiplin amiri tarafından savunma alındıktan sonra, son savunma yüksek disiplin kurulu tarafından alınacaktır. Söz konusu yönetmelik öncesinde verilen aylıktan kesme yaptırımının iptali istemiyle açılan davaya ilişkin Danıştay kararında ise soruşturmacı tarafından usulüne uygun savunma alınmış olması durumunda son savunma alınmadığı gerekçeyle iptal kararı verilmesinin hukuka uygun olmadığı kabul edilmiştir. Kararda, "...soruşturmaya yapan muhakkik tarafından davacının usulüne uygun savunması alınarak disiplin cezası vermeye yetkili amir tarafından disiplin cezası verildiği anlaşıldığından... davacının son savunmasının alınmadığı gerekçeyle aksine verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı" belirtilmiştir.³⁶

Savunma istem yazısında disiplin suçunu oluşturan fiilin açık bir şekilde belirtilmesi, soruşturmaya konu fiilin hukuki nitelendirmesinin yapılması, fiilin mevzuattaki fiil veya hâllerden hangisinin kap-

³⁴ Akyılmaz, s. 255-256; Karaca, s. 133; Duman, s. 270, 277.

³⁵ Karaca, s. 175; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir/Seyhan/Yağcı/Karaca, s. 47.

³⁶ Danıştay 16. D., E. 2015/4326, K. 2015/2271, T. 30.04.2015, (www.kazanci.com.tr).

samına girdiğinin belirtilmesi, diğer bir ifade ile disiplin suçu oluşturan fiilin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiğinin ortaya konulması, soruşturmacının önerdiği disiplin cezasının belirtilmesi³⁷ ve iddiaların dayandığı delillerin soruşturulanın savunma yapmasına imkân tanıyacak şekilde verilmesi gerekmektedir.³⁸

Danıştay kararlarında da savunma istem yazısında bulunması gereken unsurlar belirtilmiştir. Danıştay'ın kademe ilerlemesinin durdurulması yaptırımını konu edinen bir kararında, "...Disiplin hukukunda; kamu görevlisinin disiplin cezasıyla cezalandırılmadan önce savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylemi açık bir şekilde belirlenmeli ve savunma istem yazısında belirtmeli, disiplin suçunu oluşturan eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği ortaya konulmalıdır. Aksi durumda soruşturulan kişinin Anayasa ile güvence altına alınan savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır" ifadesine yer verilmiştir.³⁹ Danıştay'ın aylıktan kesme yaptırımını konu edinen bir kararında ise, "...savunma istem yazısında gerek savunma süresi gerekse disiplin suçunu oluşturan eylem ya da eylemler açık bir şekilde belirtmeli, disiplin suçu oluşturan eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği ortaya konulmalıdır. Bunun için de, disiplin soruşturmasıyla ilgili tüm hukuki delillerin toplanması ve soruşturmanın usulüne

³⁷ Akkoyunlu, s. 27; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 2011 tarihli bir kararında, savunma hakkının hukuka uygun şekilde kullanılabilmesi için ilgili kamu görevlisinin önerilen disiplin cezasını da bilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. DİDDGK, E. 2007/1846, K. 2011/66, T. 17.02.2011, (www.kazanci.com.tr). Aksi yönde bir Danıştay kararında ise, "Disiplin cezası ile cezalandırılması için hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylemlerin açık bir şekilde belirtilmesi bir zorunluluktur. Ancak, bu eylemler nedeniyle hangi disiplin cezasının teklif edildiğinin belirtilmemiş olmasının savunma hakkını kısıtladığını kabul etmek mümkün değildir. Zira, soruşturma raporunda getirilen teklif, disiplin cezasını verecek makam için bağlayıcı nitelikte olmadığı gibi, davacının vereceği savunma, disiplin raporuyla birlikte değerlendirildikten sonra davacıya ceza verilip verilmeyeceğine veya ceza verilecekse hangi cezayla cezalandırılacağına karar vereceği açıktır" hükmüne yer verilmiştir. Danıştay 12. D. E. 2015/1023, K. 2015/5293, T. 15.10.2015, (www.kazanci.com.tr); Kaya da memura isnat edilen fiil dışında, bu fiilin kanunun hangi maddesini ihlal ettiğinin ve verilmesi düşünülen disiplin cezasının hangisi olduğunun belirtilmesine gerek olmadığını, ortada henüz bir isnat olduğunu ve davet yazısının ceza tehdidi içermemesi gerektiğini belirtmektedir. Kaya, s. 81-82.

³⁸ Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s. 509.

³⁹ Danıştay 12. D., E. 2013/10617, K. 2016/6891, T. 28.12.2016, (www.kazanci.com.tr).

uygun olarak tamamlanması gerekmektedir...” denilmiştir.⁴⁰ Danıştay’ın aylıktan kesme yaptırımını konu edinen bir başka kararında da, “Disiplin cezasıyla cezalandırılması için hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylemi açık bir şekilde belirlenmeli, disiplin suçu oluşturan eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği ortaya konulmalıdır. Bunun için de disiplin soruşturmasıyla ilgili tüm hukuki delillerin toplanması ve soruşturmanın tamamlanması gerekmektedir. Aksi durumun, hangi disiplin suçunu, ne zaman ve ne şekilde işlediği tam olarak ortaya konulamayan ilgilinin Anayasa ile güvence altına alınan savunma hakkını kısıtlayacağı açıktır” gerekçesine yer verilmiştir.⁴¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun bir kararında da, “Anayasa hükmü, gerekçesi ve Anayasa Mahkemesi kararı karşısında, disiplin cezaları ile ilgili olarak savunma hakkı kullandırılmadan disiplin cezası verilmesinin hukukten olanaklı olmadığı; savunma hakkının hukuka uygun şekilde kullanılabilmesi için de, ilgili kamu görevlisinin hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandığı delilleri, üzerine atılı fillerin hukuki nitelendirmesini ve önerilen disiplin cezasını bilmesi gerektiği sonucuna varılmakta olup, tüm bu hususlar kendisine bildirilmeyen kişinin kendisini yeterince savunamayacağı açıktır” denilmiştir.⁴²

3. Tevhiden Cezalandırma ve Fikri İçtima Bakımından Değerlendirme

a. Tevhiden Cezalandırma Bakımından Değerlendirme

Tevhiden cezalandırma, bir kişinin birden çok fiili nedeniyle açılan soruşturmada, aralarında içtima olmayan her fiil için ayrı ayrı yaptırım kararı alınması gerekirken, idarenin birden çok disiplin yaptırımı yerine takdiren tek yaptırım kararı almasını ifade etmektedir.⁴³ Nitekim Danıştay kararlarına göre de, “...“tevhiden cezalandırma” yöntemi, soruşturma raporlarında getirilen teklifler ve verilen cezalarla uygulama alanı bulmuştur. Yapılan soruşturmalarda her bir eylem için hukuki nite-

⁴⁰ Danıştay 12. D., E. 2016/10099, K. 2016/4937, T. 24.10.2016, (www.kazanci.com.tr).

⁴¹ Danıştay 12. D., E. 2014/7433, K. 2015/5640, T. 28.10.2015, (www.kazanci.com.tr).

⁴² DİDDGK, E. 2007/1846, K. 2011/66, T. 17.02.2011, (www.kazanci.com.tr).

⁴³ Yunus Eraslan, “Disiplin Hukukunda Tevhiden Cezalandırma”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y.7, S.13, Haziran 2019, s. 170-171, 183.

lendirmenin ayrı ayrı yapılması gerekmele birlikte, sonuçta tek bir disiplin cezası teklifinde bulunulması mümkün olduğu gibi disiplin cezası vermeye yetkili disiplin amir veya kurullarının da fiilin sübuta erdiğine kanaat getirmeleri halinde tek bir ceza veya soruşturmacı teklifine bağlı kalmaksızın ayrı ayrı ceza verebilmeleri mümkündür. Disiplin amir veya kurullarının tevhidten cezalandırma yoluna başvurarak verecekleri cezaların idari yargı yerlerince hukuka uygunluk değerlendirmesi yapılırken her bir eylemin ayrı ayrı değerlendirilerek karar verilmesi gerekmele birlikte, cezalandırılan kişinin lehine idare tarafından yapılan uygulamayı (tevhidten cezalandırmayı) ortadan kaldıracak şekilde karar verilmesi hukuka uygun olmayacaktır....⁴⁴ Tevhiden cezalandırmada, usulüne uygun savunma gereklerinin her bir fiil açısından yerine getirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde usulüne uygun savunma alınmadığından iptal kararı verilebilecektir. Örneğin, yargısal denetimde usulüne uygun savunma alınan kınama yaptırımını gerektiren “A” fiili bakımından fiilin sübuta ermediği sonucuna varıldığında, kınama yaptırımını gerektiren “B” fiili bakımından usulüne uygun savunma alınmamış ise mahkeme kınama yaptırımının iptaline karar verecektir. Tevhiden cezalandırma suretiyle aylıktan kesme yaptırımına karar verilen bir soruşturmada, usulüne uygun savunma alınan kınama yaptırımını gerektiren “C” fiili bakımından fiil sübuta ermiş olsa da aylıktan kesme yaptırımını gerektiren “D” fiili bakımından usulüne uygun savunma alınmamışsa mahkeme iptal kararı verecektir.

b. Fikri İçtima Bakımından Değerlendirme

Fikri içtima durumunda hukuken tek bir fiil söz konusudur. Nitekim Danıştay kararlarına göre, “...Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de hukukî anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulursa dahi, bu hareketlerin, hukukî nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Diğer bir anlatımla, doğal anlamda fiilin tek olduğu herhâlde hukukî anlamda da fiilin tek olduğu

⁴⁴ Danıştay 8. D., E. 2016/8735, K. 2020/152, T. 23.01.2020, (www.kazanci.com.tr); Aynı yönde bkz. Danıştay 12. D., E. 2016/4926, K. 2019/2460, T. 03.04.2019, (www.kazanci.com.tr); Danıştay 12. D., E.2015/1109, 2018/3615, T. 04.10.2018, (www.kazanci.com.tr); Danıştay 8. D., E. 2016/5765, K. 2018/2123, 16.04.2018, (www.kazanci.com.tr).

söylenbilirse de doğal anlamda fiilin çok olduğu her hâlde hukukî anlamda da fiilin çok olduğu her zaman söylenemeyecektir. Bazen bir hareketler kümesi, hukukî açıdan tek bir fiil olarak kabul edilecektir. Bu hâlde suç tipinin birden fazla hareketle ihlal edilebilir olması hareketin hukuken teklîğini etkilemeyecek, doğal hareketler hukuken tek kabul edilecektir. Fikri içtimada da fiil ya da hareketin teklîği, doğal anlamda değil hukukî anlamda tek olmayı ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de ortaya konulan bu davranışlar suçun kanunî tanımında yer alan hukuksal anlamdaki “tek bir fiili” oluşturmaktadır...”⁴⁵

Fikri içtima durumunda, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53/D maddesi uyarınca bir fiil birden çok disiplin suçu oluşturduğunda neticede birden fazla disiplin cezası yerine bunlardan en ağır olan disiplin cezasının verilmesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay 8. Dairesi de bir kararında “...aynı soruşturma kapsamında, benzer ve birbirini takip eden ve birbirinin sonucu olan iç içe geçmiş ve aralarında kopukluk olmayan eylem ve işlemlerin her birinin ayrı fiiller olarak nitelendirilmesi ve cezaların birleştirilmeyip her biri için ayrı bir disiplin cezası verilmesi hukuka uygun bulunmamaktadır.... Soruşturma neticesinde davacıya birden fazla disiplin cezası vermek yerine bunlardan en ağır olan disiplin cezasının verilmesi gerekmektedir...” diyerek karar vermiştir.⁴⁶ Tevhiden cezalandırmada olduğu gibi, fikri içtimada da usulüne uygun savunma gereklerinin yerine getirilmesi gerekmektedir. Ancak tevhiden cezalandırmadan farklı olarak fikri içtimada hukuki anlamda tek fiil söz konusudur.⁴⁷ Tek fiil ile kanunun farklı maddelerinin ihlali durumunda da tüm ihlaller soruşturulana bildirilerek savunma alınması gerekir.⁴⁸

⁴⁵ Danıştay 13. D., E. 2016/4569, K. 2021/893, T. 11.03.2021, (www.kazanci.com.tr); Danıştay 13. D., E. 2018/3969, K. 2021/3299, T. 13.10.2021, (www.kazanci.com.tr); Danıştay 13. D., E. 2018/392, K. 2022/941, T. 10.03.2022, (www.kazanci.com.tr); Danıştay 13. D., E. 2018/1941, K. 2022/2946, T. 29.06.2022, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁶ Danıştay 8. D., E. 2018/4469, K. 2020/1135, T. 24.02.2020, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁷ Eraslan, s. 180-181.

⁴⁸ Akkoyunlu, s. 23.

II. YÜKSEKÖĞRETİM DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA SAVUNMA HAKKININ SINIRLARI

A. Savunma Sınırını Aşan İfadeler

Anayasamızın 26. maddesinde, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesinde de ifade özgürlüğü düzenlenmiştir. İfade özgürlüğü sınırsız olmayıp, AİHS m.10'da da belirtildiği üzere ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlağın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması amacıyla sınırlanabilir. Anayasa Mahkemesi yükseköğretim öğrencilerinin ifade özgürlüğünü değerlendirdiği bir kararında, öğrencilerin ifade özgürlüğüne yönelik getirilen düzenlemeler bakımından eğitimin derecesinin büyük önem taşıdığı, eğitimin derecesi arttıkça öğrencinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin azalması gerektiği belirtilmiştir. Kararda, "...yükseköğretim kurumlarının düzeninin sağlanması amacıyla disiplin kurallarının öngörülmesi ve uygulanması mümkün olmakla birlikte bilimsel üretimin merkezlerinden biri olarak kabul edilen üniversitenin yerleşkesinde ifade özgürlüğü ortamının oluşturulması zorunludur. Bu bağlamda özgür düşüncenin ve eleştirel aklın beşiği olarak görülen akademide farklı düşüncelere sahip olan, ifadelerini açıklama şekilleri keskin olabilecek üniversite öğrencilerine daha fazla hoşgörü gösterilmesi gerekmektedir. İfade özgürlüğü, üniversite öğrencileri de dahil olmak üzere herkesin görüş ve fikirlerini serbestçe anlatabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi imkânına sahip olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla üniversite öğrencileri, söz konusu görüş ve fikirleri tartışmalı olsa veya rağbet görmese dahi ifade etme özgürlüğünün sıkı korumasından yararlanmalıdır..." gerekçesine yer verilmiştir.⁴⁹

Disiplin soruşturmalarında savunma çerçevesindeki ifadelerin savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Türk Ceza Kanunu'nun iddia ve savunma dokunulmazlığı başlıklı 128. maddesinde, "Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2023/78, K. 2024/55, T. 22.02.2024, p. 29, RG, T. 19.04.2024, S. 32522.

veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir" hükmü yer almaktadır. TCK m. 128'de düzenlenen iddia ve savunma dokunulmazlığı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir.⁵⁰ Söz konusu düzenleme uyarınca, disiplin soruşturmasındaki savunmalar da savunma metninde yer alan isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanmaları ve uyumsuzlukla bağlantılı olmaları durumunda dokunulmazlık kapsamındadır. Örneğin hakaret içerdiği ileri sürülen savunmaların dokunulmazlıktan yararlanabilmesi için TCK m. 128'de öngörülen savunma sınırını aşmaması gerekmektedir. Gerek cezai gerek hukuki gerek disiplin açısından savunma dokunulmazlığından yararlanılabilmesi için savunmanın belirtilen sınırlar içerisinde olması gerekir.⁵¹ Savunma sınırını aşan ifadeler bakımından ise ceza sorumluluğunun yanı sıra, tazminat sorumluluğu ve disiplin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

B. Soruşturmanın Gizliliği

1. Gizliliğin Temel Amacı

Yükseköğretim Kanunu'nun 53/A maddesinde disiplin soruşturmalarında uyulacak esaslar belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemede soruşturmanın gizliliğinin esas olduğu da belirtilmektedir (2547 sayılı Kanun m. 53/A-1-k). Öğrenci disiplin soruşturmaları bakımından da 54/6-a maddesinde, "*Soruşturmanın gizliliği esastır*" hükmü yer almaktadır. Gizlilik Dereceli Belgelerde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde gizlilik dereceleri tanımlanmıştır.⁵² Söz konusu düzenlemeye göre, üç milli gizlilik derecesi bulunmaktadır. Bunlar; "*çok gizli*", "*gizli*" ve "*hizmete özel*" dir. Gizlilik dereceleri arasında yer alan hizmete özel, "*izinsiz açıklanması veya yetkisiz kişilerce öğrenilmesi hâlinde herhangi bir idari faaliyete, gerçek veya tüzel kişiye, idari*

⁵⁰ Serhat Sinan Kocaoğlu, "Türk Ceza Kanunu (m.128) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak "Savunma Dokunulmazlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, s. 22-23, 32.

⁵¹ Kocaoğlu, s. 32, 33.

⁵² RG, T. 26.04.2022, S. 31821.

soruşturmaya, adli soruşturmaya ve kovuşturmaya zarar verebilecek belgeler için kullanılır". Disiplin soruşturmasına ilişkin belgelerin gizlilik derecesi de "*hizmete özel*" dir.

Disiplin soruşturmaları masumiyet karinesinin ve lekelenmeme hakkının bir sonucu olarak üçüncü kişilere karşı gizlidir.⁵³ Özel hayatın gizliliğinin korunması gereklidir. Ancak kanaatimizce soruşturmanın gizliliği yalnızca üçüncü kişilere yönelik değildir. Soruşturmanın varsa şikayetçi ve bir ölçüde soruşturulan bakımından da gizliliği söz konusu olabilir⁵⁴. Disiplin soruşturmasının gizliliği idari sırların korunması ve delillerin karartılmasını önlemeye yardımcı olur.⁵⁵ Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 19. maddesi ve söz konusu kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin 30. maddesi uyarınca, yürütülen disiplin soruşturması ile ilgili olan ancak açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde özel hayata müdahale sonucu doğuracak, kişilerin veya soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek, gizli bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya bu tür bilgi ve bilgi kaynağının elde edilmesini güçleştirecek bilgi ve belgeler istenemez.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, disiplin soruşturmasında gizliliğin temel amacının soruşturulanın haklarının korunması yanında, soruşturmanın güvenliğinin sağlanması ile soruşturmacının ve hatta üçüncü kişilerin haklarının korunmasını da içerdiği belirtilebilir.

2. Gizliliğin Kapsamı

Soruşturulanın haklarının korunması, soruşturmanın güvenliğinin sağlanması ve soruşturmacı ile üçüncü kişilerin haklarının korunması bakımından soruşturmanın gizliliği önem arz etmektedir. Bununla birlikte gizliliğin, savunma hakkına engel olmaması gerekmektedir. Savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması görevi kötüye kullanma suçu oluşturabilmektedir. Nitekim Danıştay 1. Daire, "*...soruşturma raporuyla hakkında Devlet memurluğundan çıkarılma cezası önerisi getirilen ve bu öneri uyarınca savunması istenen kamu görevlisine*

⁵³ Karaca, s. 139.

⁵⁴ Soruşturmanın gizliliği ilkesinin hakkında soruşturma açılan kamu görevlisi için geçerli olmadığı yönünde bkz. Kaya, s. 85; Boz, s. 28.

⁵⁵ Karaca, s. 139; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir/Seyhan/Yağcı/Karaca, s. 57.

ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğu, bu nedenle ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu..." belirtilerek, görevi kötüye kullanma suçu bakımından soruşturma izni verilmemesi kararının kaldırılmasına karar vermiştir.⁵⁶ Danıştay 12. Dairesi'nin memurluktan çıkarma yaptırımının iptali istemiyle açılan davaya ilişkin kararında, "...disiplin soruşturma raporu ile eklerinin bir suretinin kendisine verilmesini talep etmesine karşılık, ... Valiliğince 4982 Sayılı Bilgi Edinme Kanununun "idari soruşturmaya dair bilgi ve belgeler" başlıklı 19. maddesi uyarınca bu talebin Valiliklerince uygun görülmediği gerekçesiyle soruşturma dosyası ve eklerinin davacıya verilmemesi, böylece davacının savunma hakkının ve dolayısıyla açmış olduğu bu davada savunmasını yapabilmesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiği..." belirtilmiştir.⁵⁷ Danıştay 10. Dairesi'nin bir kararında da, tamamlanmış idari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgelerin tümünün savunma ve bilgi edinme hakkı kapsamında edinilebileceği, soruşturma raporuna ilişkin bilgi ve belgelerin 4982 sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca verilmemesinin hukuka uygun olmadığı belirtilmiştir.⁵⁸ Soruşturmanın gizliliğini sağlamak adına, savunma hakkını ve adil yargılanma hakkını⁵⁹ kısıtlayacak derecede oluşturulandan bilgi, belge saklanması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.⁶⁰ Ancak kanaatimizce tanıkların adres ve kimlik numaraları gibi kişisel verileri içeren tüm dosyanın idare tarafından oluşturulana verilmesi, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na aykırıdır. Söz konusu Kanun'un 28. maddesinde istisnalara yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemede, kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10.,

⁵⁶ Danıştay 1. D., E. 2008/721, K. 2008/800, T. 27.06.2008, (www.kazanci.com.tr).

⁵⁷ Danıştay 12. D., E. 2013/5654, K. 2014/183, T. 28.01.2014, (www.kazanci.com.tr); Aynı yönde bkz. DİDDGK, E. 2005/3292, K. 2008/1633, T. 12.06.2008, (www.kazanci.com.tr).

⁵⁸ Danıştay 10. D., E. 2012/6939, K. 2016/186, T. 15.01.2016.

⁵⁹ Bazı idari ve disiplinler uyumsuzlukların da AİHS m.6 çerçevesinde adil yargılanma hakkının uygulama alanında yer aldığı yönünde bkz. Karaca, s. 233-240; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 350.

⁶⁰ Boz, s. 30.

zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11. ve veri sorumluları siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. madde, kişisel veri işleminin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması durumunda uygulanmaz. Kanaatimizce söz konusu düzenleme savunma hakkının kullanılmasını sağlayacak ölçüde bilgi ve belgelerin verilmesini ifade etmektedir. Bu çerçevede örneğin tanık ifade tutanakları, söz konusu tutanaklarda yer alan adres ve kimlik numaraları gibi kişisel veriler karartılarak veya dosyada delil olarak video kaydı varsa söz konusu kayıt soruşturma konusu ile ilgili olmayan kişiler blurlanarak (mozaiklenerek) soruşturulana savunmasını hazırlaması için verilebilir. Hakkında daha önce açılmış ve sonuçlandırılmış disiplin soruşturması olan kişinin yapmış olduğu başvuru üzerine Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından da, “...Başvurunun, bilgi edinme talebinin karşılanması için varsa istenen soruşturma dosyaları hakkında üçüncü şahıslara ait kimlik bilgileri ile kimliklerin tespitine imkân veren her türlü bilgi ve ifade, 4982 sayılı Kanun’un 9 uncu maddesi çerçevesinde çıkarılmak/karartılmak suretiyle başvuru sahibinin erişimine sunulması gerektiği değerlendirilmiştir...”⁶¹

Bir Üniversitenin “ön inceleme, soruşturma ve kovuşturmalarda şikayetçilerin, avukatların veya üçüncü kişilerin anılan süreçlere ilişkin olarak söz konusu dosyaları talep ettikleri beyan edilerek bu taleplere ilişkin yapılacak işlemler hakkında tereddüt” oluştuğunu belirterek görüş istemesi üzerine Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu tarafından alınan 26.05.2021 tarih 2021/757 sayılı kararda ise “...başvuru sahibinin kendisi hakkında yürütülen soruşturmaya veya incelemeye ilişkin bilgi veya belge taleplerinin, soruşturma veya inceleme raporunun tekemmül etmiş olması halinde, ilgili soruşturma veya inceleme raporunun 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun “İdari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler” başlıklı 19 uncu maddesinin (a) ve (d) bentleri gereğince, özel hayatın korunmasına riayet ederek üçüncü şahıslara ait kimlik bilgileri ile kimliklerinin tespitine imkân veren her türlü bilgi ve ifade karartılmak, ifade tutanakları ile tanık ifadelerini içeren

⁶¹ TBMM Kamu Denetçiliği Kurumu, S.17493, Başvuru no. 2019/11575, T. 11.11.2019, (<https://personel-tr.agu.edu.tr>)

kısımlar çıkartılmak suretiyle kendisiyle ilgili bilgilerin başvuru sahibinin erişimine sunulması gerektiği..." belirtilmiştir.⁶² Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu görüşünde özetle rapor tekemmül etmemiş ise soruşturmanın bilgi, belge talebinin reddedilebileceğini, raporun tekemmül etmiş olması durumunda kişisel veriler korunarak ve ifade tutanakları ile tanık ifadeleri çıkarılarak soruşturmanın kendisiyle ilgili bilgilerin verilebileceğini belirtmiştir. Soruşturma raporu tamamlandıktan sonra, karar almaya yetkili makam tarafından savunma istenirken dosyadaki deliller içerisinde yer alan ifade tutanaklarının, tanık ifadelerinin soruşturulana verilmemesi kanaatimizce savunma hakkını kısıtlar. Nitekim yukarıda belirtmiş olduğumuz Danıştay kararlarında da usulüne uygun savunma hakkı tanındığından söz edilebilmesi için iddiaların dayandığı delillerin soruşturulanın savunma yapmasına imkân tanıyacak şekilde verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun söz konusu görüşü kanaatimizce bağlayıcı nitelikte değildir, ancak itiraz üzerine verdiği kararlar da benzer yönde olmaktadır.⁶³ Nitekim Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu disiplin soruşturmalarına ilişkin 02.03.2022 tarihli bir kararında da ilgilinin "*so-mut iddia ve varsa delilleri de içerecek şekilde soruşturma dosyası ve eklerinin bir nüshasının*" tarafına ibrazı talebinin "*soruşturmanın devam ettiği ve bu aşamada soruşturma ile ilgili bilgi ve belgelerin verilemeyeceği, bu doğrultuda ilgili kurumun cevabının yerinde olduğu, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 12'nci maddesi kapsamında kaldığı ve ... reddedilmesi gerektiği*" belirtilmiştir.⁶⁴ 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin istenecek bilgi veya belgelerin niteliğine ilişkin 12. maddesinde "*...tekemmül etmemiş bir işleme ilişkin bilgi veya belge için yapılacak başvurulara olumsuz cevap...*" verebileceği belirtilmiş olup, kurulun kararı soruşturmanın derdest olduğu gerekçesine dayanmaktadır, her ne kadar soruşturma raporu icrai nitelikte

⁶² Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, 2021/757, T. 26.05.2021, (<https://bedk.adalet.gov.tr>).

⁶³ Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu tarafından itiraz üzerine verilen kararların hukuki niteliğine ilişkin değerlendirme için bkz. Harun Yılmaz, "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında İtiraz Usulü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, C. 2, Yıl 2015, s. 980-982.

⁶⁴ Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, 2022/341, T. 02.03.2022, (<https://bedk.adalet.gov.tr>).

olmayan hazırlık işlemi, yaptırım kararları idari işlem niteliğinde ise de kanaatimizce kararda kastedilen işlem, idari işlem diğer bir ifade ile yaptırım kararı değil, soruşturma raporudur. Soruşturma raporu tamamlanmadan dosya örneğinin soruşturulana verilmesi durumunda; soruşturmanın, soruşturmacının veya üçüncü kişilerin güvenliği tehlikeye düşebilecek, gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkabilmesi veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi kaynaklarının temini güçleşebilecektir. Ancak soruşturma raporunun tamamlanmış olması da söz konusu riskleri tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Kurula göre, soruşturmanın tamamlanması da Bilgi Edinme Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca erişilemeyecek bilgi ve belgelere hiçbir sınırlama olmaksızın erişimi mümkün hale getirmemektedir.⁶⁵

Fransa'da da disiplin soruşturmasında yetkili makamın, kimliklerinin açıklanmasının tanıklara zarar vereceği durumlarda, tanıkların talebi üzerine anonimleştirdiği tanık ifadelerine dayanarak yaptırım kararı alabileceği kabul edilmektedir. Ancak Fransız Danıştay'ın anonim tanıklığın değerlendirildiği 5 Nisan 2023 tarihli kararına göre, yaptırım kararına karşı açılan davada ifadelerin gerçekliğine veya içeriklerinin doğruluğuna itiraz edildiğinde, yaptırım kararı almaya yetkili makam tanıkların iddiayı ispatlayabilecek nitelikte olduğuna ilişkin tüm unsurlar ile ifadelerde yer alan hususları doğrulayacak tüm unsurları ortaya koymalıdır.⁶⁶ Fransız Danıştay'ın 22 Aralık 2023 tarihli kararında da savunma hakkı ile anonim tanıklık arasındaki ilişki değerlendirilmiştir. Kararda, rapora dayalı olarak yaptırım kararı alınırken, raporun ve tanık ifadelerinin soruşturulana bildirilmesi gerektiği, kimliğinin açıklanmasının tanığa zarar vereceği durumlarda, tanığın talebi üzerine anonimliği korunarak ifadenin soruşturulana verilebileceği, riskin karar almaya yetkili makam tarafından somut olaya göre değerlendirileceği belirtilmiştir. Karara konu olayda raporun soruşturulana iletildiği, tanık ifadelerinin özetinin raporda yer aldığı, bununla birlikte tanık ifadelerinin soruşturulana verilmediği dikkate alınarak savunma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁶⁷

⁶⁵ Akkoyunlu, s. 42.

⁶⁶ Conseil d'État, No. 463028, 05.04.2023, "<https://www.conseil-etat.fr/fr/ariane-web/CE/decision/2023-04-05/463028>", 30.04.2024.

⁶⁷ Conseil d'État, No. 462455, 22.12.2023, "<https://www.conseil-etat.fr/fr/ariane-web/CE/decision/2023-12-22/462455>", 30.04.2024.

Şikâyetçi bakımından da konunun değerlendirilmesi gereklidir. Kanaatimizce şikâyetçiye soruşturma sonucunun gizlilik ileri sürülme suretiyle bildirilmemesi hukuka uygun değildir. Şikâyeti üzerine yürütülen soruşturmanın sonucunun şikâyetçiye bildirilmesi gereklidir. Şikâyetçi tarafından bilgi edinme başvurusunda bulunulması durumunda, 4982 sayılı Kanun'un istisna hükümleri ileri sürülerek reddedilmesi mümkün değildir. Kanun'un 5. maddesi uyarınca, ilgili soruşturma kapsamında hazırlanan raporun sonuç bölümünün talep edilmesi durumunda üçüncü kişilere ait kimlik bilgileri ile kimliklerin tespitine imkân veren bilgiler karartılmak suretiyle, diğer bir ifadeyle üçüncü kişilerin kişisel verileri gizlenmek suretiyle başvurana verilmesi gerekir.⁶⁸ Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun yukarıda belirtmiş olduğumuz 26.05.2021 tarihli 2021/757 sayılı kararında da, "... Başvuru sahibinin şikâyetçi sıfatını haiz olması durumunda ve söz konusu soruşturma/ön inceleme raporunun tekemmül etmiş olması halinde, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun "İdarî soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler" başlıklı 19 uncu maddesinin (a) ve (d) bendi hükmü saklı kalmak kaydıyla, soruşturma/ön inceleme dosyasının yalnızca "sonuç" bölümünün, şikâyetçi/ihbarcı sıfatını haiz olması hasebiyle başvuru sahibinin erişimine açılması gerektiği..." belirtilmiştir. Ancak soruşturmanın temel amacının kurum düzeninin korunması olduğu da göz ardı edilmemelidir. Kamu görevlisini şikâyet sonrasında şikâyetçilerin soruşturmaya ilgili bilgi edinme amacıyla idareye yaptıkları başvuruların reddi üzerine açılan davalarda konu dava açma ehliyeti yönünden değerlendirilmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m. 14 uyarınca ilk incelemede dilekçeler, ehliyet yönünden de incelenir. Davanın dava açma ehliyetine sahip olmayan kişi tarafından açılmış olması durumunda, davanın İYUK m. 15/1-b uyarınca reddine karar verilir. Konuya ilişkin bir Danıştay kararında, "Disiplin cezalarının, hizmetin iyi işlemesi ve kamu görevlisinin uyması gereken düzenleme ve yasaklara uyulmasının sağlanması amacıyla getirilmiş olduğu ve kamu görevlileri hakkındaki şikâyetlerin disiplin suçunun ihbarı niteliğinde olması nedeniyle şikâyetçinin hak ve çıkarlarını doğrudan ilgilendirmediği, Kamu görevlisinin disiplin suçu işlediğine dair ciddi bir suç duyurusu veya şikâyet halinde ilgili hakkında soruşturma yapılması zorunluluğu bulunmakta ise de; yapılan soruşturma sonucunda

⁶⁸ Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, 2017/2173, T. 21.12.2017.

verilecek kararın şikayetçiyi doğrudan ilgilendirmeyen bir hal alan ve tek taraflı işlem niteliğine bürünen bu sonuca karşı açılan davanın incelenmesine ehliyet yönünden olanak bulunmadığı...” belirtilmiştir.⁶⁹ Ancak söz konusu kararın temyizen incelenerek bozulması istemiyle yapılan başvuru üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararında davacının “... başvurunun akıbeti hakkında bilgi almak amacıyla yaptığı başvurunun ise iptali istenen düzenleme gerekçe gösterilerek reddedildiği göz önüne alındığında; düzenleme, davacının hukukunu etkileyebilecek nitelikte olduğundan, bu davayı açmada meşru, kişisel ve güncel menfaatinin bulunduğu sonucuna varılmıştır...” denilerek davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmediği belirtilmiştir.⁷⁰

Soruşturmada şikayetçi veya soruşturulan konumunda olmayan üçüncü kişilerin dosyaya ilişkin bilgi, belge taleplerinin ise özel hayatın gizliliği kapsamında reddi gerekir. Nitekim Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun yukarıda belirtmiş olduğumuz 26.05.2021 tarih 2021/757 sayılı kararında da “...Başvuru sahibinin, talep edilen dosyada taraf olmaması durumunda (şikâyet edilen veya şikâyetçi) 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 21'inci maddesi uyarınca talebin reddi gerektiği...” belirtilmiştir.

3. Soruşturmanın Gizliliğini İhlalin Sonuçları

Soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda, disiplin sorumluluğunun yanı sıra tazminat sorumluluğu ile cezai sorumluluk söz konusu olabilecektir.

a. Disiplin Sorumluluğu

Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde, basın-yayın veya bilişim sistemlerini kullanarak kişinin amiri, iş arkadaşları, personeli, hizmetten yararlananlar veya öğrencileri hakkında gerçeğe aykırı açıklamada veya haksız isnatta bulunması veya rızaları olmaksızın özel hayatlarıyla ilgili açıklama yapması ve görev gereği öğrenilen gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin açıklanması kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme yaptırımını

⁶⁹ Danıştay 5. D., E. 2020/3517, K. 2020/5020, T. 11.11.2020.

⁷⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2021/3725, K. 2022/348, T. 07.02.2022, (www.kazanci.com.tr).

gerektiren fiiller olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede, devlet yükseköğretim kurumları öğretim elemanları tarafından söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesi kademe ilerlemesinin durdurulmasını gerektirmekte iken, vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanları⁷¹ tarafından söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesi birden fazla ücretten kesme yaptırımını gerektirmektedir. Vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının kademe ilerlemesi söz konusu olmadığından kanunda aynı fiil için iki ayrı yaptırım türüne yer verilmiştir. Birden fazla ücretten kesme cezası kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının muadili olarak düzenlenmiştir.⁷²

Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde ise, yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç verilmesi kınama (DMK m. 125/B-m), açıklanması yasaklanan bilgilerin açıklanması kademe ilerlemesinin durdurulması (DMK m. 125/D-k), yetki almadan gizli bilgilerin açıklanması Devlet memurluğundan çıkarma yaptırımını (DMK m. 125/E-h) gerektiren fiiller olarak düzenlenmiştir. Üniversitede görevli memurlar tarafından disiplin soruşturmasının gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde öngörülen yaptırım uygulama alanı bulur. Ancak disiplin soruşturmasının kamuyu ilgilendiren bir yönü söz konusuysa yetkili üstlerden izin almak koşuluyla kamunun aydınlatılması da söz konusu olabilir.⁷³

Guja/Moldava kararında da AİHM, soruşturma süreci ile ilgili bilgileri paylaşan başvurucunun görevine son verilmesini AİHS m. 10'un ihlali olarak kabul etmiştir.⁷⁴ Kararda, kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda gizli nitelikli olanlar dahil kurum içi bilgilerin

⁷¹ Vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının statüsüne ilişkin değerlendirme için bkz. Ural Aküzüm, *Kamu Hukuku Açısından Vakıf Yükseköğretim Kurumları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 79-105; Önüt Lale Burcu, "Vakıf Üniversitesinin Faaliyetlerinin Durdurulması ve Garantör Üniversitenin İşlevi", *İKÜHFD*, C.17, S.1, 2018, s. 100-101; Duygu Çelebi Demir/Mehpare Çaptuğ Dilek, "Vakıf Üniversitesinde Çalışan Personelin Eşit Ücret Hakkı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.48, 2022, s. 110-117.

⁷² Aslan/Altındağ, s. 135.

⁷³ Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir/Seyhan/Yağcı/Karaca, s. 57.

⁷⁴ AİHM, Guja v. Moldova, Başvuru no. 14277/04, T. 12.02.2008, "<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-85017>"; Ayrıca bkz. Karaca, s. 249.

açıklanmasının AİHS m. 10 kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmiştir.⁷⁵

b. Tazminat Sorumluluğu

Soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda hakkı ihlal edilen kişi tarafından idare aleyhine tam yargı davası açılabilmesi mümkündür. Nitekim Anayasamızın 129/5. maddesi uyarınca “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”, DMK m. 13’te de “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır” hükmü yer almaktadır. Rücu işlemlerine ilişkin gerekli değerlendirme, DMK’ya dayanılarak kabul edilen “Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik” çerçevesinde yapılmakta, rücu talep veya davasının yöneltilebileceği sorumluların tespiti, rücu davasına konu olabilecek kusurun varlığı ve kusur oranlarının belirlenmesi için komisyon görevlendirilebilmektedir. Nitekim Yönetmeliğin zararın ve miktarın tespiti başlıklı 7. maddesinde de “...hizmet kusurlarından doğan zararların miktarı kurum ve kuruluşların en üst yöneticilerinin belirleyeceği iki kişi ile zarara sebebiyet veren memurun ilk amirinden oluşan 3 kişilik bir heyet tarafından tespit edilir” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla Üniversitelerde Rektör tarafından oluşturulacak rücu komisyonunda, Rektör tarafından görevlendirilen iki kişi ile soruşturmanın gizliliğini ihlal eden personelin görevli olduğu birimin amiri yer alacaktır. Yapılan değerlendirme neticesinde, tam yargı davası nedeniyle tazminat ödeyen idare ödediği tazminatı soruşturmanın gizliliğini ihlal eden personele adli yargıda rücu edebilecektir.

Kamu görevlisinin, üçüncü şahsa verdiği zarar sebebiyle zararı tazmin eden idareye karşı sorumluluğu kişisel kusuru oranında söz konusu olur.⁷⁶ Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, görevlerini

⁷⁵ AİHM, Guja v. Moldova, p.72, 97.

⁷⁶ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 788-790.

ifa ederken yükümlülüklerini yerine getirmemeleri, kin ve husumetle gerçekleştirdikleri davranışları, açık ve bariz yetki aşımı, açık yasa hükmünü yanlış uygulama gibi ağır kusurlu faaliyetleri kişisel kusur oluşturmaktadır.⁷⁷ Soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi de kişisel kusur niteliğindedir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 73/1'de, rücu isteminin, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı belirtilmektedir. Tam yargı davası neticesinde idare tarafından tazminatın tamamının ödenmesinden ve soruşturmanın gizliliğini ihlal eden personelin öğrenilmesinden itibaren iki yıl geçmiş ise zamanaşımı nedeniyle rücu söz konusu olamayacaktır. Zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından rücu davasının açılmasına ilişkin olur tarihinin esas alınması durumunda, tam yargı davasına ilişkin karar kesinleşmemiş olsa da rücu davası bakımından zamanaşımı süresinin dolması söz konusu olabilecektir.⁷⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konuya ilişkin bir kararında, zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için zararın tamamının ödenmesinin yeterli olmadığı, sorumlu kişilerin de bilinmesi gerektiği, olayda sorumlu kişilerin idare mahkemesi kararının kesinleştiği tarihte öğrenildiği belirtilmiştir.⁷⁹ Kanaatimizce somut olaya göre değerlendirme yapılmalı ve zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarih esas alınmalıdır.⁸⁰

⁷⁷ Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s. 854-855; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 789.

⁷⁸ Serkan Çınarlı/Munise Seray Göncü Döner/Kerim Azak, Kamu Görevlilerine Rücu Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 264.

⁷⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/4-1488, K. 2013/809, T. 31.05.2013 için bkz. Çınarlı/Göncü Döner/Azak, s. 264-267.

⁸⁰ Nitekim İzmir BAM 4. Hukuk Dairesinin E. 2021/1056, K. 2021/1567 sayılı kararında da, "...Özetle her ne kadar idare faili yani birlikte sorumlu olduğu kişiye ve fiili İdare Mahkemesinin yargılaması sırasında (davalının müdahil olması nedeniyle) öğrenmiş ise de, rücu davasında idarenin rücu edebileceği tutarın ne olacağı, rücu edip edemeyeceği İdare Mahkemesi kararının kesinleşmesine (reddedilen manevi tazminat tutarı için bozma sonrası yargılama yapılmasına bağlı) olması ve tazminatın tamamının ödenmemiş olması nedenleriyle zararın kapsamı tam olarak belirlenmemiştir. Diğer bir anlatımla 2 yıllık zamanaşımı süresi İdari yargı kararının kesinleşmesi tarihinden başlatılması gerektiği, dava tarihinde zamanaşımı süresi işlemeye başlamadığı halde davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı görülmüştür" ifadesi yer almaktadır.

c. Cezai Sorumluluk

Soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda disiplin soruşturması dışında ceza soruşturması da açılabilir. Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesinde düzenlenen adliyeye karşı suçlar arasında yer alan gizliliğin ihlali suçu, ceza muhakemesi kapsamındaki soruşturmalara ilişkin olup, disiplin soruşturmaları suçun konusunu oluşturmamaktadır.⁸¹ Ancak somut olaya göre, Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu veya Türk Ceza Kanunu'nun 258. maddesinde düzenlenen göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu oluşabilir.⁸² Alman hukukunda ise disiplin soruşturmaları da soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu kapsamında kabul edilmektedir.⁸³

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin 2653 sayılı Kanun ile değişik c bendinde ceza soruşturması usulü düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, "Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında" yetkili makamlarca inceleme başlatılabilir, inceleme sonucunda veya doğrudan ceza soruşturması açılabilir. Söz konusu düzenlemede öngörülen usul, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da öngörülen usulden kapsamındaki kişiler, konu ve usulün niteliği bakımından farklıdır.⁸⁴ Örneğin devlet üniversitesi akademik veya idari personeli⁸⁵ tarafından disiplin soruşturmasının

⁸¹ Gökhan Türkoğlu, Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Gizliliğin İhlali Suçları (TCK m. 285/1-3), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 33, 82; Ayvaz Cebre, Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçu, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan 2016, s. 56.

⁸² Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Emin Alşahin, "Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu (TCK m. 258)", *MÜHF-HAD*, C.20, S.2, 2014, s.219-248; Muharrem Özen/Atacan Köksal, "Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 1, 2020, s. 189-228.

⁸³ Türkoğlu, s. 32-33; Cebre, s. 55, 56.

⁸⁴ Aslan/Altındağ, s. 195.

⁸⁵ 2547 sayılı Kanun'daki soruşturma usulünün yalnızca devlet üniversitelerini kapsadığı, vakıf üniversitelerinde çalışan akademik ve idari personelin, rektör ve rektör yardımcılarını dışında, genel hükümlere tabi olduğu yönünde bkz. Aslan/Altındağ, s. 197.

gizliliğinin ihlali durumunda savcılığa yapılan şikâyet üzerine savcılık görevsizlik kararı vererek dosyayı yükseköğretim kurumuna gönderir. 4483 sayılı Kanun'da izin usulü düzenlenmişken, Yükseköğretim Kanunu'na göre bu durumda soruşturma yükseköğretim kurumunda yürütülmektedir. 4483 sayılı Kanun uyarınca idari mercii tarafından izin verildiğinde soruşturma Cumhuriyet savcıları tarafından yürütülmekte iken, 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesine göre ceza soruşturması yükseköğretim kurumunda yürütülmektedir.⁸⁶

İlk soruşturma neticesinde soruşturmacı lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme önerisinde bulunabilir. Son soruşturmanın diğer bir ifade ile kovuşturmanın açılıp açılmamasına kanunda yetkili kılınan makam tarafından karar verilir. İlk soruşturmada yetkili makamda olduğu gibi son soruşturma açılmasına karar verecek makam da soruşturulanın görevine bağlı olarak değişebilmektedir. Örneğin, öğretim elemanları bakımından yetkili makam üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik ceza kurulu (2547 sayılı Kanun m. 53/c-2-d), fakülte dekanları bakımından rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarında oluşan üç kişilik kurul (2547 sayılı Kanun m. 53/c-2-c), DMK'ya tabi memurlar bakımından mahal itibariyle yetkili il idare kuruludur (2547 sayılı Kanun m. 53/c-2-e). Söz konusu kişiler hakkında verilen lüzum-u muhakeme kararına ilgililerce yapılacak itiraz ile men-i muhakeme kararları kendiliğinden Danıştay 1. Dairesi'nde incelenerek karara bağlanır (2547 sayılı Kanun m. 53/c-4). Danıştay 1. Daire, lüzum-u muhakeme kararını men-i muhakemeye, men-i muhakeme kararını lüzum-u muhakemeye çevirebileceği gibi eksik inceleme durumunda eksikliğin giderilmesi için dosyayı geri gönderebilir. Madde itibariyle yetkili mahkeme soruşturulanın görevine bağlı olarak değişebilmektedir. Lüzum-u muhakemesi kesinleşen öğretim elemanları, dekanlar ve DMK'ya tabi memurların yargılanması suçun işlendiği yer adliye mahkemelerinde gerçekleştirilir (2547 sayılı Kanun m. 53/c-4).

⁸⁶ Murathan Yardımcıoğlu, Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Akademik ve İdari Personelin Görev Suçu Nedeniyle Ceza Soruşturması Usulü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 133; Aslan/Altındağ, s. 196; Duman, s. 88.

SONUÇ

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53 ve devamı maddelerinde yükseköğretim personel disiplin soruşturmalarının usul ve esasları düzenlenmiş, yükseköğretim kurumları öğrencilerinin disiplin işleri ise, 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde alınan yaptırım kararına karşı açılan davada mahkeme savunmanın usulüne uygun alınıp alınmadığını da denetler. Disiplin soruşturmasında savunmanın usulüne uygun alınmamış olması, yaptırım kararının şekil unsuru bakımından iptal edilmesine neden olur. Savunma hakkının soruşturulana şeklen değil, gerçek anlamda tanınmış olması gerekir. Usulüne uygun savunma hakkı tanınmasından söz edilebilmesi için soruşturulana isnadın bildirilmesi önemlidir. Bu bildirimde isnadın sebebi diğer bir ifade ile hangi fiilin nerede ve ne zaman işlendiği ile niteliği diğer bir ifade ile fiilin hukuki yönden nitelendirilmesi yer almalıdır. Yükseköğretim disiplin soruşturmalarında savunma istenirken isnadın yanı sıra dayandığı deliller de sunulmalı ve soruşturulana savunmasını hazırlaması için yedi günden az olmayan bir süre tanınmalıdır. Soruşturulan soruşturma dosyasını inceleme, örnek alma, tanık dinletme, sözlü ve/veya yazılı savunma yapma, talebi reddetme, vekil yardımından yararlanma, kararın değiştirilmesi için hukuki başvuru hakkına sahip olmalıdır. Ka-naatimizce yükseköğretim disiplin soruşturmaları bakımından soruşturmacının ifade, yaptırım kararı almaya yetkili makamların savunma almasına yönelik düzenleme yapılması yararlı olacaktır.

Savunma hakkı güvence altına alınırken savunmanın sınırlarına da dikkat edilmesi gerekir. Disiplin soruşturmasında savunma sınırını aşan ifadeler korunamayacağı gibi soruşturmada gizliliğin sağlanması amacıyla savunma hakkının ihlali veya savunma hakkının etkin kullanımının teminini sağlamak adına gizliliğin ihlali hukuka aykırı olacaktır. Soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda, disiplin sorumluluğunun yanı sıra tazminat sorumluluğu ile cezai sorumluluk söz konusu olabilecektir. Disiplin soruşturması çerçevesinde açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde kişilerin veya soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek, gizli bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya bu tür bilgi ve bilgi kaynağının elde edilmesini güçleştirecek, özel hayata müdahale sonucu doğuracak ve bu çerçevede örneğin kişisel verilerin ihlaline neden olacak bilgi ve belge-

ler istenemez. Kanaatimizce soruşturmanın gizliliği yalnızca üçüncü kişilere yönelik değildir. Soruşturmanın varsa şikayetçi ve bir ölçüde soruşturulan bakımından da gizliliği söz konusu olabilir. Bu çerçevede örneğin tanık ifade tutanakları, söz konusu tutanaklarda yer alan adres ve kimlik numaraları gibi kişisel veriler karartılarak veya dosyada delil olarak video kaydı varsa söz konusu kayıt soruşturma konusu ile ilgili olmayan kişiler blurlanarak (mozaiklenerek) soruşturulana savunmasını hazırlaması için verilebilir. Fransız Danıştay'ı da rapora dayalı olarak yaptırım kararı alınırken, raporun ve tanık ifadelerinin soruşturulana bildirilmesi gerektiğini, kimliğinin açıklanmasının tanığa zarar vereceği durumlarda, tanığın talebi üzerine anonimliği korunarak ifadenin soruşturulana verilebileceğini, riskin karar almaya yetkili makam tarafından somut olaya göre değerlendirileceğini belirtmiştir. Rapor soruşturulana iletilmiş, tanık ifadelerinin özeti raporda yer almış olsa da tanık ifadelerinin soruşturulana verilmemesi savunma hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir.

2547 sayılı Kanun'un 53/A maddesinde yer alan savunma hakkı kapsamında gözetilecek hususlara ilişkin düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi'nin 13.10.2022 tarih ve E. 2022/87; K. 2022/121 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve kararın Resmî Gazete'de yayınlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Karar Resmî Gazete'de 02.02.2023 tarihinde yayımlanmış ve dokuz aylık süre geçmiş olmasına rağmen çalışmanın hazırlandığı tarih itibarıyla henüz konu ile ilgili düzenleme yapılmamıştır. Yükseköğretim disiplin soruşturmalarında savunma hakkı ilgili içtihatlar da dikkate alınarak gerekli mevzuat düzenlemesinin ivedilikle yapılması gerekmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Aküzüm Ural, Kamu Hukuku Açısından Vakıf Yükseköğretim Kurumları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Akyılmaz Bahtiyar /Sezginer Murat /Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Aslan Zehreddin/Altındağ Halil, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Başar Cemal, Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

- Cebre Ayvaz, Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçu, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan 2016.
- Çınarlı Serkan/Göncü Döner Munise Seray/Azak Kerim, Kamu Görevlilerine Rücu Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Dalle-Crode Sylvain, Le fonctionnaire communautaire : Droits, obligations et régime disciplinaire, Bruylant, Bruxelles 2008.
- Duman Bahattin, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Giritli İsmet/Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006.
- Gonod Pascale/Melleray Fabrice/Yolka Philippe, Traité de droit administratif, T.2, Dalloz, Paris 2011.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, C.1, Ekin Basım Yayın, Bursa 2019.
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- Karaca Egemen, Üniversitelerde Disiplin Rejimi, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Maurin André, Droit administratif, Dalloz, Paris 2007.
- Sancakdar Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- Sancakdar Oğuz, Memur Hukuku, Anadolu Üniversitesi yayını, Eskişehir 2011.
- Sancakdar Oğuz/Altınok Çalışkan Elif/Dursun Özdemir Gizem/Seyhan Serkan/Yağcı Pınar/Karaca Egemen, Disiplin Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
- Sancakdar Oğuz/Önüt Lale Burcu/Us Doğan Eser/Kasapoğlu Turhan Mine/Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Şimşek Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta, İstanbul 2008.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Tifine Pierre, Droit administratif français, EJFA, 2012.
- Truchet Didier, Droit administratif, Puf, Paris 2017.
- Türkoğlu Gökhan, Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Gizliliğin İhlali Suçları (TCK m. 285/1-3), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- Ulusoy Ali, Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Yardımcıoğlu Murathan, Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Akademik ve İdari Personelin Görev Suçu Nedeniyle Ceza Soruşturması Usulü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Zabunoğlu Yahya Kazım, İdare Hukuku, C.1, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Makaleler

- Akkoyunlu Sencer Abdullah, "Disiplin Soruşturmasında Memurun Savunma Hakkını Kullanımında İdarenin Uyması Gereken Esaslar", *DÜHFD*, C. 28, S. 48, Yıl 2023.
- Akyılmaz Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", *GÜHFD*, C.6, S.2, 2022.

- Alşahin Mehmet Emin, "Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu (TCK m. 258)", *MÜHF-HAD*, C.20, S.2, 2014.
- Boz Selman Sacit, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.2, 2017.
- Çelebi Demir Duygu/Çaptuğ Dilek Mehpare, "Vakıf Üniversitesinde Çalışan Personelin Eşit Ücret Hakkı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.48, 2022.
- Dakos Maître, "Vous êtes étudiant et faites l'objet d'une procédure disciplinaire: les 5 choses à savoir", <https://www.alexia.fr>.
- Eraslan Yunus, "Disiplin Hukukunda Tevhiden Cezalandırma", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y.7, S.13, Haziran 2019.
- Karahanogulları Onur, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C.8, S. 3, 1999.
- Kaya Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 38, S.2, 2005.
- Kocaoğlu Serhat Sinan, "Türk Ceza Kanunu (M.128) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak "Savunma Dokunulmazlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4.
- Önüt Lale Burcu, "Avrupa Birliği Personel Rejiminin Disiplin Hukuku Boyutu", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 5, S.45.
- Önüt Lale Burcu, "Vakıf Üniversitesinin Faaliyetlerinin Durdurulması ve Garantör Üniversitenin İşlevi", *İKÜHFD*, C.17, S.1, 2018.
- Önüt Lale Burcu, "Disiplin Soruşturması", *Hukuk Bilimleri Ansiklopedisi* (Ed. Özkaya/Erat/Çoban İnce/Duran), Nobel Yayınevi, Ankara 2022.
- Özen Muharrem/Köksal Atacan, "Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 1, 2020.
- Süslü Güven, "Disiplin Hukuku", *Hukuk Bilimleri Ansiklopedisi* (Ed. Özkaya/Erat/Çoban İnce/Duran), Nobel Yayınevi, Ankara 2022.
- Us Doğan Eser/Yücel Dericiler Özge, "Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelerinin Uygulanması", *ÇÜHFD*, C.5, S.1, Nisan 2020.
- Yılmaz Harun, "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında İtiraz Usulü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, C. 2, Yıl 2015.

Mahkeme Kararları

- AİHM, YY. v. Rusya, Başvuru no. 40378/06, T. 23.02.2016.
- AİHM, Mockuté v. Litvanya, Başvuru no. 66490/09, T.27.02.2018.
- AİHM, Guja v. Moldova, Başvuru no. 14277/04, T. 12.02.2008.
- Anayasa Mahkemesi, Arif Huseynli ve diğerleri, Başvuru no. 2019/39033, T. 28.06.2022.
- Anayasa Mahkemesi E.2022/54, K. 2022/99, T. 08.09.2022, RG, T. 20.09.2022, S. 31959.
- Anayasa Mahkemesi, Tural Balayev ve diğerleri, Başvuru no. 2019/42294, T. 01.02.2023.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2022/87, K. 2022/121, T. 13. 10.2022, RG, T. 02.02.2023, S. 32092.

- Anayasa Mahkemesi, E. 2023/78, K. 2024/55, T. 22.02.2024, RG, T. 19.04.2024, S. 32522.
- Conseil d'État, No. 463028, 05.04.2023.
- Conseil d'État, No. 462455, 22.12.2023.
- DİDDGK, E. 2005/3292, K. 2008/1633, T. 12.06.2008.
- DİDDGK, E. 2007/1846, K. 2011/66, T. 17.02.2011.
- DİDDK, YD İtiraz No: 2013/357, T. 17.6.2013.
- DİDDK, E. 2021/3725, K. 2022/348, T. 07.02.2022.
- Danıştay 1. D., E. 2008/721, K. 2008/800, T. 27.06.2008.
- Danıştay 5. D., E. 2016/16509, K. 2018/5060, T. 25.01.2018.
- Danıştay 5. D., E. 2020/3517, K. 2020/5020, T. 11.11.2020.
- Danıştay 8. D., E. 2016/5765, K. 2018/2123, T. 16.04.2018.
- Danıştay 8. D., E. 2016/8735, K. 2020/152, T. 23.01.2020.
- Danıştay 8. D., E. 2018/4469, K. 2020/1135, T. 24.02.2020.
- Danıştay 10. D., E. 2012/6939, K. 2016/186, T. 15.01.2016.
- Danıştay 12. D., E. 2013/5654, K. 2014/183, T. 28.01.2014.
- Danıştay 12. D., E. 2014/7526, K. 2015/454, T. 18.02.2015.
- Danıştay 12. D., E. 2015/1695, K. 2015/4717, T. 09.09.2015.
- Danıştay 12. D., E. 2015/2005, K. 2015/5076, T. 08.10.2015.
- Danıştay 12. D. E. 2015/1023, K. 2015/5293, T. 15.10.2015.
- Danıştay 12. D., E. 2014/7433, K. 2015/5640, T. 28.10.2015.
- Danıştay 12. D., E. 2016/10099, K. 2016/4937, T. 24.10.2016.
- Danıştay 12. D., E. 2013/10617, K. 2016/6891, T. 28.12.2016.
- Danıştay 12. D., E.2015/1109, 2018/3615, T. 04.10.2018.
- Danıştay 12. D., E. 2016/4926, K. 2019/2460, T. 03.04.2019.
- Danıştay 13. D., E. 2016/4569, K. 2021/893, T. 11.03.2021.
- Danıştay 13. D., E. 2018/3969, K. 2021/3299, T. 13.10.2021.
- Danıştay 13. D., E. 2018/392, K. 2022/941, T. 10.03.2022.
- Danıştay 13. D., E. 2018/1941, K. 2022/2946, T. 29.06.2022.
- Danıştay 16. D., E. 2015/4326, K. 2015/2271, T. 30.04.2015.
- İzmir BAM 4. Hukuk Dairesi, E. 2021/1056, K. 2021/1567.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/4-1488, K. 2013/809, T. 31.05.2013.
- Kamu Denetçiliği Kurumu ve Bilgi Edinme Kurulu Kararları
Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, 2017/2173, T. 21.12.2017.
- Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, 2021/757, T. 26.05.2021.
- Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, 2022/341, T. 02.03.2022.
- TBMM Kamu Denetçiliği Kurumu, S.17493, Başvuru no. 2019/11575, T. 11.11.2019.

İnternet Kaynakları

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

<https://www.conseil-etat.fr/>

<https://eur-lex.europa.eu>

<http://hudoc.echr.coe.int>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

<https://personel-tr.agu.edu.tr>

Resmî Gazeteler

JOUE, 27.04.2004, L.124/1-118.

RG, T. 30.04.2021, S. 31470.

RG, T. 26.04.2022, S. 31821.

RG, T. 20.09.2022, S. 31959.

RG, T. 02.02.2023, S. 32092.

RG, T. 09.02.2023, S. 32099.

RG, T. 11.03.2023, S. 32129.

RG, T. 19.04.2024, S. 32522.

YASAL ÖNALIM HAKKI VE BU HAKKIN KULLANILMASINDA FİİLİ TAKSİM OLGUSU

THE LEGAL RIGHT OF PRE-EMPTION AND THE CONCEPT OF ACTUAL DIVISION IN THE EXERCISE OF THIS RIGHT

İlknur DENİZ*

Özet: Bu çalışmada yasal önalım hakkının kullanılmasında fiili taksim olgusu, kanun koyucunun bu husustaki iradesi dikkate alınarak incelenecektir. Uygulamada önalım davası ile ilgili kararlarda, araziler üzerinde fiili taksim bulunması durumunda diğer paydaşların payı satın alan üçüncü kişiye karşı önalım hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırılık kabul edilerek davanın reddi yönünde kararlar verilmektedir. Ancak bu durum her somut olay bakımından aynı faydayı sağlamamakta ve kanun koyucunun önalım hakkını düzenlemesi amacı bakımından da her durumda bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla taşınmazlar üzerinde fiili taksimin varlığı durumunda önalım davası ile ilgili karar verilirken hem somut olaydaki fayda hem de kanun koyucunun iradesi birlikte değerlendirilerek hüküm tesis edilmelidir. Ancak yerleşik Yargıtay içtihatlarında fiili taksimin bulunduğu durumlarda önalım hakkının kullanılamayacağına karar verilmektedir. Yüksek mahkemenin bu husustaki değerlendirmesinin yerinde olduğu durumlar bulunmakla birlikte her somut olay bakımından fiili taksimin önalım davasındaki rolü değişmektedir.

Anahtar Kelimeler: Önalım Hakkı, Fiili Taksim, Arazi, Toprak Bütünlüğü, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu

Abstract: In this study, the fact of de facto division in the exercise of the legal pre-emption right will be examined by taking into account the will of the legislator in this regard. In practice, in the decisions regarding the pre-emption case, in the case of de facto division on the lands; the use of the pre-emption right by other shareholders against the third party who purchased the share is considered to be contrary to the rule of good faith and decisions are made to dismiss the case. However, this situation does not provide the same benefit in every concrete case and is not compatible with

* Avukat, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, ORCID: 0000-0001-9137-6289, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.05.2024, Kabul Tarihi: 05.07.2024

the purpose of the legislator to regulate the right of pre-emption in every case. Therefore, in the presence of de facto division on immovable properties, while deciding on the pre-emption case, both the benefit in the concrete case and the will of the legislator should be evaluated together. However, in the established jurisprudence of the Court of Cassation, it is decided that the right of pre-emption cannot be exercised in cases of de facto division. Although there are cases where the Supreme Court's assessment in this regard is appropriate, the role of de facto partition in the pre-emption case varies for each concrete case.

Keywords: Pre-Emption Right, Actual Division, Land, Territorial Integrity, Soil Protection and Land Use Law

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) paylı mülkiyet konusu taşınmazın üçüncü kişiye satılması durumunda, paydaşlara yasal önalım hakkı tanınır. Bu kapsamda paylı mülkiyet konusu taşınmazda malik paydaşlar, diğer paydaşın payını üçüncü bir kişiye satması durumunda, önalım hakkını kullanarak payı öncelikle satın alma hakkına sahip olur. Ancak uygulamada önalım davalarında taşınmazda paydaşlar arasında fiili taksimin mevcut olması halinde önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu yönünde kararlar verilmektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında da taşınmazda paydaşlar arasında fiili taksimin bulunması durumunda önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırılık sayılmakta ve buna hakkın kötüye kullanılması gerekçe gösterilmektedir.

Önalım hakkının kullanılmasına engel durumlar kanunda açıkça belirtilmiş durumdadır. Ancak kanunda olmayan ve Yargıtay içtihatları ile uygulamaya giren fiili taksim olgusunun varlığı önalım hakkının kullanılmasına engel durum addedilmektedir. Doktrindeki bir kısım yazarlar Yargıtay ile aynı görüşü paylaşıyorken, diğer yazarlar bunun aksi kanaatindedir.

Bu çalışmada öncelikle önalım hakkının ne olduğu ve hangi durumlarda kullanılabileceği, hangi durumlarda kullanılmasının mümkün olmadığı incelenmiştir. Önalım hakkı açıklandıktan sonra Yargıtay içtihatları ile uygulamaya giren fiili taksim kavramı tanımlanmış ve önalım hakkı ile olan ilişkisi üzerinde durulmuştur. Bu çalışmanın misyonu kanun koyucunun paylı mülkiyet konusu bir taşınmazda paydaşlara önalım hakkı tanınmasındaki amacının anlamlandırılması ve bu kapsamda mevcut uygulamanın değerlendirilmesidir. Gerek

Türk Medeni Kanunu gerek Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu kapsamında kanun koyucunun amacının örtüştüğü düşünülmektedir. Bu nedenle hem yasal önalım hakkı hem de Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun ilgili hükümleri incelenebilir.

I. ÖNALIM HAKKI

Önalım hakkı; hakkın yükümlüsü olan kişinin, hakkın konusu şeyi üçüncü kişiye satması veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer hukuki işlemler ile devretmesi halinde, hak sahibine tek taraflı irade beyanı ile satılan şeyin mülkiyetinin kararlaştırılan bedel karşılığında kendisine devrini talep yetkisi veren kurucu yenilik doğurucu haktır.¹ Önalım hakkı Türk Medeni Kanunu kapsamında düzenlenen yasal önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı olarak ikiye ayrılmaktadır. Çalışmamızda odak yasal önalım hakkıdır.

Yasal önalım hakkı TMK m.732 vd. hükümlerinde düzenlenir. Yasal önalım hakkına ilişkin kanunda tanım yapılmamıştır. Bu hususta öğretilerde yapılan tanımları incelediğimizde yasal önalım hakkı, paydaşlardan birinin paylı mülkiyete tabi taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara söz konusu payın aynı şartlarda öncelikle kendisine devrini talep etme yetkisi veren haktır.²

Türk Medeni Kanunu m.732 hükmünde “*Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması*

¹ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özek Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul, 2008, s.274; Mustafa Kılıçoğlu, Şufl'a Davaları. Ankara, 1997, s.16; Feride Demirbaş, “Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C.65, S.2, s.s. 249- 278, s.251, <https://dergipark.org.tr/>.

² Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s.553; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul, 2020, s.632; Fikret Eren, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Yasal Önalım Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.XII, S.1-2, s.s. 103-126, (Eren, Önalım Hakkı), s.106; A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Ankara, 2022, s.475; İlay Zeynep Suata, Kanuni Önalım Hakkı, Ankara, 2020, s.16; Arif Barış Özbilen, “Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanuni İpotek Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, S.126, s.s. 263-310, s.305; Erhan Günay, *Önalım Hakkı*, Ankara, 2021, s.19; Sultan Melis Saray Türe, Önalım Hakkı ve Sınırları, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.4.

hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler” ifadesine yer verilir. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere yasal önalım hakkı paylı mülkiyete tabi olan bir taşınmazda, paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması ve diğer paydaşların da bu haklarını dava yolu ile kullanmaları halinde söz konusu olmaktadır.³

Yasal önalım hakkı; TMK kapsamında taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları başlığı altında düzenlenir. Yasal önalım hakkı ile mülkiyet hakkına getirilen kısıtlama, kanundan doğmaktadır.⁴ Ancak önalım hakkının varlığı paylı mülkiyet ilişkisinde; paydaşın payını devretme hakkını doğrudan kısıtlamaz, önalım hakkının kullanılması ile mülkiyet hakkının kısıtlanması söz konusu olmaktadır.⁵

A. Amacı ve Hukuki Niteliği

Kanun koyucu tarafından paylı mülkiyet ilişkisinde yasal önalım hakkı tanınmasındaki amaç; yürütülmesi zor olan paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kaldırılmasını kolaylaştırmak ve paydaşlar arasına üçüncü kişinin girmesini önlemektir.⁶ Başka ifadeyle yasal önalım hakkının amacı; paylı mülkiyet ilişkisine vizesi olmayan yabancıların girmesini önlemek ve mülkiyeti tek elde toplamaktır.⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda⁸ yasal önalım hakkının amacı ile ilgili olarak; *“paylı mülkiyette paydaşlar arasında ortak idare ve kullanma durumu söz konusu olduğundan paydaşların birbirlerini bilmeleri ve tanımaları önem taşımaktadır. Bu ihtiyacın gereği olarak paydaşlar arasına yabancı bir kişinin girişini engellemek, taşınmazın daha küçük parçalara ayrılmasını önleyebilmek, hisselerin mümkün olduğu kadar hissedar elinde toplanmasını temin etmek amacıyla paylı taşınmazlarda hissedarın temlik hakkı sınırlandırılarak kanuni önalım hakkı tanınmıştır”* ifadesine yer verilmiştir.

³ Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2014, s.407.

⁴ Eren, Önalım Hakkı, s.105; Zeynep Sayımlar, “Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Engelleyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C.6, S.3, s.s.627-652, s.629, (<https://dergipark.org.tr>)

⁵ Eren, Önalım Hakkı, s.105-106.

⁶ Nagehan Kırkbeşoğlu, Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, İstanbul, 2020, s.7.

⁷ Şeref Ertay, Eşya Hukuku, İzmir, 2014, s.391; Suata, s.23.

⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.04.2011 tarihli, 2011/6-38 Esas ve 2011/225 Karar numaralı Kararı. (e.t. 08.11.2021) (<https://legalbank.net/>)

Bu kapsamda yasal önalım hakkının kullanılmasını gerekli kılan sebepler; paydaşlar arasındaki mahremiyet ilişkisi dikkate alınarak paylı mülkiyet birliğine üçüncü kişilerin girmesini önlemek, kullanışlı olmayan paylı mülkiyet ilişkisini ortadan kaldırmak ve arazilerin çok fazla bölünmesini engellemektir.⁹ Çok fazla paya bölünmüş ve paydaşlar arasında yabancıların bulunduğu bir taşınmaz mülkiyetinin verimli kullanılabileceği ve uzun ömürlü olabileceği söylenemez.¹⁰ Bu sebeple kanun koyucu tarafından paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda önalım hakkı tanınır. Yasal önalım hakkının tanınmasında yalnızca belirli kişilerin değil kamunun da menfaatinin olduğu kabul edilmektedir.¹¹

Önalım hukuki nitelik itibariyle; kanundan doğan, eşyaya bağlı, yenilik doğuran dava ile kullanılan haktır.¹² Yenilik doğuran haklar; hak sahibine tek taraflı irade beyanı ile bir sonuç ortaya çıkarma yetkisi verirken, hakkın muhatabına da ortaya çıkan sonuca katlanma yükümlülüğü getirmektedir.¹³ Bu yönüyle önalım hakkı da; önalım hakkı sahibine bu hakkı kullanarak payın maliki olma yetkisi verirken, önalım yükümlüsüne de önalım hakkının kullanılmasında ile ortaya çıkacak sonuçlara katlanma yükümlülüğü getirmektedir.¹⁴

B. Önalım Hakkının Kullanılması İçin Gerekli Şartlar

Önalım hakkının kullanılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir: Paylı mülkiyet konusu bir taşınmaz olmalı, söz konusu bu taşınmaz üzerinde önalım olayı gerçekleşmeli, pay üçüncü kişiye satılmış olmalı ve bu hak, hak sahibi olan paydaş tarafından dava yoluyla kullanılmalıdır.

1. Paylı Mülkiyet Konusu Bir Taşınmaz Olması

Yasal önalım hakkı ancak paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda söz konusu olabilir, taşınır mallar ile elbirliği mülkiyetinin söz konusu ol-

⁹ Mehmet Ayan, Eşya Hukuku, İstanbul, 2020, s.461.

¹⁰ Suata, s.23.

¹¹ Akıntürk, s.553.

¹² Eren, s.408; Eren, Önalım Hakkı, s. 106-107; Akıntürk, s.553.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Kırkbeşoğlu, s.21 vd.

¹⁴ Kırkbeşoğlu, s.21.

duğu hallerde yasal önalım hakkı yoktur.¹⁵ Bu kapsamda yasal önalım hakkının sahibi; paylı mülkiyete tabi taşınmazdaki hali hazırdaki paydaşlardan biridir.¹⁶

2. Önalım Olayının Gerçekleşmesi

Önalım olayı;¹⁷ taşınmaz üzerindeki mülkiyet payının tamamen veya kısmen bir bedel karşılığında satılması olarak tanımlanabilir.¹⁸ TMK md.732 hükmünde bu durum “*Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler*” denilerek ifade edilir.

Önalım olayı, önalım hakkının kullanılmasına olanak veren durumdur.¹⁹ Önalım olayı (önalım olgusu); ivazlı, isteğe bağlı ve cüzi halefiyet yoluyla gerçekleşen devirlerde söz konusu olmaktadır.²⁰ TBK m.240 hükmü uyarınca paydaşlardan birinin payını üçüncü kişiye satması halinde önalım olayı gerçekleşip önalım hakkı kullanılabilceği gibi pay ile ilgili olarak satışa eşdeğer bir ekonomik işlemin gerçekleşmesi halinde de önalım hakkı kullanılabilir.²¹ Ancak bu hususta bazı tartışmalar mevcuttur. Doktrindeki ağırlıklı görüş²² sözleşmesel önalım hakkı için öngörülen TBK m.240 hükmünün yasal önalım hakkı için de kullanılabilceğini öne sürmektedir. Doktrindeki diğer görüş²³ ise hükmün lafzından hareket etmekte ve TMK’da açıkça öngörülme-yen satışa eşdeğer ekonomik işlemin kanuni önalım hakkı bakımından uygulanamayacağını ifade etmektedir. Kanımızca doktrindeki ağırlıklı görüş daha isabetlidir.

¹⁵ Eren, s.410-411.

¹⁶ Suata, s.41; Mert Yaşar, Yeni Medeni Kanun’da Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S.2, s.s. 423-434, s.425.

¹⁷ Başka bir ifadeyle “önalım olgusu”, bkz: Eren, s.412; Akçaal, Mehmet, Eşya Hukuku, Ankara, 2021, s.477.

¹⁸ Akıntürk, s.553; Oğuzman/Öz, s.634; Kırkbeşoğlu, s.15; Suata, s.45.

¹⁹ Kırkbeşoğlu, s.49.

²⁰ Akçaal, s.477.

²¹ Kırkbeşoğlu, s.50.

²² Sirmen, s.476; Mustafa Alper Gümüş, Türk Medeni Kanunu’nun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul, 2007, s.453; Sinan Okur, “Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C:9, S:1, s.s.101-258, s.124 vd.; Kırkbeşoğlu, s.75-76.

²³ Suata, s.51; Ekrem Yıldız, Önalım Davaları, İstanbul, 2008, s.32.

Taşınmazın, paylaşılması neticesinde mirasçılardan birine özgülenmesi, bağışlama, cebri artırma yoluyla satışı, kamu hizmetinin yerine getirilmesi ve buna benzer amaçlarla edilmesi gibi işlemler önalım olayı niteliğinde değildir.²⁴

Yasal önalım hakkı, taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması ile aynı anda ve kendiliğinden kanundan doğmaktadır.²⁵ Paylı mülkiyet ilişkisine konu payın satışı yani önalım olayı ile önalım hakkının kullanılması gündeme gelmektedir.²⁶ Bu itibarla önalım hakkının doğumu paylı mülkiyet ilişkisinin kurulmasına, önalım hakkının kullanılması ise paylı mülkiyet konusu payın satılmasına bağlıdır.

Önalım hakkının kullanılmasına olanak veren satış, geçerli ve kanundaki şartlara uygun olmalıdır.²⁷ Resmi şekle aykırı, muvazaalı ya da ehliyetsiz kişi tarafından yapılan veya içerik bakımından hukuka, ahlaka aykırı ya da konusu imkansız sözleşmeler geçerli satışa olanak vermediğinden bu gibi durumlarda önalım hakkı kullanılamaz.²⁸ Sözleşmesel önalım hakkı ile ilgili TBK m.241 hükmü uyarınca “*Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa veya alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanamazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı öne sürülemez*”. Bu kapsamda önalım hakkının, satış sözleşmesinin feshedilmesinden etkilenmeyeceği ifade edilmektedir.²⁹ Kanaatimizce sözleşmesel önalım hakkı için öngörülen bu hükmün yasal önalım hakkı bakımından da kıyasen uygulanması mümkündür. Dolayısıyla önalım hakkının kullanılmasından sonra satış sözleşmesinin feshedilmesi halinde önalım hakkı bu durumdan etkilenmez.

3. Payı Üçüncü Kişinin Satın Almış Olması

TMK m.732 hükmü uyarınca; yasal önalım hakkı, paylı mülkiyetin konusu payın üçüncü kişilere tamamen veya kısmen satışı halinde söz

²⁴ Eren, s.412; Kırkbeşoğlu, s.49; Akıntürk, s.554.

²⁵ Eren, Önalım Hakkı, s.108.

²⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 04.12.2015 Tarih, 2014/324 Esas ve 2015/2787 Karar sayılı Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 08.01.2022).

²⁷ Muvazaa hususunda ayrıntılı açıklamalar için bkz: Akçaal, s.478-480.

²⁸ Eren, Önalım Hakkı, s.111.

²⁹ Suata, s.47.

konusu olmaktadır.³⁰ Başka ifadeyle yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet konusu payı satın alan üçüncü kişiye karşı kullanılabilir.³¹ Payı satın alan üçüncü kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.³² Paylı mülkiyet ilişkisine konu olan taşınmazlarda yasal önalım hakkının tanınmasındaki amaçlardan biri paydaşlar arasına yabancıların girmesini önlemek olduğundan, payın paydaşlardan birine satılması durumunda yasal önalım hakkı kullanılamaz.

4. Yasal Önalım Hakkının, Hak Sahibi Paydaşın Üçüncü Kişi Aleyhine Açacağı Önalım Davası ile Kullanılması

Türk Medeni Kanunu m.734/1 hükmüne göre; yasal önalım hakkı payı satın almış olan üçüncü kişiye karşı dava açılarak kullanılabilir. Önalım hakkının kullanılması paydaşla üçüncü kişi arasında satış sözleşmesinin yapılması ile kullanılabilir, tescilin yapılmış olması şart değildir.³³ Bu hususta Yargıtay tarafından verilmiş bir kararda³⁴ önalım hakkının payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale geldiği belirtilmiş, bu hakkın kullanılması için tescilin yapılmış olması şartından bahsetmemiştir. Önalım davası; önalım hakkı sahibinin, payı satın alan üçüncü kişiye açtığı ve sonunda hâkimin davacını adına payın satımı ve mülkiyetin tesciline karar verdiği yenilik doğuran dava³⁵ olarak tanımlanmaktadır.

Yasal önalım hakkının kullanılmasında davacı; pay satıldığı zaman paydaş sıfatına sahip olan kişidir.³⁶ Bu kapsamda paylı mülkiyete tabi taşınmazdaki payın satıldığı anda paydaş sıfatı bulunan malikler yasal önalım hakkını kullanabilir. Paydaşların tamamının bu davayı açmasına gerek olmayıp yalnızca bazıları da önalım davasını açabi-

³⁰ Vehbi Umut Erkan, "Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E.2003/34 ve K.2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C.5, S.1, s.s.269-294, s.274.

³¹ Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2018, s.554.

³² Ayan, s.472.

³³ Eren, s.415; Eren, *Önalım Hakkı*, s.113.

³⁴ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 02.11.2017 Tarih, 2015/17107 Esas ve 2017/8044 Karar sayılı karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> .

³⁵ Eren, *Önalım Hakkı*, s.117; Kırkbeşoğlu, s.150.

³⁶ Ayan, s.479.

lir.³⁷ Birden çok paydaşın önalım davası açması durumunda; her paydaşın durumu birbirinden bağımsız olduğundan, aralarında mecburi dava arkadaşlığı bulunmamaktadır ancak ihtiyari dava arkadaşı olabilirler.³⁸ Birden çok paydaşın dava açması halinde dava konusu payın nasıl paylaşılacağı hususunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta doktrindeki bir görüşe göre; paydaşların tümünün dava açması halinde paydaşlar, dava konusu üzerinde eşit oranda hak sahibi olmaktadır.³⁹ Paydaşlardan yalnız birkaçının önalım hakkını kullanması, diğerlerinin kullanmaması durumunda yalnızca bu hakkı kullanan paydaşların payı artarken, diğerleri önalım hakkından faydalanamaz. Diğer görüşe göre; önalım hakkını kullanan her paydaş, payı oranında hak sahibi olmalıdır.⁴⁰

Önalım davası, davalı sıfatı bakımından incelendiğinde; TMK md.734/1 hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere önalım hakkı payı satın alan üçüncü kişiye karşı kullanılabilir. Dolayısıyla önalım davasında davalı sıfatı payı satın alan üçüncü kişidir.⁴¹ Yasal önalım hakkının payı satın alan üçüncü kişiye karşı kullanılması halinde; davalı üçüncü kişi, söz konusu hak kanundan doğan ödev niteliğinde olduğundan, böylesine hakkın varlığından haberdar olmadığını öne sürerek iyi niyet iddiasında bulunamaz. Yasal önalım hakkı kanundan doğan kısıtlama olduğundan, üçüncü kişinin iyi niyet iddiasında bulunamaması için kanun koyucu söz konusu hakkın şerhine ihtiyaç duymamıştır.⁴²

TMK m.733 hükmü kapsamında; yasal önalım hakkı satışın hak sahibine bildirilmesinden itibaren üç ay, her halde satışın yapıldığı tarihten itibaren iki yıl içerisinde kullanılmalıdır. Davanın bu süreler içerisinde açılmaması durumunda dava açma hakkı sona erer.⁴³ Söz konusu bu süreler hak düşürücü nitelikte olup, bu sürelerin kaçırıldığına ilişkin savunma itiraz niteliğindedir ve yargılamanın her aşamasında ileri sürebilir, hâkim tarafından resen nazara alınır.⁴⁴

³⁷ Eren, Önalım Hakkı, s.118.

³⁸ Kırkbeşoğlu, s.151.

³⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.562.

⁴⁰ Eren, s.421-422.

⁴¹ Ayan, 482.

⁴² Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Ankara, 2012, s.257.

⁴³ Eren, Önalım Hakkı, s.120; Kırkbeşoğlu, s.160.

⁴⁴ Kırkbeşoğlu, s.158.

Önalım davasının açılması için öngörülen üç aylık sürenin başlangıç anı olarak satışın bildirilmesi tarihi esas alınmıştır. TMK m.733 hükmüne göre söz konusu bildirim alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara satışın noter aracılığıyla bildirilmesi şeklinde olmaktadır. Satışın noter kanalı dışında başka yolla öğrenilmesi halinde üç aylık süre hesaplanmaya başlanmaz ancak iki yıllık sürenin başlaması noter kanalıyla bildirim yapılmasına bağlı olmayıp sürenin hesabı önalım hakkının doğumuna sebep olan satışın yapıldığı tarihten itibaren yapılmaktadır.⁴⁵

TMK m.734 hükmüne göre; önalım hakkı sahibi, payın adına tesciline karar verilmeden önce, satış bedelini ve payı satın alan üçüncü kişiye düşen tapu giderlerini hâkim tarafından belirlenen süre içerisinde, belirlenen yere nakden yatırmalıdır. Aksi halde hâkim tarafından payın, önalım hakkını kullanan paydaş adına tesciline karar verilemez.⁴⁶ Önalım davası sonucunda verilmiş olumlu kararın kesinleşmesiyle birlikte önalım hakkını kullanan paydaş, payın mülkiyetini kazanmış olur ve daha sonra payla ilgili yapılacak tescil açıklayıcıdır.⁴⁷

C. Önalım Hakkının Kullanılamayacağı Haller

TMK m.732 hükmü kapsamında; payın üçüncü kişiye satışı halinde önalım hakkının kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Dolayısıyla *paydaşlar arasındaki satışlarda* yasal önalım hakkı kullanılamaz. Yasal önalım hakkını kullanacak olan kişinin paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması anından itibaren paydaş olması gerekli değildir, yasal önalım hakkını kullanılması bakımından payın satışı anında paydaş olması yeterlidir.⁴⁸

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet konusu taşınmazdaki payın satışı halinde kullanılabilir, satış dışındaki işlemlere dayalı pay devirlerinde yasal önalım hakkı yoktur,⁴⁹ TMK m.733 hükmü uyarınca *cebri artırma yoluyla yapılan satışlarda* önalım hakkı kullanılamaz.⁵⁰

⁴⁵ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 05.03.2020 Tarih, 2016/15265 Esas ve 2020/2714 Karar sayılı Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 08.01.2022); Eren, s.424-425.

⁴⁶ Ayan, s.498.

⁴⁷ Ayan, 498-499.

⁴⁸ Kırkbeşoğlu, s.188.

⁴⁹ Ayan, s.466.

⁵⁰ Ahmet Nabi Nebioğlu, Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı ve Kısıtlamaları, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2017, s.79.

Yasal önalım hakkının kullanılamayacağı diğer hal *bağışlamadır*. Çünkü *bağışlama satıştan farklı olarak ivazsızdır*. Ancak gerçekte satış olduğu halde bağışlama gibi gösterilen devirlerde önalım hakkı kullanılabilir.⁵¹

Önalım hakkına konu payın maliki ölürse miras bırakan önalım hakkına konu payı da kapsayan ölüme bağlı tasarruf yapmış olması mümkündür. Böyle bir halde veya taşınmazın mirasın paylaşılması sırasında mirasçılardan birine özgülenmesi ve buna benzer sebeplerle edinilmesi durumunda da yasal önalım hakkından bahsedilemez.⁵²

Mülkiyetin devri amacına yönelik; trampa sözleşmesinde,⁵³ arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde önalım hakkı kullanılamaz. Ayrıca vakıf kurulmasında, kamulaştırmada, mahkeme kararıyla mülkiyetin kazanılmasında ve intifa hakkı tesisinde önalım hakkı kullanılamaz.⁵⁴

Önalım hakkının kullanılamayacağı haller kısmında önalım hakkından vazgeçilmesi veya feragat edilmesi hususu da açıklanabilir. Önalım hakkından feragat edilmesi durumunda önalım hakkı kullanılamaz. Feragat, mutlak feragat ve nispi/kısmi feragat (vazgeçme) olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵⁵ Mutlak feragat ile hak sahibi bütün paydaşlar lehine veya bütün muhtemel önalım olguları için kanuni önalım hakkı ortadan kalkmaktadır, nispi feragat (vazgeçme) durumunda ise; sadece belirli bir satış için veya birkaç paydaş lehine hakkı kullanmaktan vazgeçildiği için hak ortadan kalkmamakta, sadece hakkın kullanmaktan vazgeçildiği satışta veya vazgeçilen paydaşlara karşı önalım hakkı kullanılamamaktadır.⁵⁶ TMK m.733 hükmü⁵⁷ kapsamında mut-

⁵¹ Ertaş, s.394; Esener/Güven, s.260.

⁵² Kırkbeşoğlu, s.193-194.

⁵³ Doktrinde bu hususta aksi görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre; para ile değişebilen, değerinin belirlenmesi mümkün olan misli eşya ile kurulan trampa sözleşmelerinde önalım hakkı kullanılabilir. Bkz: N. Feyzi Feyzioğlu, Şu'f'a Hakkı, İstanbul, 1959, s.247; Kırkbeşoğlu, s.93.

⁵⁴ Ayan, s.466-468.

⁵⁵ Eren, s.428-429, Ayan, s.473.

⁵⁶ Akçaal, s.482.

⁵⁷ Türk Medeni Kanunu Madde 733/2: "Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir".

lak feragat resmi şekilde yapılmalı ve tapu kütüğüne şerh verilmelidir.⁵⁸ Nispi/kısmi feragatte ise geçerlilik bakımından sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir.⁵⁹

II. FİİLİ TAKSİM

Doktrin ve Yargıtay kararları uyarınca; önalım hakkı dürüstlük kuralına aykırı kullanılamaz. Önalım hakkına konu olan taşınmazın mirasçılar arasında fiili olarak paylaşılmış olması durumunda, payın satılması halinde diğer paydaşların önalım hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırılık olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla Yargıtay ve doktrindeki bazı yazarlar önalım hakkına konu taşınmazın mirasçılar arasında fiilen taksim edilmesi durumunda önalım hakkının kullanılmasını önalım hakkına aykırılık olarak saymaktadır.⁶⁰ Ancak başka yazarlar fiili taksim halinde önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırılık addedilmesinin önalım hakkının amacı ile bağdaşmayacağını ifade etmektedir.⁶¹

Fiili taksim Yargıtay⁶² tarafından benimsenen görüş kapsamında yasal önalım hakkının kullanılmasını engelleyen bir durumdur. Paylı mülkiyete konu taşınmaz üzerinde fiili taksim yapılmış olması durumunda yasal önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olacağı düşüncesiyle fiili taksim olgusu yasal önalım hakkına yönelik sınırlandırma addedilmektedir.⁶³ Kanun kapsamında fiili taksim olgusu düzenlenmediği gibi fiili taksimin önalım hakkı üzerindeki etkisi de açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu sınırlama Yargıtay içtihatları ile uygulamaya girmiştir.

⁵⁸ Ayan, s.473.

⁵⁹ Akçaal, s.482; Ayan, s.474, Eren, s.429.

⁶⁰ Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz: Başlık: 3.3. Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasında Fiili Taksim Olgusunun Yargıtay Kararları ve Doktrinde Değerlendirilmesi.

⁶¹ Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz: Başlık: 3.3. Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasında Fiili Taksim Olgusunun Yargıtay Kararları ve Doktrinde Değerlendirilmesi.

⁶² Yargıtay 14. H.D. 15.12.2015 Tarih, 2014/14924 Esas ve 2015/11614 Karar sayılı Kararı, Yargıtay 14. H.D. 14.03.2017 Tarih, 2016/10748 Esas ve 2017/1945 Karar sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t. 20.06.2024.

⁶³ Saray Türe, s.68.

A. Tanımı

Fiili taksim, yasal önalım hakkına konu payın ilişkin olduğu taşınmazın paydaşlar arasında özel olarak taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli kısmı kullanmasıdır.⁶⁴ Doktrindeki farklı bir tanıma göre fiili taksim; taşınmazın fiili kullanmaya ilişkin bölümlerinin kesin olarak birbirinden ayrılması ve birbirinden bağımsız hale gelen paylar nedeniyle paylı mülkiyet ilişkisinin bozulmasıdır.⁶⁵ Ancak söz konusu tanımın tarafımızca kabulü mümkün değildir. Paylı mülkiyet ilişkisi; paylı mülkiyet konusu malın paydaşlardan birine veya üçüncü kişiye devredilmesi, terk edilmesi, cebri icra yoluyla satılması, kamulaştırılması, iyiniyetli üçüncü kişinin paylı mülkiyet konusu mal üzerinde mülkiyet kazanması, olağanüstü zamanaşımının gerçekleşmesi, eşyanın tamamen yok olması ve paylaşma hallerinde sona ermektedir. Paylı mülkiyet ilişkisini sona erdiren paylaşma ile fiili taksim yani Yargıtay'a göre önalım hakkının kullanılmasının kullanılmasına engel olan paylaşma arasındaki ayrıma değinilmelidir. Paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermesine yol açan paylaşma; paylı mülkiyet ilişkisinin, paydaşlardan birinin talebi üzerine anlaşma ile veya mahkeme kararıyla sona erdirilmesidir.⁶⁶ Bu paylaşma *rızai* veya *yargısal* olabilir.

Rızai paylaşma; paydaşların, paylaşma yapılması hususunda anlaşarak aralarında oybirliği ile karar verilen bir taksim sözleşmesi yapmasıdır.⁶⁷ Tapulu taşınmazlarla ilgili olarak yapılan bu taksim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için; sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi ve her payın birbirinden bağımsız olarak tapu kütüğüne kayıt ve daha sonra paydaş adına tescil edilmesi gerekmektedir.⁶⁸ Uygulamada taksim sözleşmesi, genellikle paydaşlar arasında adi yazılı şekilde yapılmakta ve esasında paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmeye sonucunu doğurmamaktadır. Ancak Yargıtay tarafından benimsenen görüş doğrultusunda böyle bir taksim sözleşmesinin varlığı durumunda; kanuni olarak paylı mülkiyet ilişkisi sona ermemiş olsa da önalım

⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.02.2018 Tarih, 2017/1761 Esas ve 2018/407 Karar sayılı Kararı, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari> , e.t. 27.11.2021.

⁶⁵ Suata, s.91.

⁶⁶ Ayan, s.105.

⁶⁷ Ayan, s.113; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.406.

⁶⁸ Ayan, s.113; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.406.

hakkının kullanılması dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilmektedir.⁶⁹

B. Koşulları

Fiili taksim kavramı, kanunda önalım hakkının kullanılmasını sınırlandıran bir hal olarak belirlenmemiş olup, Yargıtay içtihatları ile uygulamaya girmiştir. Bu kapsamda fiili taksimin tanımı ve koşullarının belirlenmesi de Yargıtay içtihatları ile olmaktadır. Yargıtay kararları uyarınca, taşınmaz üzerinde fiili taksim yapılması durumunda önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı sayılabilmesi için gerekli şartlar:

- *Yasal önalım hakkına konu olan payın ilişkin bulunduğu bir taşınmazın mevcut olması*
- *Taşınmazın paydaşlar arasında paylaşılmış olması*
- *Payını devreden paydaş tarafından taşınmazın belirli bir kısmının kullanılması*

olarak belirlenmiştir.⁷⁰ Taşınmazın nitelik bakımından fiili taksime uygun olması da doktrinde bazı yazarlar tarafından dördüncü koşul olarak benimsenmektedir.⁷¹

Yargıtay tarafından verilen kararlar incelendiğinde; taşınmazın tüm paydaşlar tarafından paylaşılmış olması ve payını devreden paydaşın taşınmazda belirli kısımları kullanması şartlarına her zaman riayet etmediği görülecektir. Yargıtay'ın bir kararında;⁷² önalım davasında fiili taksime değer verilebilmesi için taksimin yazılı olarak yapılması ya da taşınmazı çok sayıda paydaşın kullanması halinde tüm paydaşlar tarafından fiilen kullanılan bölümlerin olmasına gerek

⁶⁹ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 02.03.2021 Tarih, 2021/528 Esas ve 2021/1417 Karar sayılı Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 08.01.2022).

⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12.02.2019 tarih, 2017/1763 Esas, 2019/129 Karar sayılı Kararı, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari> , e.t. 27.11.2021.

⁷¹ Ömer Faruk Çelik, "Fiili Taksim Halinin Yasal Önalım Hakkına Etkisi", *YÜHFD*, 2021, C.18, S.2021/2, s.s.1131-1154, s.1136, <https://dergipark.org.tr/> .

⁷² Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 29.09.2021 tarih, 2021/279 Esas, 2021/1253 Karar sayılı kararı, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 15.06.2021 tarih, 2019/715 Esas, 2021/4045 Karar sayılı Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> , e.t. 27.11.2021.

olmadığı gerekçelendirilmiştir. Başka kararında;⁷³ tüm paydaşların katılımı ile yapılan bir paylaşmanın gerekli olmadığı, davacı ve davalının taşınmazda ayrı ayrı kullandıkları yerler olması durumunda taksim savunmasının kabul edileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Yargıtay tarafından verilen kararlarda fiili taksimin varlığının kabul edilebilmesi için tüm paydaşlar tarafından yapılan bir paylaşım aranmamakta, yalnızca davacı ve davalının payını devraldığı paydaşın ayrı ayrı kullandığı yerlerin varlığı yeterli sayılmaktadır.

Önalım hakkının kullanılmasında davalının fiili taksim savunmasında bulunabilmesi için fiili taksim satışın yapıldığı dönemde sürüyor olmalıdır. Fiili taksim satışın yapıldığı dönemde son bulmuşsa davacının önalım hakkını kullanması dürüstlük kuralına uygundur.⁷⁴

Yargıtay tarafından verilen kararlar incelendiğinde; önalım davasında fiili taksim savunmasında bulunabilmek için; yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmazın varlığı, bu taşınmaz üzerinde davacı ve davalının payını devraldığı paydaşın ayrı ayrı kullandığı bölümlerin olması şartlarının arandığı sonucuna ulaşılabilecektir. Söz konusu fiili taksimin ispatı için Yargıtay tarafından yazılı taksim sözleşmesinin varlığı aranmamakta, tanıkla ispat yeterli kabul edilmektedir.⁷⁵

C. Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasında Fiili Taksim Sınırlaması

Yasal önalım hakkının kullanılmasında, dava konusu taşınmaz üzerinde paydaşlarca yapılan fiili taksim her ne kadar kanunda düzenlenmemiş olsa da Yargıtay'ın yerleşik içtihatları kapsamında; önalım hakkının kullanılmasını engelleyen bir durumdur. Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen kararda;⁷⁶

⁷³ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 20.10.2014 tarih, 2014/7327 Esas, 2014/11379 Karar sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> , e.t. 28.11.2021.

⁷⁴ Kırkbeşoğlu, s.198.

⁷⁵ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 29.09.2021 tarih, 2021/279 Esas, 2021/1253 Karar sayılı Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> , e.t. 27.11.2021.

⁷⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.11.2020 Tarih, 2017/1950 Esas, 2020/853 Karar sayılı Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 04.12.2021)

“Paydaşlar arasında fiili taksim bulunması hâlinde yasal önalım hakkının kullanılamayacağına dair bir yasa hükmü bulunmasa da taşınmazda fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre de paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemli olarak bağımsız bu oluşumun korunması, TMK’nın 2. maddesinde tanımını bulan dürüstlük kuralının gereğidir” ifadesine yer verilerek, taşınmaz üzerinde fiili taksim bulunması halinde yasal önalım hakkının kullanılamayacağı ve bu durumun TMK m.2 hükmü kapsamında düzenlenen dürüstlük kuralının gereği olduğu ifade edilmektedir.

Önalım davasına konu taşınmaz üzerinde paydaşlarca yapılan fiili taksimin varlığı durumunda önalım davasının akıbeti hakkında Yargıtay kararında;⁷⁷

“Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin *kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması TMK’nın 2. maddesinde yer alan dürüst davranma kuralı ile bağdaşmaz. Kötüniyet iddiası 14.2.1951 tarihli ve 17/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir”* denilmek suretiyle yine fiili taksimin varlığı halinde önalım hakkının kullanılamaması ve davanın reddedilmesi seçilmiştir.⁷⁸

Yargıtay, önalım davasına konu taşınmaz üzerinde paydaşlar arası fiili taksim varsa önalım davasının reddedilmesi gerektiği, bu hususun TMK md.2 hükmü kapsamında düzenlenen dürüstlük kuralının bir gereği olduğu ve bu durumda önalım hakkının kullanılma-

⁷⁷ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 20.09.2021 Tarih, 2021/21 Esas, 2021/877 Karar sayılı Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 04.12.2021)

⁷⁸ Yargıtay tarafından konu ile ilgili verilmiş olan diğer bazı kararlar: Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 29.09.2021 Tarih, 2021/279 Esas, 2021/1253 Karar sayılı Kararı; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 28.09.2021 Tarih, 2021/600 Esas, 2021/1189 Karar sayılı Kararı; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 02.11.2020 Tarih, 2017/164 Esas, 2020/6690 Karar sayılı Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t.04.12.2021).

sının dürüstlük kuralına aykırı olacağı kanaatindedir. Bu kapsamda Yargıtay'ın hangi durumlarda fiili taksimin varlığını kabul ettiği, fiili taksimin varlığı yönünde kanaat oluşturan hususların ve delillerin ne-ler olduğu üzerinde durulabilir. Buna ilişkin Yargıtay kararında;⁷⁹

“davalının fiili taksim savunmasında bulunduğu göz önüne alınarak taraf delilleri toplanıp usulüne uygun keşif yapılması, özellikle zeminde davacının ve davalının veya davalıya pay satan kişilerin kullandığı yer olup olmadığının belirlenmesi ve davacının taşınmazın belli bir yerini kullanıp kullanmadığının araştırılması, bilirkişilerden tanıkların ve tarafların gösterdiği yerleri belirtir şekilde denetime elverişli krokiye bağlanmış rapor alınması, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken davalı vekilinin fiili taksim savunması hakkında araştırma yapılmadan yazılı şekilde noksan soruşturmayla yetinilerek karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir” ifadesine yer verilerek önalım davasında fiili taksim olgusunun kararda sayılan delillerle ispatlanabileceği yönünde karar vermiştir.

Taşınmazın tüm paydaşlar tarafından paylaşılmış olmasının fiili taksimin bir koşulu olduğu ancak Yargıtay tarafından bu hususa her zaman riayet edilmediği üzerinde evvelce durmuştuk.⁸⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında;⁸¹ fiili taksimin söz konusu olabilmesi için paydaşlarca önalım hakkına konu taşınmazın kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli kısmı kullanmasının gerektiği yönünde yapılan açıklamaların önalım davalarında davacının ve davalıya pay satan önceki paydaşın dava konusu taşınmazda kullandıkları müstakil bölümlerin bulunması şeklinde değiştirilmesi yönünde karar vermiştir.

Bu karardan anlaşılacağı üzere; önalım davasına konu taşınmaz üzerinde fiili taksimin varlığı için tüm paydaşlarca yapılan paylaşımın

⁷⁹ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 30.09.2020 Tarih, 2016/17773 Esas, 2020/5669 Karar sayılı Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 04.12.2021) ; Konu ile ilgili olarak diğer bazı Yargıtay Kararları: Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 21.10.2020 Tarih, 2020/3442 Esas, 2020/6504 Karar sayılı Kararı, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 29.06.2020 Tarih, 2016/15682 Esas, 2020/4155 Karar sayılı Kararı, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 09.12.2019 Karar, 2016/11425 Esas, 2019/8457 Karar sayılı Karar,

⁸⁰ Bkz: Başlık 3.2. Koşulları.

⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.09.2018 Tarih, 2018/578 Esas, 2018/1344 Karar sayılı Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 04.12.2021)

varlığı aranmamakta, davacı ve davalıya payını devreden paydaşın kullanmış olduğu müstakil bölümlerin varlığı yeterli kabul edilmektedir.

Doktrinde taşınmaz üzerinde fiili taksimin varlığı durumunda önalım hakkının kullanılıp kullanılamayacağı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar⁸² Yargıtay ile aynı görüşü benimseyerek dava konusu taşınmaz üzerinde fiili taksimin bulunması durumunda önalım hakkının kullanılamamasını kabul etmektedir. Bu görüşte olan yazarlara göre; tüm paydaşların fiili paylaşmayı bilmesi, kendilerine düşen paylar üzerinde uzun süre tartışmasız tasarruf etmesi ve bu duruma herhangi bir itirazı bulunmamasına rağmen payın üçüncü kişiye satışı halinde önalım hakkını kullanmak istemesi TMK m.2 hükmü kapsamında düzenlenen dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır.

Doktrindeki diğer görüşü savunan yazarlara göre;⁸³ paydaşların taşınmaz üzerinde fiili taksim yapmaları ile önalım hakkını kullanmaktan vazgeçtikleri sonucu çıkarılamaz. Paydaşlar, kullanacakları yeri fiilen belirlemiş olsalar da paylı mülkiyet ilişkisinin devam edeceğini düşünmektedirler. Özellikle tarım arazisi olarak kullanılan paylı mülkiyet konusu taşınmaz, tarım faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi için paydaşlar arasında taksim edilerek kullanılmaktadır. Böyle bir durumda paydaşlar arasında yapılan taksim fiili taksim sayılmaz. Ayrıca resmi olmayan bir fiili paylaşımın kabulü TMK'nın benimsediği paylı mülkiyet ilkelerine de ters düşer.⁸⁴ Taşınmaz üzerinde mevcut

⁸² Ayan, s.475-476; Eren, s. 116; Yasemin Özdek, "Önalımda (Şuf'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1985, S.3, s.s.337-368, s. 365; Suata, s.91-92; Akçaal, s.483; Cengiz Topel Çay, Yeni Türk Medeni Kanun'un Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s.91.

⁸³ M. Kemal Oğuzman, "Dürüstlük Kuralına (MK. m.2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1988, s.414, Şükran Şıpka, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, İstanbul, 1994, s.117-118; Egemen Köylüoğlu, Önalım Davası, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2011, s.95.

⁸⁴ Özdek, s.361; Köylüoğlu, s.95.

fiili taksimin önalım hakkının kullanılmasını engellemediğini savunan görüş tarafından;⁸⁵ paylı mülkiyet ilişkisine yabancı kişinin girmesinin önlenmesi hem paydaşların menfaatine hem de yasal önalım hakkının tanınması amacına uygun düştüğü ifade edilmektedir. Fiili taksim olgusunun önalım hakkının kullanılmasını engellemediğini savunan görüşe göre; fiili taksim fiili bir durumu yansıtır ve fiili bir duruma hukuki sonuç bağlanması aynı haklara hâkim temel prensiplere aykırıdır.⁸⁶ Paylı mülkiyette tüm paydaşlar mülkiyet konusu şeyin tümüne maliktirler ve fiili taksime rağmen hala hukuken tek taşınmaz mevcuttur. Bu kapsamda fiili taksime hukuki sonuç bağlanması belirlilik ilkesini ihlal eder.⁸⁷

Doktrindeki diğer görüş ise⁸⁸ fiili taksim olgusunun her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Paylı mülkiyet konusu taşınmaz üzerinde fiili taksim yapılmış, paydaşların kendilerine ait tam ve bağımsız bölümler oluşmuş ve taşınmaza üçüncü kişinin girmesinin artık önemi kalmamışsa her durumda önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğunu söylemek doğru olmaz. Her somut olaya göre karar verilmesi daha isabetlidir.

III. TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNU(TKAKK) VE YASAL ÖNALIM HAKKI

Tarımsal üretimin ve bu üretimin ülke ekonomisine katkısının artırılması tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de öncelikli amaçlardan biridir. Ancak yoğun arazi kullanımı, aşırı otlatma, yangınlar ve tarla açma gibi nedenlerle doğal bitki örtüsü tahribata uğramış ve özellikle tarım arazileri bu durumdan olumsuz etkilenmiştir. Devlet, tarımın gelişmesine destek vererek ülke ekonomisinin gelişmesi için gerekli adımları atmalıdır. Bu kapsamda devletin üzerine düşen yükümlülüklerden biri tarım arazilerinin bölünerek ailelerin geçimini sağlamaktan

⁸⁵ Köylüoğlu, s.95.

⁸⁶ Çelik, s.1144.

⁸⁷ Çelik, s.1145.

⁸⁸ Kırkbeşoğlu, s.206; Sayımlar, s.646; Serkan Akbel, Yasal Önalım Hakkı, Hakkın Kullanılması ve Sonuçları, Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2019, s.101.

yoksun hale gelmesinin önüne geçmektir.⁸⁹Tarımsal üretimin artması ile tarım arazilerinin büyüklüğü arasında bir paralellik mevcuttur ve bu kapsamda tarım arazilerinin bölünmesinin önüne geçmek, arazi bütünlüğünü korumak ve bu yolla tarımsal üretimi ve verimliliği arttırmak amaçlanmaktadır.

Anayasa md.44 hükmünde;⁹⁰ devletin, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek, topraksız olan veya yeterli toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda 03.07.2005 tarihinde kabul edilen 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (TKAKK) anılabilir. Kanun koyucu tarafından toprağın korunması ve geliştirilmesini sağlamak ve bu hususa ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla TKAKK'da gerekli düzenlemeler yapılmıştır.

A. Kapsamı

TKAKK md.2 hükmünde; arazi ve toprak kaynaklarının bilimsel esaslara uygun olarak sınıflandırılması, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin asgari büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi, arazi kullanım planlarının hazırlanması, koruma ve geliştirme sürecinde toplumsal, ekonomik ve çevresel boyutlarının katılımcı yöntemlerle değerlendirilmesi, amaç dışı ve yanlış kullanımların önlenmesi, korumayı sağlayacak yöntemlerin oluşturulması ile görev, yetki ve sorumluluklara ilişkin usul ve esaslar olarak belirlenir.

TKAKK amacı bakımından değerlendirildiğinde md.1 hükmüne göre kanunun amacı; toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazi-

⁸⁹ Kemal Erdoğan, "Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C.24, S.1s.s.123-179, s.131.

⁹⁰ Anayasa Madde 44: - Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır. Kanun, bu amaçla, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tespit edebilir. Topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlanması, üretimin düşürülmesi, ormanların küçülmesi ve diğer toprak ve yeraltı servetlerinin azalması sonucunu doğuramaz.

Bu amaçla dağıtılan topraklar bölünemez, miras hükümleri dışında başkalarına devredilemez ve ancak dağıtılan çiftçilerle mirasçıları tarafından işletilebilir. Bu şartların kaybı halinde, dağıtılan toprağın Devletçe geri alınmasına ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.

lerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerin önlenmesi olarak belirlenir. Kanunu incelediğimizde esas olarak tarım arazileri üzerinde durulduğu ve tarımsal arazi bütünlüğünün sağlanarak toprağın korunması ve tarımsal üretimin arttırılmasının amaçlandığı ifade edilebilir.

B. Özel Kanunda Düzenlenen Tarımsal Önalım Hakkının Amacı

TKAKK kapsamında düzenlenen önalım; sınırdaşlık ilişkisine dayalı yasal (tarımsal) hakktır.⁹¹ Tarımsal önalım hakkı; tarım arazisinin üçüncü kişiye satılması durumunda, sınırdaş tarım arazisi malikine üçüncü kişi ile yapılan sözleşme ile aynı şartlarda söz konusu tarım arazisini öncelikle satın alma yetkisi veren hakktır.⁹² Tarımsal önalım hakkı, kanundan doğan eşyaya bağlı yenilik doğuran hakktır ve dava yoluyla kullanılması zorunludur.⁹³ Kanun koyucu tarafından düzenlenen tarımsal önalım hakkının amacı; tarım arazilerinin büyüklüklerini arttırma, söz konusu bu arazilerin ekonomik bakımdan aileleri geçindirebilecek duruma gelmesini sağlayarak tarımsal faaliyetleri arttırmaktır.⁹⁴

TKAKK m.8/i hükmünde;⁹⁵ tarım arazisi üzerinde aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı bulunuyorsa; paydaşlardan birinin payını üçüncü kişiye satması halinde diğer ortakların önalım hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak esasen söz konusu hükmün uygulamada pratik faydasının olmayacağı açıktır. TMK m.379 hükmüne göre; aile malları ortaklığında ortaklar, ortaklığa giren mallara elbirliği halinde maliktir. Dolayısıyla aile malları ortak-

⁹¹ Bkz: Osman Açıkgöz, *Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı)*, İstanbul, 2022.

⁹² Açıkgöz, s.43-44.

⁹³ Açıkgöz, s.44.

⁹⁴ Melek Bilgin Yüce, "Tarım Arazilerinde Sınırdaş Parselin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Sonuçları", *SÜHFD.*, 2022, C. 30, S. 2, s.s.787-822, s.793.

⁹⁵ TKAKK madde 8/i: 8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortaklar önalım hakkına sahiptir. (Mülga fıkra: 28/10/2020-7255/20 m.) Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır.

lığı devam ettiği müddetçe ortaklar kendi başlarına payları üzerinde tasarruf edemeyecekleri için önalım hakkının kullanılmasına imkân sağlayan hukuki işlem gerçekleşmez.⁹⁶

30.04.2014 tarihinde kabul edilen 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m.8/İ/II hükmü kapsamında; tarımsal arazilerin satılması halinde sınırdaş tarım arazi maliklerine de önalım hakkı tanınmıştır: “*Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir*”. Kanun’un gerekçesine göre; TMK kapsamında önalım hakkına sahip paydaşların önalım hakkını kullanmaması halinde sınırdaş arazi maliklerine önalım hakkı tanınarak arazilerin büyümesi hedeflenmiştir.⁹⁷ TKAKK m.8/İ/II hükmü 28.10.2020 tarihinde kabul edilen ve 04.11.2020 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan

⁹⁶ Barış Özçelik, “5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 sayılı Kanun’a Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C.19, S.1, s.s.87-110, (Özçelik, Değerlendirme), s.103; Cevdet Yavuz/Murat Topuz, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapıldığı Değişiklikler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2015, C.21, S.2, s.s.663-700, s.695; Hayriye Şen Doğramacı, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C.XIII, S.2, s.s.69-94, s.84; Turan Şahin, Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C.24, S.2, s.s.906-930, s.908; Simge Aksu Kayacan, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda Düzenlenen Önalım Hakkının Kullanılması”, *YÜHFD*, 2020, C.XVII, S.2020/2, s.s.529-598, s.532, (<https://law.yeditepe.edu.tr/>)

⁹⁷ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (Gereççeler), md.8/İ: Mirasçılar arasında aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulması halinde tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin bölünmesini önlemek amacıyla diğer ortaklara önalım hakkı getirilmiştir. Türk Medeni Kanunu’na göre önalım hakkına sahip ortakların bu haklarını kullanmaması halinde sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkı tanınarak arazilerin büyümesi hedeflenmiştir. Önalım hakkının kullanılması sırasında uygulamada herhangi bir sorun yaşanmaması için Türk Medeni Kanun hükümlerinin uygulanacağı hususu düzenlenmiştir. (<https://legalbank.net/>) (e.t. 16.12.2021)

7255 sayılı Kanun'un md.20 hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunun değişiklik gerekçesinde açıklandığı üzere söz konusu hükmün yürürlükten kaldırılmasının sebebi, tarımsal önalım hakkının kötüye kullanılması, tarım arazilerinin gerçek değerinin altında elde edilebilmesine olanak sağlamasıdır.⁹⁸ Tarımsal bütünlüğün korunması amacıyla düzenlenmiş tarımsal önalım hakkının istenen yararı sağlamadığı ve çiftçilerin mağdur olmasına sebep olduğu ifade edilmiştir.⁹⁹ Kanun'un değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere tarımsal önalım hakkının düzenlenmesinin amacı tarımsal bütünlüğün sağlanmasıdır. Kanun koyucu tarafından söz konusu hükmün yürürlükten kaldırılmasının sebebi ise hakkın kötüye kullanılmış olmasıdır. Konumuz kapsamında kanun koyucunun yasal önalım hakkı tanınmasındaki amacın ve kanun koyucunun bu husustaki iradesinin hangi yönde olduğunun daha iyi anlaşılması için çalışmamızda TKAKK mülga 8/İ/II hükmünün amacı ve bu hükümde tanınmış önalım hakkının şartlarına değinilir.

Sınırdış tarım arazi maliklerine önalım hakkı tanınmasındaki amaç; tarım arazilerinin büyütülmesi ve ekonomik olarak elde edilen faydanın arttırılması¹⁰⁰ tarımsal arazilerin satış ve miras yoluyla küçülerek parçalanmaya devam etmesi neticesinde ekonomik verimlilik ve tarımsal üretimin düşmesinin engellenmesiydi. TKAKK m.8/İ/II hükmünün yürürlükte olduğu dönemde güdülen amaç; tarımsal işletme sayısını azaltıp büyüklüklerini arttırmak ve sınırdış iki tarım arazinin birlikte ekilmesi ile araç-gereç, ürün toplama maliyetini azaltmak, üründen elde edilen kar oranını arttırmaktı. Bu kapsamda doktrindeki görüşe göre sınırdış tarım arazi maliklerine tanınan önalım hakkı, satışa konu arazideki paydaşların önalım hakkını kullanmaması halinde söz konusu olabilirdi.¹⁰¹

TKAKK m.8/İ/II hükmünün gerekçesi incelendiğinde; TMK kapsamında önalım hakkına sahip olan paydaşların sahip oldukları bu yasal önalım hakkını kullanmaması halinde sınırdış tarım arazi malikle-

⁹⁸ Şebnem Akipek Öcal/Fahri Gürgenburan, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun Mülkiyet Hakkına Etkileri, Ankara, 2023, s.48.

⁹⁹ Akipek Öcal/ Gürgenburan, s.48.

¹⁰⁰ Şahin, s.909, Gökçe Canarslan, "Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdış Maliklerin Önalım Hakkı", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C.6, S.1, s.s.1-18, s.5; Açıkgöz, s.44.

¹⁰¹ Şahin, s.909.

rine bu hak tanınarak tarım arazilerinin büyüülmesinin hedeflendiği belirtildiğinden TMK kapsamında diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanmamaları durumunda TKAKK m.8/İ/II hükmü kapsamında sınırdaş arazi maliklerinin önalım hakkını kullanmaları mümkündür.¹⁰²

Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş karara¹⁰³ göre; TKAKK öngörülen önalım hakkının arazinin bütünüyle satılması halinde mevcut olduğu ve tarım parselinin hissesinin bir bölümünün satılması halinde sınırdaş tarım arazi maliklerinin önalım hakkını kullanamamaları ifade edilmiştir. Kanaatimizce hem TMK'daki hem de TKAKK'daki önalım hakkının amacı arasında paralellik mevcuttu ve bu düzenlemelerin ortak amacı arazilerin bölünerek parçalanmasını önlemektir. Ayrıca kanun koyucunun yasal önalım hakkını tanımadaki amaçlardan birinin de paylı mülkiyet ilişkisine yabancı kişilerin girmesini önlemek olduğundan; tarım arazilerinin satılması halinde öncelikle paydaşların önalım hakkını kullanması, bu hakkı kullanmamaları durumunda ise TKAKK m.8/İ/II hükmünde sınırdaş tarım arazi maliklerine tanınan önalım hakkının kullanılması daha yerinde olurdu. Bu nedenlerle anılan Anayasa Mahkemesi kararına katılmak mümkün olmamış, bilakis öğretilerdeki genel-özel kanun arasında düzgün ilişki kuran görüşü benimsemek gerekmiştir.

TKAKK m.8/İ/II hükmü kapsamında sınırdaş tarım arazilerine tanınan önalım hakkının konusu tarımsal arazilerdir.¹⁰⁴ TKAKK m.3 hükmünde tarım arazisi; *“Tarım arazisi: Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen arazileri”* olarak tanımlanmaktadır. Öyleyse TKAKK md.3 hükmündeki şartları taşıyan araziler tarım arazisi kabul edilir ve TKAKK md.8/İ/II hükmünün yürürlükte olduğu dönemde bu arazilerle ilgili sınırdaş tarım arazisi malikleri önalım hakkına sahip olurdu.

¹⁰² Recep Adıgüzel, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdaş Tarım Arazi Malikinin Önalım Hakkı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2016, C.90, S.3, s.s.121-129, s.127.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, 30.10.2014 Tarih, 2014/133 E. Ve 2014/165 K. Sayılı kararı, <https://legalbank.net/> . (e.t. 13.12.2021)

¹⁰⁴ Kayacan, s.534.

TKAKK m.8/İ/II hükmünde düzenlenen önalım hakkının kullanılabilmesi için; tarım arazisi niteliğinde taşınmaz olmalı, gerçekleşmiş satış araziye paydaş veya sınırdaş olmayan üçüncü kişiye yapılmış, nihayet bu hakkı kullanacak kişi satış konusu tarım arazisine sınırdaş tarım arazisi maliki olmalıdır. Tarım arazisi niteliğinde taşınmaz satışında anılan şartlar mevcutsa sınırdaş arazi maliki önalım hakkını kullanabilirdi.

Sınırdaş tarım arazi maliklerine tanınmış önalım hakkının kullanılmasına değinilebilir. TKAKK m.8/İ/III hükmü kapsamında sınırdaş tarım arazi maliklerine tanınan önalım hakkının kullanılmasında TMK hükümleri uygulanırdı. Sınırdaş tarım arazi maliklerine tanınan önalım hakkı yasal önalım hakkı kabul edilmekteydi ve bunun kullanılması TMK 732-734 hükümlerine tabiydi.¹⁰⁵ Bu kapsamda yasal önalım hakkının kullanılması hakkında önceki açıklamalar geçerlidir.¹⁰⁶ Tarımsal önalım hakkının tek bir sınırdaş arazi maliki tarafından kullanılması kolaydı. Ancak birden fazla sınırdaş malik önalım hakkından yararlanırsa hâkim tarımsal bütünlüğü önceleyerek mülkiyetin kime devredilmesi gerektiğine karar verirdi.¹⁰⁷ Kanun'da tarımsal bütünlük kavramı tanımlanmamıştır. Doktrindeki yazarlara göre¹⁰⁸ tarımsal bütünlük; satışa konu arazi ile önalım hakkını kullanan sınırdaş tarım arazisinde aynı türden faaliyetlerin yapılmasıdır. Dolayısıyla birden fazla sınırdaş tarım arazi maliki önalım hakkını kullanırsa hâkim aynı türde tarımsal faaliyet icra edenleri birleştirmeye meylederdi.

IV. UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

TMK kapsamında; paylı mülkiyet konusu taşınmazlarla ilgili olarak paydaşlara önalım hakkı tanınmasının amacı; paylı mülkiyet ilişkisine üçüncü kişilerin girmesini engelleyerek taşınmazın tek elde toplanmasına hizmet etmektir. TKAKK mülga olan m.8/İ/II hükmünde sınırdaş tarım arazi maliklerine önalım hakkının tanınmasının amacı da tarımsal arazilerin bölünerek küçülmesini önlemek, büyümesini

¹⁰⁵ Kayacan, s.543.

¹⁰⁶ Bkz: Başlık: 2.2.4.

¹⁰⁷ Şahin, s.919; Kayacan, s.576; Kırkbeşoğlu, s.26; Suata, s.22; Özçelik, Değerlendirme, s.104; Adıgüzel, s.128.

¹⁰⁸ Adıgüzel, s.128; Şahin, s.909-910; Özçelik (Değerlendirme), s.104.

sağlamak ve bu sayede maliyeti azaltmak, tarımsal verimliliği arttırmaktı. Buna ek olarak TKAKK genel gerekçesi incelendiğinde; toprakların ve arazi bütünlüğünün korunmasının gerekliliği üzerinde durulmaktadır.¹⁰⁹ Dolayısıyla kanun koyucunun yasal önalım arkasındaki genel iradesi toprakları korumak, toprakların bütünlüğünü sağlamak ve bölünmesinin önüne geçmektir.

TKAKK m.8/İ/II hükmünün yürürlükte olduğu dönemde verilen bir kararda;¹¹⁰ taşınmaz üzerinde fiili taksim bulunduğu gerekçesiyle önalım davasının reddine karar verilmiştir. Ancak söz konusu kararda yazılan karşı oy yazısında;

“Yargısal kararlarda fiili taksim olgusunun varlığı halinde önalım hakkının kullanılamayacağına ilişkin süregelen uygulamaların yasa değişikliği ile birlikte artık tarım arazilerinde devam edilmesi mümkün değildir. Keza, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’na 6537 sayılı Kanun’la, tarım arazisi niteliğindeki bir taşınmazın satılması halinde, o araziyle sınırdaş olan taşınmaz maliklerine önalım hakkı tanımaktadır. Diğer bir deyişle, tek kişi mülkiyetine tâbi bir tarım arazisi satıldığında, bu taşınmazla sınırdaş olan bir diğer komşu taşınmazın maliki önalım hakkına sahip olduğu kabul edildiği halde birçok paydaşı olan paylı bir taşınmazda bir paydaşın payını devretmesine karşın payını satan ve davacının taşınmazda belli bir kısmı kullandığının saptanması halinde önalım hakkını kullanamayacağı çelişki doğurduğu gibi kamu düzeni ve kamu yararı ilkeleri gözetilerek çıkarılan yasaya ve adalet ilkesi ile hakkaniyete uygun düşmeyecektir” ifadesine yer verilmiştir. Demek ki TKAKK m.8/İ/II hükmünün yürürlükte olduğu dönemde tarımsal araziler üzerinde bulunan fiili taksimin önalım hakkının kullanılmasına engel teşkil etmeyeceği yönünde görüşler bulunmaktaydı. Kanaatimizce karşı oyda belirlenen gerekçeler ve ulaşılan sonuç yerindedir. Kanun koyucunun TMK kapsamında paylı mülkiyet konusu taşınmazlar üzerinde diğer paydaşlara önalım hakkı tanınmasının amacı; toprakların bölünerek küçülmesini önlemek, paylı mülkiyet ilişkisine yabancıların girmesini engellemek ve taşınmazın mülkiyetini tek elde toplayarak paylı mülkiyet ilişkisini olabildiğince sona erdirmeye çalışmaktır. Nitekim TKAKK mülga m.8/İ/II hükmü de benzeri amacı gü-

¹⁰⁹ TKAKK Genel Gerekçesi, <https://legalbank.net/> (e.t. 20.12.2021)

¹¹⁰ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 04.06.2020 Tarih, 2016/16017 Esas ve 2020/3404 Karar sayılı Kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t.20.12.2021)

düyordu. Yasal ve tarımsal önalım haklarının ratio legis'leri ve bunları ihdas eden kanunların amaçları incelendiğinde, toprakları korumak, bölünmesini ve bu yolla küçülmesini engellemek, toprakların genişletilerek tarımdan alınan verimi arttırmak üstün gayeleriyle karşılaşılır. Kanun koyucunun iradesi bu yönde iken; kanunda düzenlenmemiş önalım engelini yargı kararıyla yaratılması ratio legis'e saygısızlıktır ve kanun koyucunun iradesini yok saymaktır.

Kanun koyucu sınırdaş tarım arazi maliklerine önalım hakkı tanıyarak tarım arazilerinin gerek satış, gerek miras yoluyla parçalanması ekonomik verimliliği olumsuz yönde etkilediğinden bu durumu engellemeyi amaçlamıştır.¹¹¹ Söz konusu madde hükmü her ne kadar yürürlükten kaldırılmış olsa da TKAKK genel gerekçesinden de anlaşılacağı üzere kanun koyucunun iradesinin hala tarım arazilerinin bölünmesinin engellenmesi ve arazilerin büyütülmesidir Dolayısıyla tarım arazilerinde fiili taksim bulunduğu gerekçesiyle önalım davasının reddine karar verilmesinin her olay bakımından doğru olmadığı kanaatindeyiz. Her somut olay kendi koşulları içerisinde değerlendirilmeli, fiili taksimin varlığı halinde önalım davasının reddine karar verilmesi kural değil istisna olmalıdır.

SONUÇ

TMK m.732-734 hükümleri arasında düzenlenen yasal önalım hakkı; paylı mülkiyet ilişkisindeki paydaşlara, paylı mülkiyet konusu taşınmazdaki bir payın üçüncü bir kişiye satılması durumunda, payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak kapsamında paydaşlar, üçüncü kişiye satılan payı öncelikle satın alarak, paylı mülkiyet ilişkisine yabancıların girmesini önlemiş olurlar. Kanun koyucu tarafından önalım hakkı tanınması da zaten bu amaca hizmet etmektedir. Yasal önalım hakkı; paylı mülkiyet ilişkisine yabancıların girmesini önleyerek paydaşların aralarında çıkması muhtemel anlaşmazlıkların önüne geçmek, taşınmazın çok fazla bölünmesi engellemek amacıyla paydaşlara tanınmış haktır. Bu hak ile paydaş sayısını azaltarak paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmek ve taşınmaz üzerindeki mülkiyeti tek elde toplamak amaçlanmaktadır.

¹¹¹ Yavuz/Açıkgöz, s.913.

Uygulamada yasal önalım hakkının kullanılması ile ilgili davalarda; kanun kapsamında tanımlanmayan ancak Yargıtay içtihatları ile yerleşmiş olan fiili taksim olgusunun varlığından hareketle karar verilmesi yoluna gidilmektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre; taşınmaz üzerinde bir fiili taksimin varlığı halinde önalım davası reddedilmekte, fiili taksimin olmaması veya ispatlanamaması durumunda ise paydaş tarafından açılan önalım davası gerekli olan diğer şartların da mevcut olması halinde kabul edilmektedir. Fiili taksim olgusu yürürlükteki mevzuatımızda tanımlanmış veya önalım hakkının kullanılmasını engelleyici bir durum olarak düzenlenmiş değildir. Söz konusu kavram Yargıtay tarafından uzun yıllardır verilen kararlarla uygulamaya girmiş ve doktrin tarafından açıklanmaya çalışılmıştır.

Yargıtay içtihatlarında, önalım davalarında sıklıkla başvuru fiili taksim olgusunun kesin tanımı bulunmamaktadır. Yüksek mahkeme fiili taksimin varlığının kabul edilmesi için bazı şartlar belirlemiş olsa da her kararında bu şartların varlığını tam olarak aramamaktadır. Kanaatimizce; kanunda düzenlenmemiş, Yargıtay tarafından yapılan yorum yoluyla uygulamaya giren fiili taksim kavramının hukuki istikrar ve hukuki güvenliğin sağlanması ve herkese aynı şartlarda uygulanabilmesi için kati olarak şartlarının belirlenerek her somut olay bakımından bu şartların varlığının aranması gerekmektedir. Aksi halde kanunda bulunmayan ancak yargı kararları ile uygulamaya giren bu kavramın keyfi olarak uygulanabilme tehlikesi söz konusu olur.

Önalım davalarında, paydaşlar arasında fiili taksimin bulunması durumunda önalım hakkının kullanılması Yargıtay tarafından TMK m.2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kabul edilmektedir. Bu durumun gerekçesi olarak da fiili taksim yapılması esnasında herhangi bir itiraz öne sürmeyen ve taşınmazı bu şekilde paylaşmayı kabul ederek kendi payı üzerinde tasarrufta bulunan paydaşın, pay üçüncü kişiye satıldıktan sonra taksim sırasında diğer paydaşa verilmiş olan payı satın almak istemesinin dürüstlük kuralının aykırı olduğu söylenmektedir. Diğer taraftan paydaşlar arasında yapılan fiili taksim esnasında kişiler, taşınmaz üzerindeki payları, halihazırda paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde buldukları kişilerin kullanacağı düşüncesi ile paylaşmaktadır. Her fiili taksimde paylı mülkiyeti sona erme gayesi bulunmayabilir. Öyleyse her fiili taksimi önalım engeli saymak isabetsizdir. Ayrıca bu du-

rum tarım yapılan araziler üzerinde mevcut olduğunda hal biraz daha farklı olmaktadır. Paylı mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde kişilerin tarım yapabilmesi için pek çok durumda payları kendi aralarında paylaşmaları gerekmektedir. Herkesin kendi payına düşen kısımda yaptığı tarımsal faaliyet ile kazandığı kazanç ve yaptığı masraflar farklı olabilir. İşin niteliği gereği paylı mülkiyete konu tarım arazilerinin birçoğu zaten fiili olarak taksim edilmiş durumdadır. Tarımsal işlerin gerektirdiği her fiili taksim olgusunun dürüstlük kuralı bahane edilerek önalım engeli sayılması yanlıştır. Çünkü diğer paydaşın söz konusu payı satın alarak yürüttüğü tarımsal faaliyetin kapsamını genişletmesi ve paylı mülkiyet ilişkisine üçüncü kişilerin girmesinin engellenmesi ratio legis'e uygundur. Ayrıca TMK m.733 hükmüne göre; paydaşlar resmi sözleşme yaparak bu sözleşmeyi tapu kütüğüne şerh ettirmek suretiyle önalım hakkından feragat edebilir. Dolayısıyla paydaşların fiili taksim ile önalım hakkının kullanılmaktan vazgeçtikleri her somut olayda söylenemez. Önalım hakkını kullanılmaktan vazgeçen paydaşın bu iradesini ortaya koyma yolu TMK md.733 hükmünde yer alır. Bu olanağa sahip olduğu halde TMK m.733'te öngörülen işlemleri yerine getirmemiş paydaşın yalnızca fiili taksimin varlığına dayanılarak önalımdan vazgeçmiş sayılması asıl dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.

Sonuçta mülkiyet hakkı anayasal bir haktır ve bu hakka yönelik kısıtlamalar dar yorumlanır. Bu kısıtlamaların genişletilmesi Anayasa'ya aykırı olur. Önalım hakkı sahibinin ve alıcının haklarının tartılmasında hassasiyet gözetilmelidir. Bazı somut olaylarda fiili taksim olgusunun varlığının pekâlâ önalım hakkının kullanılmasını engelleyici rol oynayabilir. Yalnız öncelikle fiili taksim olgusunun şartları belirlenmeli, daha sonra her somut olay bakımından titizlikle değerlendirme yapılarak karar verilmelidir. Mevcut uygulamanın aksine fiili taksimin varlığı halinde önalım davasının reddedilmesi istisna sayılabilir, paydaşlar arasında fiili taksim bulunsa dahi önalım hakkının kullanılması diğer şartlar da mevcutsa kabul edilebilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Açıkgöz Osman, Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- Akcaal Mehmet, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Akipek Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş Derya, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- Akipek Öcal Şebnem/Gürgenburan Fahri, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun Mülkiyet Hakkına Etkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Ayan Mehmet, Eşya Hukuku, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Ertaş Şeref, Eşya Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2014.
- Esener Turhan, Güven, Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Feyzioğlu, N. Feyzi, Şuf'a Hakkı, Nazari ve Tatbiki Hukuk Eserleri, İstanbul, 1959.
- Gümüş Mustafa Alper, Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007
- Günay Erhan, Önalım Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Kılıçoğlu Mustafa, Şuf'a Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Kırkbeşoğlu Nagehan, Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Sirmen A. Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Suata İlay Zeynep, Kanuni Önalım Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Şıpka Şükran, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1994.
- Yıldız Ekrem, Önalım Davaları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Makaleler

- Adıgüzel Recep, "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdış Tarım Arazi Malikinin Önalım Hakkı", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2016, C. 90, S. 3, ss.121-129.
- Bilgin Yüce Melek, "Tarım Arazilerinde Sınırdış Parselin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Sonuçları", *SÜHFD*, 2022, C. 30, S. 2, ss. 787-822.
- Canarslan Gökçe, "Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdış Maliklerin Önalım Hakkı", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 6, S. 1, ss. 1-18.
- Çelik Ömer Faruk, "Fiili Taksim Halinin Yasal Önalım Hakkına Etkisi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 18, S. 2021/2, ss. 1131-1154.
- Demirbaş Feride, "Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 65, S. 2, ss. 249- 278.

- Doğramacı Hayriye Şen, "6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması-na İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. XIII, S. 2, ss. 69-94.
- Erdoğan Kemal, "Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 24, S. 1, ss. 123-179.
- Eren, Fikret "Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. XII, S. 1-2, ss. 103-126, (Eren, Önalım Hakkı).
- Erkan Vehbi Umut, "Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E.2003/34 ve K.2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 5, S. 1, ss. 269-294.
- Ertaş Şeref, "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların, Sınırlamaların Anayasaya ve İnsan Haklarına Uygunluğu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 11, S. 145-146, ss. 59-93, (Ertaş, Mülkiyet).
- Kayacan Simge Aksu, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Düzenlenen Önalım Hakkının Kullanılması", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. XVII, S. 2020/2, ss. 529-598.
- Oğuzman M. Kemal, "Dürüstlük Kuralına (MK. m.2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı, Ankara, 1988.
- Okur Sinan, "Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme" *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 9, S. 1, ss. 101-258
- Özbilen Arif Barış, "Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanuni İpotek Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, S. 126, ss. 263-310.
- Özçelik Barış, "5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 19, S. 1, ss. 87-110, (Özçelik, Değerlendirme).
- Özdek Yasemin, "Önalımda (Şu'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1985, S. 3, ss. 337-368.
- Sayımlar Zeynep, "Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Engelleyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 6, S. 3, ss. 627-652.
- Şahin Turan, "Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C. 24, S. 2, ss. 906-930.
- Yaşar Mert, "Yeni Medeni Kanun'da Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, C. 1, Sayı. 2, ss. 423-434.
- Yavuz Cevdet ve Topuz, Murat. "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2015, C. 21, S. 2, ss. 663-700.

Yayımlanmamış Tezler

Akbel Serkan, Yasal Önalım Hakkı, Hakkın Kullanılması ve Sonuçları. Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2019.

Çay Cengiz Topel, Yeni Türk Medeni Kanun'un Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.

Köylüoğlu Egemen, Önalım Davası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2011.

Nebioglu Ahmet Nabi, Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı ve Kısıtlamaları, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2017.

Saray Türe Sultan Melis, Önalım Hakkı ve Sınırları, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

İnternet Kaynakları

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

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

<https://law.yeditepe.edu.tr/>

<https://legalbank.net/>

www.jurix.com.tr

tbbdergisi.barobirlik.org.tr

KAMBIYO SENETLERİ TEMİNAT AMACIYLA DÜZENLENEMEZ Mİ? -YARGITAY'IN (ÖZELLİKLE 12. HUKUK DAİRESİ'NİN) İÇTİHADININ ELEŞTİRİSİ- ISN'T IT POSSIBLE TO ISSUE BILLS OF EXCHANGE FOR COLLATERAL PURPOSE? -COMMENTARY ON THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF APPEALS (ESPECIALLY THE 12TH CIVIL DIVISION'S)-

Alihan AYDIN*

Özet: Yargıtay 1980'li yıllarda vermeye başladığı kararlarla teminat amacıyla düzenlenen kambyo senetleriyle diğer hukuki sebeplerle düzenlenen kambyo senetleri arasında bir ayırım yapmaya başlamıştır. Yargıtay içtihadının ilk döneminde, temel ilişkide yer verilen teminat kaydının kambyo senedini kayıt ve şarta tâbi kılmak anlamına geleceğini, dolayısıyla bu senetlere dayalı olarak başlatılan icra takibinin iptali gerektiğini içtihat etmiştir. Yıllar içinde yüksek mahkeme içtihadını kısmen değiştirmiş; temel ilişkide yazılı şekilde kambyo senedinin teminat amacıyla düzenlendiğinin belirtilmesi ve senedin tarif edilmesi hâlinde, senedin kambyo senedi niteliğini yitirmeyeceğini, ancak borçlunun itirazı hâlinde alacağın varlığının yargılamayı gerektireceğini, o nedenle icra takibinin durması gerektiğini kabul etmeye başlamıştır. Bu makalede Yargıtay'ın teminat amacıyla düzenlenen kambyo senetleri ile diğer hukuki sebeplere dayalı olarak düzenlenen senetler arasında yaptığı ayırımın hiçbir hukuki temelinin bulunmadığı ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kambyo Senedi, Teminat Senedi, Kambyo Senedine Özgü İcra Takibi

Abstract: With the decisions starting from early 1980s, the Court of Appeals began to make a distinction between bills of exchange issued for collateral purpose and bills of exchange issued for other legal reasons. In the first period of its jurisprudence, the Court of Appeals held that a guarantee condition written in the contract between the parties would mean that the bill of exchange is subject

* Av. Dr., alihanaydin@yahoo.com, ORCID: 0009-0006-0903-3396, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.05.2024, Kabul Tarihi: 31.07.20224

to terms and conditions, and therefore an enforcement proceedings initiated based on this kind of bill should be annulled. Over the years, the Court of Appeals has partially changed its jurisprudence though. It has begun to accept that if it is stated in the contract, which the bill of exchange is based on, in writing that the bill of exchange is issued for collateral purpose and also the bill is described there, the bill will not lose its nature as a bill of exchange, but in case of objection of the debtor, the existence of the receivable will require a trial, and therefore the enforcement proceedings should be stopped. This article demonstrates that the distinction made by the Court of Appeals between bills of exchange issued for collateral purpose and bills issued based on other legal reasons has no legal basis.

Keywords: Bills of Exchange, Collateral Bill, Enforcement Proceedings Specific to Bills of Exchange

GİRİŞ

1. Kambiyo senetlerinin teminat amacıyla düzenlenmesinin sonuçları öğreti ve uygulamayı yoğun şekilde meşgul eden bir konu olmaya devam etmektedir. Çoğunlukla “teminat senedi” olarak adlandırılan bu tür senetlerle ilgili tartışmalar iki husus üzerinde odaklanmaktadır.

a) Bunlardan biri, saf kambiyo senetleri hukuku sorunu niteliğinde olmak üzere, senet üzerinde yer alan “teminat” kaydının senedin geçerliliğine ne tür bir etkide bulunduğuudur. Daha açık söylemek gerekirse buradaki tartışma, kambiyo senedi üzerinde yer alacak “teminat” kaydının geçerli bir kambiyo senedinin varlığı için kanunen senette zorunlu olarak bulunması gerekli şekil şartlarından biri olan “belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız şartsız havale/ödeme vaadi” (poliçe için TK m. 671/1-[b]; bono için TK m. 776/1-[b]; çek için TK m. 780/1-[b]) unsurunu zedeleyip zedelemeyeceğine, ezcümle anılan kaydın havaleyi/ödeme vaadini “kayıt ve şarta tâbi kılmak” anlamına gelip gelmeyeceğine ilişkindir.

Teminat senedinin bu yönü bakımından öğreti ve uygulamada büyük oranda bir uzlaşmaya varıldığı söylenebilir. Şimdilerde öğretilde yazarların çoğunluğunca kabul edilen ve yargı tarafından da benimlenen düşünce şudur: Temel ilişki ile herhangi bir bağlantı kurulmamış, soyut, renksiz şekilde (“teminat içindir”, “teminat senedi” vb.) senet üzerinde yer verilen teminat kaydı senedin geçerliliğini etkilemez. Buna karşılık şayet teminat kaydı senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişkiyle bağlantı kurularak, senedin hangi ilişkinin teminatını oluşturmak amacıyla düzenlendiği açıkça belirtilerek senette yer alı-

yorsa TK m. 671/1-(b), 776/1-(b) ve 780/1-(b)'de düzenlenen zorunlu unsur zedelenmiştir, dolayısıyla artık geçerli bir kambiyo senedinin varlığından söz edilemez.¹

b) Teminat senetleriyle ilgili tartışmalı olan ikinci husus bir yönü ile kambiyo senetleri hukuku, ancak daha ağırlıklı yönüyle icra hukukunu ilgilendiren bir mesele oluşturmaktadır. Soru şudur: Üzerinde herhangi bir teminat kaydı taşımadığı veya -biraz önce dile getirilen tartışma gereğince- soyut teminat kaydı içerdiği, böylelikle kambiyo senetleri hukuku bakımından şeklen (ve dolayısıyla maddi hukuk yönüyle de) geçerli bir senet niteliği gösterdiği hâlde temel ilişki gereğince “teminat” amacıyla düzenlenmesi senedin kambiyo senetlerine mahsus özel takip yoluyla takibe konu edilmesinde herhangi bir etkiyi haiz olur mu?

2. Bu ikinci hususa yönelik olmak üzere Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 1980’li yılların başında, aslında hiçbir şekilde aklın ucundan bile geçmemesi gereken bir kısım ilginç karara imza atarak pandoranın kutusunu açmış;² kambiyo senedi üzerinde temel ilişkiyle bağlantı kurulan bir kayıt yer almasa bile temel ilişkideki sözleşmede kambiyo senedinin teminat amacıyla düzenlendiğinin belirtilmesi durumunda artık senedin kayıtsız şartsız borç ikrarını (veya havale beyanını) içermiş sayılamayacağını, bu tür bir olasılıkta senedin tahsilinin iktiza edip etmediğinin yargılamaya ihtiyaç gösterdiğini, o nedenle böyle bir senede dayalı olarak başlatılan icra takibinin iptali gerektiğini içtihat etmiştir.

Kötü bir müziğin uzunca bir süre dinlenmesi hâlinde kanıksanması ve artık o kadar da kulağı rahatsız etmemesinde olduğu gibi, ne yazık ki Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin başlattığı bu yanlış uygulama daha sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da kabul görmüş,³ hatta öğretilde bazı yazarlarca sistematize edilerek açıklanmaya da çalışılmıştır.⁴

¹ Ayrıntılı inceleme için birçokları yerine bkz. Merve Sarıkaya, Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, İstanbul 2018, s. 88 vd.; (“çek”e yönelik olmakla birlikte tüm kambiyo senetleri bakımından geçerli açıklamalar için bkz.) Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2021, s. 190-197.

² Bkz. aşağıda, II, a, 1.

³ Bkz. aşağıda, II, a, 3.

⁴ Bkz. aşağıda dpn. 8 ve 9’da anılan yazarlar.

Süreç içerisinde Yargıtay 12. HD, içtihadını dayandırdığı İİK hükümlerinde değişikliğe gitmekle ve bu değişiklik de doğal olarak icra hukuku yönünden bir kısım farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmakla birlikte temelde görüşünü sürdürmüş, dahası, ilk düğme yanlış iliklenince bazı kararlarında meseleyi “teminat senedi”nin ötesine de taşıyabilmiş; kambiyo senedinin düzenlenmesine temel oluşturan ilişki satış veya kira sözleşmesi gibi tipik borçlar hukuku sözleşmesi olup kambiyo senedine dayalı icra takibine başlandığında da aynı sonuca varmış, daha açık bir söyleyişle, bu olasılıkta da borçlunun borca itirazı karşısında temel ilişkideki sözleşme kapsamında alacağın doğup doğmadığının, kambiyo senedinin tahsilinin gerekip gerekmediğinin araştırılması gerektiğini ileri sürerek borçlunun itirazının kabulüne ve takibin durdurulmasına hükmetmiştir.⁵

Aşağıda Yargıtay'ın bu içtihadı ve içtihadının süreç içerisinde nasıl bir evrim geçirdiği etraflıca ortaya konularak söz konusu içtihadın neden hukuken tamamıyla isabetsiz olduğu, o kadar ki yine Yargıtay'ın teminat senedine yönelik yukarıda dile getirilen, kambiyo senedinin üzerinde yer alan soyut teminat kaydına ilişkin içtihadı ile taban tabana zıtlıklar içerdiği ispatlanmaya çalışılacaktır.

II. YARGITAY'IN TEMİNAT SENEDİNE YÖNELİK UYGULAMASI VE ÖĞRETİNİN BU UYGULAMAYA BAKIŞI

a) Yargıtay Uygulaması

1. Yargıtay'ın teminat amacıyla düzenlenen kambiyo senedini takip hukuku bakımından sorunlu bulması, görebildiğimiz kadarıyla, 1981 yılında verdiği kararlarla başlamıştır. Birbirlerine çok yakın zamanlarda verilen iki karardan 05.02.1981 tarihli olanda Yargıtay 12. HD

“Takip dayanağı bononun taraflar arasında düzenlenen sözleşmeye bağlı olmasına, bu suretle kayıtsız şartsız borç ikrarını havi sayılmayacağına, sözleşmede borçluya tahmil olunan vecibelerin yerinde gösterilmiş olup olmadığının [herhâlde “yerine getirilip getirilmediği” denmek istenmektedir] tahkik ve tespitinun muhakemeyi gerektirmesine ...”⁶

⁵ Bkz. aşağıda, II, a, 2, bb.

⁶ Yargıtay 12. HD'nin 05.02.1981 tarih ve 1980-9344/1222 sayılı kararı (Karar metni için bkz. *Yasa Hukuk Dergisi*, Nisan 1982, s. 586-587).

diyerek (kararda açıkça ifade edilmemekle birlikte gerekçeden anlaşıldığına göre) bu tür bir senede dayalı icra takibinin iptaline karar verilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Bu karardan birkaç gün sonra verdiği 11.02.1981 tarihli kararında ise daire, ilk karardan farklı olarak, teminat amacıyla senedin verilmesinin senetteki kayıtsız şartsız belirli bir bedelin ödenmesi unsurunu zedeleyeceğinden söz etmemiş, ancak

“... Sözleşmedeki eksikliklerin tamamlanması için teminat olarak verilecek senedin tahsili gerekip gerekmediğinin ve eksiklerin tamamlanıp tamamlanmadığının tespitinin yargılamayı gerektirmesine”⁷

ifadeleriyle (karardaki karşı oy yazısından anlaşıldığına göre) yine bu tür bir senede dayalı olarak icra takibi yapılamayacağına hükmetmiştir.

Anılan iki karar dairece oybirliği ile değil, oy çokluğu ile alınmış, üyelerden ikisi karara muhalif kalmıştır. Yargıtay’ın teminat senedine yönelik içtihadının daha oluşumu aşamasında böyle bir içtihadın nedenli hatalı olduğunu isabetli gerekçelerle ortaya koyan iki üye tarafından kaleme alınmış karşı oy gerekçeleri şöyledir (aşağıda yer verilen karşı oy yazısı ilk karara ilişkin olmakla birlikte ikinci kararda da incelenen somut olaya özgü farklılıklar dışında, aynı gerekçeler dile getirilmiştir):

“Takip TTK’nın 608. maddesinde gösterilen koşulları içeren bonoya dayanmaktadır. Borçlu (ekte sunduğum sözleşme ile alınacak olan malların bozuk olması sebebiyle alınmadığından bu talep yersiz ve mesnetsizdir) demek suretiyle itiraz etmiştir. Tetkik mercii (sözleşmede taraflara yüklenen taahhüt ve vecibelerin yerine getirilip getirilmediği ve senedin tahsili lâzım gelip gelmeyeceği yargılamayı gerektirir) görüşüyle itirazın kabulüne karar vermiştir.

Şu duruma göre anlaşmazlık teminat için düzenlenen bonoya dayanılarak takip yapılıp yapılamayacağına ilişkindir. Bono, bir para borcu kabulü senedir. Bir başka deyimle, bonoda meblâğ (borç kabulü) niteliğindedir ve bu meblâğ bağımsız ve koşulsuzdur.

Gerek uygulamada ve gerekse öğretilde teminat için bono düzenlenebileceği hususunda görüş birliği vardır ve bu yola (borçluyu ortaklık sözleşmesine uymaya zorlamak için) başvurulmaktadır.

⁷ Yargıtay 12. HD’nin 11.02.1981 tarih ve 1980-9745/1261 sayılı kararı (Karar metni için bkz. *Yasa Hukuk Dergisi*, Nisan 1982, s. 587-588).

Bono ister teminat için ister mal karşılığı ister karz için düzenlenmiş olsun ödeme, önel verildiği veya bedelin herhangi bir nedenle istenemeyeceği hususlarının keşideci (borçlu) tarafından kanıtlanması gerekir. Borçlu tarafından ileri sürülen kanıtların incelenmesi görevi tetkik mercii'nin görevi dışına çıktığı takdirde de borçlunun genel mahkemelere başvurması gerekir. Borçlunun genel mahkemeye başvurması takibi kendiliğinden etkilemez ve tetkik mercii de takibin geri bırakılmasına veya iptaline karar veremez. Bu durumda İİK'nın 72. maddesi hükmü uygulanır.

Aksi görüşün kabulü hâlinde teminat için bono düzenlenmesinin bir hükmü ve amacı kalmayacaktır. Şöyle ki, sözleşmeye uymama hâlinde açılacak dava tespiti de içeren bir eda davası olacaktır. Bu davada öncelikle borçlunun sözleşmeye uyup uymadığı, uymama sonucu alacaklının zarar görüp görmediği saptanarak eda hakkında karar verilecektir. Borçlunun önceden teminat senedi verip vermediğinin verilecek karara bir etkisi olmayacaktır. Gerek bu durum ve gerekse teminat bonosunun bir taşınmaz veya taşınır rehni olmadığı hususunu göz önünde tuttuğumuzda şu sonuca varırız. Teminat için bono düzenleyen kişi lehtara sözleşmeye uyulmadığının tespitinden önce bonoya dayanarak takip yapma hakkı tanımış olur.

Açıklanan nedenlerle itirazın reddine karar vermek gerekirken, kabulü isabetsiz olduğundan merci kararının bozulması gerektiğinden onama şeklinde olan ekseriyetin görüşüne katılmamaktayız”.

2. Ne yazık ki bu yerinde karşı oy gerekçeleri devamlılık göstermeyip sonraki kararlarda kendisine yer bulmaması, aksine, dairenin içtihadı giderek yerleşik hâl aldığı gibi bir süre sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu içtihadı benimseyen kararlar vermeye başlamıştır.

Bununla birlikte icra hukuku yönü itibariyle dairenin içtihadı devam eden süreçte bir arayış içine girmiştir.

aa) Daire uzunca bir süre, yukarıda zikredilen 05.02.1981 tarihli kararında görüleceği gibi, kambiyo senedinin teminat amacıyla düzenlendiğine dair temel ilişkide geçen açıklamaların/kayıtların kambiyo senedinin unsurlarını zedeleyeceğini, daha açık bir söyleyişle, kambiyo senedinin üzerinde herhangi bir açıklama bulunmaması, yani kambiyo senedi şekil itibariyle kanunun aradığı tüm unsurları içermekle birlikte temel ilişkiyi belirleyen sözleşmede kambiyo senedinin teminat amacıyla düzenlendiğini dile getiren bir hükme yer verilmesi durumunda temel ilişkideki bu kaydın senedin kambiyo senedi niteliğini ortadan kaldıracığını, bunun sonucu olarak böyle bir senede dayalı icra takibinin İİK m. 170/a uyarınca iptali gerektiğini kabul etmiştir.

Mezkûr hükme göre alacaklının kambiyo senedine müstenit takip yapma hakkı olmadığı şikâyet veya itiraz yoluyla ileri sürüldüğünde icra mahkemesi “*takibin müstenidi olan kambiyo senedinin bu vasfı haiz olmadığı veya alacaklının kambiyo hukuku mucibince takip hakkına sahip bulunmadığı*” hususlarını resen nazara alarak yapılan takibi iptal eder. İşte dairenin bu ilk dönemdeki içtihadına göre senet üzerinde herhangi bir kayıt yer almasa bile kambiyo senetlerinin salt teminat amacıyla düzenlenmesi kanunen senette zorunlu olarak bulunması şart kılınan şekil şartlarından biri olan “belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız şartsız havale/ödeme vaadi” (poliçe için TK m. 671/1-[b]; bono için TK m. 776/1-[b]; çek için TK m. 780/1-[b]) unsurunu zedeler. Böylelikle artık geçerli bir kambiyo senedinin varlığından söz edilemeyeceğinden İİK m. 170/a’daki “*takibin müstenidi olan kambiyo senedinin bu vasfı haiz olmadığı*” gerekçesiyle icra takibini iptal etmek gerekir.

Bu görüşün benimsendiği dönemi göstermesi bakımından yıllara sari olarak Yargıtay 12. HD’nin 29.03.1989 tarih ve 1988-8851/4404 sayılı

“... Fason sözleşmesinin 2. maddesi hükmüne göre takip konusu bononun sözleşmenin teminatı olarak alacaklı tarafa verildiği kesin olarak anlaşılmaktadır.

Dayanak senet teminat senedi olarak verildiğine göre müstakil olarak takibe konu yapılamaz. ... Bu itibarla borçlunun itirazının kabulü ile takibin iptaline karar verilmek gerekirken...” (Karar metni için bkz. Kazancı İBB);

27.10.1998 tarih ve 11048/11570 sayılı

“... takip dayanağı bononun teminat için verildiği kanıtlanmış olmakla ... bono, kayıtsız şartsız borç ikrarını içermediği için iptalin yasal dayanağı olan İİK’nın 170/a maddesinde...” (Karar metni için bkz. Kazancı İBB);

21.02.2005 tarih ve 248/3303 sayılı

“Takip dayanağı senedin İİK’nın 170/a maddesi gereğince (teminat senedi olup illetten mücerret olmadığından) bono niteliği yoktur” (Karar metni için bkz. Kazancı İBB);

04.07.2006 tarih ve 11905/14673 sayılı

“Dosyaya sunulan ... tarihli sözleşmenin taraflar arasında düzenlendiği ve alacaklı tarafın belge altındaki imzaya karşı çıkmadığı görülmektedir. Her

ne kadar anılan sözleşmede takip dayanağı bonoya açık bir atıf yok ise de alacaklı vekili ... tarihli duruşmadaki beyanında senedin taraflar arasında düzenlenen taahhütname karşılığında verildiğini beyan ederek "sözleşme" başlıklı bir belge sunduğu görülmüştür. Alacaklı vekilince sunulan sözleşmenin incelenmesinde alacaklı ile borçlu arasında düzenlenmiş olup karşılıklı edimleri içerdiği anlaşılmaktadır. Takip dayanağı bononun bu sözleşme gereğince verildiği alacaklı vekilinin kabul beyanı ile sabit olduğuna göre senedin TTK'nın 688/2. maddesinde öngörülen kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödeme vaadini taşımadığından alacağın tahsili yargulamayı gerektirir. O halde mahkemece İİK'nın 170/a maddesi uyarınca takibin iptaline karar verilmesi gerekirken..." (Karar metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr);

17.10.2008 tarih ve 17958/17655 sayılı

"Keşideci ile lehtar arasında ... tarihli protokol düzenlendiği, protokolün 2a maddesinde takip konusu bononun teminat olarak verildiği ve kesinlikle kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda yukarıda belirtilen kaydın sözleşme ile karar altına alındığı dikkate alındığında bu kayıtla bonoyu kabul eden alacaklıyı da kayıt ve protokol bağlayacağından söz konusu bono Ticaret Kanunu'nun 688. maddesinde kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedelin ödeme vaadini içermediğinden kambiyo senedi vasfında değildir." (Karar metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr);

14.05.2013 tarih ve 8556/20304 sayılı

"Takip dayanağı senetlerin taraflar arasında imzalanan ve imzası alacaklı tarafından da ikrar edilen protokol kapsamında verildiği alacaklı tarafından cevap dilekçesinde açıkça kabul edilmiştir. Protokol içeriğindeki taraflar ve miktar takibe konu bonolar ile aynı olup, bahse konu senedin teminat senedi olduğunu gösterir niteliktedir.

TTK'nın 688/2. maddesi hükmü gereği, bir senedin bono sayılabilmesi için kayıtsız şartsız muayyen bir bedeli ödeme vaadini içermesi gerekir. ...

Bu durumda dolayısıyla alacağın varlığı ve miktarı yargulamayı gerektirdiğinden mahkemece şikâyetin kabulü ile İİK'nın 170/a maddesi uyarınca takibin iptaline karar verilmesi gerekirken..." (Karar metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr)

ifadelerini içeren kararlarını burada örnek kabilinden zikretmek mümkündür.

bb) Ancak daire daha sonra, önceki görüşünden neden vazgeçtiğini gerekçeleriyle açıkça ortaya koymaksızın, teminat amacıyla düzenlenen kambiyo senedine karşı ancak İİK m. 169 kapsamında "itiraz" ile-

ri sürülebileceğini ve icra takibinin akibetinin de mezkûr hükme göre belirleneceğini içtihat etmeye başlamıştır. Dairece başlatılan bu ikinci süreci göstermesi bakımından zikredilebilecek, örneğin 07.04.2014 tarih ve 7855/9982 sayılı karardaki

“... Mahkemece, senet üzerinde “depozito teminat senedi” ibaresi bulunduğu, bu hâli ile senedin sözleşmeye dayalı olduğu ve takip dayanağı bononun kayıtsız şartsız borç ikrarı içermediği gerekçesi ile İİK’nın 170/a maddesi uyarınca takibin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır. ...

Takip dayanağı senedin teminat senedi olduğu olgusu borca itiraz niteliğindedir ve İİK’nın 169. maddesi uyarınca borçlularca ileri sürülmesi gerekir. Borçlularca ileri sürülmeyen teminat olgusu mahkemece resen dikkate alınamaz.” (Karar metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr);

14.03.2016 tarih ve 2015-33123/7451 sayılı karardaki

“... Takip dayanağı senedin teminat senedi olduğu iddiasının, hangi ilişkinin teminatı olduğu senet üzerine yazılmak suretiyle ya da yazılı bir belge ile ispatlanması gerekir (HGK’nın 14.03.2001 tarih ve 2001/12-233 E., 2001/257 sayılı ve yine HGK’nın 20.06.2001 T. ve 2001/12-496 sayılı kararları)

... Mahkemece de kabul edildiği üzere, takibe konu senedin, borçlu tarafından ibraz edilen ve varlığı duruşmada alacaklı tarafça da kabul edilen, taraflar arasında imzalanan tarihli sözleşme kapsamında düzenlendiği açıktır. Söz konusu sözleşmenin taraflara karşılıklı edimler yüklediği tartışmasız olup, alacağın varlığı ve miktarı ile tahsilinin gerekip gerekmediği yargılamayı gerektirmektedir.

O halde, mahkemece, karşılıklı edimleri içeren sözleşme gereğince alacaklıya verildiği sabit olan senetten doğan alacağın varlığı ve miktarı ile tahsilinin gerekip gerekmediğinin yargılamayı gerektirdiği dikkate alınarak İİK’nın 169/a maddesi uyarınca borca itirazın kabulü ile takibin itiraz eden borçlu yönünden durdurulmasına karar verilmesi gerekirken ...” (Karar metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr)

21.11.2018 tarih ve 2017-8925/11927 sayılı karardaki

“Somut olayda; Senet üzerinde “teminat senedi” olduğuna dair herhangi bir ibarenin bulunmadığı ancak takibin tarafları arasında imzalanan ... tarihli, imzaları ikrar edilen ve senede açık atf yapan tutanaktan, senedin teminat olarak verildiği anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre senet üzerinden anlaşılmayıp ayrı bir sözleşmeye dayalı teminat iddiaları borca itiraz kapsamında olup İİK’nın 170/a maddesi kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla borcun kısmen ödendiğinin ikrar edildiği gerekçesine dayalı olarak 170/a-son maddesine dayanılarak ödeme ikrarı se-

bebiyle kambiyo vasfının tartışılmayacağı gerekçesiyle şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsizdir. Kaldı ki borçlunun ödeme iddiaları takibe konu bonoya yönelik olmayıp sözleşmede kararlaştırılan kredi borcuna yöneliktir.

Yukarıda izah edildiği üzere borçlunun iddiası, İcra ve İflas Kanunu'nun 169. maddesi kapsamında borca itiraz olup bahsi geçen tutanak nazara alındığında takibe dayanak senetle kambiyo takibi yapılamayacağı, alacağın tahsilinin yargılamayı gerektirdiği anlaşılmaktadır.

O halde mahkemece borca itirazın kabulü ile takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken ...” (Karar metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr)

09.11.2022 tarih ve 5348/11769 sayılı karardaki

“ ... dayanak çeklerin teminat için verildiğini ileri sürerek takibin iptalini talep ettiği, İlk Derece Mahkemesince, istemin kabulü ile muteriz borçlu yönünden takibin iptaline karar verildiği, karara karşı taraflarca istinaf yoluna başvurulması üzerine Bölge Adliye Mahkemesince, tarafların istinaf başvurusunun HMK'nın 353/1-b-1 maddesi uyarınca ayrı ayrı esastan reddine karar verildiği görülmektedir.

İcra takibine dayanak yapılan senedin teminat olarak verildiği iddiası, İİK'nın 169/a maddesinde düzenlenen borca itiraz niteliğinde olup, İİK'nın 169/a-5. maddesi gereğince itirazın kabulü kararı ile takip durur.

Somut olayda, takibin dayanağı olan çeklerin üzerinde teminat senedi olduğuna dair herhangi bir ibare bulunmuyor ise de çeklerin taraflar arasındaki sözleşme gereği teminat olarak alındığı her iki alacaklının da kabulünde olup, Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre senet üzerinden anlaşılmayan teminat iddiaları İİK'nın 169/a. maddesi kapsamında borca itiraz niteliğinde olduğundan İİK'nın 170/a maddesi kapsamında değerlendirilemez.

O halde, İİK'nın 169/a-5. maddesi uyarınca borçlu hakkındaki takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup ...” (Karar metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr)

ifadelerden hareketle, süreç içinde dairenin görüşünün şu şekle evrildiğini söylemek mümkündür:

Daireye göre teminat amacıyla düzenlenen, fakat senet üzerinde temel ilişki ile doğrudan bir ilgi kurulmayan kambiyo senetleri geçerlidir ve bu senetlere dayalı olarak kambiyo senedine müstenit takip başlatılabilir. Borçlu, senedin teminat amacıyla düzenlendiği savını ancak İİK m. 169/a kapsamında, “borca itiraz” mahiyetinde ileri sürebilir. Dolayısıyla yapılacak icra takibine karşı İİK m. 168/1-b. 5 gereğince

beş gün içinde borçlu olunmadığı “itirazı” bir dilekçe ile icra mahkemesine bildirilmek gerekir. Senet (dairenin ilk dönemdeki içtihadından farklı olarak) kambiyo senedi vasfını taşıdığından İİK m. 170/a’ya göre bir değerlendirme yapılamaz. Daha açık bir anlatımla, borçlu bu hususu İİK m. 168/1-b. 4’e göre bir şikâyet konusu yapamayacağı gibi başka bir nedene dayalı itiraz ya da şikâyet nedeniyle işin icra mahkemesine intikal etmesi üzerine mahkemenin “takibin müstenidi olan kambiyo senedinin bu vasfı haiz olmadığı” gerekçesiyle takibi resen iptal etmesi de mümkün değildir. İcra mahkemesinin itiraz suretiyle önüne gelen uyuşmazlıkta verebileceği karar, takibin durdurulması olabilir (İİK m. 169/a-5).

3. Temel ilişkideki teminat kaydının kambiyo senedine dayalı icra takibine etkide bulunacağı yönündeki dairenin görüşü Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca da benimsenmiştir. Geline aşamada genel kurulun görüşünü ve dayanaklarını göstermesi bakımından yakın tarihli 17.05.2023 tarih ve 254/485 sayılı kararındaki gerekçelerin zikredilmesi yerinde olacaktır:

“... 8. Bir “teminat bonusu”ndan söz edilebilmesi için, ya bonoyu düzenleyen kişinin temel ilişkiden kaynaklanan ediminin (cezai şart öngörülen durumlar dışında) doğrudan doğruya belirli bir para borcunun ödenmesi olmaması yani paradan başka bir edim olması, ya da alacaklının uğrayacağı muhtemel zararları güvenceye bağlamak amacı ile bonoyu vermiş olması gerekir. Öğretide verilen örneklerde, örneğin bir müteahhidin inşaatı zamanında bitirememesi durumunda ödemek zorunda kalacağı cezai şart karşılığında verdiği bono bir teminat bonusu olduğu gibi, satın alınıp bedeli ödenmekle birlikte tapuda henüz devri yapılmadığı için satın alan kişinin adına tescil edilemeyen bir taşınmazın bedeline ilişkin olarak düzenlenip alıcıya verilen ve devir gerçekleştikten sonra karşılıksız kalacağı öngörülen bir bono da bu niteliktedir. Aynı şekilde kiracının, kiralanan vereceği muhtemel zararların teminatı olarak kiralayana verdiği bono da bu anlamda bir teminat bonusudur (Ahmet Türk, Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, Cilt 7, s.329- 330).

9. Senedin teminat senedi olup olmadığı yargılama sonucunda belli olacaktır; sonuçta bu senede dayalı kambiyo senetlerine özgü haciz

yolu ile takip yapılamaz (Hüseyin Ülgen vd., Kıymetli Evrak Hukuku, ... 2015, s.148). ...

13. Bononun teminat senedi olduğunun senet metninden anlaşılmadığı hâllerde borçlu bu iddiasını 2004 sayılı Kanun'un 168/5 ve 169/a maddeleri kapsamında borca itiraz olarak ileri sürebilir. Bononun sözleşmenin teminatı olarak verildiği iddiası kişisel def'i olup, 6102 sayılı Kanun'un 778/a bendinin göndermesi ile uygulanması gereken aynı Kanun'un 68'nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca kişisel defiler temel ilişkinin tarafları arasında ileri sürülebilir. Senedin üçüncü kişiye ciro veya teslim yolu ile devredilmesi hâlinde bu definin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. ...

15. Bononun teminat senedi olduğu senet metninden anlaşılabilir ise 2004 sayılı Kanun'un 169/a maddesi kapsamında bononun sözleşme ile bağlantısı kanıtlanmalıdır. Senede açıkça atıf bulunan sözleşmede senedin teminat amacıyla verilmiş olduğu belirtilmiş olabilir. Nitekim bu hususlar Hukuk Genel Kurulu'nun 23.02.2021 tarihli ve 2017/12-350 Esas, 2020/591 Karar sayılı kararında da benimsenmiştir. ...

17. Bu durumda [somut olaydaki] ... tarihli sözleşme ile takip konusu senedin tarafları ile düzenleme tarihinin aynı olduğu, sözleşmede belirtilen teminat senedinin miktarı ile takip konusu senedin miktarının da aynı olduğu gözetildiğinde bu hâli ile 2004 sayılı Kanun'un 169/a maddesi kapsamında bononun sözleşme ile bağlantısının kanıtlandığının ve belirtilen ... tarihli sözleşmenin içeriğine göre senedin teminat amacıyla verildiğinin, alacağın varlığının ve miktarının yargılamayı gerektirdiğinin kabulü gerekir." (Yargıtay HGK'nın 17.05.2023 tarih ve 254/485 sayılı kararı [Karar metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr])

Karardan açıkça görüleceği üzere Yargıtay Hukuk Genel Kurulu hukuki sebebi "teminat" olan her kambiyo senedini aynı potada değerlendirmeyip bir ayırım yaparak "teminat senedi"ni tanımlamakta, bu kapsamda temel ilişkide nitelikleri, tanıtıcı özellikleri gösterilen senetleri "teminat senedi" olarak kabul etmekte, dolayısıyla (bu kabulün zıt anlamından) temel ilişkide tanıtıcı özellikleri gösterilmeyen kambiyo senetlerini ise teminat senedi olarak görmemekte ve bu daraltılmış kapsamda "teminat senedi" olarak nitelediği senetlere dayalı olarak

yapılacak icra takiplerinin, Yargıtay 12. HD'nin içtihadının dönüştüğü son hâlde olduğu gibi, İİK m. 169/a kapsamında itiraz konusu olabileceği sonucuna varmaktadır. Nitekim bu son husus Yargıtay HGK'nın 23.02.2021 tarih ve 2017-12-53/152 sayılı kararında, karara konu olayda icra mahkemesinin takibin iptaline karar vermesi kısmını düzelterek onadığı, aynen

“... Bononun teminat senedi olduğu senet metni dışındaki belgelerle ispatlandığından İİK'nın 168/5 ve 169/a maddesi kapsamında borca itiraz olarak değerlendirilmelidir.

... Hâl böyle olunca yerel mahkemenin direnme kararı yerindedir. Ancak İİK'nın 169/a maddesinin 5. fıkrası “...İtirazın kabulü kararı ile takip durur...” hükmünü içermektedir. O hâlde icra mahkemesince takibin durdurulmasına hükmedilmesi gerekirken, takibin iptaline karar verilmesi doğru değil ise de bu yanılmanın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden... gerekçeli kararın hüküm fıkrasının 1. bendinde geçen “iptaline” ibaresinin çıkartılarak, yerine “durdurulmasına” ibaresinin yazılması suretiyle karar düzeltilerek onanmalıdır.” (Karar metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr)

hükmünde açıkça dile getirilmektedir.

Yargıtay'ın bu görüşünün tümüyle hukuka aykırı olduğunu gösteren gerekçeler aşağıda etraflıca dile getirilecektir. Ancak yeri gelmişken şimdiden şu kadarına da işaret etmek gerekir ki ilginç olan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan her iki kararın gerekçesinde öğretilen Ülgen'e atıfla yer verdiği “*Senedin teminat senedi olup olmadığı yargılama sonucunda belli olacaktır; sonuçta bu senede dayalı kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip yapılamaz*” ifadesiyle vardığı bu sonuç arasında açık bir çelişkinin bulunduğunu bile görmemesidir. Başka bir anlatımla Hukuk Genel Kurulu, sınırlarını belirleyerek kapsamını daralttığı “teminat senetleri”ne dayalı olarak hem kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip yapılamayacağını söylemekte -ki bu olasılıkta kuşkusuz görüşün kendi içinde tutarlılığı için takibin iptalinden söz etmek gerekir-, hem de takip yapılabileceğini, ancak itiraz üzerine takibin duracağını dile getirmektedir.

4. Hukuki sebebi “teminat” olan geçerli bir kambiyo senedinin icra takibine konu edilmesi durumunda “alacağın tahsilinin yargılamayı gerektirdiği” yönünde kanunda bulunmayan bir ilke ile takibin dur-

masına karar verilebilince, bir adım daha atılarak Yargıtay 12. HD'ce bazı kararlarda bu kez hukuki sebebi "teminat" olmayan kambiyo senetlerine müstenit takibin de yine aynı gerekçeyle, durdurulması gerektiğine hükmedilebilmiştir. Örneğin Yargıtay 12. HD, 20.12.2017 tarih ve 2016-25537/15915 sayılı kararında

"... Alacaklı tarafından borçlu aleyhine bonoya dayalı 3 ayrı kambiyo senetlerine mahsus takip yapıldığı, borçlunun her takip için ayrı ayrı icra mahkemesine takibin iptali, olmadığı takdirde takas mahsup talep ettiği, mahkemece 3 ayrı dosyanın birleştirildiği, takibin iptali talebinin reddine takas mahsup talebinin kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır.

Borçlu, alacaklının sözleşme kapsamında edimlerini yerine getirmediğini bu konuyla ilgili Tüketici Hakem Heyetine başvurduğunu ve hakem heyeti tarafından sözleşmeden vazgeçme talebinin kabul edildiğini ve ödeme yaptığı kısım için alacaklı aleyhine genel haciz yoluyla takip yaptığını ve takibin kesinleştiğini sözleşme kapsamında verdiği bonoların bedelsiz kaldığını belirtmiş; alacaklı da vermiş olduğu cevap dilekçesi ile ortada geçerli bir devre tatil sözleşmesi olduğunu ve sözleşmenin bedeli olarak verilen bonoların olduğunu belirtmiştir. Üç ayrı icra dosyasında da takibe konu bonoların taraflar arasında imzalanan devre tatil sözleşmesi kapsamında verildiği çekişmesizdir.

Bu durumda takibe konu bonoların tam iki tarafa borç yükleyen ... tarihinde imzalanan devre tatil sözleşmesi kapsamında verildiği, alacağın tahsil edilip edilmeyeceği, edilecek ise ne kadarının tahsil edileceği yargılamayı gerektirdiğinden İİK'nın 169/a maddesi gereğince borca itirazın kabulü ile takiplerin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken ..." (Karar metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr)

diyerek bir devre tatil sözleşmesiyle devre tatil hakkı alan tarafın sözleşme gereğince üstlendiği bedeli ödemek için; yine aynı daire 16.01.2017 tarih ve 2016-8452/288 sayılı kararında

"Somut olayda, takibe konu senedin "30.04.2013 başlangıç tarihli kira sözleşmesi" uyarınca 2. yıl kira bedeli olan 219.000 TL nedeniyle verildiği tarafların kabulünde olup, alacaklı vekili, 2. yıl kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle takibe giriştiklerini belirtirken, borçlular vekili, (yine tarafların kabulünde olan) "09.10.2014 tarihli kira sözleşmesinin feshi ve ibra senedi" başlıklı sözleşmenin 2-b maddesi uyarınca kiralanan yere yapılan tadilatlar nedeniyle alacaklı ile yapılan mahsuplaşma sonucu herhangi bir kira borcunun kalmadığını iddia etmiştir.

Taraflar arasından imzalanan sözleşmelerin taraflara karşılıklı edimler yüklediği, sözleşmedeki maddelerin yerine getirilip getirilmediği hususunda taraflar arasındaki uyumsuzluğun devam ettiği bu haliyle alacağın varlığı ve miktarı ile tahsilinin gerekip gerekmediği yargılamayı gerektirmektedir.

O halde, mahkemece, karşılıklı edimleri içeren "30.04.2013 başlangıç tarihli kira sözleşmesi" gereğince "kira alacağı" nedeniyle alacaklıya verildiği sabit olan senetten doğan alacağın varlığı ve miktarı ile tahsilinin gerekip gerekmediğinin yargılamayı gerektirdiği dikkate alınarak İİK'nın 169/a maddesi uyarınca borca itirazın kabulü ile takibin itiraz eden borçlu yönünden durdurulmasına karar verilmesi gerekirken ..." (Karar metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr)

ifadeleriyle bir kira alacağını ödemek için verilen kambiyo senedine dayalı olarak yapılan takiplerin de durdurulmasına hükmetmiş, böylelikle daire, kambiyo senedine müstenit takibe tümünden elveda denilecek bir yola da zaman zaman kapı aralamıştır.

b) Öğretinin Soruna Bakışı

1. Yargıtay'ın anılan içtihadına öğretilde haklı şekilde daha baştan beri karşı çıkanlar olduğu gibi, sorunu etraflı hukuki analizlere tâbi tutmaksızın, salt Yargıtay kararları ışığında meseleye yaklaşım yüksek yargının içtihadını benimseyenler de vardır. Bu görüşlere kısaca değinmek gerekirse:

2. "Teminat senedi" meselesini inceleyen yazarlardan *Tekinalp*, kambiyo senedinin "teminat senedi" olduğunun kabul edilmesi halinde senedin kambiyo senedi niteliğini kaybedeceğini ve İİK 167 vd. hükümlerince yapılan takibin iptal olunacağını ileri sürmüştür. Devamında yazar, senedin teminat senedi olduğunun iddia edilmesi hâlinde bu belirlemenin nasıl yapılacağı sorununun ortaya çıkacağını dile getirmiş, -yukarıda yer verilen içtihadı genel olarak tarifleyerek- HGK ve Yargıtay'ın çeşitli dairelerinin kararlarıyla ortaya çıkan içtihat gereğince senedin bu niteliği taşıdığı yazılı şekilde ortaya konulması ve senedin hangi ilişkinin teminatı olduğunun ayrıca açık şekilde belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁸

⁸ Bkz. Reha Poroy/Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 24. Bası, İstanbul 2021, s. 267-268 N. 373c- 373e. Karş. Yazar, daha önceki bir eserinde ise kambiyo senedinin üzerinde soyut "teminat" kaydı bulunduğu durumda taraflar arasındaki senet kambiyo senedi niteliğini koruduğu için İİK 170/a. kapsamında

Sorunu daha etraflıca değerlendiren Ülgen, senedin teminat senedi olduğunun senet metninden anlaşılması hâlinde bunun düzenleyen ile lehtar arasında kişisel defî oluşturacağını, ancak söz konusu definin yazılı delil ile kanıtlanması lâzım geldiğini söyledikten sonra bu iddianın sorunu yargılamayı gerektiren (“muhtac-ı muhakeme”) bir sorun hâline getireceğini, dolayısıyla bu durumda senedin teminat senedi olup olmadığının yargılama sonucunda belli olacağını ve bu tür bir senede dayalı kambiyo takibi yapılamayacağını ileri sürmüştür. Yazar açıklamalarının devamında ise senet üzerinde bir kayıt olmadığı için kambiyo senedinin geçerli olduğunu da belirtmiş ve -ilk vardığı sonuçla uyumlu olmayan bir şekilde- lehtarın başlangıçta bu senede dayalı olarak kambiyo senedine müstenit takip yapabileceğini, ancak itiraz üzerine takibin duracağını, devamının mümkün olmayacağını dile getirmiştir.⁹

3. Yargıtay'ın içtihadını yerinde bulan bu görüşlerin varlığına karşın henüz içtihadın kökleşmediği zamandan itibaren söz konusu yaklaşımın isabetsiz olduğu öğretilde seslendirilmeye başlanmıştır. Görebildiğimiz kadarıyla öğretilde anılan içtihadı ilk olarak eleştiren Üstündağ, dairenin çözümünün yasaya aykırı olduğunu dile getirmiş ve yukarıda anılan Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 1981 tarihli iki kararına karşı yazılan muhalefet şerhlerini aynen benimseyerek Yargıtay'ın görüşüne karşı çıkmıştır.¹⁰

Yargıtay'ın içtihadını haklı olarak eleştiren yazarlardan Türk, -o dönemki içtihadıyla teminat senedinin kambiyo senedi vasfını kaybettireceği düşüncesinde olan- Yargıtay'ın bu görüşü savunmasındaki asıl nedenin teminat senedinin kambiyo senedi sayılıp sayılmamasın-

takibin iptal edilemeyeceğini, icra tetkik merciinin/icra mahkemesinin senette ya da ayrı bir belgede yer alan “teminat senedir” ibaresinin sonuçlarını değerlendirmesine, teminata başvurma şartlarının doğru olmadığını incelemesine durumunun müsait olmadığını, bu tetkikin ancak mahkemece yapılabileceğini dile getirmiştir (Bkz. Ünal Tekinalp, “Geriye Ciro ve Teminat Senedi Sorunları”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Ankara 1994, s. 195).

⁹ Bkz. Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Füsun Nomer Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2021, s. 165-166. Ayrıca bkz. Yargıtay'ın içtihadını çeşitli olasılıklara göre sistematize ederek açıklayarak içtihadı katılan Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 10. Baskı, İstanbul 2023, s. 275 vd.

¹⁰ Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 6. Bası, İstanbul 1995, s. 472.

dan çok icra mahkemesinin teminatla ilgili koşulların yerine getirilip getirilemediğini inceleyemeyeceğinden kambiyo senedine dayalı takibin borçlunun durumunu önemli ölçüde ağırlaştırmasında yattığını; zira bu durumda borçlunun ancak aleyhine başlatılan icra takibi sonrasında menfi tespit davası açmakla borçlu olmadığını ispatlayabileceğini, söz konusu davanın icra takibi başlatıldıktan sonra açıldığında ise mahkemece yalnızca icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi konusunda bir ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini, böylece borçlunun, ihtiyati tedbir kararı olsa bile paraların paylaşılması aşamasına kadar takibin devamına engel olamayacağını belirterek işe başlamıştır. Yazar açıklamalarının devamında, haklı olarak, borçlu yönünden anılan riskin diğer bedelsizlik iddiaları bakımından da geçerli olduğunun gözden uzak tutulamayacağına dikkati çekerek, teminatın koşullarının yerine getirilmediğine ilişkin defiyi temel ilişkinden doğan diğer defilerden ayırarak bu olasılıkta elinde kambiyo senedi bulunan kişinin özel takip yoluna başvuramayacağı sonucuna varmanın doğru olmadığını ifade etmiştir.¹¹

Soruna eğilen yazarlardan Yardım ise meseleyi değerlendirirken öncelikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip hükümlerine göz atmanın yerinde olacağını belirterek iki kurum arasında kıyas yapmak (analoji kurmak) suretiyle görüşünü açıklamayı uygun görmüştür. Yazar, ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız borç ikrarı içermemesi hâlinde borçlu aleyhine başlatılan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takibe borçlunun itirazı hâlinde, tıpkı genel haciz yoluyla takipte olduğu gibi, alacaklının ya itirazın kaldırılması yoluna başvurup alacağını İİK m. 68’de sayılan belgelerle ispat etmesi ya da itirazın iptali davası açma yolunu tercih ederek alacağının varlığını genel hükümlere göre kanıtlaması gerekeceğini; ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız borç ikrarını ihtiva etmesi durumunda ise alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip başlatabileceğini (İİK m. 149/III), bu olasılıkta borçlunun, yalnızca borcun zamanaşımına uğradığı veya imhal ya da itfa edildiği sebepleriyle icranın geri bırakılmasını isteme hakkının bulunduğunu (İİK m. 33), borçlu borcu ödemez ve icranın geri bırakılmasına ilişkin bir karar getirmezse taşınmazın paraya çevrileceği ve bedelin alacaklıya ödeneceğini, böylelikle İİK’nın

¹¹ Ahmet Türk, Menfi Tespit Davası, Ankara 2006, s. 145.

ipotek bakımından öngördüğü sistemde akit tablosunun “kayıtsız şartsız borç ikrarı içermesi”nin neredeyse tamamen farklı hükümlerin uygulanmasına neden olduğunu belirtmiş ve kambiyo senetlerinin de kayıtsız şartsız muayyen bir bedelin ödenmesi vaadini (veya havale-yi) içerdiğine dikkat çekmiştir. Yargıtay'ın, uyuşmazlığın çözümünün yargılamayı gerektirmesi ve itirazın kabulü için borçlunun kambiyo senedinin teminat senedi olduğunu kanıtlamayı yeterli görmesi, fakat ayrıca borçlunun teminat konusu riskin gerçekleşmediğini ispatlamasını ise beklememesi görüşüne karşı çıkan yazar, bir kambiyo senedinin tahsil edilmesinin sırf senedin teminat amacıyla verildiğinin ispatıyla engellenmemesi gerektiğini, icra mahkemesinin kanunda öngörülen ispat araçları kapsamında, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemesinin de mümkün, hatta gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre İİK m. 168 b. 5'teki itiraz sebepleri tahdidi olmadığından icra mahkemesinin yapacağı inceleme konusunda da bir sınırlama bulunmamaktadır; icra mahkemesince ileri sürülen itiraz sebebinin resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatı halinde itirazın kabulüne, ileri sürülen itirazın niteliği itibariyle kanunda zikrolunan belgelerle ispatı mümkün değilse ya da itiraz anılan türden belgelerle kanıtlanamamışsa itirazın reddine karar verilmek gerekir. Bu düzenlemenin sonucu olarak, icra mahkemesince ihtilâfın yargılamayı gerektirmesi sebebiyle itirazın kabulüne karar verilemez; kayıtsız şartsız ödeme vaadi içeren kambiyo senedine dayanılarak yapılan kambiyo senedine özgü haciz yoluyla takibe karşı senedin teminat senedi olduğu ve ayrıca teminat konusu riskin gerçekleşmediği resmi veya imzası ikrar edilmiş belgelerle ispatlanamadığı veya ispat imkânı bulunmadığı durumda itirazın reddine hükmedilmelidir.¹²

III. DEĞERLENDİRME

1. İster tasarruf işlemi, isterse borçlandırıcı işlem niteliğinde olsun, her kazandırıcı işlemin bir hukuki sebebi olmak gerekir. Kazandırıcı işlemin hukuki sebebi, Roma hukukundan gelme bir alışkanlıkla, genellikle “ifa sebebi”, “alacak sebebi” ve “bağışlama sebebi” olarak üçlü

¹² Mehmet Ertan Yardım, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte İtiraz, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 2012, s. 205-206. Aynı yönde bkz. Sarıkaya, age, s. 154-157; Zehra İlgün Mağden Çamlı, Türk Hukukunda Teminat Senetleri, Ankara 2020, s. 134-137.

bir sınıflandırmaya tâbi tutulur. Ne var ki anılan sebepler sınırlı olmadığından başkaca hukuki sebeplerle kazandırma işleminin yapılması da mümkündür. İşte bu sebeplerden biri de “teminat” sebebidir.¹³

Buna göre, örneğin bir eşyanın mülkiyetinin borçlu tarafından alacaklıya alacağın ödenmesini güvence altına almak amacıyla devrinde (bu olasılıkta kazandırıcı işlem, yani eşya üzerindeki mülkiyet hakkının alacaklıya geçirilmesi tasarruf işlemi mahiyetindedir) hukuki sebep “teminat” olduğu gibi, yine bir alacağın güvence altına alınması için sebebi gösterilmeyen borç ikrarında (BK m. 18) bulunulmasında da (bu örnekte ise kazandırıcı işlem borçlandırıcı işlem niteliğindedir) hukuki sebep “teminat” tır. Bu son olasılıkta sebebi gösterilmeyen borç ikrarı ile alacaklının elde ettiği teminat/güvence, salt borç ikrarına dayanarak alacağını talep imkânına kavuşması, alacağın doğmadığını ispat yükünün borçlu üzerinde kalmasıdır. Böylelikle taraflar arasında görülecek bir alacak davasında alacağının varlığını ispat zımında alacaklı sadece bu ikrara dayanmakla yetineceği gibi adi haciz yoluyla başlatılacak bir takipte borçlunun itirazı üzerine takip durunca -varsa- imzası ikrar edilmiş veya noterlikçe tasdik edilmiş bir borç ikrarını elinde bulunduran alacaklı, genel yetkili mahkemeye gitmesi gerekmektedir, icra mahkemesine yapacağı başvuru ile itirazın kaldırılmasını da sağlayabilecektir (İİK m. 68).

2. Bir kambiyo senedi düzenlendiğinde senedin lehdarı/alacaklısı lehine bir para alacağı hakkını konu edinen kazandırıcı işlemde bulunmuş olur. Kuşkusuz her kazandırıcı işlem gibi bu kazandırıcı işlem de bir “hukuki sebebe” istinat eder; bu konuda kambiyo senedi düzenlenmekle sebebi gösterilmeyen borç ikrarında bulunmak arasında bir farklılık da yoktur. Biraz önce belirtildiği üzere genel sınıflandırma gereği bu hukuki sebep ifa sebebi, alacak sebebi veya bağışlama sebebi olabileceği gibi pekâlâ teminat sebebi de olabilir; kanun teminat sebebiyle kambiyo alacağı oluşturulmasına yasak getirmiş değildir.

BK m. 133/2 uyarınca mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması -kural olarak- borcun yenilenmesini tazammun etmez, temel ilişki yanında yeni bir alacak, bir kambiyo alacağının oluşmasına

¹³ İsmet Sungurbey, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957, s. 5-6; Özlem Karlı, Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması, İstanbul 2008, s. 25; İsmet Sayhan, Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi, Ankara 2006, s. 43.

sebebiyet verir. Oluşan bu ikinci alacak (kambiyo alacağı) temel ilişki-
deki alacağı hedefler, kambiyo alacağının ifası ile birlikte temel ilişki-
deki alacak da ortadan kalkar. Her ne kadar kambiyo senedinin alacaklısı
alacağını tahsil için mutlaka öncelikle kambiyo alacağına başvurmak
zorunda değilse, ezcümle dilerse temel ilişkideki alacağı talep edebilirse
de bu pek makul bir hareket tarzı değildir ve o nedenle uygulamada
pek görülmez. Zira bu olasılıkta alacaklı hem daha meşakkatli olan bir
alacak takip yolunu seçmiş olacak, hem de -temel ilişkideki alacağı talep
etmesi olasılığında- borçlunun kendisine karşı ileri sürebileceği, önce-
likle kambiyo senedini zedelemeksizin iade etmesi gerektiği yönündeki
defiyi de savuşturmak zorunluluğu altında kalacaktır.¹⁴

Bazense bizatihi temel ilişkideki edimin yerine getirilmesinin
sağlanması için kambiyo senedi düzenlenir. Bu olasılıkta amaç temel
ilişkideki borcun sözleşmeye uygun şekilde ifasının sağlanması, borç-
lunun yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda alacaklının
temel ilişki gereğince ortaya çıkabilecek zararının kambiyo senedine
mahsus özel takip yoluna başvurma imkânı kullanılarak giderebil-
mesine olanak tanınmasıdır. Söz konusu amaçla düzenlenen senetler
uygulamada kredi sözleşmesi, inşaat sözleşmesi veya rekabet yasağı
sözleşmesi ilişkilerinde sıklıkla başvurulmuş bir güvence oluşturmaktadı-
r. Bu hâllerde kambiyo senedini güvence oluşturmak için düzenle-
yen kişi borçlunun bizatihi kendisi olabileceği gibi bir üçüncü kişi de
olabilir.¹⁵ Buna göre diyelim bir banka, akdettiği kredi sözleşmesi ge-
reğince kredi alanın borcunu süresinde ödemesi olasılığına yönelik
olarak ayrıca bir kambiyo senedi almakta, böylelikle temel ilişkideki
borcun ödenmemesi durumunda alacağını kambiyo senedine mahsus
takip yoluna başvurarak kolaylıkla tahsil edebilmeyi hedeflemektedir.
Aynı şekilde inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimini süresinde
ifa etmemesi olasılığında iş sahibinin uğrayacağı olası zararların (ki
bu kapsamda çoğunlukla sözleşmelerde kararlaştırılan cezai şart ala-
cığının); hakeza bir rekabet etmeme sözleşmesinde rekabet yapmama
edimini üstlenen kişinin edimine aykırı davranması durumunda ala-
caklının uğrayacağı zararların kolayca giderilebilmesini sağlamak için
düzenlenen kambiyo senetleri hep teminat amaçlı senetlerdir.

¹⁴ Bkz. Abuzer Kendigelen (Kendigelen/Kırca), Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, İs-
tanbul 2023, s. 278.

¹⁵ Peter Bülow, Wechselgesetz-Scheckgesetz, 5. Aufl., München 2013, WG Art. 17, N. 88.

Bütün bu olasılıklarda kambyo senedini devralan kişi senedi esasen taraflar arasında kurulan bir inanç sözleşmesi gereğince yedinde bulundurur. İnanılan senedi bir üçüncü kişiye devretmemeyi, temel ilişki gereği taraflar üstlendikleri yükümlülöklere uygun davrandığı sürece senette mündemiç alacağı talep etmemeyi ve temel ilişkideki borç ortadan kalkınca; verilen örneklere devam edersek, kredi borcu ödenince, yüklenici inşaat sözleşmesinden kaynaklanan borcunu ifa edince, rekabet yapmama süresi sona erince de senedi inanana/düzenleyene iade etmeyi üstlenir.

İşte, burada anılan anlamıyla, mevcut veya ileride doğacak bir alacağın güvence altına alınması, bu bağlamda alacaklının artık alacağının varlığını ispat külfeti altına kalmaksızın kambyo senedinin kendisine sağladığı özel ve hızlı takip yoluna başvurabilme imkânını elde edebilmesi için düzenlenen kambyo senetleri “teminat senetleri” olarak adlandırılmaktadır.

3. Bu noktada kambyo senetlerinin bir başka özelliğine daha dikkati çekmek yerinde olacaktır. Kambyo senetleri soyut nitelikte, yani senette yer alan alacağın doğumuna neden olan ilişkiden bağımsız senetlerdir. Kambyo senetlerinin soyutluğu iki boyutludur.

Bunlardan birincisi ispat soyutluğudur: Kambyo senedinin alacaklısı temel ilişkideki alacağın varlığını ispatla yükümlü olmaksızın, salt kambyo senedine dayanarak kambyo alacağını talep etme imkânına sahiptir. Kambyo senedinin varlığı, alacağın varlığını tek başına ispata yeter.

İkinci boyut ise maddi yönden olan soyutluktur: Kambyo senedine temel oluşturan ilişkideki alacak hiç var olmasa veya geçersiz olsa bile bu husus kambyo senedindeki alacağın geçerliliğini etkilemez; zira maddi yönden de kambyo alacağı temel ilişkideki alaktan bağımsızdır. Buna göre kambyo senedine temel oluşturan alacak hiç doğmamışsa veya geçersizse ya da sonradan ortadan kalkmışsa kambyo alacağı geçerliliğini sürdürmeye devam eder; ancak bu olasılıklarda kambyo alacağı, alacaklının malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme hâli oluşturur.¹⁶

¹⁶ BK m. 18’de düzenlenen soyut borç ikrarında ise durum tartışmalıdır. Orada da soyut borç ikrarının ispat soyutluğunu sağladığı kabul olunmakla birlikte maddi

Kambiyo senetlerinin soyutluğunu biçimsel olarak sağlayan, senedin zorunlu şekil şartlarından birini oluşturan "belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız şartsız havale/ödeme vaadi" unsurunda mündemiç "kayıtsız şartsız"lıktır. Şayet havale/ödeme vaadi bir kayıt veya şarta bağlanacak olursa o zaman kambiyo alacağı sebebe bağlı/illî hâle getirilmiş olacağından sıkı şekle bağlı kambiyo senedinde şekil eksikliği gündeme gelir ve senet geçersiz olur.

4. Şu var ki kambiyo senedinin hangi hukuki sebebe dayandığı hususu senette yer verilen alacağın kayıtsız şartsız olması zorunluluğu üzerinde hiçbir değişikliğe neden olmaz. Daha açık bir anlatımla kambiyo senedinde mündemiç alacağın kayıtsız şartsız olması gerekliliği bakımından, alacağın hukuki sebep itibariyle, klasik tasnifle "ifa" sebebine, "alacak" sebebine veya "bağışlama" sebebine istinat etmesiyle "teminat" sebebine dayanması arasında sonucu yönünden herhangi bir farklılık yoktur. Nasıl ki diyelim "ifa sebebiyle" düzenlenen bir bonodaki, örneğin "... tarihli satış sözleşmesi gereğince lehdar satım konusunu teslim edince bono ödenecektir" vb. şeklinde bir ibare kambiyo alacağını kayıt ve şarta tâbi kıldığından bonoyu geçersiz hâle getirirse, "teminat sebebiyle" düzenlenen bir bonoda örneğin "... tarihli inşaat sözleşmesi gereğince teminat içindir, müteahhit sözleşmeyi süresinde ifa etmezse ödenecektir." gibi bir kayda yer verilmekle de senet batıl olur. Bu olasılıklarda senedin geçersiz olmasının hangi hukuki sebebe dayalı olarak, ezcümle, teminat sebebiyle mi yoksa bir başka hukuki sebeple mi düzenlendiği hususuyla en küçük bir ilgisi bulunmamaktadır.

Hâl böyle olunca, teminat amacıyla düzenlenen, ancak senette temel ilişkiyle açık ilinti kurulduğundan "kayıtsız şartsız" belirli bir bedelin ödenmesine ilişkin havale/ödeme vaadini taşımayan, dolayısıyla unsur eksikliği nedeniyle geçersiz kambiyo senedini konu edinen

yönden soyutluk bulunup bulunmadığı konusunda ihtilâf vardır. Soyut borç ikrarının izhari (açıklayıcı) olduğunun kabulü hâlinde temel ilişkinin geçersizliği borç ikrarını da etkileyecek, dolayısıyla bu olasılıkta borç ikrarı da geçersiz kabul edilecekken, ihdasi (kurucu) olduğu görüşünün benimsenmesi durumunda temel borç ilişkisinin geçersizliği borç ikrarına etki etmeyecek, ancak bu hâlde ikrar edilen alacak, alacaklının malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme oluşturacaktır (Anılan tartışmalar için birçokları yerine bkz. Karlı, age, s. 64 vd.). Kambiyo senetleri ise en tipik kurucu kıymetli evrak örneğini oluştururlar; o nedenle BK m. 18'e ilişkin bu tartışmanın kambiyo senetleri hukukuna da taşınmasına olanak yoktur. Bu anlamda bkz. İsmail Kırca (Kendigelen/Kırca), age, s. 26.

olaylara yönelik muhtelif kararlarında Yargıtay'ın -çoğu zaman benzer ifadelerle- adeta bir terkip şeklinde kullandığı“... *TTK'nın 776/1-b maddesinde yer alan kayıtsız şartsız belirli bir ödeme vaadi unsurunu içermediğinden, alacağın varlığı ve miktarı yargılamayı gerektirdiğinden...*” deyip “*teminat*” ile illiyet kurması tamamen isabetsizdir;¹⁷ bu olasılıkta senedin geçersizliğinin alacağın varlığının yargılamayı gerektirmesi ile hiçbir ilgisi yoktur.¹⁸ Vakıa, senet ifa, alacak veya bağışlama sebebiyle düzenlense ve aynı unsurun eksikliği söz konusu olsa, böyle bir senede dayalı olarak başlatılan icra takibi “alacağın varlığı ve miktarının yargılamayı gerektirmesi”nden söz edilmeksizin İİK m. 170/a uyarınca iptal edilmek gerekecektir.

5. Öte yandan, mutat bir uygulama olmamakla birlikte, bir varsayım olarak kambiyo alacağının hukuki sebebine senette yer verilmesi de mümkündür. Kazandırma işleminin hukuki sebebine ilişkin klasik üçlü tasnifi takiple, unsurları tamam olan kambiyo senedine diyelim bir de “ifa sebebiyle düzenlenmiştir”, “alacak sebebiyle düzenlenmiştir” veya “bağışlama sebebiyle düzenlenmiştir” gibi bir ibare eklenmiş olsa bu ibare hiçbir şekilde alacağı “kayıt ve şarta tâbi kılmak” anlamına gelmez ve senedin geçerliliğini etkilemez. Kambiyo alacağı, her kazandırıcı işlemde olduğu gibi zaten bir hukuki sebebe istinat eder. Kambiyo senedinde hukuki sebebe hiç değinilmemesi ile verilen örneklerdeki gibi hukuki sebebin renksiz bir şekilde senette gösterilmesi arasında hukuki sonuçları itibariyle hiçbir farklılık yoktur.

Bu noktada Yargıtay'ın ve onu takip eden öğretinin görüşüne yeniden bir göz atmak icap etmektedir. Yukarıda dile getirildiği üzere Yargıtay, kambiyo senedi üzerinde temel ilişki ile herhangi bir bağlantı kurulmamış, soyut, renksiz şekilde (“teminat içindir”, “teminat senedi” vb.) yer alan “teminat kaydının” senedin geçerliliğini etkilemeyeceğini isabetli şekilde dile getirmektedir. O zaman şu can alıcı soruyu sormanın tam yeridir: Bu olasılıkta düzenlenen kambiyo senedinin “hukuki sebebi” nedir? Cevap bizatihi senedin üzerinde yazılı olarak

¹⁷ Örnek olarak bkz. Yargıtay 12. HD'nin 13.11.2017 tarih ve 2016-22773/14014 sayılı kararı [Karar metni için bkz. www.lexpera.com.tr]; 11.11.2020 tarih ve 2023/9626 sayılı kararı; 10.02.2021 tarih ve 2020-5614/1369 sayılı kararı; 27.09.2021 tarih ve 4262/10083 sayılı kararı [Karar metinleri için bkz. www.karararama.yargitay.gov.tr].

¹⁸ Bu yönde bkz. Yardım, age, s. 202.

da yer almaktadır: Teminat. Yargıtay böylelikle, malûmu teyit ederek, bir kambiyo senedi alacağının kazandırma sebebinin pekâlâ “teminat” da olabileceğini dile getirmiş olmaktadır. Yargıtay'ın bu kabulü kapsamında, teminat amacıyla düzenlenen (hukuki sebebi teminat olan) kambiyo senetleri geçerli olmakla, doğal olarak, kambiyo senedi alacaklısı kanunun kendisine tanıdığı her türlü hukuki imkânı kullanmak olanağına kavuşur. Bu cümleden olmak üzere alacaklı, ödenmeyen kambiyo senedine dayalı olarak İİK m. 167 vd. çerçevesinde hususi takip yoluna gidebilir, icra takibine karşı düzenleyen yalnızca anılan hükümlerde gösterilen sebeplere dayalı olarak itiraz veya şikâyetle bulunabilir; senedin hangi hukuki sebeple düzenlendiği hususu, dolayısıyla bu bağlamda senedin salt “teminat” amacıyla düzenlenmiş olması ise hiçbir şekilde takibin iptalini veya durmasını sonuçlamaz.

Ne var ki aynı Yargıtay, yukarıda etraflıca izah olunan içtihadının geldiği son aşama gereğince, temel ilişkide “teminat” için düzenlendiği açıkça kayda alınmış ve tanıtıcı unsurlarına yer verilmiş bir kambiyo senedine müstenit özel yolla takip yapıldığında ise borçlu tarafından takibe itiraz edilip temel ilişkide senedin teminat amacıyla düzenlendiğinin, eş söyleşiyle “hukuki sebebinin teminat olduğu” nun kanıtlanması üzerine artık “alacağın tahsilinin gerekip gerekmediğinin yargılamayı gerektirdiği” gerekçesiyle takibin durdurulmasına karar verilmesi gerektiğini de söylemektedir.

Görüldüğü üzere teminat amacıyla düzenlenen kambiyo senetleri konusunda bir kere Yargıtay'ın kendi içerisinde bile açık bir çelişki içinde olduğu gün gibi aşikârdır. Kambiyo senedi ifa, alacak, bağışlama gibi diğer hukuki sebepler yanında “teminat sebebiyle” da düzenlenebileceğine göre bu hukuki sebebin senet üzerinde hiç yazılmaması ile soyut şekilde senet üzerinde yer alması veya temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmede ayrıntılı biçimde yazılması arasında kambiyo alacağına olan etki konusunda hiçbir farklılık yoktur ve olamaz.

6. Mesele bu denli açık, sağlam mantıksal temeller üzerine oturduğundan Yargıtay, ortaya çıkan bu garip durumu fark etmesine karşın bir kez girdiği çıkmaz sokaktan bir türlü tümünden dönüş de -nedense yapamayınca bu kez çözümü “teminat senedi” ni törpüleyerek sınırlandırmakta ve icra takibini iptal etmeyip “durdurmakta” aramaktadır. Oysa bunların hiçbiri karşımızda duran bu garip durumu ortadan kaldırmaya elverişli değildir.

Bir kere temel ilişkide ayırt edici unsurlarına yer verilen senetlerin ancak “teminat senedi” olabileceğini; temel ilişkide kendisine doğrudan atıf yapılmayanların ise “teminat senedi” olmayacağını kabul etmek suretiyle esasen hepsinin hukuki sebebi “teminat” olan senetler arasında tümüyle yapay bir ayırım yapılmasının ve bunlardan birinci olasılıktakilere özgü bir içtihat geliştirilmesinin hiçbir temeli yoktur. Hukuki sebebi “teminat” olan senetler arasında böyle bir kriter ortaya koyarak yapılan ayırımın bütünüyle zorlama bir çaba olduğu o denli açıktır ki Yargıtay, *“bu durumda [somut olaydaki] ... tarihli sözleşme ile takip konusu senedin tarafları ile düzenleme tarihinin aynı olduğu, sözleşmede belirtilen teminat senedinin miktarı ile takip konusu senedin miktarının da aynı olduğu gözetildiğinde...”*¹⁹ diyerek oluşturduğu kriterin çerçevesini belirlerken bu kez başkaca yapay çözümler bulmak zorunda kalmaktadır. Zira bu hâlde cevap bulunması gereken yeni sorular ortaya çıkmaktadır: Temel ilişkide hangi şekilde gösterilen senet yeterince belirtilmiş sayılacaktır? Diğer bir söyleyişle, senedin hangi unsurları temel ilişkide yer alırsa senet temel ilişkide gösterilmiş kabul edilebilir?

Oysa teminat amacıyla düzenlenen senetler arasında hiçbir yasal veya teorik dayanağı olmayan, adeta “gerçek teminat senedi-gerçek olmayan teminat senedi” şeklindeki bir ayırma yoluna gidilmezse bu tür sorularla iştigal etme zorunluluğu altında da kalınmayacaktır.

Yeri gelmişken, Yargıtay’ın bir kambiyo senedinin “teminat senedi” olduğunun ancak yazılı delille kanıtlanabileceği yönündeki düşüncesinin de aynı kaygıların, yani “teminat senedi”ni mümkün olduğunca daraltma çabasının gereksiz bir sonucu olduğunu da söylemek gerekir. Kambiyo senetleri prensip itibarıyla bir borcun ifası amacı ile düzenlenir. Ne var ki kambiyo senetleri soyut nitelikte olduklarından hangi nedenle düzenlenirse düzenlensinler, üzerindeki ifade renksizdir; bu bakımdan kambiyo senedinin dayandığı hukuki sebep ne olursa olsun senedin hukuki durumunda bir değişiklik olmaz. Borçlu ifa, alacak veya bağışlama sebebiyle düzenlenen bir kambiyo senedine karşı genel yetkili mahkemede açacağı menfi tespit davasında hangi delilleri ileri sürebilecekse hukuki sebebi “teminat” olan senetlere kar-

¹⁹ Yargıtay HGK’nın 17.05.2023 tarih ve 254/485 sayılı kararı [karar metni için bkz. www.karararama.yargitay.gov.tr].

şı açacağı olası bir menfi tespit davasında da aynı delillere başvurmak imkânına sahiptir. İşte Yargıtay, bir kez hukuki temeli bulunmayan ayrı ve daha dar kapsamlı bir "teminat senedi" türü oluşturup İİK 167 vd. hükümlerinin bu senetler yönünden uygulanmasında başka bir yol çizince, baştan hatalı olarak açılan bu yolu bu kez daraltmak için anılan kapsamda görülebilecek senetleri sınırlama zorunluluğunu duymuş, bunun için de senedin "teminat senedi" olduğunun ancak "yazılı" delille ispatlanabileceğini ileri sürmüştür. Yargıtay'ın yazılı delilden kastı ise biraz önce dile getirilen, temel ilişkiyi gösteren sözleşmenin yazılı yapılması, senedin teminat amacıyla düzenlendiğinin ve sınırlarının yeterince belirlenmiş olmasıdır. Son derece zorlama bir çabaya dayandığı aşikâr olan bu fikrin ilginç bir sonucu, diyelim taraflar arasındaki temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmede teminat amacıyla kambiyo senedi verildiğine yönelik açık bir hüküm bulunmamasına rağmen bizatihi kambiyo senedinin üzerinde ve elbette "yazılı" olarak "teminat içindir" vb. kayıt yer aldığı anda ise Yargıtay'ın bu kez "yazılı" beyana delil değeri vermemesi, dolayısıyla bu yönü itibariyle de içtihadın kendi içinde bir tutarlılığının olmamasıdır.

Dahası, Yargıtay'ın teminat amacıyla düzenlenen kambiyo senetleri içinde bir ayırım yapması; temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmede teminat amacıyla kambiyo senedi düzenlendiğinin dile getirilmesi ve senedin ayırt edici unsurlarının da belirtilmesi durumunda senedin "teminat senedi" niteliği taşıyacağı, bu olasılıkta senede dayalı olarak başlatılan icra takibine karşı ileri sürülecek itiraz sonucunda takibin durmasına karar verilmek gerektiği; teminat amacıyla kambiyo senedi düzenlenen, ancak bu hususları taşımayan diğer hâllerde (temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmede senedin ayırt edici unsurlarına yeterince yer verilmediğinde ya da sözleşmede teminat senedinden hiç söz edilmediğinde olduğu gibi) ise kambiyo senedine dayalı takibe yapılacak itiraz sonucunda takibin durmasına hükmedilemeyeceği düşüncesi bu kez kambiyo senedi ilişkisine girenleri işin içinden çıkılmaz garip bir ikilem içine sokmaktadır. Oluşan manzara şöyledir:

Taraflar, temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmede Yargıtay'ın "teminat senedi" tanımına uygun şekilde bir belirleme yapacak olurlarsa düzenlenen kambiyo senedi pratik yönden artık hiçbir derde deva olamadığından alacaklı böyle bir tanımlamaya temel ilişkide yer vermek istemeyecektir. Zira alacaklının menfaati teslim aldığı kambiyo

senedini teminat konusu yerine getirilmediğinde herhangi bir sorunla karşılaşmaksızın icra takibine konu edebilmektedir. Bu ise, kuşkusuz, kambiyo senedine müstenit takibin sonuca ulaşmasına vabestedir. Yargıtay'ın burada tartışılan içtihadı kambiyo senedine müstenit takipten bir netice alınmasını engellemeye matuf olduğu için alacaklı, borçludan teminat senedi alırken bunu belirten bir kanıt oluşturmama yoluna gitmek isteyecektir.

Buna karşılık borçlunun menfaati ise kambiyo senedinin teminat amacıyla imzalandığının temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmede yazılmasındadır. Çünkü bu hâlde alacaklı söz konusu senedi sözleşmede öngörülen şartlara aykırı olarak kullanırsa borçlu "genel yetkili mahkemede" açacağı menfi tespit davasında kambiyo senedinin hangi amaçla verildiğini rahatlıkla ispatlayabilecek, dolayısıyla davanın doğru zeminde tartışılmasını sağlayabilecektir. O yüzden borçlunun menfaati temel ilişkide senedin verilmiş nedeninin belirtilmesini gerektirir. Ne var ki Yargıtay'ın anılan içtihadı borçlunun vereceği teminat senedi güvencesiyle sözleşme ilişkisine girmeyi kabul eden alacaklının kendisi yönünden çok haklı bir başka -menfi- şartı ileri sürmesine sebep olmakta, teminat senedi verildiğine yönelik bir kaydın hiçbir şekilde sözleşmede yer almamasını gerektirmektedir. Bunun kabul edilmemesi hâlinde ise alacaklı sözleşme ilişkisine girmekten imtina edecektir ki bu da sözleşme ilişkisine girmek isteyen diğer tarafın (borçlunun) menfaatine değildir.

Özetle Yargıtay anılan içtihadıyla tarafların her ikisinin hukuki menfaatinin aynı anda korunamayacağını söylemekte, deyim yerindeyse, tarafları kabağın kimin başında patlayacağını tercihe zorlamaktadır: Ya alacaklı teminat senedi güvencesi olmaksızın sözleşme ilişkisine girmeyi kabul edecek ve böylece borç yerine getirilmeyince daha meşakkatli bir yoldan alacağını tahsile çalışacak ya da borçlu teminat senedi verip temel ilişkide bu senedin kullanılma koşullarına yönelik bir delile sahip olamayacaktır.

7. Yukarıda etraflıca izah olunduğu üzere temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmede kambiyo senedinin teminat amacıyla düzenlendiğinin belirtilmesi konusuna yönelik Yargıtay 12. HD'nin 1980'li yıllarda başlattığı içtihadının ilk döneminde kambiyo senedinin kayıtsız şartsız belirli bir bedelin ödenmesi unsurunu zedeleyeceği, o nedenle böyle bir "geçer-

siz” senede dayalı icra takibinin İİK m. 170/a kapsamında “iptaline” karar verilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi. Doğrusu bu düşüncenin ne denli yanlış olduğunu göstermek için fazla bir izahata ihtiyaç yoktur: Kambiyo senetleri düzenlenmelerine neden olan temel ilişkiden soyut/ mücerret senetlerdir ve bu soyutluğu biçimsel olarak sağlayan bizatihi senet metninin kendisidir. Kambiyo senedindeki alacağın geçerli şekilde doğumu sadece şeklen kanuni unsurların bir arada bulunmasına ihtiyaç gösterir, o kadar. Yoksa temel ilişkide alacağın geçersizlik sebepleri, kanuni unsurları tamam olan bir kambiyo senedinde mündemiç alacağı (kambiyo alacağına) doğrudan bir etkide bulunamaz. Nitekim Yargıtay da bu hatalı görüşten bir süre sonra vazgeçmiştir.

Ne var ki Yargıtay'ın içtihadını zaman içerisinde dönüştürerek bu kez senedin hukuki sebebinin teminat olduğunun yalnızca İİK m. 168/1-b.5 gereğince “itiraz” şeklinde ileri sürülebileceği, bu hâlde borçlunun itirazının icra mahkemesince İİK m. 169/a uyarınca değerlendirilerek takibin “durmasına” karar verilmesi gerektiği görüşü de daha az hatalı olmadığı gibi esasen pratik sonucu itibarıyla bir önceki görüşüyle aynı noktaya varmaktadır. Zira borçlunun itirazı üzerine icra mahkemesince “itirazın kabulüne” karar verilerek İİK m. 169/a/f. 5 gereğince takip durduktan sonra itirazın kabulü kararının kesinleşmesi ile birlikte takip dosyası iptal edilmek gerekmektedir.²⁰ Dolayısıyla bu görüş kapsamında meseleye kambiyo senedi alacaklısı yönünden bakıldığında değişen bir şey olmamakta, kambiyo senedinin alacaklısına tanıdığı hızlı takip ve tahsil imkânından alacaklı istifade edememektedir.

Yargıtay'ın yaklaşımının icra hukuku bakımından da yerinde olup olmadığını değerlendirirken öncelikle adi haciz yoluyla ilamsız takip ile kambiyo senedine müstenit takip arasındaki şu farklılıklara dikkati çekmek gerekir.

²⁰ Üstündağ, age, s. 468. Ayrıca bkz. “Borçlunun itirazının kabulü ile icra takibi durur. Alacaklı artık ilamsız icraya devam edilmesini isteyemez. Takip dosyası iptal edilir. Yalnız, merci kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediklerinden, alacaklı genel mahkemelerde genel hükümlere göre bir alacak dâvası açabilir. Lehine hüküm alınması halinde, alacaklı duran takibe devam edilmesini istemeyip, yeniden ilamlı takipte bulunmak zorundadır.” ifadelerine yer verilen, 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/280) Millet Meclisi S. Sayısı 461, s. 22.

İİK m. 58 vd.'da hükme bağlanan adi haciz yoluyla ilamsız takibe borçlu itiraz ettiğinde takip durur (İİK m. 66/1). Duran takibin harekete geçirilmesi için alacaklının önünde iki yol vardır. Bir yol olarak alacaklı genel yetkili mahkemeye başvurarak itirazın iptalini talep edebilir (İİK m. 67). HMK'ya göre görülecek, dolayısıyla oradaki delil sistemine göre değerlendirilecek bu davada alacaklı alacağıının varlığını kanıtlarsa itiraz iptal edilerek takip kaldığı yerden devam eder. İkinci yol olarak ise alacaklı icra mahkemesine başvurup itirazın kaldırılmasını isteyebilir (İİK m. 68). İtirazın kaldırılması talebi önüne gelen icra mahkemesi uyuşmazlığı HMK'daki delil sistemine göre değil, İİK'da hükümlerine göre değerlendirir (İİK m. 68, 68/a, 68/b); ezcümle, itirazın kaldırılmasına karar verilebilmesi için, temel kural olarak, *"imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarını içeren bir senede yahut resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye"* ihtiyaç vardır (İİK m. 68/1).

Kambiyo senedine müstenit takip sisteminin işleyişinde ise, adi haciz yoluyla ilamsız takibe kıyasla, itirazın sonuçları bakımından alacaklı ve borçlunun rolleri tersine çevrilmiştir. Zira bu olasılıkta takip daha baştan, teknik farklılıklar bir yana, niteliği itibariyle temelde İİK m. m. 68/1'de itirazın kaldırılması için icra mahkemesinin arayacağı *"borç ikrarını içeren senet"* mahiyeti gösteren bir senetle, kambiyo senediyle başlar. Kambiyo senedi soyut (mücerret) nitelik de taşıdığından senedin varlığı alacağın varlığını zaten tek başına göstermeye yeter. O nedenle bu takip türünde borçlunun itirazı takibi durdurmaz (İİK m. 169, 170/1).²¹ İtiraz takibi durdurmadığından alacağın varlığını

²¹ 2004 sayılı İİK'nın yürürlüğe giren ilk hâlinde "ticari senetler"e dayalı takip usulüyle adi haciz yoluyla takip arasında önemli bir farklılık bulunmamakta; bu bağlamda takibe itiraz, tıpkı adi haciz yoluyla takipte olduğu gibi, takibin durmasını (İİK m. 171/1) sonuçlandırmaktaydı (Bkz. 19.06.1932 tarih ve 2128 sayılı RG). 538 sayılı Kanun ile İİK'da yapılan köklü değişikliklerle kambiyo senetlerine mahsus özel takip usulü adi haciz yoluyla ilamsız takipten önemli şekilde ayrıştırılmış, yeni sistemde borca itirazın satıştan başka takip muamelelerini durdurmayacağı kabul edilerek kambiyo senedine bağlı alacağın çabuk ve güvenli şekilde tahsilinin sağlanması amaçlanmıştır (Bkz. 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/280) Millet Meclisi S. Sayısı 461, s. 20). Bununla birlikte "imzaya itiraz" konusunda farklı bir düzenleme yapılması uygun görülmüş; borçlunun İİK m. 168/4'e uygun olarak kambiyo senedi altındaki imzanın kendisine ait olmadığı itirazında bulunması

ispat konusunda alacaklının başkaca bir işlem yapmasına ihtiyaç yoktur; alacağın gerçekte var olmadığına ilişkin olası iddiayı ispat ve buna yönelik hukuki yollara başvurma yükü borçlunun omuzlarındadır.

Adi haciz yoluyla ilamsız takip ile kambiyo senedine müstenit takip arasındaki bu sistem farklılığı da göz önünde tutulduğunda Yargıtay'ın hukuki sebebi teminat olan senetlerde *“alacağın varlığı ve miktarı ile tahsilinin gerekip gerekmediğinin yargılamayı gerektirdiği”*, o nedenle de *“takibin durdurulması”* gerektiği yaklaşımının bütünüyle kanuna aykırı olduğu kendiliğinden görülür.

a) Bir kere kambiyo senedine müstenit takibe konu oluşturan alacak taraflar arasındaki *“temel ilişki”*deki alacak değil, bizatihi senede yerleşen alacaktır. Kambiyo senedinin soyut niteliği nedeniyle senede yerleşen alacağın *“tahsilinin gerekip gerekmediği”* konusu bizatihi senedin kendisinden hareketle belirlenir. Kuşkusuz, yukarıda etraflıca izah olunduğu üzere, kambiyo senedi düzenlenmesiyle birlikte taraflar arasında, temel ilişkideki alacağı hedefleyen ikinci bir alacak oluştuğu doğrudur. Ne var ki kambiyo senetleri soyut/mücerret nitelik taşıdıklarından bu ikinci alacağın varlığı ve geçerliliği için temel ilişkideki alacağın varlığı ve geçerliliği bir ön şart niteliği taşımaz. Geçerlilik şartları tamam bir kambiyo senedi alacaklının elinde var olduğu sürece alacaklı bu senetteki alacağı talep edebilecek durumda demektir. Bu olasılıkta icra mahkemesince ancak borçlu tarafından İİK m. 169/a/1 gereğince kambiyo *“borcun[un] olmadığına veya itfa veya imhal edildiğinin resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatı”* halinde takibe yapılan itiraz kabul edilebilir. Sınırlı bir delil sistemi ile yargılama imkânına sahip olan icra mahkemesi bunun dışında başkaca bir değerlendirme yapamaz.

b) Öte yandan Yargıtay'ın gerekçe olarak dayandığı, *“alacağın varlığı ve miktarı ile tahsilinin yargılamayı gerektirip gerektirmedi-*

hâlinde takibin duracağı hükme bağlanmıştır (538 sayılı kanun ile getirilen İİK m. 170/1 [Bkz. 06.03.1965 tarih ve 11946 sayılı RG]).

Ancak kanun koyucu imzaya itiraz ile borca itirazın takibe etkisi arasındaki bu farklılığı da daha sonra yerinde bulmayarak 3494 sayılı Kanun ile İİK m. 170/1'de yaptığı değişiklikle borçlu tarafından *“imzaya itiraz”* edilmesi hâlinde bile -ki bu son hususa ilişkin tercihin isabeti çok tartışma götürür- takibin durmayacağı kuralını benimsemiştir (Bkz. 25.11.1988 tarih ve 20000 sayılı RG).

ği” sorununun kambiyo senedinin “teminat” amacıyla düzenlenmesi ile doğrudan bir ilgisi de yoktur. Bu konu pekâlâ, klâsik tasnifle, ifa, alacak veya hatta bağışlama hukuki sebebiyle düzenlenen kambiyo senetleri bakımından da geçerlidir. Muhtelif olasılıklar düşünülebilir:

(i) Bir kambiyo senedinin düzenlenmesine dayanak oluşturan temel ilişkideki alacak “geciktirici şarta” bağlı bir alacak olabilir. Bu durumda şart gerçekleşmeyince temel ilişkideki alacak da doğmaz. Ancak temel ilişkideki geciktirici şarta bağlı alacak için bir de kambiyo senedi düzenlenmişse senedin, dolayısıyla senetteki alacağın geçerliliği temel ilişkideki alacağa bağlı olmadığından kambiyo alacağı varlığını korumaya devam eder; yalnızca senet lehdarının/alacaklının malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme hâli oluşur. Bu olasılığın gerçekleşmesi sadece kambiyo senedinin “teminat” hukuki sebebiyle düzenlenmesi hâline özgü değildir. Pekâlâ ifa, alacak veya bağışlama hukuki sebebiyle düzenlenen kambiyo senetlerinde de temel ilişkideki alacağın “geciktirici” şarta bağlı olması mümkündür.

(ii) Temel ilişkideki alacağın dayandığı sözleşmede bir edim sıralaması öngörülmüş, bu edim sıralamasına göre öncelikle kambiyo senedi lehdarının temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmedeki borcunu ifa etmesi gerektiği kararlaştırılmış olabileceği gibi edimlerin aynı anda ifası gerektiği de düzenlenebilir. Bu olasılıklarda alacaklı temel ilişkideki alacağını talep etse bu talep, ilk örnekte “dava temelinin yetersizliği” (alacaklının öncelikle kendi edimini yerine getirmesi gerektiği, bu yerine getirilmediği durumda karşı edimi talep hakkının olmadığı yönündeki) savunmasıyla,²² ikinci örnekte ise “ödemezlik defiyle” (BK m. 97) geçerli şekilde savuşturulacaktır.

(iii) Temel ilişkideki alacak için bir kambiyo senedi düzenlenmiş, ancak kambiyo senedinin borçlusunu, diyelim temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmeden geçerli şekilde dönmüş ve böylece kambiyo senedi de bedelsiz hâle gelmiş olabileceği gibi temel ilişkide, örneğin ayıp hükümleri kapsamında, borçlunun ödemekle yükümlü olduğu borç azalmış da olabilir.²³

²² M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, C. 1, İstanbul 2021, s. 368-367 N. 1103.

²³ Bu yöndeki haklı gerekçelendirmeler için bkz. Türk, s. 145.

Anılan örneklerin tamamında kambiyo senedinin “bedelsiz” olup olmadığı “yargılamaya” ihtiyaç göstermektedir. O zaman Yargıtay'ın “*alacağın varlığı ve miktarı ile tahsilinin gerekip gerekmediğinin yargılamayı gerektirdiği*” düşüncesi doğru olsaydı kambiyo senedine dayalı her takibe karşı yöneltilecek bu ve benzeri iddialarla icra takibinin durması gerektiği sonucuna varılmak gerekirdi.

c) Bu durumda bir sonraki aşamaya geliriz ki o da bu yaklaşımın adi haciz yoluyla ilamsız takip ile kambiyo senedine müstenit takip arasında bir fark olup olmadığının sorgulanmasına bizi götürmesidir. Biraz önce dile getirildiği üzere İİK sisteminde adi haciz yoluyla ilamsız takibe borçlunun itirazının sonucunda takip durur. Takibin devamı için alacaklı harekete geçmeli; ya genel yetkili mahkemede itirazın iptalini istemeli veya (elinde İİK m. 68 normlarına uygu belge varsa) icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılmasını talep etmelidir.

Kambiyo senedine müstenit takipte ise kanun koyucu alacaklının bu şekilde davranmasına ihtiyaç duymamıştır; zira öngörülen sistemde borçlunun itirazı takibi durdurmayacağından (İİK m. 169, 170/1) “alacaklı”nın takibin yeniden harekete geçirilmesi için herhangi bir çabada bulunması gerekmez. Oysa Yargıtay'ın içtihadının geldiği aşamada, kanunun getirdiği sisteme tümüyle aykırı şekilde, senedin “teminat amacıyla düzenlendiği” itirazı nedeniyle takibin İİK m. 169/a/5 gereğince “durmasına” karar verilmesiyle oluşan şey tam da bu sonucun ortadan kaldırılmasıdır. Gerçekten;

Bir kere İİK m. 169/a/5'e göre itirazın kabulü kararı verilerek takip durunca, kararın kesinleşmesi ile birlikte takip iptal edilmek gerekecektir. Dolayısıyla bu kabul, başlatılan icra takibinin nihayetinde iptalini sonuçlayacaktır.

İkincisi, kanunun sisteminde “alacaklının” duran takibi harekete geçirmek için yapması gereken/öngörülen bir işlem yoktur. Diyelim alacaklı genel yetkili mahkemeye başvurarak bir alacak davası açarsa o davanın kambiyo senedine müstenit takiple bir ilgisi bulunmaz. Anılan davada alınacak hüküm kambiyo senedine müstenit takibi kaldığı yerden devam ettirmez. Genel yetkili mahkemeden alınacak eda hükmünün icra takibini devam ettirmesi “adi haciz yoluyla ilamsız takibin” öngördüğü sistemdir. Kambiyo senedine müstenit takipte de takibin devamı için yapılmak gerekenler aynı şeyler olacaksa iki sistem

arasında bir fark olmadığı sonucuna varılmak gerekir ki bu yaklaşım, tam da “538 sayılı Kanun ile İİK’da yapılan köklü değişikliklerle kambiyo senetlerine mahsus özel takip usulü adı haciz yoluyla ilamsız takipten önemli şekilde ayrıştırılmış, yeni sistemde borca itirazın satıştan başka takip muamelelerini durdurmayaacağı kabul edilerek kambiyo senedine bağlı alacağın çabuk ve güvenli şekilde tahsilinin sağlanması amaçlanmıştır” şeklindeki kanunun gerekçesini açıkça göz ardı etmek olur.

İşte o nedenledir ki Yargıtay’ın içtihadının daha oluşumu aşamasında bu içtihadı katılmayan üyeler karşı oy yazılarında, “Aksi görüşün kabulü hâlinde teminat için bono düzenlenmesinin bir hükmü ve amacı kalmayacaktır. Şöyle ki, sözleşmeye uymama hâlinde açılacak dava tespiti de içeren bir eda davası olacaktır. Bu davada öncelikle borçlunun sözleşmeye uyup uymadığı, uymama sonucu alacaklının zarar görüp görmediği saptanarak eda hakkında karar verilecektir. Borçlunun önceden teminat senedi verip vermediğinin verilecek karara bir etkisi olmayacaktır” diyerek çok haklı ve yerinde olarak bu gerçeği dile getirmişler, ortaya çıkacak garipliğe, kambiyo senedine müstenit takibin anlamsız hâle düşürüleceğine dikkati çekmişlerdir.

Demek ki işin özü şudur: Kuşkusuz kambiyo senedinin düzenlenmesine neden oluşturan temel ilişkideki alacağın geçersiz olması, sonradan ortadan kalkması vb. nedenlerle kambiyo senedinin baştan “bedelsiz”liği veya sonradan bedelsiz hâle gelmesi mümkündür. Ne var ki mesele tüm bu olasılıklarda söz konusu defilerin senedin düzenleyeni tarafından ileri sürülemez olması değil, bunların nerede, hangi hukuki merci önünde dile getirilebileceği, defilerin ileri sürülmesinin icra mahkemesindeki yargılamaya nasıl etki edeceğidir. Kambiyo senedinin borçlusu temel ilişkiye yönelik her türlü defiyi genel yetkili mahkemede açacağı bir menfi tespit davasına taşıyabilir ve alacaklıya karşı her zaman ileri sürülebilir. Oysa icra mahkemesi ise yalnızca İİK m. 68 normlarına uygun; ezcümle, temel olarak alacağın “doğmadığını veya sona erdiğini ya da mehil verildiği gösteren” imzası ikrar edilmiş belgenin varlığında itirazın kabulüne ve takibin durmasına karar verebilir. Bu durumda senet hangi hukuki sebebe (ifa, alacak, bağışlama, teminat vd.) dayalı olarak düzenlenirse düzenlensin, anılan nitelikte bir belgenin borçlu elinde bulunmadığı hâllerde icra mahkemesinin itirazı reddetmekten başka yapacağı bir şey bulunmamaktadır. Bu konuda yapılacak değerlendirmelerde kambiyo

senedinin hukuki sebebinin “teminat” olması ile ifa, alacak, bağışlama vb. gibi bir başka sebep olması arasında, varılacak sonuç bakımından hiçbir fark yoktur.

Hâl böyle olunca Yargıtay'ca teminat amacıyla düzenlenen kambiyo senetleri arasında, yasal hiçbir dayanağı da bulunmayan, bir ayırım yapılması, bu senetlerden yine kriterleri zamanla yargı tarafından belirlenen bazıları ile diğerleri arasında bir farklılık oluşturulması ve mezkûr senetlere dayalı icra takiplerine senedin “teminat senedi” olduğu savıyla yapılacak itiraz hâlinde takibin durmasına karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılması tümüyle hatalıdır.

SONUÇ

1. Bir kambiyo senedi düzenlenmekle senedin lehdarı/alacaklısı lehine para alacağını konu edinen bir kazandırıcı işlemde bulunulmuş olur. Her kazandırıcı işlem gibi kambiyo senedi alacağı da bir hukuki sebebe dayanır. Kazandırıcı işlemlerde hukuki sebep, Roma hukukundan ilhamla, genellikle ifa sebebi, alacak sebebi ve bağışlama sebebi olarak üçlü bir sınıflandırmaya tâbi tutulursa da bu sınıflandırma sınırlandırıcı değildir, bunlar dışında bir hukuki sebeple kazandırma yapılması da mümkündür. İşte bu hukuki sebeplerden bir diğeri teminat sebebidir ve kambiyo senetlerinin teminat sebebine dayalı olarak düzenlenmesi önünde hukuki bir engel yoktur. Ezcümle mevcut veya ileride doğacak bir alacağın güvence altına alınması, kambiyo senedi alacaklısının alacağının varlığını ispat külfeti altında kalmaksızın, senedin kendisine sağladığı özel ve hızlı takip yoluna başvurabilme imkânını elde edebilmesi için düzenlenen kambiyo senetleri teminat hukuki sebebine dayanan senetlerdir ve uygulamada bunlar, düzenlenmelerine neden olan bu hukuki sebepten hareketle, teminat senedi olarak adlandırılmaktadırlar.

2. Kambiyo senetleri nitelikleri itibariyle soyut/mücerret, yani senette yer alan alacağın doğumuna neden olan ilişkiden bağımsız kıymetli evraktır. Bu soyutluk hem ispat soyutluğu hem de maddi yönden soyutluk olmak üzere iki yönlüdür. Kambiyo senedinin varlığının alacağın varlığını tek başına kanıtlamaya yetmesi ispat soyutluğundan; senedin düzenlenmesine temel oluşturan ilişkinin kambiyo senedindeki alacağın varlığı ve geçerliliğine etki etmemesi ise maddi yönden soyutluğundan kaynaklanır.

Kambiyo senetlerinde bu soyutluğu biçimsel olarak sağlayan ise senedin zorunlu şekil şartlarından birini oluşturan “belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız şartsız havale/ödeme vaadi” unsurunda mündemiç “kayıtsız şartsızlık”tır.

3. Kambiyo senedinin hangi hukuki sebeple düzenlendiği hususu senede konu alacağın kayıtsız şartsız olması zorunluluğu üzerinde hiçbir değişikliğe neden olmaz. Diğer bir anlatımla kambiyo senedine yerleşen alacağın kayıtsız şartsız olması gerekliliği bakımından alacağın hukuki sebebinin ifa, alacak ya da bağışlama olması ile teminat olması arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla kambiyo senedinin hukuki sebebi ne olursa olsun, senette mündemiç alacağı kayıt ve şarta tâbi kılmak anlamına gelecek ölçüde temel ilişkiyle bağlantı kurulan kayıtlar senedi geçersiz hâle getirirken, kambiyo senedi üzerinde yer verilmesi olası, ancak temel ilişkiden soyut, renksiz kayıtlar ve bu bağlamda “teminat” kaydı senetteki alacağı kayıt ve şarta tâbi kılmak anlamına gelmeyeceğinden senedin geçerliliğini etkilemez.

O hâlde “teminat” hukuki sebebiyle düzenlenen kambiyo senetleri ile diğer hukuki sebeplere dayanan kambiyo senetleri arasında kambiyo senedine müstenit takibe konu olmaları; takipte borçlunun hangi merci önünde ne tür defiler ileri sürebileceği ve bu defileri kanıtlamaya elverişli delillerin neler olduğu gibi konularda hiçbir farklılık yoktur.

4. Bu durumda Yargıtay’ın 1980’li yıllarda başlattığı ve süreç içinde yaşadığı dönüşümle şimdilerde temel ilişkide yazılı olarak ayırt edici şekilde tarif edilen ve teminat amacıyla düzenlendiği belirtilen kambiyo senetlerinin geçerli oldukları, ancak bu senetlere dayanarak başlatılan özel haciz yoluyla takibe karşı borçlunun itirazı hâlinde, alacağın varlığının artık yargılamayı gerektireceği düşüncesiyle, takibin durmasına hükmedilmesi gerektiği içtihadının hiçbir yasal temeli bulunmadığı son derece açıktır.

Yargıtay süreç içinde ilk dönemde temel ilişkide kambiyo senedinin teminat amacıyla düzenlendiğine yönelik kaydın kambiyo senedini kayıt ve şarta tâbi kılacağını ve senedin geçersizliğine neden olacağını ileri sürmüş ve böyle bir senede dayalı takibin iptali gerektiğine hükmetmişken, yıllar içinde içtihadını kısmen değiştirmiş; temel ilişkide “yazılı” şekilde kambiyo senedinin teminat amacıyla düzen-

lendiğinin belirtilmesi ve senedin tarif edilmesi hâlinde, senedin kambiyo senedi niteliğini yitirmeyeceğini, ancak borçlunun itirazı hâlinde alacağın varlığının yargılamayı gerektireceğini, o nedenle takibin durması gerektiğini kabul etmeye başlamıştır.

Doğrusu süreç içinde Yargıtay'ın içtihadının yaşadığı bu dönüşüm bile bu içtihadın isabetsizliğinin başlı başına bir kanıtıdır. Ancak burada asıl gözden kaçırılmaması gereken anılan içtihadın kendi içinde bile açık bir çelişkiyi barındırdığıdır. Yargıtay, çok doğal olarak, herhangi bir kazandırma işlemi gibi bir kambiyo senedinin de "teminat" hukuki sebebiyle düzenlenebileceği kabul etmektedir; fakat bunun bir şekilde temel ilişkide açıkça yer almasını ise sorunlu görmektedir. Öyle ki bizatihi senet üzerinde "teminat içindir" vb. şekilde, temel ilişkiyle doğrudan irtibat kurulmayan soyut kayıtların, pek yerinde olarak, senedin geçerliliğini etkilemeyeceğini de belirtmektedir. Hâlbuki bu tür senetlerin de hukuki sebebi yine "teminat"tır. Bir kambiyo senedi "teminat" hukuki sebebiyle düzenlenebildiğine göre bunun temel ilişkideki sözleşmeye açıkça yansıtılıp yansıtılmamasının senede bağlanacak hukuki sonuçlar üzerinde bir değişiklikte bulunması mümkün değildir.

İşte, Yargıtay ortaya çıkan bu garip durumu fark edince çözümü içtihadını kısmen dönüştürmekte; "teminat senedi"ni törpüleyerek sıvınlandırmak ve icra takibini iptal etmeyip "durdurmakta" aramaktadır. Hâlbuki bu içtihat dönüşümü karşımızdaki sorunu çözmeye yetmez; aksine ortaya, adeta "gerçek teminat senedi-gerçek olmayan teminat senedi nedir?" gibi bambaşka gereksiz sorular çıkarır. Oysa çözüm basittir: Yargıtay, teminat hukuki sebebiyle düzenlenen kambiyo senetleri ile diğer hukuki sebeplere dayanan senetler arasında, yasal veya teorik hiçbir temeli olmayan ayrımlar yapmaktan vazgeçmelidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Bülöw Peter, Wechselgesetz-Scheckgesetz, 5. Aufl., München 2013
- Karlı Özlem, Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması, İstanbul 2008
- Kendigelen Abuzer, Çek Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2021
- Kendigelen Abuzer/Kırca İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2023
- Mağden Çamlı Zehra İlgün, Türk Hukukunda Teminat Senetleri, Ankara 2020
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, C. 1, İstanbul 2021
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 24. Bası, İstanbul 2021
- Pulaşlı Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 10. Baskı, İstanbul 2023, s. 275 vd.
- Sarıkaya Merve, Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, İstanbul 2018
- Sayhan İsmet, Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi, Ankara 2006
- Sungurbey İsmet, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957
- Türk Ahmet, Menfi Tespit Davası, Ankara 2006
- Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kaya Arslan/ Nomer Ertan Füsün, Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2021, s. 165-166.
- Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, 6. Bası, İstanbul 1995
- Yardım Mehmet Ertan, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte İtiraz, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 2012, s. 205-206.

Makaleler

- Tekinalp Ünal, "Geriyeye Ciro ve Teminat Senedi Sorunları", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Ankara 1994

ANONİM ŞİRKETLERDE OY HAKKI SINIRLAMALARININ (AZAMI OY ŞARTI) ESAS SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİĞİ İLE KURULUŞ SONRASI DÜZENLENMESİ

REGULATION OF VOTING RIGHT LIMITATIONS (MAXIMUM VOTE CONDITION) IN JOINT STOCK COMPANIES AFTER THE FOUNDATION BY AMENDMENT OF THE ARTICLES OF ASSOCIATION

Sevgi BOZKURT YAŞAR*

Özet: Pay sahipliği haklarından en önemlilerinden biri olan oy hakkı TTK 434 hükmünde düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasında pay sahibinin oy hakkını genel kurulda paylarının toplam itibari değeri ile orantılı kullanacağı belirtilmiştir. Hükmünde her pay sahibinin sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkı bulunacağı belirtilerek, asgari bu oy hakkının pay sahibi açısından vazgeçilemez hak niteliği ifade edilmiştir. Anonim şirketlerde temel ilke olan sermayeye katılma oranında hak sahibi olma/oransallık ilkesi oy hakkı için de geçerlidir. Ancak oy hakkının esas sözleşme ile sınırlanması (azami oy şartı) ve oy hakkında imtiyaz tanınması mümkün kılındığından bu ilkedeki sapmaya imkân tanınmıştır. (TTK m. 434/2.c.2; m. 479). Azami oy şartının kurucu esas sözleşmede düzenlenmesi tüm ilgililerin onayını gerektirmekte, kuruluş aşamasında bu oybirliği ile oy gücünün sınırlandırılması kolaylıkla gerçekleştirilebilmektedir. Azami oy şartı ilk kurucu esas sözleşmede öngörülmemiş ise, sonradan bu yönde yapılacak bir düzenleme için esas sözleşmenin değiştirilmesi gerekmektedir. Böyle bir sınırlamanın esas sözleşme değişikliği ile sonradan getirilmesi konusu uzun yıllardır hukuk sistemlerinde oy hakkı sınırlamalarına ilişkin hükümleri ihtiva eden İsviçre, Alman ve Avusturya doktrininde tartışılmıştır. Çalışmada, seçilmiş hukuklarda bu konudaki görüş ve tartışmalar dikkate alınarak azami oy şartının sonradan esas sözleşme ile düzenlenmesi şartları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Oy Hakkı, Oy Hakkının Hukuki Niteliği, Oy Hakkının Sınırlanması, Azami Oy Şartı, Esas Sözleşme Değişikliği ile Oy Hakkının Sınırlanması

Abstract: Voting right, which is one of the most important

* Doç. Dr., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, sevgi@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6521-290X, Makalenin Gönderim Tarihi: 22.04.2024, Kabul Tarihi: 01.08.2024

shareholder rights, is regulated in TCC 434. In the first paragraph of the provision, it is stated that the shareholder will exercise his voting rights in proportion to the total nominal value of his shares in the general assembly. The provision states that each shareholder will have at least one voting right, even if they only own one share, and that this minimum voting right is an indispensable right for the shareholder. The principle of entitlement/proportionality in terms of participation in the capital, which is the basic principle in joint stock companies, also applies to voting rights. However, since it is possible to limit voting rights (maximum vote condition) and grant privileges to voting rights by the articles of association, it is possible to deviate from this principle. (TTK art. 434/2.c.2; art. 479). Regulation of the maximum voting condition in the founding articles of association requires the approval of all relevant parties, and limiting the voting power can easily be achieved by unanimous consent at the establishment stage. If the maximum voting condition is not stipulated in the first founding articles of association, the articles of association must be amended for a later regulation to be made in this direction. The issue of introducing such a limitation later through an amendment to the articles of association has been discussed for many years in the Swiss, German and Austrian doctrine, which includes provisions on voting rights limitations in their legal systems. In the study, the conditions for the maximum voting to be regulated later in the articles of association are discussed, taking into account the opinions and discussions on this subject in selected laws.

Keywords: Voting Right, Legal Nature of Voting Right, Limitation of Voting Right, Maximum Voting Condition, Limitation of Voting Right By Amendment to the Articles of Association

GİRİŞ

TTK m. 434'te pay sahipliği haklarından en önemlilerinden birini teşkil eden oy hakkı düzenlenmiştir. TTK m. 434/1'de pay sahibinin oy hakkını genel kurulda paylarının toplam itibari değeri ile orantılı kullanacağı belirtilmiştir. Anılan düzenlemede her pay sahibinin sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haiz olduğu hüküm altına alınarak asgari bu oy hakkının pay sahibi açısından vazgeçilemez hak niteliği vurgulanmıştır. Anonim şirketlerde temel ilke olarak kabul edilen sermayeye katılma oranında hak sahibi olma/oransallık ilkesi oy hakkı bakımından da geçerlidir. Ancak oy hakkının esas sözleşme ile sınırlanması (TTK m. 434/2.c.2) ve oy hakkında imtiyaz tanınmasına (TTK m. 479) ilişkin düzenlemeler bu ilkedен sapmaya olanak tanır.

Mülga TTK m. 373/1'de "*Her hisse senedi en az bir rey hakkı verir. Bu esasa aykırı olmamak şartıyla hisse senetlerinin maliklerine vereceği rey hakkının sayısı esas mukavele ile tayin olunur*" düzenlemesi bulunmak-

taydı. Bu nedenle her payın bir oy hakkı vermesi kuralının emredici şekilde düzenlendiği, kanunda öngörülen nedenler dışında yeni yok-sunluk hallerine yer verilemeyeceği veya bunların genişletilemeyeceği, esas sözleşme ile oy hakkının sınırlayan şartlar düzenlenemeyeceği kabul edilmekteydi. 6102 sayılı TTK ise TTK m.434/2 c.2 ile birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısının esas sözleşme ile sınırlanması açık bir hükümlerle düzenlenmiştir. Ancak oy hakkının esas sözleşme ile sınırlanmasına ilişkin bu düzenleme ayrıntı içermemekte, özellikle sınırlamaların sonradan getirilmesi ve sınırlamaların uygulanabileceği nisapların ne olması gerektiği konularının değerlendirilmesi gerekmektedir. Çalışmada azami oy şartının esas sözleşme değişikliği ile sonradan düzenlenmesi imkânı ele alınmış olup, özellikle pay sahibinin oy hakkının sınırlanmasının maddi ve şekli şartları Alman, İsviçre ve Avusturya hukukları da dikkate alınarak incelenmiştir.

I. OY HAKKINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

A. Oy Hakkı ve Oy Gücü Kavramı

Anonim şirketler merkez kavramının pay olduğu, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan sermaye şirketleridir (TTK m. 329; 124/2).¹ Pay, sahibine bedelsiz payları edinme hakkı ve rüçhan hakkı, kâr payı, tasfiye bakiyesine katılma, tesislerden faydalanma gibi malvarlığı haklarının yanı sıra genel kurula katılma, oy hakkı, bilgi edinme hakkı gibi yönetsel haklar da sağlar. ² Bu hakların büyük bir kısmını pay sahipleri genel kurulda kullanırlar. Pay sahipliği haklarının özünü ise oy hakkı oluşturur.³

¹ Ahmet Türk, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 11; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, s. 23 vd.; Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/Ünal Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, N. 757.

² Pay sahibine genellikle daha ön planda olan malvarlığı haklarının yanı sıra kişisel ortaklık hakları da sağlar. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Schulthess, Zürich, 2022, §8, N. 245.

³ Böckli, Aktienrecht 2022 §8, N. 245; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli, Bern, 1996, §40, N.7; §42, N. 26 vd.; Ulysses Gubert Andreas von Salis, Die Gestaltung des Stimm- und des Vertretungsrechts im schweizerischen Aktienrecht, Schulthess, Zürich, 1996, s. 41 vd.

Doktrinde pay sahipliği hakları konu bakımından malvarlıksal, katılma, aydınlatıcı ve koruyucu haklar olarak gruplandırılmaktadır.⁴ Bu bağlamda pay sahipliği haklarının sınıflandırılmasında oy hakkı katılma hakları (*Teilnahmerecht*) içinde yer almaktadır. Katılma hakkı pay sahibinin genel kurulda fiziki olarak hazır bulunmasını sağlayan, genel kurula girme ve genel kurulda bulunma hakkı anlamını ihtiva etmektedir.⁵ Katılma hakkı ayrıca pay sahibinin fikir açıklama, bilgi edinme veya öneride bulunma hakkı gibi ancak genel kurulda kullanılabilen tüm üyelik haklarını kapsayan genel bir terim olarak da kullanılır.⁶ Katılma hakkı olmaksızın oy hakkı düşünülemez. Bununla birlikte oydan yoksunluk halleri (TTK m. 436) göz önüne alındığında, katılma hakkının oy hakkından bağımsız olarak var olabileceği sonucuna varılmaktadır.⁷ Oy hakkı, bu durumda bir üst kavram olan katılma hakkından ayrı olarak nitelendirilmelidir.⁸ En genel şekilde oy hakkı, pay sahibinin, genel kurul toplantılarında kararın oluşumuna katılarak, şirketin yönetimi, temsili ve denetimi konularında etkili olabilme yetkisi olarak tanımlanabilir.⁹

⁴ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) Ortaklıklar Hukuku I, N. 865. Pay sahipliği hakları çeşitli kriterlere göre sınıflandırılabilir. Bu anlamda payın sahibine tanıdığı haklar, bunların anonim şirket kararlarından etkilenip etkilenmediği dikkate alınarak müstesna olan ve olmayan haklar şeklinde gruplandırılabilirken, ilgili paya üstün hak sağlanıp sağlanmadığı göz önüne alınarak imtiyaz verenler ve vermeyenler olarak ayrılabilir. Ayrıca düzenledikleri yer bakımından haklar, kanunda ve esas sözleşmede düzenlenen haklar olarak gruplandırılabilir. Hakların hangi tarzda kullanılabilmesine ilişkin yapılabilecek ayırmda ise bireysel, azınlık ve belirli bir çoğunluğa sahip olmak suretiyle kullanılan haklar sınıflandırması yapılabilir. Bkz.: Üner Dağ, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1996, s. 3-4; ayrıca bkz.: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) Ortaklıklar Hukuku I, N. 865, sonuncu yazar konu bakımından hakları malvarlıksal, katılma, aydınlatıcı ve koruyucu haklar olarak gruplandırmaktadır.

⁵ Patrik Schleiffer, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Diss., Stämpfli, Zürich, 1993, s. 17, 147, 151; Peter Böckli, Das Aktiens-timmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Diss., Helbing&Lichenhahn, Basel, 1961, s. 18 vd.

⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §23 N 16 vd.; §23 N. 58 vd.; §40, N. 130 vd.; Walter R. Schluemp, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss., Polygraphischer Verlag AG, St.Gallen 1955, s. 147; Schleiffer, s. 17.

⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §23 N. 87; Schleiffer, s.18; Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 42.

⁸ Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 42; Schleiffer, s.18.

⁹ Ömer Teoman, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1983, s. 3.

Oy hakkının kullanılması, pay sahibinin şekli oy hakkı (*formelles Stimmrecht*) ve maddi oy hakkını (*materielle Stimmrecht*) içerir.¹⁰ Maddi oy hakkı genel olarak pay sahiplerinin genel kurul kararlarının alınmasına katılması ve şirket yönetim ve işleyişinde söz sahibi olabilmesi anlamını taşır. Kanuni veya esas sözleşmesel oy hakkı sınırlaması bulunmaması kaydıyla pay sahibi kendi adına oy kullanma hakkına sahiptir.¹¹

Şekli oy hakkı (*formelles Stimmrecht*) ise, oy hakkının bir katılma hakkı olmasına dayanmaktadır ve pay sahibinin katılma hakkını kullanabilmesinin ön şartı niteliğini taşımaktadır. Esas sözleşmede öngörülen oylamaya katılma şartlarını yerine getiren ve oy kullanma hakkının bulunduğu şirkete karşı usulüne uygun olarak ortaya koyan kişinin şekli oy hakkını haiz olduğu kabul edilir.¹² Kural olarak şekli oy hakkı, maddi olarak oy kullanma hakkına sahip olana aittir.¹³ Bu sebeple genel olarak şekli oy hakkı (*formelles Stimmrecht*) katılma hakkı olarak da anılır ve maddi oy hakkından bağımsız nitelikte değerlendirilir.¹⁴

Pay sahibinin oy hakkı aracılığı ile haiz olduğu etkinin kapsamı temelde iki unsur tarafından belirlenir. Bunlar oy hakkının maddi içeriği (*gegenständlichen Umfang*) ve oy gücüdür (*Stimmkraft*).¹⁵ Oy gücü

¹⁰ Schluép, s. 132.

¹¹ Böckli, Aktienstimmrecht, s. 19 vd; Schluép, s. 132; ayrıca bkz.: Philippe Meyer, Der unabhängige Stimmrechtsvertreter im schweizerischen Aktienrecht, Dike Verlag, Zürich/St Gallen, 2007, s. 7.

¹² Bu anlamda kanun ve esas sözleşmeye göre oylamaya katılma şartlarını yerine getiren herkes şekli oy kullanma hakkına sahiptir. Böckli, Aktienstimmrecht, s. 75; Schluép, s. 132.

¹³ Schluép, s. 132.

¹⁴ Katılma hakkı (Teilnahmerecht), genel kurulda pay sahipliği haklarının kullanılması için ön koşuldur. Hans-Peter Schaad, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art.530-964 OR Art.1-6 SchlT AG Art.1-11 ÜBest GmbH, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg), 4. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012, Art. 689, N. 14. Pay sahibi genel kurulda temsil yolu ile oy kullanma yolunu tercih ederse, şekli oy haklarını temsilciye bırakmış olur, ancak, maddi oy hakkı pay sahibinde kalır. Von Salis, Stimm- und des Vertretungsrechts, s. 43; 315 vd.

¹⁵ Christoph Pestalozzi, Mehrstimmrecht in Generalversammlung und Urabstimmung der Genossenschaft, Diss., Schulthess, Zürich, 1977, s. 9; Wolfgang Zöllner, Die Schranken mitgliedischer Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, Beck, München, 1963, s. 97; Schleiffer, s. 49.

(*Stimmkraft*) kanunda kullanılmamış bir kavram olup, oy hakkının sayısal/nicel kapsamını, paya düşen oy sayısının yüksekliğini ifade etmektedir.¹⁶ Bu bağlamda oy gücü bir pay sahibinin karar verme sürecinin bir parçası olarak oy kullanırken sahip olduğu sayısal ağırlıktır.¹⁷ Bir pay sahibinin bu ağırlığı ne kadar büyükse, genel kuruldaki kişisel etkisi o kadar büyük olur.¹⁸

TTK m. 434/1 uyarınca “*Pay sahipleri, oy haklarını genel kurulda, paylarının toplam itibarı değeriyle orantılı olarak kullanır*”. Oy hakkı bakımından kural olarak anonim şirketlerde geçerli olan temel ilke niteliğinde bulunan sermayeye katılma oranında hak sahibi olma/oransallık (*so viel Kapital so viel Rechte*) ilkesi geçerlidir. Bu oy gücünün kural olarak sermayeye katılım ölçüsüne uygun olması ve pay sahibinin oy gücünün de esas olarak sermayeye katılma oranında hak sahibi olma/oransallık ilkesine tabi olduğu anlamına gelir.¹⁹

B. Oy Hakkının Sınırlanması ve Azami Oy Şartı

Oy hakkı bakımından da geçerli olan sermayeye katılma oranında hak sahibi olma/oransallık ilkesinin mutlak şekilde uygulanması bir zorunluluk değildir. Kanunda bu ilkedен ayrılma olanağına imkân tanınmaktadır. Bu bağlamda esas sözleşmeye konulacak düzenlemeler ile oy hakkında sınırlandırma (TTK m. 434/2) ve bazı paylara tanınabilecek imtiyazlar (TTK m. 478-479) ile oransallık ilkesinden sapma mümkündür.²⁰ Bu yollarla oy gücünün sermayeye katılma oranın-

¹⁶ Gerald Spindler, Aktiengesetz Kommentar: 1. Band §§ 1-149 (Hrsg.: Karsten Schmidt /Marcus Lutter), 3.Aufl., C.H.Beck, Köln, 2015 §134, Rn.6, Bilge Aytuğar, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 105, dn.316.

¹⁷ Spindler, §134, Rn.6.

¹⁸ Zöllner, Schranken, s. 1, 97; Pestalozzi, s. 9 vd.

¹⁹ Aytuğar, s. 105; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §23, N. 12. İsvBK 692/1'e göre de pay sahipleri oy haklarını genellikle sahip oldukları payların toplam itibarı değeri oranında kullanırlar. Oy haklarının ölçümü, sermayeye katılım ilkesine dayanır; bu, bireysel bir pay sahibinin oy gücünün, taahhüt ettiği sermaye ile şirketin toplam sermayesi arasındaki ilişkiye dayandığı anlamına gelir. Von Salis, Stimm- und des Vertretungsrechts, s. 49-50.

²⁰ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 211; Feyzan Şehirli Çelik (İsmail Kırca/Çağlar Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C.I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s.120.

da belirlenmesi esasından kanundaki şartlar çerçevesinde sapılması imkânı bulunmaktadır.

Mülga 865 sayılı TTK m. 365/1 c.3'te "*Ancak bir şahsın malik olduğu hisselerin miktarı onu müteceviz ise ondan fazla rey muteber olmaz*" düzenlemesi ile pay sahibinin oy gücüne yasal bir sınırlama getirilmiş ve pay sahibinin ne kadar paya sahip olursa olsun genel kurulda en fazla on oy kullanabileceği düzenlenmişti.²¹ Ancak burada kanuni bir sınırlama bulunmaktaydı. Mülga 6762 sayılı TTK m. 279/2 b.7'de ise rey verme hususlarının tabi olduğu kayıt ve şartların esas sözleşmede gösterileceği düzenlenmiş, TTK m. 373/1'de "*Her hisse senedi en az bir rey hakkı verir. Bu esasa aykırı olmamak şartıyla hisse senetlerinin maliklerine vereceği rey hakkının sayısı esas mukavele ile tayin olunur*" hükmüne yer verilmişti. TTK m. 373/1'de yer alan her payın bir oy hakkı vermesi kuralı emredici olarak düzenlendiğinden, kanunda sayılan nedenler dışında yeni yoksunluk sebepleri öngören veya bunları genişleten esas sözleşme hükümlerinin geçerli olmayacağı kabul edilmekteydi. Ancak hakkın özüne dokunmamak şartı ile esas sözleşme ile oy hakkının kullanılmasına ilişkin bazı sınırlamaların getirilmesinin mümkün olduğu savunulmaktaydı.²² Keza pay sahibinin oy hakkının kullanılacak toplam oy sayısına bir tavan getirilmek suretiyle sınırlandırılmasının mümkün olmadığı ve bunun kanunda öngörülmeleyen bir yoksunluk yaratmak anlamına geleceği kabul edilmekteydi.²³ Bu nedenlerle pay sahiplerinin oy hakkının üst sınırının belirlenmesi (*azami oy şartı*//

²¹ Oğuz İmregün, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 29; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 134; Teoman, Yoksunluk, s. 139.

²² İmregün, Menfaat İhtilafları, s. 30-32; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 134; Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. bs, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, N. 963, Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku, 6. bs., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982, s. 245-246; Mustafa Çeker, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2000, s. 216, Şükrü Yıldız, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin, Ankara, 2004, s. 100, Abuzer Kendigelen, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1999, s. 91.

²³ Ömer Teoman, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı", *Batider*, C.XXV, S. 3, Eylül 2009, s. 16-17.

(*Höchststimmklausel*)²⁴ imkanı mülga TTK çerçevesinde hukuk sistemimizde kabul edilmemektedir.²⁵

6102 sayılı TTK m. 434/2, c. 2'de ise "*Her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir. Şu kadar ki, birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir*" hükmü bulunmaktadır. Böylece Kanun'da pay sahibinin en az bir oy hakkı (asgari oy hakkı) vazgeçilemez olarak düzenlendiğinden, bu sınıra uymak kaydıyla birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy hakkının sınırlandırılmasına olanak tanınmıştır. Hükmün mehzazını ise İsvBK m. 692/2 c.2 teşkil etmektedir.²⁶

²⁴ TTK m. 433/1'de "Oy hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlamaları do- lanmak..." ifadesi kullanılmış, TTK m. 434/2 c.2'de ise "...oy sayısı esas sözleş- meyle sınırlandırılabilir" şeklinde bir anlatım kullanılmıştır. TTK m. 433/1'in in mehzazını teşkil eden İsvBK m. 691/1'de yasal terminoloji olarak "oy hakkı sınır- lamaları" (Stimmrechtsbeschränkungen) kullanılmış olup, TTK m. 434/2 c. 2'nin mehzazını teşkil eden İsvBK m. 692/2 c.2 c. 2'de ise "oy sayısı sınırlamaları" (... die Stimmenzahl der Besitzer mehrerer Aktien beschränken) ifadesi tercih edil- miştir. Alman hukukunda ise AktG §134/1 c.2'de "oy hakkının azami bir mik- tar belirlenmesi veya derecelendirme ile sınırlama" (...das Stimmrecht durch Festsetzung eines Höcstbetrags oder von der Abstufungen beschränken) ifadesi kullanılmıştır. İsviçre'de "azami oy şartı" (Höchststimmklausel) veya "azami oy hakkı şartı" (Höchststimmrechtsklausel) veya esas sözleşmesel azami oy hakkı şartı (statutarische Höchststimmrechtsklausel) terimleri bu nedenle zaman zaman kullanılmaktadır. Doktrinde esas sözleşmesel oy hakkı sınırlamaları (statutarische Stimmrechtsbeschränkungen) kavramı ise daha fazla kullanılmaktadır. Oy hakkı sınırlamaları Alman hukukunda ise sıklıkla azami oy hakkı (Höchststimmrecht) ifadesi tercih edilmektedir. Bu yöntemde pay sahibinin kullanabileceği oy sayısı sınırlanır. Oy hakkının esas sözleşme ile sınırlanması kavramı, sadece oy sayısının sınırlanması yöntemi değil, oy hakkının kullanılabilmesi için bazı şekli koşulların getirilmesi halini ve temsil yoluyla oy kullanmaya ilişkin sınırlamaları da kapsa- yacak şekilde kullanılmaktadır. Bu sebeple oy hakkının sayısal olarak sınırlaması- nı ifade edecek şekilde azami oy şartı kavramı çalışmada tercih edilmiştir.

²⁵ Teoman, Oy Hakkı, s. 16-17; İmregün, Menfaat İhtilafları, s. 30-32; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 134; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif, N. 963, Ansay, s. 245-246; Çeker, s. 216, Yıldız, s. 100, Kendigelen, s. 91; Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçir- melerine Karşı Önlemler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 303.

²⁶ İsviçre Borçlar Kanunu 692/2 'de azami oy şartı (Höchststimmklausel) "Her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir. Ancak, birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşme ile sınırlandırılabilir" şeklinde düzenlenmiştir. Oy hakkında mutlak koruma sadece her bir pay sahibi için bir oy oranında geçerlidir (asgari oy hakkı). Bu çerdek alan dışında esas söz-

II. AZAMİ OY ŞARTININ ESAS SÖZLEŞME İLE DÜZENLENMESİ GEREKLİLİĞİ

A. Genel Olarak

Oy hakkının bir üst limit belirlenerek azami oy şartı ile sınırlandırılması anonim şirketlerde sermayeye katılma oranında hak sahibi olma ilkesi/oransallık ilkesinden sapmaya yol açtığından, pay sahibinin kararlara katılımı ve şirketin yönetimine katılma yapısını değiştirmektedir. Ancak Türk hukukunda TTK m. 434/2 c.2; İsviçre hukukunda İsv. BK 692/2 c. 2, Alman hukukunda AktG §134/ 1 c.2; Avusturya hukukunda ise öAktG 12/2 düzenlemeleri açık bir hüküm ile oy hakkında sermaye oranında hak sahibi olma/oransallık ilkesinden sapmaya olanak tanımıştır.²⁷ Azami oy şartının oy hakkında sermayeye katılma oranında hak sahibi olma ilkesinden sapmaya neden olabilecek diğer bir araç olan oy hakkında imtiyaz ile düzenlenmesi de mümkündür.²⁸

TTK m. 434/2 c.2 gereği oy hakkının sınırlandırılması ancak esas sözleşmede yer verilecek bir düzenleme ile olanaklıdır. Oy hakkının azami bir limit belirlenerek sınırlandırılması ilk esas sözleşmede düzenlenebileceği gibi, sonradan esas sözleşmede yapılacak bir değişiklik ile de bu yönde bir hüküm getirilmek istenebilir. Potansiyel pay sahipleri mevcut sınırlamaları bilerek ve bunları göz önüne alarak pay edinip edinmemeye ve yapacakları yatırımın miktarına karar verebilecekleri için bu kişiler açısından oy hakkı sınırlamaları herhangi bir sorun teşkil etmez ve prensipte bunların hukuki bir korumaya ihtiyaçları bulunmaz.²⁹ Ancak, mevcut pay sahipleri göz önünde bulundurularak, sonradan esas sözleşme ile oy hakkında yapısal değişiklikler yapılması ve azami oy şartı getirilmesi veya var olan bir şartın ağırlaştırılması pay sahiplerinin hukuki statüsüne ve oy haklarına müdahale tehlike-

leşmesel düzenleme ve özellikle sınırlandırma caizdir. Von Salis, *Stimm-und des Vertretungsrechts*, s. 50.

²⁷ Huguenin Jacobs, Claire: *Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht*, Schulthess, Zürich, 1994, 156, dn. 333; Von Salis, *Stimm-und des Vertretungsrechts*, s. 89.

²⁸ Azami oy şartı, pay devrini sınırlayan düzenlemeler (bağlam) veya oy hakkında imtiyazlı paylar ile birlikte de geçerli bir şekilde düzenlenebilir. Huguenin Jacobs, 156, dn. 333; Von Salis, *Stimm-und des Vertretungsrechts*, s. 89.

²⁹ Adrian Bieri, *Statutarische Beschränkungen des Stimmrechts bei Gesellschaften mit Börsenkotierten Aktien*, SSHW, Dike Verlag, Zürich, 2011, s. 195.

si içermektedir.³⁰ Önceki pay sahipleri, payları satın alırken ve satın alma fiyatını belirlerken sonraki değişiklikleri dikkate alamadıkları için korunmaya muhtaçtır.³¹ Bu yöndeki bir değişikliğin pay sahiplerinin vazgeçilemez ve müktesep hakları dikkate alındığında olanaklı olup olmadığı ve olanaklı ise genel kurul kararında gözetilmesi gereken nisabın ne olması gerektiği sorunları önem taşımaktadır.³² Oy hakkına kuruluş sonrasında getirilecek sınırlamanın, özellikle pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesini ihlal ettiği yönünde itirazlara sebep verebileceği ve azami oy şartının sonradan düzenlenmesinde oybirliği aranması gerektiğinin dahi ileri sürülmesine sebep olabileceği belirtilmektedir.³³ Oy hakkı bakımından yeni sınırlandırmalar getirilmesi veya var olan sınırlandırmaların ağırlaştırılması pay sahipliği hakları dikkate alınarak bazı şekli ve maddi şartların gerçekleştirilmesi yoluyla mümkün olacaktır.³⁴

B. Kuruluşta Azami Oy Şartının Düzenlenmesi

Azami oy şartının ilk (kurucu) esas sözleşmede düzenlenmesi tüm ilgililerin onayını gerektirmektedir. Bu halde oybirliği ile oy gücünün sınırlandırılması sorun yaratmamakta ve kolaylıkla gerçekleştirilebilmektedir.³⁵ Ancak bu durumda da oy hakkı sınırlandırmaları, pay sahibinin oy hakkına, oy gücüne ve genel kurula katılma biçimine etki ettiğinden, getirilen sınırlamanın emredici nitelikte düzenlenen herhangi bir hakkı etkileyip etkilemediği ve anonim şirketin temel yapı-

³⁰ Bieri, s. 194.

³¹ Bieri, s. 195.

³² Spindler, §134, N. 21; esas sözleşme değişikliği ile oy hakkının sınırlandırılmasında, TTK m. 445'teki iptal sebeplerinin dikkate alınması maddi ve objektif haklı sebeplerin varlığı ve şirketin meşru amacına ulaşılmasında bu değişikliğin gerekli olması gerekir bkz.: Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C.III, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 §42, N. 185. Karş.: Winfried Werner, "Einführung des Höchststimmrechts durch nachtragliche Satzungsänderung", Die Aktiengesellschaft: AG, Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Aktien-Unternehmens und Kapitalrecht, Köln 1975, 178, 179.

³³ Spindler, §134, N. 21.

³⁴ Bieri, s. 195.

³⁵ Ulysses Gubert Andreas Von Salis "Beschränkung der Stimmkraft der Aktionäre durch Höchststimmklauseln", Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, (Hrsg. Schlupe, Walter R./Isler, Peter), Schulthess, Zürich, 1993, s. 171 vd; Pulaşlı, Sınırlandırılma, s. 31.

sını göz ardı edip etmediği kontrol edilmesi gerekmektedir.³⁶ TTK m. 434/2 c. 1’de her pay sahibinin sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haiz olacağı ifade edilerek, asgari oy hakkı emredici şekilde düzenlenmiştir.³⁷ Bu halde oy hakkına getirilecek sınırlandırma ancak pay sahibinin asgari oy hakkının korunması şartı ile hukuken geçerli bir şekilde düzenlenebilir. Bu şarta uymak kaydı ile ilk esas sözleşmede azami oy şartı tüm kurucuların onayı ile düzenlenebilir.³⁸

C. Esas Sözleşme Değişikliği ile Azami Oy Şartının Düzenlenmesi

Azami oy şartı ilk kurucu esas sözleşmede öngörülmemiş ise, sonradan bu yönde yapılacak bir düzenleme için esas sözleşmenin değiştirilmesi gerekmektedir. TTK m.452’de “*Genel kurul, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanunda öngörülen şartlara uyarak esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir; müktesep ve vazgeçilmez haklar saklıdır*” ifadesi kullanılarak, esas sözleşme değişikliği bakımından değiştirilebilirlik ilkesi ortaya konulmuştur. Bununla birlikte müktesep ve vazgeçilemez hakların genel kurulun esas sözleşmeyi değiştirebilme yetkisini sınırladığı belirtilmiştir.³⁹

TTK m. 434/2 gerekçesinde ise “*İsviçre öğretisinde, pay sahibi bağlamında oy hakkının sınırlandırılmasının ilk esas sözleşmede öngörülmemiş olması halinde, bunun daha sonra esas sözleşme ile gerçekleştirilmesinin güç olabileceğine işaret edilir. Türk hukukunda da bir taraftan 357’nci (eşit işlem ilkesi) diğer taraftan da 452’nci (müktesep haklar) madde sebebiyle aynı sonuca varılabilir. Bu hükümlere aykırılık esas sözleşmeyi değiştiren genel kurul kararının iptaline yol açabilir*” ifadesine yer verilmiştir. Azami oy şartının şirketin kuruluşunda kurucuların oy birliği ile esas sözleşmede düzenlenmesi konusunda herhangi problem olmamakla birlikte, oy hakkının esas sözleşme değişikliği ile sonradan getirilmesi pay sahibinin haklarının korunması bakımından bazı tartışmalara sebep vermek-

³⁶ Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 89.

³⁷ Azami oy şartı, oy hakkını kısıtlar ancak asgari oy hakkı emredici olarak korunduktan ortaksal hakkın çekirdeği niteliğinde bulunan asgari oy hakkını etkilemez. Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 89.

³⁸ Bieri, s. 194; Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 46.

³⁹ Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, N. 1302.

tedir. Hukuk sistemlerinde oy hakkı sınırlamalarına ilişkin hükümleri ihtiva eden İsviçre, Alman ve Avusturya doktrininde ileri sürülen farklı görüşler bu konunun değerlendirilmesinde önem taşımaktadır.

a. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda azınlıkta kalan görüşe göre azami oy şartı yalnızca ilk esas sözleşmede düzenlenebilir. Doktrinde GREYERZ tarafından savunulan bu görüşe göre oy gücünün sınırlandırılması sadece kuruluş sırasında ilk esas sözleşmede gerçekleştirilecek bir düzenleme ile mümkündür.⁴⁰

İsviçre’de hâkim görüş ise bir takım maddi ve şekli şartların gerçekleştirilmesi halinde esas sözleşme değişikliği ile oy hakkının sınırlandırılmasının mümkün olduğu yönündedir. Bu görüşe göre kuruluşta esas sözleşme ile pay sahibine sağlanmış olan oy hakkının İsvBK m. 692/2’de yer alan *“her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir”* hükmü haricinde pay sahibinin rızası olmaksızın elinden alınamayan (*unentziehbar*) nitelikte bir hak olmadığı kabul edilmelidir. Ancak sonradan getirilecek oy hakkı sınırlandırmalarının şirketin menfaatine olması, maddi ve objektif gerekçelere dayanması, dürüstlük kuralları ile pay sahiplerine eşit işlem yapılması ve hakların sakınarak kullanılması ilkelerine uygun surette alınmış olmaları gerekir.⁴¹

Bu görüşü benimseyen BÖCKLI, kuruluş esas sözleşmesinin, oy gücü sınırlamalarının düzenlenmesi konusunda büyük ölçüde serbest olduğunu, oy gücüne sonradan getirilecek sınırlandırmaların ise hukuki açıdan sorunlu olduğunu belirtmektedir. Böyle bir değişiklik şirketteki fiili duruma bağlı olarak, bazı pay sahiplerinin, kuruluş sırasında veya yasal bir işlem ya da miras yoluyla edindikleri paylara dayanan önceki oy güçlerini artık kullanamayacakları anlamına gelmektedir. Pay sahibinin oy hakkı durumu, yürürlükteki anonim şirketler hukukuna göre değer düşüklüğüne karşı tam olarak korunmamaktadır. Nitelikli çoğunluğa ulaşıldığı takdirde, hem oy hakkında imtiyazlı

⁴⁰ Christoph Von Greyerz, Die Aktiengesellschaft, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 1982, s. 147.

⁴¹ Böckli, Aktienrecht 2022, § 8, N. 604; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24, N. 66; Pulaşlı, Şerh C. III, N. 179.

payların düzenlenmesi hem de önemli bir nedene dayalı olarak rüçhan haklarından hariç tutulması veya katılma senetlerinin paya dönüştürülmesi ve oy hakkında imtiyazlı paylarının kaldırılması, sonradan oy hakkını etkileyebilir. Bununla birlikte esas sözleşme ile oy hakkı sınırlamasının sonradan düzenlenmesinde, İsvBK'nın 706. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Bu bağlamda önlemin haklı gerekçesinin ortaya konulması ve önlemin hukuka uygun nitelikte bir şirket menfaatine ulaşmak için gerekli olması şartları aranmalıdır. Ayrıca pay sahiplerinin haklarına yapılan bu müdahalenin, gerekenden daha şiddetli olmaması (*hakların sakınılarak kullanılması veya aşırılığın yasaklanması*) ve pay sahipleri bazında grup ayrımcılığına yönelik olmaması gerekir. Bununla birlikte yazar, çoğu durumda, bu gerekliliklerin, esas sözleşme değişikliği ile sonradan bir oy hakkı sınırı getirilmesinin yasal olarak imkânsız olmasına yol açacağını belirterek, sonradan oy hakkına bir sınırlama getirilmesinin nesnel olarak haklı, gerekli, orantılı ve ayrımcı olmayan bir sınırlama olduğunun düşünülmesinin nadiren mümkün olacağını savunur.⁴²

LÄNZLINGER ise sonradan esas sözleşme ile oy hakkında sınırlandırma getirilmesinin pay sahibinin müktesep hakkına müdahale anlamına geldiğini, ancak bu değişikliğe, yalnızca şirket menfaati ile nesnel olarak gerekçelendirilmesi, izlenen amaçla orantılı ve pay sahiplerine eşit muamele ilkesi ile uyumlu olması halinde izin verilebileceğini belirtmektedir.⁴³

Doktrinde azami oy şartının sonradan düzenlenmesini mümkün olduğunu kabul eden yazarlardan bir kısmı ise özellikle getirilecek sınırlamaların mevcut pay sahiplerinin haklarına etki edip etmediğini dikkate alarak bir ayırım yaparlar.

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL'e göre; oy hakkında temel olarak İsvBK m. 703'e uygun surette, basit nisap ile değişim yapılabilir. Ancak, nesnel nedenler sınırlandırmayı haklı göstermelidir ve azami oy şartının düzenlenmesi objektif olarak şirketin menfaatine

⁴² Bkz.: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Schulthess, Zürich, 2009, §12, N. 478.

⁴³ Andreas Länzlinger, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art.530-964 OR Art.1-6 SchlT AG Art.1-11 ÜBest GmbH, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg), 4. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012, Art. 692, N. 8.

olmalıdır.⁴⁴ Ayrıca, hukuk düzeninin (ZGB 2) ve şirketler hukukunun genel ilkelerine (özellikle eşit işlem ilkesi ve hakların dikkatli bir şekilde kullanılması) dikkat edilmesi gerekir. Oy hakkı sınırlandığı zaman pay sahiplerinin mevcut durumlarına göre farklı sonuçlara varılması söz konusu olabilir. Oy hakkında sınırlandırmanın yürürlüğe girdiği tarihte hiçbir pay sahibinin oy gücü bu sınırlamalardan etkilenmiyorsa bu değişiklik kural olarak geçerlidir. Zira hiç kimse gelecekte kullanabileceği oy sayısından fazlasını haiz değildir. Ancak mutlak sınırlama getirilmesi yüzdesel sınırlardan farklı olarak sorun teşkil edebilecektir. Bu halde ileride yapılacak sermaye artırımlarında, azami sınıra yakın oy hakkına sahip pay sahipleri rüçhan haklarını kullandıklarında sınırlamalardan etkilenen iken, küçük pay sahipleri yeni iktisap ettikleri tüm paylara ilişkin oy hakkını kullanabilecektir.⁴⁵ Münferit pay sahiplerini önceki oy haklarının bir kısmından mahrum bırakan azami oy limiti getirilmesi ise hukuken sorunludur. Pay sahibinden bu şekilde bir fedakarlığa katlanmasının beklenmesi, ancak önemli bir şirket menfaatini korumak için gerekli ise mümkündür. Sadece bir veya birkaç büyük pay sahibini etkileyen ve onların şahsına yönelik bir sınırlamanın haklı gösterilmesi ise pek mümkün görünmemektedir.⁴⁶ Bu görüşe paralel olarak doktrinde VON SALIS'e göre kural olarak pay sahipliği hakları, İsvBK m. 703 vd. maddelerinde öngörülen çoğunluk kararları ile geriye dönük olarak da değiştirilebilir. Bu oy hakkı ve özellikle oy gücü için de geçerlidir. Pay sahiplerinin oy haklarını elinde tutmak için mutlak bir hakkı bulunmaz.⁴⁷ Kanun, azami oy şartının düzenlenmesi bakımından oy birliği şartını aramamıştır. Bu halde genel kurul kararlarına ilişkin adi nisap olan toplantıda temsil edilen oyların (salt)⁴⁸ çoğunluğu yeterli olacaktır (İsvBK m.703). Sonradan getirilecek bir sınırlandırma, mevcut pay sahiplerinin önceki hukuki statülerini etkilediğinden, yasal koruma standartlarına, özellikle genel

⁴⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24.N. 66.

⁴⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24.N. 67, dn. 35.

⁴⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §24, N. 68.

⁴⁷ Özellikle sermaye artırımında rüçhan hakkının kaldırılmasında pay sahibi prensipte etkisinin azalmasına katlanabilir. Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 92 vd.

⁴⁸ İsvBK m.703'te 19 Haziran 2020 tarihli değişiklik ile salt (absoluten Mehrheit) ifadesinden salt kavramı çıkarılmış ve sadece genel kurulda temsil edilen oyların çoğunluğu adi nisap olarak belirlenmiştir. (AS 2020 4005; 2022 109; BBl 2017 399).

kurul kararlarının her biri için geçerli olan iptal edilebilirliğe ilişkin genel sınırlara uyulmalıdır.⁴⁹ Bununla birlikte düzenlemenin yürürlüğe girdiği an dikkate alınarak bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre azami oy limitinin en büyük pay sahibinin oy hakkı ile aynı veya daha yüksek veya daha az belirlenmesi farklı sonuçlar doğurur ve ayrı değerlendirilmelidir. Azami oy limitinin en büyük pay sahibinin oy gücü ile aynı veya daha yüksek belirlenmesi halinde pay sahiplerinin haklarının ihlalden bahsedilemez. Bu halde münferit pay sahiplerinin oy hakları değiştirilmemiştir ve pay sahiplerinin şirkete katılımlarını artırmaya ilişkin pay sahipliği hakkı ise mevcut değildir. Bunun istisnasını esas sözleşme ile pay edinme hakkı tanınması ve azami oy şartının mutlak bir limit olarak getirilmesidir.⁵⁰ Azami oy limitinin pay sahiplerinin oy gücünden az olarak belirlenmesi halinde ise oy hakkına ilişkin bir sınırlama bulunmaktadır. Şirkette pay sahiplerinin farklı oy gücü durumunda, büyük pay sahipleri bu değişiklikten eşit olmayan şekilde etkilenir. Zira şirket üzerindeki etkileri orantısız bir şekilde sınırlanır. Küçük pay sahipleri bakımından ise oy gücünde bir etki artışı yaşanır. Bu değişiklikte şirket menfaati bulunsa ve azami oy şartının düzenlenmesi, bu menfaatin gerçekleştirilmesinde esasen uygun ve gerekli bir araç olsa bile hakların sakınılarak kullanılması ilkesi konusunda yine de bazı çekinceler bulunabilir. Bunlar özellikle orantılılık sorununda yoğunlaşır ve esasen sonradan getirilecek oy sınırlamalarına ilişkin değişikliklerin kabul edilemezliğine yol açar. Zira pay sahibinin haklarına ağır bir müdahaleyi haklı çıkarabilecek nitelikte şirketin varlığı ve

⁴⁹ Oy hakkına getirilen sınırlandırmanın etkisi, yalnızca henüz edinilecek paylarla değil, halihazırda edinilmiş paylarla da ilgilidir. Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 92 vd. Von Salis, Beschränkung, s. 174; Bu devir kısıtlamaları ile getirilecek edinim sınırlamalarından farklıdır. Payların devredilebilirliğine ilişkin sınırlama veya bu sınırlamalardaki ağırlaştırma sadece gelecekteki edinimlere ilişkindir. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §44, N. 255a.

⁵⁰ Kuruluş tarihinde pay sahipleri arasında oy hakkı eşitsiz olarak dağılmış olsa bile, mevcut payların değeri haksız veya eşitsiz etkilenmediğinden, anonim şirketler hukukuna ilişkin herhangi bir ihlal bulunmamaktadır Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s.92 vd; 97.; Paralel görüşü savunan Gehrler de en büyük pay sahibinin oy gücünden daha yüksek bir kanuni azami oy sınırı getirilmesinin, pay sahiplerinin yasal statüsüne herhangi bir kısıtlama getirmedeği görüşündedir. Carole Lea Gehrler, Statutarische Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen : eine Untersuchung der an der SWX kotierten Schweizer Aktiengesellschaften, Schulthess, Zürich, 2003, s. 169.

işlevselliği için bir menfaat bulunması zordur. Farklı bir sonuca ancak belirli bir zarar riskinin olduğu durumlarda varılması mümkündür.⁵¹

Mevcut pay sahiplerinin oy haklarının asgari oy şartı düzenlemesinin getirildiği an itibari ile etkilenmediği hallerde de her durumda bir sınırlandırmanın mevcut olduğunu kabul eden görüş ise pay sahibinin gerekli payları satın alarak çoğunluk pozisyonu oluşturma imkanının elinden alınmasını bunu gerekçe olarak sunar. Bu görüşün temsilcilerinden olan HUGUENIN JACOBS'a göre azami oy şartının yürürlüğe girdiği anda hiçbir pay sahibi azami oy hakkı düzenine (*Höchststimmrechtsordnung*) göre kullanılabilir olandan daha fazla oya sahip olmasa da her durumda bir sınırlandırma söz konusu olur. Azami oy sınırının sonradan bu şekilde belirlenmesi, pay sahiplerini herhangi bir oy hakkından mahrum bırakmaz ama gerekli payları satın alarak çoğunluk pozisyonunu oluşturma fırsatından mahrum eder.⁵² Yazar oy hakkının kısıtlanmasına ilişkin nesnel gerekçeyi ise, genel olarak kontrol bloklarının oluşmasını engellemede görmektedir. Öte yandan yazara göre oy hakkı sınırlandırmasının her pay sahibine bir oy hakkı ölçüsünde düzenlenmesine, ancak şirketin varlığının devamı için bu önlem vazgeçilmez bir araç ise izin verilebilir.⁵³ Bu görüşe paralel görüş belirten BIERI ise azami oy şartının sonradan düzenlenmesinde, getirilen bu sınırlama ile kanuni veya esas sözleşmesel pay sahipliği haklarının veya anonim şirketler hukukunun temel ilkelerinin ihlal edilip edilmediğinin göz önüne alınması gerektiğini vurgular. Yazar sonradan esas sözleşmesel azami oy sınırı getirilmesi durumunda pay sahipliği pozisyonuna müdahalenin ciddiyetinin, bu sınırın en büyük pay sahibinin oy gücünün üstünde veya altında belirlenip belirlenmediğine bağlı olduğunu ifade eder. Getirilen azami oy limitinin ise bu ayırım çerçevesinde mevcut pay sahiplerinin oy gücüne doğrudan veya dolaylı sınırlandırma etkisi yapacağını vurgular. Buna göre dolaylı bir sınırlandırma olsa da yani esas sözleşme ile azami oy sınırının sonradan en büyük pay sahibinin önceki oy gücünden daha yüksek olarak belirlenmesi halinde bile, önceki pay sahiplerinin hukuki durumuna temel bir sınırlandırma getirilmiştir. Kanuni bir azami oy kullanma sınırının getirilmesi, pay sahiplerinin ön-

⁵¹ Von Salis, *Stimm-und des Vertretungsrechts*, s. 112.

⁵² Huguenin Jacobs, s. 157.

⁵³ Huguenin Jacobs, s. 157-158.

ceki oy haklarının kısıtlanmasına yol açmasa bile, yine de sermayeye katılma/oransallık ilkesinden sapmaya ve oy hakkı üzerinde bir tavan oluşmasına neden olabilir. Zira bu halde pay sahibinin paylarını artırarak şirket içindeki konumunu genişletmesi veya şirket üzerinde kontrol tesis etme imkânı ortadan kalkacaktır. Bu durumda, pay sahibinin ortak olmasından sonra şirket içi karar alma sürecinin temel kurallarının değiştirilmesi sebebiyle pay sahipliği konumuna bir müdahaleden söz edilebilir. Üst limit belli olduktan sonra pay senetlerinin borsadaki değerlemesinin önemli ölçüde düşmesi de beklenebilir ve pay sahipleri azami oy sınırı getirilmesi veya var olan sınırın ağırlaştırılması ile şirkete katılımlarının değerinde bir azalmayı kabul etmeye zorlanırlar.⁵⁴ Bu nedenle, bir azami oy sınırının sonradan getirilmesine, ancak, anonim şirketler hukukunun temel ilkeleri ihlal edilmediği takdirde izin verilir.⁵⁵ Şirket, bu durumda bile, makul ekonomik hususlar çerçevesinde bir limitin daha sonra getirilmesinin veya ağırlaştırılmasının şirketin veya tüm pay sahiplerinin çıkarına olduğunu somut gerekçelerle gösterebilmelidir.⁵⁶ Ayrıca azami oy sınırının yüksekliği ile ilgili olarak, hakların sakınılarak kullanılması ilkesine uyulmalıdır. Bu nedenle sınır, düzenleme ile hedeflenen şirket çıkarlarını sürdürmek için gerekenden daha yüksek ayarlanamamalıdır.⁵⁷ Azami oy sınırının bir veya daha fazla pay sahibinin önceki oy gücünün altında belirlenmesi halinde (doğrudan sınırlandırma) ilgili pay sahiplerinin hukuki durumuna ciddi bir tecavüz söz konusu olacaktır. Anonim şirketler hukukunun, pay sahiplerinin oy haklarını ancak İsvBK m.692/2 fıkrasının 1. cümlesi uyarınca mutlak asgari oy hakları çerçevesinde koruduğu doğru olmakla birlikte, pay sahiplerinin oy haklarına müdahalelere, ancak şirketin çıkarlarının bu müdahaleyi haklı gösterilebilmesi, eşit muamele ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesi ile uyumlu olması halinde izin verilebilir. İsvBK m. 706/2 ve 3. fıkrası uyarınca eşit muamele ilkesine uygunluk sağlamak bu durumda özellikle zordur. Değişiklik öncesindeki oy gücü azami limit üzerinde olan pay sahiplerinin oy güçleri sınırlanır ve bu nedenle özel bir fedakârlık yapmak durumunda kalırlar. Bununla birlikte böyle

⁵⁴ Bieri, s. 196-197.

⁵⁵ Bieri, s. 197; karşı. Fostmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24, N. 66 vd; Huguenin Jacobs, s. 157; Länzlinger, Art. 692 N. 8.

⁵⁶ Bieri, s. 197.

⁵⁷ Bieri, s. 197.

özel bir fedakarlığa, ancak şirketin veya tüm pay sahiplerinin menfaatleri için şirketin amacının gerçekleştirilmesi için kesinlikle gerekli olması halinde özel durumlarda izin verilecektir.⁵⁸ Payın devrinin belirli bir yüzde ile sınırlanmasına benzer şekilde azınlık pay sahiplerinin büyük pay sahiplerinin oy gücünden korunması, şirketin halka açıklık karakterinin korunması ve şirketin ekonomik bağımsızlığının korunması olası şirket menfaatleri olarak öne sürülebilir. Menfaatler değerlendirilirken, pay sahiplerinin önceki oy güçlerini koruma konusundaki çıkarları esasen üstün tutulmalıdır. Bu nedenle, önceki pay sahiplerinin oy gücünü doğrudan sınırlayan bir azami oy sınırının sonradan getirilmesi genellikle kabul edilemez olarak değerlendirilmelidir.⁵⁹

İsviçre hukukunda içtihatlarda azami oy şartı, sonradan esas sözleşme ile eklenmesine ilişkin genel bir açıklama yapılmaksızın iki Federal Mahkeme kararında ele alınmıştır. Ticaret sicili müdürünün yetkisinin değerlendirildiği bir kararda federal mahkeme getirilen azami oy şartı istisnasını kabul edilebilir bulmuştur.⁶⁰ Federal mahkemenin diğer bir kararında da azami oy şartına kurumsal temsilci bakımından istisna getirilmesi geçerli sayılmıştır.⁶¹ Ayrıca Federal Mahkeme, şirketin amacını gerçekleştirmek için kesinlikle gerekli bir araçsa, farklı pay sahiplerine eşit olmayan muamele yapılmasını caiz görmektedir.⁶²

b. Alman Hukukunda

Alman hukukunda azami oy şartının hem kuruluştaki hem de sonradan esas sözleşme değişikliği ile getirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Hakim görüşüne göre, oy hakkı üzerindeki kısıtla-

⁵⁸ Bieri, s. 198.

⁵⁹ Ancak İsvBK m. 692/2 c.2 kapsamında esas sözleşme ile oy hakkının sınırlandırılmasının, kurumsal yönetim perspektifinden çeşitli açılardan eleştirilmesinin mümkün olduğu, bu tür oy gücü sınırlamalarının bir yandan pay sahiplerince şirket yönetiminin kontrolünü diğer yandan şirket kontrol piyasası (Unternehmenskontrollmarkt/market for corporate control) çerçevesinde dış kontrolü zayıflattığı, ayrıca azami oy şartı şirket yönetiminin güçlendirilmesi ile pay sahiplerinin ve özellikle azınlık pay sahiplerinin konumu üzerinde olumsuz bir etki yaratabileceği, azami oy sınırlarının getirilmesinin tehdit edici olumsuz sonuçlarının, nihayetinde ilgili şirketlerin borsadaki katılım haklarının daha düşük değerlenmesine de sebep olacağına ilişkin bkz.: Bieri, s. 199.

⁶⁰ BGE 117 II 186 vd.

⁶¹ BGE 117 II 290 vd.

⁶² BGE 102 II 265; 99 II 58; 95 II 555; 93 II 406; 91 II 300 vd. (Länzlinger, Art. 692 N 8).

malar, BGB § 35 uyarınca etkilenen her bir pay sahibinin onayını gerektiren ve yokluğu kanun gereği kararın etkisizliğine (*unwirksamkeit*) neden olan özel bir hakkın/imtiyazın (*Sonderrecht*) geri alınması veya kısıtlanması anlamına gelmemektedir.⁶³ Bu kabulün gerekçesi ise oy hakkının, paya bağlı yönetime katılma hakkı teşkil etmesi ve özel bir hak niteliğinde bulunmamasıdır.⁶⁴ Bu anlamda en azından azami oy limitinin üzerinde hiçbir pay sahibinin oy hakkı bulunmuyor ise esas sözleşme değişikliği ile oy hakkının sınırlandırılması sorun teşkil etmemektedir.⁶⁵ Oy hakkı sınırlamasının getirildiği tarihte pay sahiplerinden hiçbirinin azami limiti aşan paya sahip olmaması halinde pay sahipleri üzerinde eşit olmayan bir yasal yükten söz edilmesi mümkün değildir. Hiçbir pay sahibi azami oy limitini aşarak oy etkisini artıramayacağından, azami oy tüm pay sahiplerini eşit olarak etkiler. Bu aynı zamanda -ilgili pay sahipliğine bağlı olarak- azami oy şartı getirildiğinde pay fiyatlarında meydana gelebilecek düşüş için de geçerlidir. Daha büyük bir pay miktarını daha yüksekte satma olasılığının sınırlandırılması, hukuken korunan bir hakkın sınırlandırılması veya hakka müdahale teşkil etmez, zira bu halde sadece hukuken güvence altına alınmamış ekonomik bir olasılık kısıtlanır.⁶⁶

Ancak, pay sahiplerinin farklı oranlarda paylara sahip olması ve oy hakkı sınırlandırılmasından farklı şekillerde etkilenmesi söz konusu ise, doktrinde azınlıkta kalan görüşe göre böyle bir düzenlemenin sonradan getirilmesi için ilgili pay sahiplerinin rızaları gerekmektedir.⁶⁷ Oy

⁶³ BGHZ 70, 117, 119 vd.=NJW 1978, 540; Tobias Tröger, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band 3/1- 7. Teillieferung §§ 133-134, 136-137 AktG (Hrsg. Wolfgang Zöllner/Ulrich Noack), Wolters Kluwer, Köln, 2017, § 134 Rn. 120; Oliver Rieckers, Aktiengesetz: AktG Band 1: §§ 1-149, (Hrsg: Gerald Spindler/ Eberhard, Stilz), 4. Aufl, C.H.Beck, München, 2019, AktG §134, Rn.12; Sebastian Herller, Aktiengesetz: AktG Kommentar (Hrsg.:Hans Christoph Grigoleit), C.H.Beck, München, 2020, AktG §134, Rn. 7; Michael Arnold, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band: 3§§ 118-178, C.H.Beck, München, 2022, AktG §134, Rn.22.

⁶⁴ BGHZ 70, 117,122; Tröger / Zöllner, AktG § 134 Rn. 120, dn. 393; Arnold, AktG §134, Rn.22.

⁶⁵ BGHZ 70, 117, 119 vd.=NJW 1978, 540; Uwe Hüffer/Jens Koch, Aktiengesetz: AktG, C.H.Beck, München 2021, AktG §134, Rn.7;

⁶⁶ Hartwig Henze, Materiellrechtliche Grenzen für Mehrheitsentscheidungen im Aktienrecht (Teil I), DStR 1993, s. 1828-1829.

⁶⁷ Zöllner, Schranken s. 122 vd; Ulrich Immenga, "Grenzen einer nachträglichen Einführung von Stimmrechtsbeschränkungen", BB, 1975, s. 1043 vd.; ayrıca bkz.: Spind-

hakkı sınırlaması getirildiğinde, bir veya daha fazla pay sahibinin hali hazırda azami limiti aşan paylara sahip olması durumunda, oy haklarına farklı müdahale varsayılabilir. Bu halde oy hakkı sınırlamasının getirilmesinde oy sınırlamasından etkilenen pay sahiplerine eşitlik ilkesine aykırı davranılmış olacak ve bu sebeple bu pay sahiplerinin onayları olmaksızın getirilen sınırlamalar geçerli olmayacaktır.⁶⁸ Bu halde oy haklarının sınırlanmasına yönelik esas sözleşme değişikliği ile hakları sınırlananlar bakımından, payları ve oy hakkı azami sınırın altında kalan pay sahiplerinin aksine, eşit muamele ilkesinin ihlali anlamına gelebilir ve şirketin menfaatlerinin gerektirmesi istisnası dışında sonuçta yalnızca oy birliği ile değişiklik kabul edilebilir.⁶⁹ Buna paralel görüşe göre pay sahiplerinin yasal durumu, kural olarak sermaye katılım oranlarına göre belirlenir (AktG § 12/1 c.1, 134/1.c.1). Eşit muamele ilkesi buna dayanır ancak bu standart zorunlu olmayıp, pay sahibi, kendisine diğer pay sahiplerinden nispeten daha fazla bir yük getiren müdahaleyi belirli şartlarla kabul etmek durumundadır. Şöyle ki yeterli çoğunluk tarafından şirketin iyice değerlendirilmiş ve anlaşılmış belirli bir menfaati için gerekli görülmesi halinde söz konusu müdahale kanun tarafından güdülen amacın himaye görmesine ve keyfiliğin bulunmadığı sonucuna varılmasına sebebiyet verir.⁷⁰

Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan diğer görüşe göre ise; oy hakkının § 35 BGB anlamında özel bir hak olmadığı belirtilir. Ayrıca adi payların oy hakkı olmayan imtiyazlı pay senetlerine dönüştürülmesinin

ler, AktG §134 N. 21. Yazarlar kararın içeriğinin yoğun bir şekilde gözden geçirilmesinden sonra esas sözleşme değişikliğine ilişkin menfaatin üstün gelmesi halinde istisna tanınabileceğini kabul ederler, tüm pay sahiplerinin oy birliğini arayan görüş için bkz.: Heinz Meilicke/Wienand Meilicke, "Umverteilung gesellschaftsrechtliche Herrschaftsrechte" Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag am 13. Juli 1976, C.H.Beck, München, 1976, s.106 vd.; istisnai ve münferit durumlarda, şirketin menfaatleri eşit olmayan muameleyi haklı çıkarmadıkça ilgili pay sahiplerinin ve azami oy limitine yakın pay sahiplerinin rızasının aranması gerektiği yönünde Tröger / Zöllner, AktG § 134 Rn. 121 vd. Sonraki her tür azami oy şartının getirilmesine kurumsal kontrol piyasasının olumsuz etkilendiği gerekçesiyle karşı olan görüş için bkz.: Michael Adams, "Höchststimmrechte, Mehrfachstimmrechte und sonstige wundersame Hindernisse auf dem Markt für Unternehmenskontrolle", AG 35, 1990, s. 77 vd. Karş ayrıca Theodor Baums, "Höchststimmrechte", AG 35, 1990, s. 234.

⁶⁸ Zöllner Schranken, s. 123; Tröger / Zöllner AktG §134, Rn. 122, s. 220.

⁶⁹ Zöllner, Schranken, s. 123 vd; Zöllner Kölner Kommentar. § 134, N. 48; Immenga, s. 1042 vd.

⁷⁰ Henze, Materiellrechtliche I, s. 1829; Spindler, §134, Rn. 21, s. 2266.

aksine, pay sahibinin oy hakkının azami oy ile sınırlandırılmasında oy hakkı tamamen geri alınmaz, sadece uygulamada kısıtlanır.⁷¹ Bu görüşe göre azami oy şartı getirilmesi, oy hakkının sınırlandırılması için tüm pay sahiplerine eşit olarak uygulanan soyut bir standart yaratır. Pay sahiplerinin sonradan getirilen düzenleme esnasında sahip oldukları pay oranlarına göre değişik derecelerde etkilenmesinde eşit muamele ilkesine aykırılık görülemez. Pay sahipliği başlangıçta azami oy şartının getirilme potansiyelini taşımaktadır.⁷² AktG § 134/I c. 2 pay sahibinin oy hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılması için başkaca bir şart aranmamıştır. Bu da azami oy şartının sonradan düzenlenmesi bakımından olumlu bir değerlendirme yapılmasına olanak sağlar.⁷³ Burada genel ilkelere uygulanması gerekli değildir ve böylece eşit işlem ilkesinin düzenlendiği AktG § 53a önem açısından geride kalır.⁷⁴ Yasama organı, etkilenen pay sahiplerinin çıkarları ile şirketin oy hakkının sınırlandırılması konusundaki çıkarları arasında gerekli dengeyi kendisi sağladığından, azami oy şartının getirilmesi için herhangi bir nesnel gerekçeye gerek yoktur.⁷⁵ AktG §134/1 c.2'ye göre sınırlama getirilmesinde oy hakları etkilenen pay sahiplerinin kararı gerekli değildir.⁷⁶ Esas sözleşme değiştirilerek azami oy şartının kaldırılması da mümkündür. Bunun için esas sözleşme değişikliğine ilişkin oy çokluğu ile alınan karar yeterlidir. Kaldırma için daha önce azami oy şartından yararlanan pay sahiplerinin muvafakati aranmaz.⁷⁷ Alman Federal Yüksek Mahkemesi ise oy gücü etkilenen pay sahiplerinin rızası olmadan esas sözleşmenin değiştirilmesiyle azami oy şartının düzenlenebileceğini kabul etmektedir.⁷⁸

⁷¹ Rieckers, AktG §134, Rn. 12; Arnold, AktG § 134, Rn. 22; Spindler, AktG §134, Rn. 21; Oy gücü doğrudan etkilenen pay sahiplerinin ayrıca tazminat hakları da bulunmaz. BGHZ 70, 117 (126) =NJW 1978, 540; Arnold, AktG §134, Rn. 22.

⁷² Rieckers, AktG § 134 Rn. 12; karşı. Arnold, AktG §134, Rn. 22.

⁷³ Rieckers, §134 Rn. 12 karşı. BGHZ 71, 40 (45) =NJW 1978, 1316-Kali und Salz.

⁷⁴ Rieckers, §134 Rn. 12; Hüffer /Koch, §134, Rn.8.

⁷⁵ BGHZ 71, 40 (45) =NJW 1978, 1316-Kali und Salz; Rieckers, §134 Rn.13; Arnold, AktG §134 Rn.24; Tröger / Zöllner, AktG §134, Rn. 124.

⁷⁶ BGHZ 70, 117 (125 vd) =NJW 1978,540-Mannesmann; Tröger /Zöllner, AktG §134 Rn.123; Rieckers, AktG §134 Rn.13.

⁷⁷ Rieckers, Rn.14; Tröger/Zöllner AktG §134, Rn.127.

⁷⁸ BGH v. 19.12.1977-II ZR 136/76- "Mannesmann", BGHZ 70, 117,122 ff. =NJW 1978, 540; OLG Düsseldorf v.21.06.1976-6 U 276/75, AG 1976, 215; OLG Celle v. 15.07.1992-9 U 65/91, AG 1993, 178,180; Grigoleit/Herller, AktG, § 134, Rn. 7; Hüffer/Koch, §134, Rn.8;

Bununla birlikte azami oy şartı yalnızca bir pay sınıfı için getirilecek veya kaldırılacaksa durum farklılık arz eder.⁷⁹ Pay sınıfına göre farklılık gösteren oy hakkı kısıtlamalarının sonradan getirilmesi durumunda, oy hakları AktG § 179/3 c. 1 ve 2 uyarınca sınırlandırılacak olan pay sahipleri için her zaman özel bir karar alınması gerekir. Zira oy hakkı sınırlaması kapsamındaki pay sınıfı kalan paylara oranla olumsuz etkilenir. Bu nedenle, ilgili grubun pay sahiplerinin dörtte üç çoğunluğu ile özel bir karar alınması gereklidir. Ancak etkilenen tüm pay sahiplerinin onayı gerekmez.⁸⁰ Yalnızca bir sınıf için geçerli olan azami oy kaldırılacaksa, o ana kadar imtiyazlı addedilen paylara ilişkin özel kurul kararı gerekir.⁸¹

c. Avusturya Hukukunda

Avusturya hukukunda, azami oy şartının sonradan düzenlenmesi pay sahibinin özel bir hakkının/imtiyazının kaldırılması veya azaltılması anlamına gelmemektedir. Esas sözleşme ile farklı bir düzenleme getirilmemişse (esas sözleşme oransallık ilkesi ile belirlenen oy hakından vazgeçilmesini pay sahiplerinin rızasına açık bir şekilde bağlamamışsa) kanunda esas sözleşme değişikliği için öngörülen nisapla azami oy şartının getirilmesi mümkündür.⁸² Ancak oy hakkının sınırlandırılmasında, pay sahiplerine eşit muamele edilmesi ilkesine uyulmalıdır. öAktG§ 47a eşit işlem ilkesini düzenlemektedir.⁸³ Anonim şirketin sermaye şirketi niteliğine uygun olarak, eşit muamele standardı sermayeye katılma esasına dayanmaktadır.⁸⁴

⁷⁹ Azami oy şartının belirli bir sınıf için düzenlenmesinin Alman hukukunda izin verilmeyen oy hakkında imtiyaz ile benzer sonuçlar doğuracağı ve uygun olmadığı yönünde bkz.: Tröger/Zöllner, AktG §134, Rn.116vd.

⁸⁰ Arnold, AktG §134, Rn. 23; Tröger/Zöllner, AktG §134, Rn. 126.

⁸¹ Rieckers, AktG §134 Rn.14; Tröger/Zöllner, AktG §134 Rn. 128.

⁸² Kalss, Susanne: Das Höchststimmrecht als Instrument zur Wahrung des Aktionärseinflusses, Wien, 1992, s. 62; ayrıca bkz., Sabine Schmidt-Pachinger, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band 3§§118-178, C.H.Beck, München, 2022, AktG §134, Rn. 109; Karl Schiemer, Handkommentar zum Aktiengesetz, Manz, Wien, 1986, s. 102, N. 2.3; Walther Kastner/Peter Doralt/Christian Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts, Manz, Wien, 1990, s. 196.

⁸³ Hüküm 01.07. 1996 tarihi itibari ile yürürlüktedir. 304. Bundesgesetz: EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz – EU-GesRÄG, Art.II, m. 17, s. 2423, BGBl, N.304/1996.; Schmidt-Pachinger, AktG §134, Rn. 109.

⁸⁴ Kalss, s. 63.

Doktrinde Alman hukukunda olduğu gibi azami oy şartının sonradan düzenlenmesinde ikili bir ayırım yapılmakta ve oy hakkı sınırlamasının getirildiği tarihte, hiçbir pay sahibinin sermaye ve oy hakkının amaçlanan sınırlamanın üzerinde bir paya sahip olmaması ve dolayısıyla hiçbir pay sahibinin oy hakkının genel kurul kararından hemen etkilenmemesi halinde eşit işlem ilkesine aykırılık bulunmadığı kabul edilmektedir. Pay sahiplerinin farklı paylara sahip olması durumunda da esasen eşit işlem ilkesine bir aykırılık bulunmadığı görüşü benimsenmektedir.⁸⁵ Zira gelecekte, sermaye payları azami limiti aşarsa hiçbir pay sahibi oy haklarını artıramaz. Oy hakkı sınırlamasının getirilmesine eşlik edebilecek pay değerindeki düşüş, daha yüksek paya sahip pay sahiplerinin paylarını blok olarak satma ve bir fiyat priminden yararlanma fırsatından mahrum kalmaları da eşit işlem ilkesine aykırılık olarak değerlendirilemez. Azami oy şartı esas sözleşme değişikliği ile getirildiği sırada bir veya daha fazla pay sahibinin payından kaynaklanan oy hakkı limitini aşıyorsa, oy gücü limiti aşan her pay sahibi bundan etkileneceğinden ve eşit muamele göreceğinden, pay sahiplerine şeklen eşit muamele edilecektir. Ancak kabul edilen görüşe göre genel kurul kararının alındığı tarihte zaten daha yüksek paya sahip olan pay sahipleri bu müdahaleden çok daha fazla etkilenecektir. Bu halde eşit işlem ilkesinin maddi anlamda ihlali söz konusu olabilecek, oy hakları halihazırda ve derhal kısıtlanan pay sahipleri bu değişiklikten diğerlerinden daha fazla etkilenecektir.⁸⁶ Azami oy şartının daha sonra getirilmesinin, oy hakları halihazırda ve doğrudan sınırlanmış olan pay sahiplerinin diğerlerinden daha ciddi şekilde etkilenmesi nedeniyle, bu durum eşit muamele ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelebilir. Ancak azami oy şartının kabul edildiği tarihte, bir veya daha fazla pay sahibinin sermaye payları ile planlanan sınırı aşp aşmadığına ve oy haklarının doğrudan etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın pay sahiplerinin paylarının farklı olması halinde, eşit muamele ilkesinin ihlalinin her zaman mevcut olduğu sonucu ortaya çıkmaz. Bunun dışında pay sahipleri yapılan değişikliğe icazet gösterebileceği (geriye dönük rıza vermeleri) gibi, eşit olmayan işlemin nesnel olarak haklı gösterilmesi ve her bir ihlalin uygunluk, gereklilik ve orantılılık ilkelerine dayanması şartıyla, anonim şirketler hukuku kapsamında ilkedan sapılmasına da izin verilir.⁸⁷

⁸⁵ Kalss, s. 63.

⁸⁶ Kalss, s. 64.

⁸⁷ Schmidt-Pachinger, AktG §134, Rn. 109; ayrıca bkz.: Kalss, s. 65.

d. Türk Hukukunda

Doktrinde PULAŞLI her pay sahibinin sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haiz olması gerektiğini, bu koşula riayet etmek kaydıyla esas sözleşme ile pay sahibine sağlanmış olan oy hakkının kapsamının vazgeçilemez bir hak olmadığını, maddi ve objektif gerekçelere dayalı olması şartı ile oy hakkına sonradan sınırlandırma getirilebileceğini savunur. Oy gücünün sınırlandırılmasında, her pay sahibinin asgari oy hakkının yanı sıra anonim şirketler hukukunun genel ilkelerinin de dikkate alınması gerekliliğini vurgular.⁸⁸ Bu çerçevede eşitlik ilkesine uygun surette tüm pay sahiplerini kapsayacak şekilde bir sınırlandırma getirilebileceğini belirtir.⁸⁹

TEKİNALP ise, TTK'nın gerek pay sayısı, gerek itibari değer dolayısıyla birden fazla oya sahip olan pay sahiplerine tanınacak oyun esas sözleşme ile sınırlandırılmasına olanak tanıdığını, böyle bir sınırlandırmanın ancak herkes için geçerli olacak şekilde yapılabileceğini, TTK'nın 357. maddesinde eşit işlem ilkesinin istisnasız biçimde öngörülmüş olması sebebiyle sınırlandırmanın bazı veya bir kısım pay sahiplerine özgülenemeyeceğini, yani olumsuz farklılık (*diskriminasyon*) yapılamayacağını belirtmektedir.⁹⁰ Ayrıca yazar sınırı aşan oyların donacağını ve pay sahibinin bir kısım payları devretmesiyle donan oyların canlanacağını, sınırlamanın pay sahibi temelinde olduğunu, oy sözleşmelerinin sınırlamadan etkilenmediğini belirtmektedir.⁹¹ Yazar oy hakkına ilişkin sınırlamanın sonradan esas sözleşme değişikliği ile düzenlenmesi hakkında ise herhangi bir açıklamada bulunmamıştır.

Doktrinde AYTUĞAR ise oy hakkının ilk esas sözleşme ile veya sonraki sözleşme değişikliği ile gerçekleştirilmesi arasında hüküm ve sonuç doğurması bakımından bir fark olmadığını, ancak ikinci halde pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesinin ihlal edildiği yönündeki itirazlarla karşılaşılmasının pek muhtemel olacağını, şirket sözleşmesi-

⁸⁸ Hasan Pulaşlı, "Anonim Şirketlerde Esas Sözleşme ile Oy Hakkının Sınırlandırılması, Buna İlişkin Yöntemler ve Oyun Donduğu Haller", *Batider*, C. XXXIII, S. 3, 2017, s. 24.

⁸⁹ Pulaşlı, *Sınırlandırılma*, s. 24.

⁹⁰ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, N. 14-60.

⁹¹ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 14-60-61.

nin oy birliği ile değiştirilmesi gerektiğinin bu anlamda ileri sürülebileceğini belirtir. Bununla birlikte, yazar sermayedarların daha çok riziko üstlendikleri göz önüne alındığında kendi oy haklarının sınırlandırılmasına razı gelmelerinin şüpheli olduğuna dikkat çekerek, esas sözleşme değişikliği ile sonradan getirilecek sınırlandırmalarda, sözleşme değişikliği için kanun veya esas sözleşmede aranan çoğunluğun değişikliğe onay vermesinin yeterli olduğunu, sınırlamadan etkilenen pay sahiplerinin imtiyazlı pay söz konusu olmadıkça ve şirket sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça ayrıca onaylarının aranmasına gerek bulunmadığını savunur.⁹²

BİÇER ise pay sahibinin oy hakkının sınırlandırılması için iki koşulun varlığının arandığını, öncelikle oy hakkı sınırlandırılacak olan pay sahibinin anonim şirkette birden fazla payının bulunması gerektiğini, diğer koşulun ise mutlaka esas sözleşmede yer alacak bir hükümle sınırlandırmanın gerçekleştirilmesi olduğunu belirtir. Eğer oy hakkında sınırlandırmaya ilişkin hüküm esas sözleşmeye sonradan konulacak ise, mevcut pay sahiplerinin oy hakları bakımından dikkatli davranılması gerektiğini, özellikle birden fazla paya sahip olan pay sahiplerinden hangilerinin oy haklarının sınırlandırılacağı konusunda eşit işlem ilkesi ve dürüstlük kurallarına uygun olarak davranılması gerektiğini ifade eder.⁹³

Doktrinde GÖKDEMİR TAMER ise oy sınırlamalarının esas sözleşme değişiklikleri ile de öngörülebileceğini, ancak bu tür sınırlamaların esas sözleşme değişikliği ile sonradan yapılması veya var olan sınırlamaların ağırlaştırılmasının pay sahiplerinin hukuki durumlarına müdahale anlamına geleceğini belirtir. Azami oy şartının esas sözleşme değişikliği ile sonradan getirilmesi veya var olan sınırlamaların daha da ağırlaştırılması için hukuken belirli şartların varlığının arandığı, özellikle birden fazla paya sahip olan pay sahiplerinden hangilerinin oy haklarının sınırlandırılacağı konusunda eşit işlem ilkesi ve dürüstlük kurallarına uygun davranılması gerektiğini ifade eder.⁹⁴

⁹² Aytuğar, s. 107-108.

⁹³ Levent Biçer, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 51-52.

⁹⁴ Tülay Gökdemir Tamer, Anonim Şirketlerde Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 448 vd.

e. Değerlendirme

Anonim şirketler hukukunda sermayeye katılıma oranında hak sahibi olma (*oransallık ilkesi*) ile orantılı oy gücü ilkesinden, birden çok paya sahip olması şartı ile pay sahibinin genel kurulda elde edeceği oy miktarı bakımından esas sözleşme ile bir tavan (*Plafond*) belirlenmesi suretiyle saptamalara izin verilmektedir (TTK m. 434/2 c.2; İsvBK m. 692/2 c.2).⁹⁵ Bu esas sözleşme hükümleri, belirli bir eşiğin üzerinde daha fazla paya sahip olmanın, daha fazla oy kullanma hakkı olmadığı anlamına geldiği için oy verme gücünü sınırlandırma etkisine sahiptir.⁹⁶ Pay sahipliği hakları kural olarak sonradan kanun ve esas sözleşmede öngörülen nisaplarla alınacak kararlar değiştirilebilir. Bu, oy hakları ve özellikle oy verme gücü için de geçerlidir. Pay sahiplerinin oy güçlerini ellerinde tutmak bakımından mutlak hakları bulunmamaktadır.⁹⁷ Özellikle bir sermaye artırımı durumunda pay sahibi rüçhan hakkından hariç tutulduğunda, pay sahibi bu nedenle genel olarak oy gücünün etkisinde bir azalmayı kabul etmelidir.⁹⁸

TTK m. 452 uyarınca genel kurul, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde kanunda öngörülen şartlara uyararak esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir. Azami oy şartı da sonradan esas sözleşme değişikliği ile düzenlenebilir. TTK m. 452’de müktesep ve vazgeçilemez haklar ise saklı tutulmuştur. TTK m. 434/2 c.2’de de birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılması imkânı tanınmış bu konuda yapılacak bir düzenlemeyi ilk esas sözleşme ile sınırlı tutmamıştır. Ancak oy gücünün sonradan esas sözleşme değişikliği ile sınırlandırılması, pay sahiplerinin anonim şirketteki gerçek duruma göre sahip oldukları oy sayısını artık genel kurulda geçerli olarak kullanamaması anlamına gelmekte ve pay sahiplerinin haklarına müdahale sonucunu doğurmaktadır. Genel kurulun esas sözleşmeyi değiştirebilmesine ilişkin sınırlamaların dikkate

⁹⁵ Böckli, Aktienrecht 2022§ 8, N. 590. Ayrıca bkz.: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24, N. 59 vd., 65; Peter V. Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Stämpfli, Bern, 2001, § 1, N. 127; Bieri, s. 179.

⁹⁶ Böckli, Aktienrecht 2022, § 8, N. 590.

⁹⁷ Von Salis Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 92; Karş.: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, N. 108; Huguenin Jacobs, s. 156.

⁹⁸ Von Salis Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 92, Karş.: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40, N. 230.

alınması şarttır. Öncelikle aksine esas sözleşmede hüküm bulunmaması gerekir. Şöyle ki, esas sözleşmede bu sözleşmenin oybirliği ile değiştirilebileceği yolunda bir hüküm olması halinde değişiklik için pay sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliği ile karar almaları gerekecektir. Ayrıca genel kurul TTK m. 339'da öngörülen asgari zorunlu içeriğe dahil bir hükmü esas sözleşmeden çıkaramaz ve müstesna ve vazgeçilemez hakları gözetmeyen bir karar da veremez.⁹⁹ Esas sözleşme değişikliği kararının emredici kanun ve esas sözleşme hükümlerine, dürüstlük kuralına ve anonim şirketin temel ilkelerine uygun olması şarttır. Bu halde azami oy şartına ilişkin düzenlemenin sonradan esas sözleşmeye eklenmesinin geçerliliği, özel gereksinimlerin gözetilmesine bağlıdır. İncelenen karşılaştırmalı hukuk örneklerinde görüldüğü üzere özellikle eşit işlem ilkesine ve dürüstlük kuralına uygunluk önem taşımaktadır. Bu bağlamda şirketin getirilecek oy hakkı sınırlandırılmasında nesnel bir çıkarının varlığı, getirilen önlemin amaca uygun olması ve hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkelerine uygunluk gerekmektedir.¹⁰⁰

Sonuç olarak, azami oy şartının sonradan esas sözleşme değişikliği ile düzenlenmesi de mümkündür. Ancak azami oy şartının esas sözleşme değişikliği ile getirilebileceği, esas sözleşme değişikliğinin bir genel kurul kararını gerektirdiği ve genel kurul kararının hukuki geçerlilik şartlarının azami oy şartının düzenlenmesi bakımından da aranması gerektiği söylenebilir. Bu halde bu esas sözleşme değişikliği, şekli ve maddi bazı şartların bir arada bulunması halinde geçerli olacaktır.

Keza pay sahipliği kompozisyonunun azami oy şartının düzenlenmesinin etkisinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Azami oy şartının esas sözleşme değişikliği ile getirilmesi sırasında pay sahipler-

⁹⁹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N.1304.

¹⁰⁰ Böckli, Aktienrecht 2022, §8, N. 603-604; Böckli, Aktienstimmrecht, s. 47; Wolfhart F. Bürgi, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Bd. V/5b/1, OR 660-697, Schulthess, Zürich, 1957, Art, N. 14, 692, N. 11 vd.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §24, N. 66 vd.; Schlupe, s. 141 vd.; Von Salis, Beschränkungen, s. 176 vd; Charles Nahrath, Das Stimmrecht des Aktionärs nach schweizerischen Recht, Diss.Bern 1993, s. 110; Brigitte Tanner, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss., Schulthess, Zürich, 1987, s. 124, dn. 243; Huguenin Jacobs, s.156 vd.

rinden hiçbirinin azami oy limitinden fazla oyu bulunmaması halinde pay sahibinin doğrudan mevcut oy hakkına herhangi bir müdahale söz konusu değildir. Ancak azami oy şartının sonradan bu şekilde düzenlenmiş olması yine de pay sahibinin pay sayısını artırarak, pay sahibinin çoğunluk pozisyonu oluşturmak için gerekli payları satın alarak, sermayeye katılımı ile orantılı oy hakkı edinme ve şirketin kontrolünü ele geçirme şansını ortadan kaldırmaktadır.¹⁰¹ Bu özellikle mutlak bir azami oy limiti getirilmesinde kendisini daha açık bir şekilde göstermektedir. Şöyle ki, ileride yapılacak sermaye artırımlarında, edineceği yeni paylarla azami oy limitini aşan pay sahibinin oy hakları ve dolayısıyla oy gücü kısıtlanırken, küçük pay sahipleri yeni edinecekleri paylardan kaynaklanan oy haklarını kullanabileceklerdir. Bu da aslında rüçhan hakkının fiilen pay sahibinin elinden alınması anlamına gelmekte ve böyle bir düzenlemeye nesnel bir gerekçe gösterilmesini oldukça zorlaştırmaktadır.¹⁰² Azami oy şartının dolaylı olarak pay sahibinin oy gücünü sınırlandırdığı bu durumda, pay sahipliği pozisyonuna yine de bir müdahale söz konusudur. Zira şirketin karar alma sürecine ilişkin temel nitelikteki bir kuralı, pay sahibinin şirkete katılımından sonra değiştirmektedir.¹⁰³ Azami oy şartının pay sahiplerinin hali hazır oy gücünden daha yüksek veya eşit olarak belirlenmesi halinde de bu sebeple pay sahipliği haklarına dolaylı da olsa bir müdahale söz konusu olduğundan, azami oy şartının sonradan esas sözleşme değişikliği ile düzenlenmesi maddi ve şekli şartların sağlanmasını gerektirir.

Pay sahiplerinin azami oy şartının getirilmesi sırasında farklı oy gücüne sahip olmaları durumunda eşit işlem ilkesi ayrıca önem arz etmektedir. Azami oy şartının sonradan düzenlenmesinde, daha küçük bir oy gücüne sahip olan pay sahibi daha büyük pay sahibinin oy gücüne ulaşma imkanına sahip iken, büyük pay sahibi oy gücünü daha fazla arttıramamaktadır. Doktrinde pay sahiplerinin şirket paylarını edinme için esas sözleşmesel haklarının olmaması kaydıyla, bu durumun kendileri için hukuken herhangi bir dezavantaj oluşturmayacağı zira daha büyük pay sahibinin mevcut avantajlı durumunun anonim şirketler hukukunda güvence altına alınmadığı vurgulanmaktadır. Bu

¹⁰¹ Bieri, s. 196-197.

¹⁰² Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 95.

¹⁰³ Bieri, s. 196-197.

görüŖe göre pay sahibinin ekonomik açıdan da pay sahipliği pozisyonunun kapsamının korunmasını talep etmesi söz konusu değildir. Zira mevcut payların değerinde herhangi bir azalma söz konusu değerildir. Bu görüŖe göre bu durumda sadece tamamen Ŗekli eŖit olmayan muamelenin bulunduğunun iddia edilmesi mümkündür. Zira gelecekte, azami oy limiti sınırının üzerindeki oy hakları değerlendirilirken sermayeye katılım ilkesinden sapılacaktır. Ancak bu durum pay sahipleri arasında eŖit olmayan bir muameleye yol açmaz; zira bu değişiklik tüm pay sahipleri için aynı etkiye sahiptir.¹⁰⁴ Ancak bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüŖe göre ise, azami oy limitinin en büyük pay sahibinin oy gücünden daha yüksek olarak belirlenmesi halinde dahi, pay sahipliği pozisyonuna yine de bir müdahale söz konusu olup, esas sözleşme ile bir azami oy kullanma sınırının getirilmesi, pay sahiplerinin önceki oy haklarının kısıtlanmasına yol açmasa bile, sermayeye katılma ilkesinden sapmaya ve oy hakkı üzerinde bir tavan oluşmasına neden olabilir. Zira pay sahibinin paylarını artırarak Ŗirket içindeki konumunu genişletmesi veya Ŗirket üzerinde kontrol tesis etme imkânı ortadan kalkacaktır.¹⁰⁵ Bu halde getirilecek düzenlemenin eŖit iŖlem ilkesine uygun surette gerçekleştirilmesi gerekecektir. EŖit iŖlem ilkesinin uygulamasında önemli bir sınır ise eŖit durumdaki pay sahipleri arasında objektif gerekçelere dayanılarak farklı uygulamaya gidilmesi imkanıdır. Ŗirket menfaatinin gerektirdiği farklı uygulamalar eŖit iŖlem ilkesine aykırılık teşkil etmez.¹⁰⁶ Bu nedenle Ŗirket, makul ekonomik değerlendirmeler çerçevesinde bir azami oy sınırının sonradan getirilmesinin veya mevcut sınırlamanın ağırlaştırılmasının Ŗirketin veya tüm pay sahiplerinin çıkarına olmasının gerçek nedenlerini sunabilmelidir.

Azami oy Ŗartı ile belirlenen limitin bir veya daha fazla pay sahibinin önceki oy gücünün altında belirlenmesi halinde ise ilgili pay

¹⁰⁴ Zöllner, Schranken, s. 123; ayrıca bkz.: Kalss, s. 80.

¹⁰⁵ Bieri, s. 196.

¹⁰⁶ Yönetim kurulu kararları bakımından eŖit olmayan uygulamaların Ŗirket menfaatinin gerektirdiği hallerde eŖit iŖlem ilkesine aykırılık teşkil etmemesi Ŗirket menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetme yükümlülüğü TTK m. 369'dan kaynaklanmaktadır. EŖit iŖlem ilkesinin amacının pay sahiplerinin keyfiyete dayalı farklı uygulamalara karşı korunması olduğu dikkate alındığında aynı kriterin genel kurul kararları açısından da kabul edilebileceğine iliŖkin bkz.: Ŗehirali Çelik (Kırca/Manavgat), Anonim Ŗirketler Hukuku C.I, s. 144.

sahiplerinin hukuki durumuna ciddi bir müdahale söz konusu olacaktır. Zira azami oy sınırı, pay sahiplerinin artık oyların tamamını değil, sadece bir kısmını kullanmalarına izin verecek şekilde belirlenirse, azami oy şartı pay sahiplerinin oy haklarını kısıtlamış olur.¹⁰⁷ Burada iki farklı durumdan bahsedilebilir. İlk olarak anonim şirkette her pay sahibinin farklı sayıda oya sahip olması halinde azami oy limitinin sonradan belirlenmesi düşünülebilir. Bu durumda her pay sahibi aynı sayıda oya sahip değilse ve bir veya daha fazla pay sahibi, daha sonra bir azami oy şartı getirildiğinde öngörülen limiti aşan bir oy sayısına sahipse, TTK m. 357 (İsvBK 706/2 bent 3haksız farklı muamele (*ungerechtfertigte Ungleichbehandlung*)) çerçevesinde bu kararın eşit işlem ilkesine aykırılık taşıyıp taşımadığı sorusu ortaya çıkar.¹⁰⁸ Böyle bir sınırlandırma halinde her pay sahibinin oy hakkı, katılım oranına bağlı olarak kısıtlanmamış olur; hatta aksine, bir kısım pay sahiplerinin getirilen düzenlemeden etkilenmeleri söz konusu olur. Oy hakkında kısıtlama getirildiğinde, büyük pay sahiplerinden küçük pay sahiplerine doğru ağırlığın kaymasıyla pay sahipleri bundan farklı şekilde etkilenecektir.¹⁰⁹ Azami oy şartının sonradan getirilmesi sırasında, azami oy sınırını aşan oy sayısı olan pay sahipleri, sınırın altında oy sayısı olan pay sahiplerinden farklı muamele görür.¹¹⁰ TTK m. 357 gereği pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur. Azami oy şartının sonradan düzenlenmesinde eşitlik ilkesine uygunluk özellikle zordur. İsvBK 706/2 b. 3'te şirket amacının haklı göstermediği eşit olmayan uygulamaların iptali kabil olduğu belirtilerek şirket amacının gerektirdiği hallerde farklı işlemin mümkün olduğuna işaret edilmiştir. Maddede geçen "*şirket amacı*" kavramı şirket menfaati olarak anlaşılmaktadır. Bu konuda açık düzenleme bulunmayan Alman hukukunda da pay sahipleri arasında farklılık yaratan uygulamanın şirket menfaatinin gerektirdiği hallerde eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir.¹¹¹ Doktrinde benzer yorumun Türk hukukunda da

¹⁰⁷ BGHZ 70 (1978) s.121; Kalss, s. 79; Zöllner, Schranken, s. 123.

¹⁰⁸ Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 99.

¹⁰⁹ Schlupe, 142; Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 100.

¹¹⁰ Zöllner, Schranken, 123; Zöllner, Kölner Kommentar §134, N. 48; Huguenin Jacobs, s. 157.

¹¹¹ Hüffer/Koch, 53a, Rn. 10; Andreas Cahn/Michael Alexander Von Spanenberg, Aktiengesetz, Band 1 §§ 1-149, (Hrsg.: Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard), C.H.Beck, München, 2019, §53a, Rn. 19.

benimsenmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹¹² Bu bağlamda özellikle şirket amaç ve gayesi ve bütün pay sahiplerinin menfaati gerektirdiğinde eşit işlem ilkesinden sapılabileceği kabul edilmektedir.¹¹³ Önceki oy hakkı azami oy sınırının üzerinde olan pay sahiplerinin oy haklarında bir kısıtlamaya maruz kalmaları ve bu nedenle özel bir fedakârlık yapmaları gerektiğinde eşit olmayan muamele söz konusu olacaktır. Bu halde böyle özel bir fedakarlığa, ancak şirketin veya tüm pay sahiplerinin menfaatleri ve şirket amacının gerçekleştirilmesi için kesinlikle gerekli olması halinde özel durumlarda izin verilecektir. Bağlam düzenlemelerine paralel şekilde, oy sınırlandırmalarında da şirket amacının haklı gösterdiği durumlar, azınlık pay sahiplerinin büyük pay sahiplerinin oy gücünden korunması, halka açıklık karakterinin korunması ve şirketin ekonomik bağımsızlığının korunması halleri olarak gösterilebilir.

İkinci olarak tüm pay sahiplerinin aynı sayıda oya sahip olması ve azami oy sınırının bu oy gücünün altında belirlenmesi söz konusu olabilir. Tüm pay sahiplerinin aynı sayıda paya sahip olması durumunda, oy hakkı kısıtlaması pay sahibinin oy gücünü değiştirmez, zira tüm pay sahiplerinin oy gücü eşit olarak aynı etki oranında sınırlandırılmıştır. Bu yolla getirilen düzenlemede oy gücünde doğrudan bir sınırlama yoktur.¹¹⁴ Oy hakkının tüm pay sahiplerine eşit olarak dağıtılmasıyla, mevcut durumda hali hazırda bir denge mevcuttur. Bununla birlikte bu durum azami oy şartı getirilmesi ile tehdit edilmekte, bir pay sahibinin üçüncü bir kişiye paylarını satmasıyla, azami oy şartı ile dinlenmeye zorlanan oyların yeniden canlanması ve önceki pay sahiplerinin nispi oy gücünün azalmasına gündeme gelmektedir. Zira, payların üçüncü kişilere satılması durumunda âtil oy haklarının yeniden canlanması ve oy kullanma gücü durumunun değişmesi söz

¹¹² Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C.I, s. 144.

¹¹³ Yıldız, s. 89; haklı sebepler varsa, ortak menfaat nesnel olarak eşit işleme aykırılığın farklı bir sonuca bağlanmasını gerekli kılıyorsa hakim in butlana karar vermeyebileceği yönünde bkz.: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, N. 892; Fahiman Tekil, Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi, Argumentum Aralık 1991, Y.2, S. 17, s.258; Füsün Nomer, Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1998, s. 486.

¹¹⁴ Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 109-110.

konusu olabilecektir.¹¹⁵ Azami oy şartının sonradan düzenlenmesine ilişkin kararda maddi ve şekli geçerlilik şartları bu halde de aranır. Ancak tüm pay sahiplerinin aynı sayıda oya sahip olması ve azami oy sınırının bu oy sayısının altında belirlenmesi durumunda, hakların sakınılarak kullanılması ve orantılılık konusunda özel sorunlar ortaya çıkmaktadır. Mevcut durumun münferit pay sahipleri tarafından kötüye kullanıldığına dair somut göstergeler olmadıkça, şirketin mevcut dengesinin ötesine geçen bir kısıtlamada baskın bir çıkarı bulunmaz.¹¹⁶ Bu halde tüm pay sahiplerinin aynı sayıda oya sahip olması durumunda, bu oy sayısının altındaki azami oy sınırını belirleyen bir şartın getirilmesi kural olarak ancak oybirliği ile kararlaştırılabilir, zira getirilecek sınırlandırmanın istisnai durumlar dışında pay sahiplerine dayatmak için nesnel bir gerekçe bulmak pek olanaklı değildir. Tüm pay sahiplerinin aynı sayıda oya sahip olması ve dolayısıyla eşit olarak etkilenmesi durumunda bile, bu oy sayısından daha düşük bir azami limit, oy haklarının kısıtlanmasına neden olacaktır. Burada da bu düzenlemenin getirilmesi için nesnel bir gerekçe bulunması güçtür, zira eşit bir etki dağılımı bulunmaktadır. Bu nedenle, azami oy sınırı en büyük pay sahibinin haiz olduğu oy gücünden daha düşük olarak belirlenen bir oy hakkı limiti getirilmesi, temelde kabul edilemez. Dolayısıyla şirketler, özellikle devralmalarla ilgili olarak, azami oy şartının etkilerinden yararlanma olanağından prensipte mahrum bırakılmaktadır. Ancak bu, istisnai olarak belirli bir riski önlemek dışında yalnızca gelecekte etkili olacak şekilde yapılabilecektir.¹¹⁷

III. ESAS SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİĞİ İLE AZAMI OY ŞARTININ DÜZENLENME ŞARTLARI

A. Şekli Şartlar

Azami oy şartının sonradan düzenlenmesi, ancak esas sözleşme değişikliği ile mümkündür. Esas sözleşmeyi değiştirme genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır (TTK m. 408). Bu halde azami oy şartının sonradan öngörülmesi, genel kurul kararı gerektirmektedir.

¹¹⁵ Von Salis, s. 111, dn. 546.

¹¹⁶ Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 111.

¹¹⁷ Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 112.

Bu konuda, devredilemez nitelikteki yetkinin yönetim kuruluna bırakılması geçerli değildir.¹¹⁸ Azami oy şartının düzenlenmesi imkanını yönetim kuruluna bırakan bir genel kurul kararı 447/1 c uyarınca baltıdır.

Esas sözleşme değişikliği niteliğinde olduğundan, azami oy şartının düzenlenmesinde de genel olarak esas sözleşme değişikliği prosedürünün işletilmesi ve usulü kurallara riayet edilmesi gerekmektedir. Bir hukuki işlem olan genel kurul kararının alınmasında, kurucu şekli nitelikteki emredici hukuk kurallarına uyulmaması halinde genel kurul kararının yokluğundan söz edilir. Bu anlamda kararın yokluğu kararın meydana gelişini düzenleyen usulü kuralların ihlali durumunda söz konusu olur¹¹⁹. Bu durumda alınan karar hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz¹²⁰. Genel kurul kararı için kurucu unsurlar bir genel kurulun varlığı ve alınan bir kararın bulunması olup¹²¹, bu bağlamda yetkili organ ve kişilerce yapılan çağrı üzerine¹²², kanuni şartlara uygun surette fiziken veya elektronik ortamda katılımı yapılacak bir genel kurul toplantısının yapılması ve kararın bu yolla alınması şarttır. Bunun istisnası çağrısız genel kuruldur (TTK m. 416). Limited şirketler için TTK m. 617/4'te öngörülmüş bulunan sirküler tipi karar alma

¹¹⁸ Hüffer/Koch, AktG § 134, N.7.

¹¹⁹ Genel kurul kararının meydana gelişini ile ilgili kurallar, genel kurulun yetkili organ veya kişiler tarafından toplantıya çağırılması ile genel kurul toplantısının imzalanması arasındaki süreci düzenleyen kurallardır. İsmail Kırca, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 4.

¹²⁰ Ömer Korkut, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Karahan, Adana, 2012, s. 35.

¹²¹ Erdoğan Moroğlu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 9. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 77; Hukuki işlem niteliğinde bulunan genel kurul kararlarında neyin veya nelerin kurucu unsur sayılacağı hususunda tartışma yaratmayacak bir söylemde bulunmanın imkansız olduğu, ancak genel kurul kararının yokluğu yaptırımının kararın içeriği değil meydana gelişine ilgili olduğu, yokluk yaptırımının kararın meydana gelişini düzenleyen usulü kuralların ihlali halinde söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Bkz.: Kırca, s. 4 vd.

¹²² Çağrı, kanun veya şirket sözleşmesine göre yetkili organ ve kişiler tarafından ortaklara ve/veya temsilcilerine yöneltilen ve genel kurul toplantısına çağrı ile bu toplantının yerini, zamanını, gündemini ve katılma koşullarını ihtiva eden, ilan veya mektup şeklinde yazılı bir irade beyanı veya bildirimdir. İyiniyetle ve usulüne uygun surette yapılmış olan bildirim herhangi bir nedenle ulaşmamış olması ise çağrıyla sakatlamaz. Moroğlu, s. 79.

anonim şirket genel kurul kararları bakımından uygulanma olanağı bulunmaz. Bu sebeple anonim şirkette fiziki veya elektronik ortamda genel kurul toplantısı yapılmaksızın veya toplantı dışında kullanılan oylar yolu ile alınan genel kurul kararları yoktur¹²³.

Azami oy şartının sonradan düzenlenmesi için öncelikle yönetim kurulu tarafından değişiklik metnini hazırlanması, gerekiyor ise Bakanlık'tan izin alınması (bkz. TTK m. 333; *Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ*¹²⁴ m. 5) ve varsa izin ile birlikte değişiklik taslağının mevcut hükümler ile beraber TTK m. 414/1 c.1'de belirtildiği üzere ilanı ve genel kurulun toplantıya çağırılması gerekmektedir. BTY m. 32 şartlarının bulunması halinde ilgili genel kurul toplantısında bakanlık temsilcisinin de hazır bulunması gerekir. Azami oy şartına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin bu gereklilikleri sağlayan bir genel kurul toplantısında alınması şarttır. Esas sözleşme değişikliklerinde oyda imtiyazlı paylar ise etkisizleşir (TTK m. 479/3/a). Bu halde azami oy şartının düzenlenmesine ilişkin kararda oyda imtiyaz kullanılamaz. Azami oy şartına ilişkin değişikliğin genel kurulda karara bağlanması ve imtiyazlı pay sahiplerinin bulunması halinde ise, gerektiğinde TTK m. 454 uyarınca imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararı alınması gerekir. Esas sözleşme değişikliğine ilişkin karar, yönetim kurulu tarafından anonim şirketin merkezinin ve şubelerinin bulunduğu yerin ticaret siciline tescil edilir ve ilan edilir (TTK m. 455).

Azami oy şartının düzenlenmesinde şekil bakımından önem arz eden önemli bir husus ise toplantı ve karar nisaplarıdır. Oy hakkında imtiyazlı pay ihdasının aksine (TTK m. 421/3 b), kanun, daha sonra azami oy şartı getirilmesine ilişkin kararlar için nitelikli bir nisap öngörmemiştir.¹²⁵ Bu halde uygulama alanı bulacak TTK m. 421/1'e göre, "*Kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil*

¹²³ Moroğlu, s. 78.

¹²⁴ RG. 15.11.2012, 28468

¹²⁵ Oy hakkında imtiyazlı pay oluşturulması TTK m. 421/3 b gereği sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların veya temsilcilerinin olumlu oyları ile düzenlenebilir.

edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için toplantı nisabı, şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesidir. Bu fıkra da öngörülen nisapları düşüren veya nispi çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir". Bu halde esas sözleşme ile TTK m. 421/1'den daha ağır bir nisap öngörülmesi mümkündür. Ancak kanunda düzenlenen nisabı hafifleten esas sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır. Oy hakkına ilişkin değişikliklerde esas sözleşmede oybirliği aranması mümkün olduğu gibi, pay sahiplerinin asgari oy hakkı dışındaki oy haklarını ilgilendiren esas sözleşme değişiklikleri için ancak etkilenen pay sahiplerinin olumlu oylarının bulunması şartı da öngörülebilir. Bu durumda ilk halde tüm pay sahiplerinin onayı olmaksızın değişiklik gerçekleştirilemeyeceği gibi, ikinci halde ancak ilgili değişiklikten etkilenen pay sahiplerinin olumlu oyu olması halinde oy hakkında sınırlandırma geçerli bir şekilde düzenlenebilecektir.¹²⁶ Esas sözleşmede belirlenen nisaplara riayet edilmeden oy hakkına bir sınırlandırma getirilmesi halinde ise kabul ettiğimiz görüş uyarınca bu karar iptali kabil bir karar olacaktır.¹²⁷

¹²⁶ Oy hakkına esas sözleşmede yer verilecek çeşitli düzenlemeler ile esas sözleşmesel müktesep hak karakteri verilebilir. Bkz.: Gökdemir Tamer, s. 95, dn. 348; 456; Kalss, s. 62; Schiemer, s. 102, N. 2.3; Karstner/Doral/Nowotny, s. 196.

¹²⁷ İsviçre hukukunda sonradan getirilecek oy hakkı sınırlamalarının kural olarak genel kurul kararları bakımından adi nisap olan İsvBK m. 703 uyarınca alınabileceği kabul edilmektedir. Bu düzenlemeye göre genel kurul, kanun veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, genel kurulda temsil edilen oyların çoğunluğu ile karar verir. Ayrıca esas sözleşme ile oy hakkı sınırlamaları için İsvBK m. 704/2 çerçevesinde daha yüksek bir nisap öngörülebilir. Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 92; Von Salis, Beschränkung, s. 175; Böckli, Aktienrecht 2022 § 8, N. 605; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §24, N.66; Kunz, §12, N. 127. Alman hukukunda da AktG § 134/1'de sadece oy hakkının sınırlandırılacağı belirtilmiştir. Ancak bu yönde bir karar alınması bakımından ayrı bir yetersayı düzenlenmemiştir. Bu sebeple azami oy şartının sonradan düzenlenmesinde §179/2 uygulama alanı bulur. AktG §179/2 uyarınca esas sözleşmede başkaca bir düzenleme yoksa esas sözleşme değişikliği için genel kurul toplantısında temsil edilen sermayenin en az dörtte üç çoğunluk aranmıştır. Burada ayrıca §133/1'de öngörülen basit çoğunluk kuralı da uygulama alanı bulacak, ilgili karar için kanun veya esas sözleşmede daha yüksek bir nisap belirlenmemiş ise kullanılan oyların çoğunluğu şartı da aranacaktır. Bu durumda olumlu oyların genel kurulda kullanılan oyların çoğunluğunu oluşturması ve aynı zamanda bu olumlu oyların temsil ettiği sermayenin genel kurul toplantısında temsil edilen şirket sermayesinin en az dörtte

B. Maddi Şartlar

Esas sözleşme değişikliği ile sonradan azami oy limiti getirilmesi veya var olan limitin ağırlaştırılması, kanun veya esas sözleşme uyarınca korunan pay sahipliği haklarının veya anonim şirketler hukukuna ilişkin temel ilkelerin ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesini gerektirir.¹²⁸ Oy hakkına getirilecek sınırlandırmanın etkisi kural olarak sadece henüz edinilmemiş paylarla sınırlı değildir, halihazırda edinilmiş paylara da ilişkindir.¹²⁹ Bu sebeple özellikle oy hakkında veya diğer pay sahipliği haklarında sınırlandırma olup olmadığı, bu bağlamda TTK m. 447 ve TTK m. 445 anlamında genel kurul kararlarının geçerliliği şartlarını ihtiva edip etmediği incelemeye tabi tutulmalıdır.

1. Butlan Sebepleri Bakımından Değerlendirme

TTK m. 447/1/a uyarınca genel kurulun pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran kararları batıldır.¹³⁰ TTK m. 447/1 c' de ise anonim şirketin temel yapısını bozan kararlar batıl adedilmiştir. TTK m. 434/2 c.1 uyarınca her pay sahibi tek paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir. Bu asgari oy hakkı en az bir pay edinilmesi ile elde edilen bir pay sahipliği hakkıdır.¹³¹ Bu durumda örnek olarak vazge-

birini teşkil etmesi gerekecektir. Ancak esas sözleşmede başka bir çoğunluk veya ek şartlar öngörülebilir. Ayrıca azami oy yalnızca bir pay grubu için getirilecek veya kaldırılacaksa ise durum farklılık arz eder. Bu halde ilgili pay sınıfının diğer sınıflarla ilişkisini olumsuz etkiler. Bu nedenle ilgili gruptaki pay sahiplerinin salt çoğunluğunun yanı sıra, karar alındığında temsil edilen sermayenin dörtte üçünün çoğunluğu aranır. Ancak ilgili tüm pay sahiplerinin onayı gerekmez (§179/3 c.3)Hüffer/Koch, § 179, Rn. 14; Tröger/Zöllner, AktG § 133, Rn. 150.

¹²⁸ Bürgi, Art 692, N. 12.

¹²⁹ Huguenin Jacobs, 156.

¹³⁰ TTK m. 447'de ihlale konu hakların tespitinde genel kurula katılma, asgari oy ve dava hakları ile kanundan kaynaklanan vazgeçilmez haklar şeklinde iki grup halinde bir sınıflandırma yapıldığı izlenimi yaratmaya müsait biçimde düzenlenmiştir. Ancak hükümde ifade edilen genel kurula katılma, asgari oy ve dava hakları vazgeçilmez haklara örnek olarak sayılmıştır. Mehaç İsvBK 706b 1 bu görüşü desteklemektedir. İsvBK m. 706b 1 de TTK m. 447/1 a dan farklı olarak, vazgeçilemez haklar kavramına yer verilmemiş, pay sahibinin, genel kurula katılma hakkını, asgari oy hakkını, dava haklarını ve kanun tarafından emredici biçimde verilen diğer haklarını ortadan kaldıran veya sınırlandıran kararların batıl olduğu düzenlenmiştir. Bkz.: Kırca, s. 16-17.

¹³¹ Asgari oy hakkının korunması genel kurula katılma hakkı ile yakından ilgili olup,

çilemez nitelikte düzenlenmiş bulunan asgari oy hakkını ortadan¹³² kaldıracak şekilde yapılacak bir düzenleme kabul edilemez niteliktedir. Asgari oy hakkı azami oy şartının esas sözleşmede düzenlenmesi konusunda sınırlardan birini teşkil etmektedir.¹³³ Genel kurul veya yönetim kurulu dışında başka organların oluşturulup genel kurul veya yönetim kuruluna ait yetkilerin tamamen veya kısmen bu organlara devri, genel kurulun yönetim kurulunun yetkisine giren hususlarda karar alması veya kendi yetkilerini yönetim kuruluna devretmesi veyahut yönetim kurulunun genel kurulun görev ve yetkisi içinde bulunan hususlarda karar alması veya kendi yetkilerini genel kurula devretmesi şirketin organsal yapısı ile ilgili temel düzenlemeler ile bağdaşmaz.¹³⁴ TTK m. 434/1'e aykırı olarak oy gücünün üretilen mal miktarı veya satış düzeyi gibi pay sahibinin paylarının toplam itibari değeri ile ilgili olmayan koşullara göre belirlenmesi, oy hakkının belirlenmesinin başka bir tüzel kişiye bırakılmasını öngören düzenlemeler veya oy gücüne ilişkin düzenleme yetkisini yönetim kurulunun takdirine bırakan şartlar geçersizdir. Bu anlamda azami oy şartına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin ticaret siciline tescil ettirerek yürürlüğe girmesi konusunda yönetim kuruluna geniş bir takdir yetkisi bırakılması da anonim şirketin temel yapısını bozan bir karar olması itibari ile TTK 447/1 c uyarınca geçersiz olacaktır.¹³⁵

asgari oy hakkına müdahale edilmesi genel kurulun aldığı kararların sorgulanmasına neden olacağı gibi pay sahiplerinin şirketin yönetimi üzerindeki etkisini de oldukça zayıflatacaktır. Bu sonuçların önlenmesi amacı ile asgari oy hakkının korunması esas kabul edilmiştir. Gökdemir Tamer, s. 443-444; Böckli, Aktienstimmrecht, s. 22, Schleiffer, s. 27.

¹³² Mehaz İsvBK m. 706b 1'de vazgeçilemez haklar kavramına ter verilmemiş bunun yerine kanun tarafından emredici biçimde verilen haklardan söz edilmiştir. Ancak bu hakların vazgeçilemez haklar olduğu kabul edilmektedir. Bkz.: Kırca, s. 17 vd.; Fostmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 96; § 39, N. 110. Asgari oy hakkını ortadan kaldıran oydan yoksunluk veya donma halleri kanunen öngörülen hallerden olup, esas sözleşme ile yeni oydan yoksunluk veya donma halleri getirilmesi mümkün değildir. Böckli, Aktienrecht 2022, § 8 N.555; Bürgi, Art. 692, N.16.

¹³³ Asgari oy hakkı bu yönü ile esas sözleşme ile getirilebilecek sınırlamaların üst sınırını teşkil etmekte, oy gücünün sınırlanması halinde her pay sahibinin en az bir oy hakkını haiz olduğu esasına aykırı bir düzenleme getirilememektedir. Asgari oy hakkı vazgeçilmez haklardan olup, genel kurul veya yönetim kurulu tarafından pay sahibinin elinden alınmaz. Aksi halde alınan genel kurul veya yönetim kurulu kararı batıl olacaktır. Gökdemir Tamer, s. 443; Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 45; Bürgi, Art. 692, N.11; Schleiffer, s. 27.

¹³⁴ Kırca, s.36.

¹³⁵ Tröger/Zöllner, §134, Rn. 89.

2. İptal Sebepleri Bakımından Değerlendirme

a. Kanuna ve Esas Sözleşmeye Aykırılık Bakımından Değerlendirme

(1) Genel Olarak

TTK m. 445/1 uyarınca genel kurul kararı kanun veya esas sözleşmeye aykırı olması halinde iptal edilebilir niteliktedir. Azami oy şartının sonradan esas sözleşme değişikliği ile getirilmesi veya ağırlaştırılması halinde bu kararın kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık ihtiva etmemesi gerekir. Örnek olarak eşitlik ilkesine aykırı azami oy şartı düzenlemeleri ile sadece hali hazır pay sahiplerinin oy haklarını TTK m. 434/1 hükmüne aykırı sınırlandıran veya ortadan kaldıran düzenlemeler hukuka uygun kabul edilemez. Keza esas sözleşmede öngörülen oy hakkına ilişkin düzenlemelerin oybirliği ile değiştirilebileceğini düzenleyen esas sözleşme düzenlemesine aykırı nitelikte, değişiklik kararının TTK m. 421/1'de düzenlenen çoğunluk ile gerçekleştirilmesi halinde de iptal edilebilir bir karar bulunur. Bu anlamda kanunun emredici hükümleri ve esas sözleşme hükümleri azami oy şartının düzenlenmesinde diğer bir sınırı teşkil eder.

(2) Müktesep Haklar Bakımından Değerlendirme

Müktesep haklar pay sahibinin rızası olmadıkça genel kurul veya yönetim kurulu kararı ile değiştirilemez, kullanılmaları şarta bağlanamaz ve içerik olarak zayıflatılamaz haklardır.¹³⁶ Paylar arasında eşitsizlik yaratacak farklar tanınması da müktesep hakların ihlali anlamına gelmektedir.¹³⁷ TTK m. 434 hükmünün gerekçesinde oy hakkı sınırlandırılmasını sonradan esas sözleşme değişikliği ile gerçekleştirmenin eşit işlem ilkesi ve müktesep haklar sebebiyle güç olacağı belirtilmiştir. Ancak esasen asgari oy hakkı vazgeçilemez olarak vasıflandırılmakta ve bunun üzerindeki oy hakkı kural olarak müktesep hak olarak nitelendirilmemektedir.¹³⁸ Bu sebeple kural olarak ilgili pay

¹³⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, N. 866; Gökdemir Tamer, s. 454.

¹³⁷ Ansay, s. 240; Gökdemir Tamer, s. 454.

¹³⁸ Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 411; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24, N. 69-74; Çeker, s. 215; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 327; İmregün, Menfaat İhtilafları, s. 121 vd.; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 868.

sahiplerinin rızaları olmaksızın genel esas sözleşme değişikliği nisabı olan TTK m. 421/1 çerçevesinde, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda toplantıda mevcut bulunan çoğunluğun olumlu oyu ile azami oy şartının düzenlenmesi mümkündür. Bununla birlikte esas sözleşme ile müktesep hak ihdası mümkün olup, esas sözleşmeye konulacak bir düzenleme ile oy hakkının oransallık ilkesine uygun surette belirlenmesi ve oy hakkına bu şekli ile müktesep hak niteliği tanınması mümkündür. Bu halde ise esas sözleşmede azami oy şartının sonradan düzenlenebilmesi için oy hakkı sınırlanan ilgili pay sahibinin rıza göstermesi veya esas sözleşmede bu yönde bir düzenleme söz konusu ise oybirliği ile karar alınması gerekebilecektir.¹³⁹ Bu düzenlemelere aykırı kararlar iptal edilebilir nitelikte olacaktır.

(3) Eşit İşlem İlkesi Bakımından Değerlendirme

TTK m. 357'de temel bir ilke olarak "*pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulurlar*" ifadesi ile eşit işlem ilkesini düzenlemiştir.¹⁴⁰ Eşit işlem ilkesi, eşit şartlar altında pay sahiplerine eşit davranılmasını emretmekte,¹⁴¹ hukuki statüleri ile bunlara yüklenen yükümlülük ve tanınan haklarla ilgili hususlarda pay sahipleri arasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır.¹⁴² Eşit işlem ilkesi her pay sahibini aynı işleme tabi tutmayı değil, eşit şartlar altındaki pay sahiplerini aynı muameleye tabi tutmayı amaçlar.¹⁴³

¹³⁹ Gökdemir Tamer, s. 456.

¹⁴⁰ Eşit işlem ilkesi AktG §53 a'da TTK m. 357'e paralel şekilde düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda ise eşit işlem ilkesi İsvBK m. 706/2 b.3'te pay sahiplerinin şirket amacının haklı göstermediği eşit olmayan bir işleme tabi tutulmasını öngören genel kurul kararlarının iptali kabil olduğu şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca yönetim kurulunun özen ve sadakat yükümünü düzenleyen İsvBK m. 717/2'de yönetim kurulunun pay sahiplerine eşit şartlarda eşit davranma yükümlülüğü ortaya konulmuştur. Ayrıca bkz.: Yağmur, Setenay: Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 15 vd.

¹⁴¹ Eşitlik ilkesinin oransallık ilkesinin uygulandığı pay sahipliği hakları açısından nisbi, oransallık ilkesinin söz konusu olmadığı ve özellikle pay sahibinin elinden alınamayacak ve vazgeçilemez nitelikteki hakları bakımından mutlak şekilde uygulanması gerekmektedir. Şehirli Çelik (Kırca / Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. I, s. 139-140.

¹⁴² N. Füsün Nomer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999, s. 24; Moroğlu, s. 234 vd.

¹⁴³ Yağmur, s.20; H. Ercüment Erdem, "Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi", İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun

Anonim şirketler hukukunda eşit işlem ilkesi, esas olarak ilgili pay sahipliği mevkiine dayanmaktadır. Sermayeye katılıma dayalı olan bu pay sahipliği haklarında, sermaye katılımının kapsamına göre farklılaştırmalara izin verilmektedir.¹⁴⁴ Oransallık ilkesinin geçerli olduğu pay sahipliği haklarında eşit işlem ilkesinin pay sahibinin şirket içindeki konumu dikkate alınarak uygulanması gerekir (*nisbi eşitlik ilkesi*).¹⁴⁵ Öte yandan, pay sahipliği statüsünün kullanılmasının yeterli olduğu pay sahipliği hakları söz konusu olduğunda ise, ana ilke mutlak eşit muameledir (*mutlak eşitlik ilkesi*).¹⁴⁶ Dolayısıyla anonim şirketlerde oransallık ilkesinin uygulandığı pay sahipliği hakları bakımından pay sahibinin şirket içindeki konumunu dikkate alınarak eşit işlem ilkesinin nisbi, oransallık ilkesinin uygulanmadığı pay sahibinin elinden alınamayacak ve vazgeçilemeyecek nitelikteki haklar açısından ise ilkenin mutlak şekilde uygulanması kabul edilmektedir.¹⁴⁷ Özellikle koruyucu haklar bakımından pay sahipleri arasındaki farklılıkların dikkate alınmaksızın ilkenin mutlak şekilde uygulanması söz konusudur. Üzerinde değişiklik yapılması mümkün olan kâr payı, önerilmeye muhatap olma, oy hakkı gibi haklarda ise sermayeye ka-

Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 403; Cafer Eminoğlu, "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından 'Eşit Şartlarda Eşit İşlem' İlkesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Y. 2015, S. 1, s. 80; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Bern 2012, s. 454; Rauf Karasu, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 36-37; Gökdemir Tamer, s. 460; Merih Kemal Omağ, "Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi", *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1986, C.1, S.1, s. 1-2; Nomer, *Eşit İşlem*, s. 485; Yıldız, s. 75; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 889.

¹⁴⁴ 4C.242/2001, 5. Mart 2003, E.3.1. Bieri, s. 29, dn. 95.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §39, N. 51.; Von Salis, *Stimm-und des Vertretungsrechts*, s. 30.; Karl Hofstetter, "Die Gleichbehandlung der Aktionäre in börsenkotierten Gesellschaften", *SZW* 5/1996, 228 vd.

¹⁴⁵ Kırca, s. 66; ayrıca bkz.: Huguenin Jacobs, s. 38.

¹⁴⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §39, N. 71 vd.; Von Salis, *Stimm-und des Vertretungsrechts*, s. 28.

¹⁴⁷ Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C.I*, s. 139-140; Şükri Yıldız, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, Ankara 2004, s. 75; Erdem, s. 395; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Stämpfli, Bern, 2012, § 16, Nr. 146-147; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §39, Nr. 51,71; Tek paya sahip olmanın yeterli olduğu genel kurula katılma, bilgi alma, inceleme dava hakları gibi pay sahipliği haklarında kanun gereği eşit işlem ilkesinin geçerli olmadığı, bu türden haklarda haklı gerekçelerle de olsa farklı bir uygulamaya gidilmesinin mümkün olmadığı mutlak eşitlik ilkesi geçerli olduğuna dair bkz.: Kırca, s. 66.

tılma oranında hak sahibi olma esasının uygulandığı ve nisbi eşitliğin söz konusu olduğu söylenebilir.

Eşit işlem ilkesi, pay sahiplerine eşit şartlar altında eşit davranılmasını sağlamaktadır. Böylece ilke, haklı bir gerekçe olmaksızın pay sahiplerinin farklı muamele görmelerini engellemektedir. TTK m. 357’de “*pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulurlar*” düzenlemesi ile her türlü eşitsizlik değil, objektif kriterlere aykırı bir anlamda keyfi eşitsizlikler yasaklanmaktadır.¹⁴⁸ Objektif nitelikte, haklı bir sebebe dayanmayan ve gerçekte bağdaşmayan davranışlar ise keyfi davranışlar olarak kabul edilir. Bu anlamda tüm pay sahiplerinin menfaati ve şirketin çıkarları doğrultusunda şirketin amacının gerçekleştirilmesi için kesinlikle gerekli olduğu sürece, sermayeye katılım düzeyine göre farklılaşma mümkündür.¹⁴⁹ Farklılaşma objektif kriterlere dayandırılmalı ve keyfi olmamalıdır.¹⁵⁰ Pay sahiplerine farklı işlem yapılması ve eşit olmayan muamele objektif değilse, şirketin veya bir bütün olarak pay sahiplerinin çıkarları ve şirketin amacını gerçekleştirmek için kesinlikle gerekli değilse, ilgili karar iptal edilebilir.¹⁵¹ Bu halde anonim şirketlerde oy hakkının kullanılmasının pay sahibinin kişisel niteliklerine bağlanması, kadınların, erkeklerin, yabancıların, reşit olmayan kişilerin, kamu haklarını kullanmaktan menedilen kişilerin oy haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran esas sözleşme düzenlemeleri eşit işlem ilkesini ihlal eder.¹⁵²

¹⁴⁸ Meier-Hayoz/Forstmoser s. 456; Necla Akdağ Güney, “Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 3-4, Y. 2014, s. 122; Omağ, s. 5; Nomer, Eşit İşlem, s. 485; Erdem, s. 403. Her türlü eşitsizliğin yasaklanması şirketlerin hareket edemeyecek ve varlıklarını sürdüremeyecek hale gelmesine sebep verebilir. Akdağ Güney, Eşitlik İlkesi, s. 122; Karasu, Emredici Hükümler, s. 37; Yıldız, s. 88.

¹⁴⁹ “Die vom Gesetz verlangte Gleichbehandlung gilt indessen nicht absolut, sondern nur relativ, indem davon abgewichen werden darf, soweit dies für die Verfolgung des Gesellschaftszweckes im Interesse der Gesamtheit aller Aktionäre unumgänglich notwendig ist” BGE 102 II 254 E. 1 s. 267.

¹⁵⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, Nr. 58; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C.I, s. 140; Huguenin Jacobs, s. 36.

¹⁵¹ Her ne kadar kanun, pay sahiplerine eşit olmayan muameleyi haklı göstermek için kullanılabilir şirketin amacından (Gesellschaftszweck) söz etse de, çıkarların buna göre tartılması için şirket amacı yerine şirket menfaatinin (Gesellschaftsinteresse) kullanılması gerektiği doktrinde tartışmasızdır. Bu doğrultuda bkz.: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 27.

¹⁵² Teoman, Yoksunluk, s.138; Yıldız, s. 102; Gökdemir Tamer, s. 461.

Esas sözleşme değişikliği ile pay sahiplerinin oy haklarının sınırlandırılmasında eşitsizlik yaratılması veya azami limitin pay sahipleri arasında farklı olarak belirlenmesi¹⁵³ eşit işlem ilkesinin doğrudan ihlali anlamına gelir. Bu anlamda sadece bir pay sahibinin oy hakkının sınırlandırılması veya pay grupları arasında sadece belirli bir pay grubunun oy hakkının sınırlandırılması eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil eder.¹⁵⁴ Benzer şekilde bir ailenin mensuplarının veya potansiyel bir alıcının oy gücü sınırlamalarına tabi tutulacağına dair bir düzenleme eşit işlem ilkesi uyarınca iptali kabildir.¹⁵⁵ Belirli bir meslek grubuna dahil olma, belirli bir yöreye, felsefi inanca veya dine, örgüte, mezhep ve ırka mensup olmayanlara oy hakkına ilişkin sınırlama getirilmesi ve esas sözleşmede bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesi de eşit işlem ilkesini ihlal eder.¹⁵⁶ Bu halde oy hakkının sınırlandırılmasının esas sözleşme ile düzenlenmesi, bazı pay sahiplerine veya pay gruplarına özgülenmediği sürece esasen başlı başına ve doğrudan en azından şekli anlamda eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil etmez.¹⁵⁷

Şirket amacının haklı gösterdiği durumlarda ise müşterek menfaatler dikkate alınarak, şirketin korunması gerekliliği pay sahiplerinin bireysel menfaatlerinin önüne geçebilecektir. Ancak bu gereklilik halinde aynı durumda bulunan pay sahipleri arasında keyfi farklılaşmalara gidilmemesi, eşit işlem ilkesinin ihlal edilmemesi şarttır.¹⁵⁸ İlkenin amacı şirket organlarının keyfi işlem ve davranışlarının engellenmesidir. Bu sebeple şirket menfaatinin gerektirmesi ve yeterli haklı gerekçe bulunması halinde, pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratan tedbirlere karar verilmesi olanaklıdır. Bununla birlikte alınacak tedbirin varılmak istenen amaca uygun ve gerekli olması şarttır.¹⁵⁹

¹⁵³ Örnek olarak bir kısım pay sahipleri bakımından tüm oylarının %5'ini kullanabileceği belirlenmiş iken, farklı bir kısım pay sahibi (örnek olarak şirketin iş birliği anlaşması akdettiği veya başka şekilde yakın ilişki içinde olduğu) için bu oranın %25 olarak düzenlenmesi gibi düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırılık taşır. Böckli, Aktienrecht 2022, § 8, N. 597. Ayrıca bkz.: Gökdemir Tamer, s. 461

¹⁵⁴ Gökdemir Tamer, s. 461; ayrıca bkz.: Böckli, Aktienrecht 2022, § 8, N. 596 vd.

¹⁵⁵ Von Salis, Beschränkung, s. 174; Bürgi, Art. 692, N.9, 22; Gökdemir Tamer, s. 462.

¹⁵⁶ Teoman, Yoksunluk, s. 138; Yıldız, s. 102-103; Gökdemir Tamer, s. 461.

¹⁵⁷ Schlupe, s. 142-143; Gökdemir Tamer, s. 458; sınırlama herkes için geçerli olacak şekilde öngörülebilir, bazı veya bir kısım pay sahiplerine özgülenemez. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N.14-60.

¹⁵⁸ Yağmur, s. 52; Yıldız, s. 89.

¹⁵⁹ Nomer, Eşit İşlem, s. 485-486; Erdem, s. 404; ayrıca bkz.: Tekinalp (Poroy/Çamoğ-

Azami oy şartı münferit pay sahiplerinin oy gücünü ve şirket üzerindeki etkisini sınırlandırmaktadır. Azami oy şartının esas sözleşme değişikliği ile sonradan getirilmesi pay sahiplerinin haklarını etkilemekte ve çoğu durumda eşit işlem ilkesine aykırılığı ihtiva etmektedir. Bu sebeple çoğunluk kararı ile getirilecek önlemin şirket menfaati ile gerekçelendirilmesi şarttır. Şirketin bu sınırlandırmayı getirmesinin kendi menfaatine olduğunu ortaya koyması gerekir. Azami oy şartının işlev ve amacı göz önüne alınarak bu gerekçeler belirlenebilir. Oy gücünün dağılımını şekillendirme ve büyük pay sahiplerinin hakimiyetini engelleme ve dolayısıyla azınlık pay sahiplerini koruma azami oy şartının temel amaçlarından biridir. Keza pay sahipleri grubunun çeşitlendirilmesine imkân tanıma, yeni yatırımcıların gelmesini sağlama, istenmeyen/düşmanca devralmaların önlenmesi, şirketin ekonomik bağımsızlığının korunması ve yabancılaşmanın önlenmesi bu kapsamda düşünülebilir.¹⁶⁰ Bu hedefler esasen şirketin menfaatine ilişkin olup, getirilecek azami oy şartının şirket çıkarları ile gerekçelendirilmesini mümkün kılar.

Eşit olmayan muamelelerin hukuka uygunluğu için ayrıca alınan karar veya gerçekleştirilen işlemin şirketin menfaatini gerçekleştirmek için gerekli ve uygun olması gerekir.¹⁶¹ Eşit işlem ilkesine aykırı kararların şirket menfaati açısından gereklilik ve hatta zorunluluk taşıması gerekir.¹⁶² Alınan karar veya gerçekleştirilen işlemin bir grup pay sahibinin menfaatlerine aykırı olmasına rağmen hukuken kabul edilebilecek nitelikte olması için bu karar veya işlemin şirketin ticaret hayatına sağlıklı ve emin adımlarla devam edebilmesi açısından gerekli olması aranmalıdır. Zira aksinin kabulü şirket amacına uygunluk gösteren ancak eşit işlem ilkesine aykırı her tür kararının hukuka uygunluğu sonucuna ulaştırabilir. Bu kabul ise TTK m. 357 düzenlemesinin içinin boşaltılması anlamına gelir.¹⁶³

Gereklilik bakımından yapılacak değerlendirmede ise azami oy şartının merkezi amacı olan oy gücünün sınırlandırılması dikkate alın-

lu), Ortaklıklar Hukuku I, N. 892, 894; Şirket organları kendilerine tanınmış takdir yetkilerini kullanırken keyfi davranışlardan kaçınmak zorundadır. Eşit işlem ilkesinin amacı her türlü keyfi ayrımları önlemektir. Bkz.: Yıldız, s. 87-88.

¹⁶⁰ Von Salis, Stimm-und Vertretungsrechts, s.101.

¹⁶¹ Akdağ, Eşitlik İlkesi, s. 123.

¹⁶² Erdem, s. 411, dn. 52.

¹⁶³ Yağmur, s. 59.

malıdır. Bir pay sahibinin şirket üzerindeki etkisinin en önemli aracı oy gücüdür. Bu etkinin sınırlandırılması, büyük pay sahiplerinin hakimiyetini önlemek ve küçük pay sahiplerini korumak için gereklidir. Aynı esas, pay sahipleri grubunun geniş dağılımının teşviki ve düşmanca/istenmeyen devralmaların (*heimlicher Übernahmen*) önlenmesi ve dolaylı olarak şirketler topluluğunun (*Konzernschutz*) ve bağımsızlığın korunması için de geçerlidir.¹⁶⁴

Azami oy şartının ayrıca hedeflenen önleme uygun bir araç olması gerekir. Uygunluk açısından, azami oy şartının pratikte uygulanmasının zorluğu dikkate alınmalıdır. Doktrinde özellikle, şirkette yalnızca hamiline yazılı pay senetleri bulunuyorsa ve bu nedenle, pay senetlerinin azami oy şartını dolanma amacı ile meşru hamil görüntüsü veren zilyetliğin devrinin (*Legitimationsübertragung*) engellenmesinin mümkün olmadığı hallerde azami oy şartı ihdasının uygunluğunun tartışılabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte özellikle küçük şirketlerde veya çok düşük bir azami oy şartının bulunduğu hallerde pratikte uygulanma olanağı bulunduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁵ 7262 sayılı Kanun ile hamiline yazılı pay senetlerinden kaynaklanan oy hakkının kullanılması esasları değiştirilmiş ve nama yazılı pay senetlerine yaklaştırılmış olması sebebiyle hamiline yazılı pay senetleri bakımından da azami oy şartının düzenlenmesi ve uygulanması uygunluk kriteri bakımından herhangi bir sorun doğurmaz. Bununla birlikte, alınan kararın şirket menfaatini gerçekleştirme bakımından uygun olması esas menfaatlerin değerlendirilmesinde yine de dikkate alınmalıdır.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Von Salis, *Stimm-und des Vertretungsrechts*, s. 102. Esas sözleşme değişikliği ile getirilecek azami oy şartının şirketin varlığını sürdürmesi veya gelişmesi açısından kaçınılmaz olması aranmaz. Ancak kararın şirketin varlığı ve devamlılığı yönünden objektif nedenlere dayanması gerekir. Gereklik unsurunu ile şirketin menfaatinin sağlanması bakımından amaca uygunluk denetiminin yerine getirilmesi mümkün hale gelir. Rüçhan hakkı kısıtlamaları bakımından bkz.: Burak Adıgüzel, "Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Kaldırılması veya Sınırlandırılması" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S.1, s. 10; Y. Can Göksoy, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, C.I, İstanbul 2003, s. 401-402; Onur Görmez, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017, s. 198.

¹⁶⁵ Von Salis, *Stimm-und des Vertretungsrechts*, 102.

¹⁶⁶ Von Salis, *Stimm-und des Vertretungsrechts*, s. 102.

b. Dürüstlük Kuralına Aykırılık Bakımından Değerlendirme

Dürüstlük kuralı herkesin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, ortalama zekâ seviyesine sahip, makul, dürüst ve güvenilir bir kişiden aynı hal ve şartlar altında beklenebilecek davranış tarzına uygun şekilde hareket etme zorunluluğunu ifade etmektedir.¹⁶⁷ TTK m. 445 uyarınca “*özellikle dürüstlük kuralına aykırılık*” genel kurul kararları bakımından iptal sebebi teşkil etmektedir. Bu düzenleme TMK m. 2'nin genel kurul kararları bakımından da bir iptal sebebi olduğunu vurgulamaktadır.¹⁶⁸

Azami oy şartının sonradan düzenlenmesinde dürüstlük kuralına uygunluk önem taşımaktadır. Çoğunluğun, gücünü azınlığın çıkarlarını dikate almayacak şekilde kötüye kullanması, şirket menfaati ile gerçekleştirilebilecek haklı bir sebebin bulunmadığı hallerde dürüstlük kuralının ihlali anlamına gelecektir. Bir hakkın hak sahibine hukuken korunmaya değer meşru bir menfaat sağlamak için kullanılması esas olup, sırf başkasını zarara sokmak ve onu güç duruma düşürmek veyahut gayrimeşru bir kazanç sağlamak için kullanılması halinde hak kötüye kullanılmış olur.¹⁶⁹

Çoğunluğun şirket menfaati gerektirmediği halde gücünü kötüye kullanarak aldığı, azlığın veya münferit pay sahiplerinin menfaatini zedeleyen kararlar kanun ve esas sözleşme hükümlerine uygun olmalarına rağmen iptal edilebilir.¹⁷⁰ Şirket menfaati gerektirmediği halde çoğunluğun gücüne dayanarak azami oy şartı getirmesi ve oy hakkını azınlık aleyhine sınırlandırması dürüstlük kuralına aykırı ve geçersiz bir karar olarak değerlendirilebilir. Şirket amacının haklı göstermediği halde pay sahiplerini kayba uğratan kararlar iptali kabil kararlar olarak değerlendirilir.

¹⁶⁷ Mehmet Ayan, Medeni Hukuka Giriş, Konya 2009, s. 167; Seyfullah Edis, “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, Dr. Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, s. 448.

¹⁶⁸ TMK m.2'ye aykırılık kanuna aykırılık çerçevesinde değerlendirilebileceği gibi, TK m.1/1 atfı ile TMK m.2'nin genel kurul kararları bakımından da geçerli olduğu kabul edilerek dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararlarının iptal edilmesi mümkündür. Bununla birlikte TK m.445'te dürüstlük kuralına aykırılığın bir iptal sebebi olarak düzenlenmesi hükmün uygulanmasındaki tereddütleri ortadan kaldırmaktadır. Kırca, s. 73; Moroğlu, s. 232.

¹⁶⁹ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 254.

¹⁷⁰ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku II, N. 1715c.

Azami oy şartının düzenlenmesinde bu kapsamda hakların sakınılarak kullanılması ilkesi dikkate alınmalıdır. Hakların sakınılarak kullanılması ilkesi, hakların başkalarına zarar vermeksizin veya en az zarar verecek şekilde kullanılmasını ifade eder. Bu ilke, bir amaca üçüncü kişilerin haklarına en az zarar verecek araçlarla ulaşılmasını gerektirir.¹⁷¹ Hakların sakınılarak kullanılması ilkesi bağımsız bir pay sahipliği hakkı değildir, ancak bir pay sahipliği hakkının ihlal edilmesi veya pay sahiplerine eşit olmayan muamelenin meşru olarak nitelendirilmesinde dikkate alınan bir kriterdir.¹⁷² Hakkın kullanılmasında hak sahibi için aynı değerde başka imkân ve çözümler bulunmakta iken hakkın başkasına zarar verecek tarzda kullanılması hakkın kötüye kullanılması sayılır ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesine aykırılık teşkil eder. Zira bu halde şirket menfaati haklı göstermediği halde pay sahipleri kayba uğratılmaktadır.¹⁷³ Bazı durumlarda şirketin menfaatine alınan bir karar olmasına rağmen çoğunluk esas amacını ve hakkın kötüye kullanılmasını gizleyebilir. Bu halde ise karar şeklen eşit işlem ilkesine uygun olarak kabul edilse de hakkın kötüye kullanılması ve hakların sakınılarak kullanılması ilkelerine aykırı olabilir. Bu sebeple alınan kararın bu yönden ayrıca değerlendirilmesi şarttır.¹⁷⁴ Bu bağlamda özellikle azami limitin belirlenmesinde bu ilkeye riayet edilmesi ve arzu edilen şirket çıkarlarını gözetmek için gerekli olandan daha yüksek bir sınırlamaya gidilmemesi gerekir. Bu konuda örnek olarak istenmeyen/düşmanca bir devralmanın önlenmesi amacı ile getirilmek istenen azami oy şartı limitinin mevcut pay sahiplerinin oy haklarından daha az olarak belirlenmesi verilebilir. Esasen devralma teklifinin değerlendirileceği genel kurul kararında azami oy şartının getirilmesi veya ağırlaştırılmasından önce daha fazla oy gücünü haiz pay sahiplerinin bu güçlerinin sınırlandırılmasına nesnel bir gerekçe bulmak güçtür. Dolayısıyla devralmaya karşı bir önlem olarak getirilecek olan azami oy limitinin kural olarak hali hazır pay sahiplerinin mevcut oy hakları oranında düzenlenmesi yeterlidir.¹⁷⁵ Farklı bir sonu-

¹⁷¹ Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Stämpfli, Bern, 2014, §8, N. 47.

¹⁷² Von Der Crone, §8, N.50.

¹⁷³ Kırcı, s.80 vd.

¹⁷⁴ Necla Akdağ Güney, "Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması", Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 50-51.

¹⁷⁵ Von Salis, Stimm-und Vertretungsrechts, s. 103 vd., s. 106.

ca ilgili büyük pay sahiplerinin şirkete yönelik somut bir zarar verme riski olması durumunda verilmesi gerekecektir.¹⁷⁶

Esas sözleşme değişikliği ile azami oy şartının düzenlenmesinde ayrıca orantılılık ilkesine uyulması gerekir. Orantılılık ilkesi¹⁷⁷ başvuru- lan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüdür; araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması anlamına gelmektedir.¹⁷⁸ Orantılılık ilkesi çerçevesinde yapılan denetimde araç ile amaç arasında makul bir ilişkinin olup olmadığı değerlendirilir. Bu anlamda karşı karşıya gelen ve hukuken korunan iki değer arasında yapılan bir karşılaştırmadır ve özellikle bir normun, kişilere, diğer kişilerin hukuki alanında onlar aleyhine sonuç doğuracak bir hakkın kullanımına izin verdiği ancak bunun somut sınırlarını getirmediği alanlarda uygulama alanı bulur.¹⁷⁹ Hakkın kullanılmasında, hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı bir orantısızlık bulunmamalıdır. Bir eylemin bu ilkeyi ihlal etmemesi için alınacak önlemin şirketin amacı ile orantılı olması şarttır. Başka bir deyişle, araç ve amacın orantılılığı ile dikkate alınır.¹⁸⁰ Bu sebeple ilgili karar ile şirketin elde edeceği yarar, azlığın bu karar sonucunda uğrayacağı zarara oranla

¹⁷⁶ Kalss, s. 81; Von Salis, *Stimm-und Vertretungsrechts*, s. 106.

¹⁷⁷ Doktrinde orantılılık ilkesinin iptal davalarında ayrıca inceleme konusu yapıp yapılmayacağı hususu tartışmalıdır. Bu konuda olumsuz görüş orantılılık değerlendirmesi yaparken mahkemenin amaçsal inceleme de yaptığı ancak müstekar içtihatlarla göre hakimın genel kurul kararlarının uygunluğunun veya amaca uygun olup olmadığının değerlendirilmesine imkan tanımadığı gerekçesine dayanmaktadır. İptal davasında hukuki incelemenin hukuka aykırılık olup olmadığı ile sınırlı olduğu mahkemenin kararın uygunluğunu inceleyemeyeceğine ilişkin bkz.: BGE 100 II 392 vd. 117 II 308 E.6a. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §25, N. 59. Ancak nitelikli bir incelemenin yapılabilmesi, bunun dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasaklarından kaynaklandığı kabul edilmektedir. Zira özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde bir değerlendirmede, bir hakkın kullanılma amacı, hakkın kullanılmasının ilgili kişi üzerindeki etkisine göre belirlenmektedir. Amaç ve sonuç arasında nitelikli bir dengesizlik hukuka aykırıdır. Von Salis, *Stimm-und des Vertretungsrechts*, s. 20-21.

¹⁷⁸ Süleyman Dost, "Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Aralık, 2018, s. 363. Ayrıca bkz.: Huguenin Jacobs, s. 39.

¹⁷⁹ Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, Özel S., 2013, s. 682-683; Mustafa Alp, "Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-" *Yasa Hukuk Dergisi*, Ocak 1999, s. 1519.

¹⁸⁰ Ayrıca bkz.: hakların sakınılarak kullanılması bakımından bkz.: Von Crone, §8, N. 47.

önemsiz kalıyor ise hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilir.¹⁸¹ Ayrıca alınan önlemin orantılı (*Verhältnismäßigkeit*) olup olmadığının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.¹⁸² Kanunun prensipte TTK m. 421/1’de yer alan nisapla oy hakkının sınırlandırılması olanağını tanımış olması, münferit olarak pay sahibinin sınırlandırılmasına başlı başına haklı bir neden oluşturmaz.¹⁸³ Özellikle, büyük pay sahipleri arasında gücün yoğunlaşmasını önlemek için, her ortağa tek oy (*Kopfstimmprinzip*) verme ilkesine yaklaşan bir oy hakkı sınırlaması doktrinde gerekli nitelikte olmayan bir önlem olarak görülmektedir. Münferit pay sahiplerinin etkisinden kaçınılabilmesi için azami oy sınırının neden daha yüksek belirlenemeyeceğinin belirli koşullara ve mevcut pay sahipleri yapısına göre, her bir münferit durumda haklı gösterilmesi gerekir.¹⁸⁴

Burada özellikle pay sahiplerinin getirilen sınırlamadan doğrudan ve dolaylı etkilenmesi önem taşır. Çünkü azami oy limitinin pay sahiplerinin mevcut oy hakkının altında belirlenmesi halinde, münferit pay sahipliği hakkında önemli bir değer düşüklüğü söz konusudur.¹⁸⁵ Azami oy limitinin pay sahiplerinin mevcut oy haklarının altında belirlenmesi, sadece oy haklarını kısıtlamakla kalmaz, aynı zamanda diğer pay sahiplerine göre oy haklarını eşitsiz bir şekilde azaltır. Oy hakkı etkilenen pay sahiplerinin genel kuruldaki etkileri sınırlanırken, azami limit altında kalan diğer pay sahiplerinin etkisi ise göreceli bir artış yaşar. Azami oy şartı getirilmesi, bu nedenle, bu pay sahiplerinin yasal pozisyonuna büyük bir müdahale anlamına gelir.¹⁸⁶ Azami oy şartının getirilmesinde şirket pay sahiplerinin menfaatlerindeki değer düşüklüğüne karşı çeşitli şirket çıkarları öne sürebilirse de bunların pay sahiplerinin menfaatlere ağır basıp basmadığının orantılılık çerçevesinde kontrol edilmesi gerekir. Ancak özellikle haklı gerekçe olarak tespit edilebilen pek çok hedef esasen şirketin varlığı ve işlevselliği için belirleyici değildir.¹⁸⁷

¹⁸¹ Kırca, s.80 vd.

¹⁸² Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 103.

¹⁸³ Ayrıca bkz.: BGHZ 70 (1978) 122 vd. “Genel kurul, esas sözleşmesel çoğunlukla, belirli bir nedenle gerekli gördüğü takdirde” ifadesini kullanmıştır. Ancak kararda somut olarak özel bir neden olup olmadığı ve mahkemenin bunu değerlendirenip değerlendirmedigi belirtilmemiştir. Von Salis, s. 104, dn. 504.

¹⁸⁴ Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 103.

¹⁸⁵ Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 104.

¹⁸⁶ Böckli, Aktienstimmrecht, s. 47; Huguenin Jacobs, 157.

¹⁸⁷ Von Salis, Stimm-und des Vertretungsrechts, s. 104.

SONUÇ

Azami oy şartı (oy hakkının bir üst limit belirlenerek sınırlanması) anonim şirketlerde sermayeye katılma oranında hak sahibi olma ilkesi/oransallık ilkesinden sapmaya yol açmaktadır. Ancak mülga TTK'dan farklı olarak TTK m. 434/2 c.2'de açık bir hükümlerle "Her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir. Şu kadar ki, birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir" ifadesi ile buna olanak tanınmaktadır. Azami oy şartının ilk esas sözleşme ile düzenlenmesi genel olarak herhangi bir sorunu bünyesinde taşımamaktadır. Kurucuların oy birliği ile bir esas sözleşme hükmü olarak azami oy şartını düzenlemesi mümkündür. Ancak bu halde de azami oy şartı, pay sahibinin oy hakkına, oy gücüne ve genel kurula katılma biçimine etki ettiğinden, getirilen sınırlamanın emredici nitelikte düzenlenen herhangi bir hakkı etkileyip etkilemediği ve anonim şirketin temel yapısını göz ardı edip etmediği kontrol edilmelidir. Azami oy şartı ilk kurucu esas sözleşmede öngörülmemiş ise, sonradan bu yönde yapılacak bir düzenleme için esas sözleşmenin değiştirilmesi gerekmektedir. Ancak azami oy şartının esas sözleşme değişikliği ile getirilebileceği, esas sözleşme değişikliğinin bir genel kurul kararı gerektirdiği ve genel kurul kararının hukuki geçerlilik şartlarının azami oy şartının düzenlenmesi bakımından da aranması gerektiği söylenebilir. Bu halde bu esas sözleşme değişikliği, şekli ve maddi bazı şartların bir arada bulunması halinde geçerli olacaktır. Öncelikle azami oy şartının sonradan düzenlenmesi esas sözleşme değişikliği niteliğinde olduğundan genel olarak esas sözleşme değişikliği prosedürünün işletilmesi ve usulü kurallara riayet edilmesi gerekmektedir. Bu bakımından esas sözleşme değişikliğine ilişkin şekli şartların ve gerekli nisapların yerine getirilmesi gerekir. Ayrıca esas sözleşme değişikliği ile sonradan azami oy limiti getirilmesi veya var olan limitin ağırlaştırılması, kanun veya esas sözleşme uyarınca korunan pay sahipliği haklarının veya anonim şirketler hukukuna ilişkin temel ilkelerin ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesini gerektirir. Bu bağlamda azami oy şartının düzenlenmesine ilişkin kararın pay sahibinin vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran ya da anonim şirketin temel yapısını bozan bir karar olup olmadığı ve kanun, esas sözleşme ve dürüstlük kuralına aykırılık bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

Pay sahibinin asgari oy hakkını ortadan kaldıran azami oy şartı TTK m. 447/1a çerçevesinde pay sahibinin vazgeçilemez haklarını ortadan kaldıran nitelikte bir karar olması nedeni ile batıl addedileceği gibi, oy gücünü pay sahibinin paylarının toplam itibari değeri ile ilgili olmayan koşullara göre belirleyen, oy hakkının belirlenmesini başka bir tüzel kişiye bırakan veyahut azami oy şartının düzenlenmesini yönetim kurulunun takdirine terk eden bir karar da anonim şirketin temel yapısı ile uyumlu olmadığından TTK m. 447/1 c uyarınca butlan yaptırımı ile karşılaşacaktır. Bununla birlikte Kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırı olarak azami oy şartı düzenlemesi ise kural olarak iptal edilebilir bir karar olarak kabul edilecektir. Burada yapılacak sınırlandırmanın şirketin menfaatine olması, şirketin menfaatini gerçekleştirme için alınan önlemin gerekli ve uygun olması, maddi ve objektif gerekçelere dayanması, pay sahiplerine eşit işlem yapılması ile dürüstlük kuralları, hakların sakınılarak kullanılması ve orantılılık ilkelerine uygun surette alınmış bir karara dayanması maddi anlamda geçerlilik şartıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Ansay Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 6. bs., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982.
- Arnold Michael, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band: 3§§ 118-178, C.H.Beck, München, 2022.
- Ayhan Rıza/Çağlar Hayrettin/Özdamar Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021
- Aytuğar Bilge, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Biçer Levent, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Bieri Adrian, Statutarische Beschränkungen des Stimmrechts bei Gesellschaften mit Börsenkotierten Aktien, SSHW, Bd.303, Dike Verlag, Zürich, 2011
- Böckli Peter, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung derch Stellvertreter, Diss., Helbing&Lichenhahn, Basel, 1961.
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Schulthess, Zürich, 2009 (Aktienrecht).
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Schulthess, Zürich, 2022 (Aktienrecht 2022).
- Bürgi Wolfhart F., Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Bd. V/5b/1, OR 660-697, Schulthess, Zürich, 1957.

- Cahn Andreas/Von Spannenberg Michael Alexander, Aktiengesetz, Band 1 §§ 1-149, (Hrsg.: Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard), C.H.Beck, München, 2019.
- Çeker Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2000.
- Dağ Üner, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1996
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli, Bern, 1996.
- Gehrer Carole Lea, Statutarische Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen : eine Untersuchung der an der SWX kotierten Schweizer Aktiengesellschaften, Schulthess, Zürich, 2003.
- Gökdemir Tamer Tülay, Anonim Şirketlerde Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2022.
- Görmez Onur, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.
- Herller Sebastian, Aktiengesetz: AktG Kommentar (Hrsg.:Hans Christoph Grigoleit), C.H.Beck, München, 2020.
- Huguenin Jacobs Claire, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Schulthess, Zürich, 1994.
- Hüffer Uwe/Koch Jens, Aktiengesetz: AktG, C.H.Beck, München, 2021.
- İmregün Oğuz, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962 (Menfaat İhtilafları).
- İmregün Oğuz, Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989 (Anonim Ortaklıklar).
- Kalss Susanne, Das Höchststimmrecht als Instrument zur Wahrung des Aktionärsinflusses, Wien, 1992.
- Karasu Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Kastner Walther/Doralt Peter/Nowotny Christian, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts, Manz, Wien, 1990.
- Kendigelen Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999.
- Kırca İsmail, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Kırca İsmail/Şehirali Çelik Feyzan/Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C.I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- Korkut Ömer, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Karahan, Adana 2012.
- Kunz Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Stämpfli, Bern, 2001.

350 Anonim Şirketlerde Oy Hakkı Sınırlamalarının (Azami Oy Şartı) Esas Sözleşme Değişikliği ile Kuruluş Sonrası Düzenlenmesi

- Länzlinger Andreas, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art.530-964 OR Art.1-6 SchlT AG Art.1-11 ÜBest GmbH, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg), 4. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012.
- Meier- Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Stämpfli, Bern, 2012.
- Meyer, Philippe, Der unabhängige Stimmrechtsvertreter im schweizerischen Aktienrecht, Dike Verlag, Zürich/St Gallen, 2007.
- Moroğlu Erdoğan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 9. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020
- Nahrath Charles, Das Stimmrecht des Aktionärs nach schweizerischen Recht, Diss., Bern, 1993.
- Nomer N. Fusun, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999.
- Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Pestalozzi Christoph, Mehrstimmrecht in Generalversammlung und Urabstimmung der Genossenschaft, Diss., Schulthess, Zürich, 1977.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. bs, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Rieckers Oliver, Aktiengesetz: AktG Band 1: §§ 1-149, (Hrsg: Gerald Spindler/ Eberhard, Stilz), 4. Aufl, C.H.Beck, München, 2019.
- Schaad Hans-Peter, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art.530-964 OR Art.1-6 SchlT AG Art.1-11 ÜBest GmbH, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg), 4. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012.
- Schleiffer Patrik, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Diss., Stämpfli, Zürich, 1993.
- Schluep Walter R., Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss, Polygraphischer Verlag AG, St.Gallen 1955.
- Schiemer Karl, Handkommentar zum Aktiengesetz, Manz, Wien, 1986.
- Schmidt-Pachinger Sabine, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band 3§§118-178, C.H.Beck, München, 2022.
- Spindler Gerald, Aktiengesetz Kommentar: 1. Band §§ 1-149 (Hrsg.: Karsten Schmidt /Marcus Lutter), 3.Aufl., C.H.Beck, Köln, 2015.
- Şehirali Çelik Feyzan Hayal, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008.

- Tanner Brigitte, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss., Schulthess, Zürich, 1987.
- Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Teoman Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1983 (Yoksunluk).
- Tröger Tobias, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band 3/1- 7. Teillieferung §§ 133-134, 136-137 AktG (Hrsg. Wolfgang Zöllner/Ulrich Noack), Wolters Kluwer, Köln, 2017.
- Türk Ahmet, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, Stämpfli, Bern, 2014.
- von Greyerz Christoph, Die Aktiengesellschaft, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 1982.
- von Salis Ulysses Gubert Andreas, Die Gestaltung des Stimm- und des Vertretungsrechts im schweizerischen Aktienrecht, Schulthess, Zürich, 1996 (Stimm- und des Vertretungsrechts).
- Yağmur Setenay, Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Yıldız Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin, Ankara, 2004.
- Zöllner Wolfgang, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, Beck, München, 1963.

Makaleler

- Adams Michael, "Höchststimmrechte, Mehrfachstimmrechte und sonstige wunderbare Hindernisse auf dem Markt für Unternehmenskontrolle", *AG 35, 1990, s. 63-78.*
- Adıgüzel Burak, "Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Kaldırılması veya Sınırlanması" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S.1, s. s. 1-48.*
- Akdağ Güney Necla, "Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 3-4, Y. 2014, s. 115-135 (Eşitlik İlkesi).*
- Akdağ Güney Necla, "Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması", Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 45- 68.
- Alp Mustafa, "Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-" *Yasa Hukuk Dergisi, Ocak 1999, s. 1519-1534.*
- Baums Theodor, "Höchststimmrechte", *AG 35, 1990, s. s.221-242.*
- Dost Süleyman, "Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Aralık, 2018, s. 361-400.*
- Seyfullah Edis, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", Dr. Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1975, s. s. 447-460.

- Eminoğlu Cafer, "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından 'Eşit Şartlarda Eşit İşlem' İlkesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Y. 2015, S. 1, s. 79-88.
- Erdem H. Ercüment, "Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi", *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 393-524.
- Göksoy Y. Can, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, C.I, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2003, s. 363-440.
- Henze Hartwig, *Materiellrechtliche Grenzen für Mehrheitsentscheidungen im Aktienrecht (Teil I)*, *DStR* 1993, s. 1863-1871.
- Hofstetter Karl, "Die Gleichbehandlung der Aktionäre in börsenkotierten Gesellschaften", *SZW* 5/1996, s. s. 222-229.
- Immenga Ulrich, "Grenzen einer nachträglichen Einführung von Stimmrechtsbeschränkungen", *BB*, 1975, s. 1042-1045.
- Meilicke Heinz/Meilicke Wienand, "Umverteilung gesellschaftsrechtlicher Herrschaftsrechte" *Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag am 13. Juli 1976*, C.H.Beck, München, 1976, s. 99-112.
- Nomer N. Fusun, *Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi*, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1998, s. 469-490.
- Omağ Merih Kemal, "Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi", *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1986, C.1, S.1, s. 1-8.
- Pulaşlı Hasan, "Anonim Şirketlerde Esas Sözleşme ile Oy Hakkının Sınırlandırılması, Buna İlişkin Yöntemler ve Oyun Donduğu Haller", *Batider*, C. XXXIII, S. 3, 2017 (Sınırlandırılma), s.15-38.
- Tekil Fahiman, *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi*, *Argumentum* Aralık 1991, Y.2, S. 17, s. s. 258.
- Teoman Ömer, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı", *Batider*, C.XXV, S. 3, Eylül 2009, s. 5-24 (Oy Hakkı).
- Von Salis Ulysses Gubert Andreas, "Beschränkung der Stimmkraft der Aktionäre durch Höchststimmklauseln", *Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser*, (Hrsg. Schlupe, Walter R./Isler, Peter), Schulthess, Zürich, 1993, s. 171-185 (Beschränkung).
- Werner Winfried, "Einführung des Höchststimmrechts durch nachträgliche Satzungsänderung", *Die Aktiengesellschaft: AG, Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Aktien-Unternehmens und Kapitalrecht*, Köln 1975, s. 176-180.
- Yıldız Gaye Burcu, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, Özel S., 2013, s. 681-707.

İŞ KAZALARINDAN KAYNAKLANAN YAŞAM HAKKI İHLALI

VIOLATION OF THE RIGHT TO LIFE ARISING FROM OCCUPATIONAL ACCIDENTS

Candan ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU*

Özet: Çalışma hayatında birtakım risklerle karşılaşmak mümkündür. Bu risklerden biri de iş kazalarıdır. Çalışma hayatında karşılaşılan riskler taraflara ekonomik ve psikolojik açıdan zarar verebilir ve ölümlü iş kazaları gibi işgücü kayıplarına sebebiyet vererek üretimin azalmasına yol açabilir. Bir kazanın iş kazası olup olmamasına göre doğuracağı sonuçlar farklı olacaktır. Bu nedenle iş kazası kavramının açıklanması ve hangi durumların iş kazası olarak kabul edildiği hukuki açıdan oldukça önemlidir. İşyerlerinde yeterli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sonucu meydana gelen ve ölümlü sonuçlanan iş kazaları, en temel insan hakkı olan yaşam hakkının ihlal edilmesine sebep olmaktadır. Bu çalışmada iş sağlığı ve güvenliği hakkı ve bu hakkın yaşam hakkı ile ilişkisi, işverenin işçiyi koruma borcu ve iş kazası kavramı incelenerek, yaşam hakkı ihlaline ilişkin Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Kazaları, Yaşam Hakkı

Abstract: It is possible to encounter some risks in working life. One of these risks is occupational accidents. The risks encountered in the workplace can damage to the parties both economically and psychologically and may lead to a decrease in production by causing labour force losses such as fatal occupational accidents. The results of a given accident will vary according to whether there is an occupational accident or not. It is highly important whether it is an occupational accident or which is considered as an occupational accident jurally. Occupational accidents that occur as a result of not taking adequate occupational health and safety measures in workplaces and result in death cause the right to life, which is the most basic human right, to be violated. In this study, the right to occupational

* Doç. Dr., Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, candan.albayrakzincirlioglu@ibu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4730-8294, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.05.2024, Kabul Tarihi: 06.08.2024

health and safety and the relationship of this right with the right to life, the employer's obligation to protect the employee and the concept of occupational accident are examined and the decisions of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights regarding the violation of the right to life are discussed.

Keywords: Occupational Health and Safety, Occupational Accidents, Right to Life

GİRİŞ

Bir ülkenin güçlü ekonomiye sahip olması o ülkenin gelişmişlik düzeyi ile doğru orantılıdır. Güçlü ekonomiye sahip olan ülkeler daha kısa çalışma saatlerine rağmen daha üretkendirler. Daha uzun saatler çalışmak, bir ülkenin daha üretken olduğu anlamına gelmemektedir. Ekonomisi gelişmiş ülkeler gelirlerini artırmak için uzun saatler çalışmak zorunda kalmazlar. Bir ülkenin gelişmişliği o ülkede kaza sonucu meydana gelen can ve mal kayıplarına yol açan olayların sayısı ile doğru orantılıdır. Sürekli kar elde etme ve maliyeti düşürme hedefiyle hareket eden işyerlerinde yeterli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sonucu meydana gelen ve ölümlerle sonuçlanan iş kazaları, en temel insan hakkı olan yaşam hakkının ihlal edilmesine sebep olmaktadır. Sorumluluğu ağır olmasına rağmen kimi işverenler tarafından iş güvenliği önlemlerinin alınmaması ya da eksik alınması maliyeti düşüren bir unsur olarak görünse de diğer tarafta ölümlerle sonuçlanan iş kazası kadere bağlanmakta ve Anayasa ile güvence altına alınan yaşam hakkı ihlal edilmektedir. Oysa iş kazalarının büyük çoğunluğu iş güvenliği konusunda yeterli ve etkin önlemler alındığı takdirde önlenilecek niteliktedir. Günümüzde küresel ekonomik kriz, küresel rekabetin artmasına sebep olduğundan hammadde ve işgücü sağlama açısından, mal ve hizmet üretimi zincirinde her bir parça için en ucuz işgücü sunan yeri bulup yararlanma konusu işyerlerinin tercihlerini belirlemede büyük rol oynamaktadır.¹ Küreselleşme sürecinde güvencesiz, atipik çalışma biçimlerinin artması, çalışan sağlığının korunmasında devlet denetiminin somut ifadesi olan iş teftişinin

¹ Hasan Bakır, "Neo-Liberalizm, Küresel Kriz ve Emek Piyasasında Yaşanan Dönüşümler; Güney Avrupa Bağlamında bir Değerlendirme", *AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2018, Cilt:18, Yıl:18, Sayı: 3, 18: 1-30, s. 2-4; Zeynep Şişli, "İnsan Hakları Bağlamında Çalışan Sağlığı Açısından Devletin Yükümlülükleri: Telafi Mi, Koruma Mı?", *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2019, Yıl: 84, S. 3, s. 168.

azalmasına sebep olmuştur.² Sanayileşmenin başlangıcından itibaren kanayan yaralardan biri olan iş kazaları ve meslek hastalıkları sonucu ölüm ve engellilik durumunun azaltılması için sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak çeşitli adımların atıldığı da görülmektedir. Buna rağmen iş kazaları sonucu ölüm oranları küçümsenmeyecek kadar fazladır. Devlet, işverenler ve sendikalar, iş güvenliğini sağlamada etkin rol oynamaktadır. İş güvenliğinin etkin bir şekilde sağlanması her şeyden önce iş güvenliği bilincinin oluşması ile mümkün olur. Sadece mevzuat ile getirilen hukuki güvenceler çok mükemmel dahi olsalar, iş güvenliğinin etkin bir şekilde sağlanması konusunda bilincin oluşmaması nedeniyle ilgili kişiler tarafından bu güvencelerin uygulanmaması mevzuat ile getirilen düzenlemeleri sadece mevzuatta yazılı olmaktan öteye götüremeyecektir.

Bu çalışmada ilk olarak iş sağlığı ve güvenliği hakkının yasal dayanağı ile bu hakkın yaşam hakkı ile ilişkisi, iş sağlığı ve güvenliği kavramı açıklanmış, işverenin işçiyi koruma borcundan bahsedilmiştir. Devamında iş kazası kavramı hem genel olarak hem de sosyal güvenlik hukuku bakımından ele alınmıştır. İş kazası bağlamında yaşam hakkının korunmasına değinilmiştir. Son olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması veya eksik alınması sonucu olarak meydana gelen ve ölümlerle sonuçlanan iş kazaları nedeniyle ihlal edilen yaşam hakkı incelenmiştir. Yaşam hakkı ihlaline ilişkin Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da ele alınmıştır. İşverenin iş kazalarından kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluğu, çalışma konumuzun kapsamı dışına çıkmadan kısaca inceleme konusu yapılmıştır.

I. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ

A. İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Yasal Dayanağı

Yaşama hakkının varlık nedeni, kişiyi doğal olmayan ölümlere karşı korumaktır. Bu anlamda yaşama hakkı, yaşamın sürdürülmesini güvence altına almaktadır.³ Ulusal ve uluslararası

² ILO, Labour Administration and Inspection, <https://www.ilo.org/global/topics/labour-administration-inspection/lang--en/index.htm>, erişim tarihi 30.12.2023.

³ Osman Doğru, Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, Ankara 2018, s. 3.

düzenlemelerde insan yaşamının korunması ile ilgili hükümler bulunmaktadır. T.C. Anayasamızda,⁴ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde,⁵ Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinde,⁶ Avrupa Sosyal Şartında,⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde,⁸ Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisinde,⁹ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasında¹⁰ kişilerin yaşamlarının korunması, çalışanların güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakları hususunda düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca ülkemiz tarafından imzalan İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 No'lu ILO Sözleşmesinin¹¹ 13. maddesi¹² ile çalışanlara işyerlerinde sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakın tehlike bulunması halinde çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmıştır.

İş sağlığı ve güvenliği hakkı, bir insan hakkıdır. Anayasamızdaki bazı maddeler, bu hakka dayanak oluşturmaktadır. Anayasamızdaki Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olmasını düzenleyen 2. madde, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını düzenleyen 17. madde, çalışma koşulları ve dinlenme hakkını düzenleyen 50. madde, sağlık hizmetlerini düzenleyen 56. madde, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve devletin bu güvenliği sağlayacak tedbirleri alacağı ve gerekli teşkilatı kuracağına ilişkin 60. mad-

⁴ "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." (Any. m. 17/1)

⁵ "Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır." (m. 3)

⁶ "Herkes, fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir." (m. 3)

⁷ "Tüm çalışanların güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkı vardır." (m. 3)

⁸ "Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez." (m. 2/1)

⁹ "Her insanın yaşam, özgürlük ve kişi güvenliği hakkı vardır." (m. 1)

¹⁰ "Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir." (m. 2/2)

¹¹ ILO kabul tarihi: 3 Haziran 1981; RG. 13.01.2004 T., 25345 S.; Türkiye'de Yürürlüğe Girdiği Tarih: 22 Nisan 2005.

¹² "Sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakında vaki olmasından korktuğu tehlike nedeniyle, haklı bir gerekçeyle, işinden uzaklaşan bir işçi, işinden uzaklaşması nedeniyle olabilecek uygunsuz sonuçlara karşı ulusal koşullar ve uygulama uygun bir şekilde korunacaktır."

de iş sağlığı ve güvenliği hakkının dayanakları arasındadır. İşverenler, Anayasada yer alan yaşam, çalışma, sosyal güvenlik gibi haklar uyarınca işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdürler.¹³

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması anayasal bir haktır. Anayasamızın 2. maddesine göre, "Türkiye Cumhuriyeti, ... sosyal bir hukuk Devletidir". Devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen Anayasamızın 5. maddesine göre de "Devletin temel amaç ve görevleri, ... 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". Sosyal devlet, toplumun güçsüz kesimlerinin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürebilmelerini sağlayan sosyal hakları uygulamaya koyarak, herkesin siyasal yaşama aktif bir biçimde katılmasına katkıda bulunması şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁴ Sosyal devletin amacı, herkese insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi sağlamaksa ve bir devlet kendini sosyal devlet olarak tanımlıyorsa çalışma hakkı (m. 49), adil ücret hakkı (m. 55), sosyal güvenlik hakkı (m. 60, m. 61), konut hakkı (m. 57), sağlık hakkı (m. 56), eğitim hakkı (m. 42) gibi anayasamızda belirtilen sosyal hakları vatandaşlarına sağlamalıdır.¹⁵ Devletin işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini sağlama ödevi sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak karşımıza çıkmakta, çalışanların da işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını isteme hakkı sosyal hak olarak kabul edilmektedir.¹⁶

B. İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkı ile Yaşam Hakkı İlişkisi

Yaşama hakkı, Anayasamızın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma

¹³ Mahmut Kabakçı, "İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 86, s. 257.

¹⁴ Nihat Bulut, "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", *AÜHFED*, Ankara 2003, C. 52, S. 2, s. 180.

¹⁵ Candan Albayrak, "Küreselleşme ve Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi", *TBB Dergisi*, 2012, S. 98, s. 169.

¹⁶ Sosyal haklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Abdülkadir Şenkal/Mahmut Doğan, "Sosyal Politika Ve Sosyal Haklar; Vatandaşlık Haklarının Yeniden Kavramsallaştırılması Arayışı", *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y: 2012, C. 9, S. 17, s. 66 vd.

ve geliştirme hakkına sahiptir.” Ayrıca Anayasa m. 56/1 gereğince, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.” Aynı maddenin 3. fıkrasında da devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu durumda işyerinde sağlanması gereken iş güvenliği hakkı, yaşama hakkının bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. En temel hak olan yaşama hakkının iş sağlığı ve güvenliği hakkı ile bağlantısı yadsınamaz niteliktedir. Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında¹⁷ iş güvenliği hakkının yaşama hakkı ile ilişkisi olduğunu isabetli olarak vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesinin ilgili kararı gereğince, “*Tartışma konusu kuralda işveren işçi sağlığını ve güvenliğini titizlikle korunma durumunda bırakarak işçilerin ölmelerini veya sağlıklarına zarar gelmesini önleyici bir tedbir niteliği de vardır. Böyle bir tedbirin ise, Anayasa’nın 14’üncü maddesinin ilk fıkrasındaki (Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir.), 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki (Devlet insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.) kuralları ile 49’uncu maddesinin birinci fıkrasındaki (Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini sağlamakla ödevlidir.) Kuralının dayandığı temel ilkenin, başka deyimle kişinin canının ve sağlığının Devletçe her türlü zarardan, korunması ilkesinin gereği bulunduğu açıkça görülmektedir. Gerçekten; bütün devletlerin ilk görevi, kişilerin canlarını, sağlıklarını özellikle başka kişiler yüzünden doğacak her tehlikeden korumaktır. Devletler bu ödevlerini hukuk alanında ceza veya tazminat gibi yaptırımlar öngörerek yerine getirmektedirler*”.¹⁸ Söz konusu karardan da anlaşıldığı üzere, hukukun koruması gereken en büyük değer, kişi yaşamı ve kişi sağlığıdır.

Devletin Anayasadan doğan iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması görevini yerine getirebilmesi için etkili bir iş sağlığı ve güvenliği mev-

¹⁷ AYM, 23.5.1977 T., 1972/2 E., 1972/28 K. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1972-28-nrm.pdf>, erişim tarihi: 03.01.2023); Bu karar ile ilgili ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, İkinci Tıpkı Basım Ankara Üniversitesi Basımevi Ankara 1992, S. 10, s. 406-414; AYM, 18.3.1976 T., 1975/198 E., 1976/18 K. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1976-18-nrm.pdf>, erişim tarihi: 03.01.2023); Bu karar ile ilgili ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Ankara 1977, (İkinci Tıpkı Basım Ankara Üniversitesi Basımevi Ankara 1991), S. 14, s. 106.

¹⁸ *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, İkinci Tıpkı Basım Ankara Üniversitesi Basımevi Ankara 1992, S. 10, s. 411-412.

zuatı öngörmesi, güçlü bir iş güvenliği örgütü oluşturması, öngörülen mevzuatın uygulanmasını denetlemesi ve gerekli durumlarda hukuki, idari ve cezai yaptırımları uygulaması gerekmektedir.¹⁹

C. İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı

İş sağlığı ve güvenliği, çalışanların yaptıkları işten, çalışma koşullarından ve kullanılan araç ve gereçlerden doğabilecek tehlikelere karşı yaşamının ve sağlığının etkin olarak korunmasını ve çalışanların sağlıklı ve güvenli çalışabileceği ortamın sağlanmasını ifade etmektedir.²⁰ Bir başka tanıma göre, iş sağlığı ve güvenliği, çalışanların çalışma hayatında karşılaştıkları yaşam ve vücut bütünlüklerine yönelik tehlikelerin ortadan kaldırılması ya da azaltılması konusunda işverene, işçiye ve devlete getirilen hukuki, tıbbi ve teknik yükümlülükler ile iş kazası ve meslek hastalıkları gibi çalışma yaşamının getirdiği sağlık risklerinin önlenmesini ve azaltılmasını ifade etmektedir.²¹ Bir diğer tanıma göre, iş sağlığı ve güvenliği, kanun, yönetmelik ve benzeri düzenlemelerle çalışanların korunmasını sağlamaya yönelik inceleme ve uygulamalar bütünüdür.²² Bu tanımları çoğaltmak mümkündür.

İş sağlığı ve güvenliği hakkı, işçinin sağlık ve yaşam hakkının, çalışma hayatındaki uzantısı olarak görülmekte, kanunlardan ve diğer düzenlemelerden kaynaklanan, devlet tarafından desteklenen ve çeşitli yaptırımlarla korunan bir temel hak olarak kabul edilmektedir.²³ İş sağlığı ve güvenliği, sadece iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle meydana gelen zararları gidermeyi değil; daha da öncelikli olarak bu tür olumsuz sonuçların doğmasını engellemeyi hedef almaktadır.²⁴ Bu

¹⁹ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2021, s. 901.

²⁰ Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, 25. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 171; Bu kavram ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 3-7.

²¹ Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan/Esra Baskan, *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020, s. 351; Mustafa Tiftik/Ayşe Adıgüzel, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre Genel Hizmet Sözleşmesinde İşverenin İşçiyi Koruma Borcu", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2016/1, s. 332.

²² Sami Narter, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuku Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 20.*

²³ Sümer, *İş Hukuku*, s. 171.

²⁴ Erol Akı, "6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Özel Sayı), Prof. Dr. M. Polat

açından İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun önleyici bir yaklaşımı benimsediğini söylemek mümkündür.

II. İŞVERENİN İŞÇİYİ KORUMA BORCU

İşverenin işçiyi koruma borcu geniş bir borç olup, bu borcun kapsamına işçinin sağlık ve güvenliğinin, şeref ve haysiyetinin, kişiliğinin, onurunun, yaşamının, ruh ve beden bütünlüğünün, ücretinin korunması girmektedir.²⁵ İşverenin işçiyi koruma borcu işveren tarafından, işçinin çalışması nedeniyle karşılaşabileceği tehlikelerden korunması, bu konuda önlem alınması ve onun çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınılması olarak ifade edilmektedir.²⁶ İşverenin işçiyi koruma borcunun karşılığı işçinin sadakat borcudur. İşverenin işçiyi koruma borcunun hukuki dayanağı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun²⁷ "İşçinin kişiliğinin korunması" kenar başlıklı 417. maddesidir. Bu maddeye göre, "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir".

Soyer'e Armağan I, C. 15, Özel Sayı, 2013, İzmir, (Basım Yılı 2014), s. 3; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 1349; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 351; Tiftik/Adıgüzel, s. 332.

²⁵ Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta Basım, İstanbul 2021, s. 385.

²⁶ K. Ahmet Sevimli, "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Çalışma ve Toplum, 2013/1, C. 1, S. 36, s. 110.

²⁷ RG. 04.02.2011 T., 27836 S.

Türk Borçlar Kanunu m. 417 hükmünden anlaşılacağı üzere, bu madde işverenin işçiyi koruma borcunu düzenleyen genel bir hükümdür. Bu hüküm çerçevesinde işverenin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün geniş ve mutlak bir nitelik taşıdığı söylenebilir.²⁸ İş kazalarının önemli ölçüde önlenmesi için işverenin işçiyi koruma yükümlülüğüne uyması gerekir. İşverenin iş güvenliğine ilişkin kurallara uymaması veya tüm önlemlere rağmen iş kazasının gerçekleşmesi halinde, işçiye karşı sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'nun genel sorumluluk ilkeleri çerçevesinde devam etmektedir.²⁹

Türk Borçlar Kanunu yanında işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu, mevzuatımızda 2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu³⁰ ile işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülükleri düzenlenmektedir. 6331 sayılı İSGK. m. 2/1'e göre, "Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır". Bu madde ile 6331 sayılı Kanun'un uygulama alanı gösterilmiş ve faaliyet konularına bakılmaksızın bağımlı çalışanların tamamı Kanun kapsamına alınmıştır. Böylece 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olan işçiler, Türk Borçlar Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanununa tabi olarak çalışanlar ile kamu görevlisi statüsüne sahip memurlar ve sözleşmeli personellerin, çırak ve stajyerlerin de İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kapsamına alınmış olduğu görülmektedir.³¹

²⁸ Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, 7. Baskı, LYKEION Yayıncılık, Ankara 2022, s. 1439.

²⁹ İftar Cengiz, "İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu", TAAD, Nisan 2018, Yıl: 9, S. 34, s. 125; Yarg. 10. HD. 11.04.2019 T., 2018/6289 E., 2019/3373 K. (lexpera.com.tr; erişim tarihi: 08.07.2024).

³⁰ RG. 30.06.2012 T., 28339 S.

³¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 1357; Sümer, İş Sağlığı, s. 51-54; Akı, s. 4, 7; Tankut Centel, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Kapsamı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı), Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 80-81; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 414; Tiftik/Adıgüzel, s. 333.

III. İŞ KAZASI KAVRAMI

A. Genel Olarak İş Kazası Tanımı

Doktrinde kaza kavramının biri geniş biri dar olmak üzere iki tanımı yapılmaktadır. Geniş anlamda kaza, aniden ve istenilmeden bir zararın doğumuna neden olan sebepler bütünüdür.³² Bu anlamda kaza kavramı vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm ile birlikte eşyaya gelen zararları da kapsamaktadır.³³ Dar anlamda kaza ise, yalnız vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm hallerini içermektedir.³⁴ İş kazası da dar anlamda kaza kavramı içinde değerlendirilmektedir.³⁵

Hukuk sistemimizde dar anlamda kaza için bazı unsurların varlığı gerekmektedir. Bu unsurlar sırasıyla; vücut bütünlüğünün ihlali, dışsallık, istenilmeme, anilik ve uygun illiyet bağıdır. Bu unsurlar birlikte değerlendirildiğinde, vücut bütünlüğünü bozan, dışarıdan gelen ve ani nitelikli istenilmeyen bir olay hukukumuzda dar anlamda kaza olarak nitelendirilebilir.³⁶

6331 sayılı İSGK. m. 3/1-g hükmünde iş kazasının tanımı yapılmıştır. Bu maddeye göre, “İş kazası: İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olayı, ifade eder”. Bu tanıma göre, bir kazanın iş kazası olarak kabul edilebilmesi için; kaza işyerinde ya da işin yürütümü nedeniyle meydana gelmiş olmalıdır, kaza çalışanın ölümü ile sonuçlanmış ya da onun vücut bütünlüğünü bozmuş veya onu ruhen ya da bedenen engelli hale getirmiş olmalıdır.³⁷

³² Levent Akın, “Covid 19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, Çimento İşveren Dergisi, C. 34, S. 3, Mayıs 2020, s. 22; Haluk Hadi Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 143; Cengiz, s. 128.

³³ Akın, Covid 19, s. 22; Cengiz, s. 128; Hukuk sözlüğünde kaza, kasta dayanmaksızın, elde olmadan meydana gelen ve can ve/veya mal kaybına yol açan olay olarak tanımlanmıştır (Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 660).

³⁴ Fikret Eren, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 344, Ankara 1974, s. 6; Cengiz, s. 128.

³⁵ Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 19 vd.; Cengiz, s. 128.

³⁶ Akın, Covid 19, s. 22; Cengiz, s. 128.

³⁷ Sümer, Sosyal Güvenlik, 143-144.

Doktrinde iş kazası, sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan bir olarak tanımlanmaktadır.³⁸ Bu tanım bireysel iş hukuku anlamında iş kazasının tanımıdır. Doktrinde işverenin işçiye karşı sorumlu olduğu iş kazası bireysel iş hukuku anlamında iş kazası olarak da adlandırılmaktadır.³⁹

B. Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından İş Kazası Tanımı

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun⁴⁰ 13. maddesine göre, "İş kazası; a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır". Görüldüğü üzere söz konusu hükümde iş kazasının tanımı yapılmamış, sadece hangi hallerin iş kazası sayılacağı belirtilmiştir. 5510 sayılı Kanun'a göre, bir olayın iş kazası sayılabilmesi için bu kanunun 13. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen beş durumdan birinin gerçekleşmiş olması ve gerçekleşen bu olayın sigortalıyı hemen veya sonrasında bedenen ya da ruhen engelli hale getirmesi gerekmektedir. İlgili hüküm, bir kazanın ne gibi "hal ve durumlarda" iş kazası sayılacağını, "yer ve zaman" koşullarıyla sınırlandırarak belirtmektedir.⁴¹ 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde yer alan iş kazası tanımı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesi için hangi kazanın iş kazası sayılacağını düzenlemektedir. Bu hükümde yer alan tanıma uygun bir kaza meydana gelmesi durumunda 5510 sayılı Kanun'da düzenlenen

³⁸ Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/ Nursen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Bası, Beta Basım, İstanbul 2021, s. 377-378.

³⁹ Sümer, Sosyal Güvenlik, s. 154; Cengiz, s. 128.

⁴⁰ RG. 16.06.2006 T., 26200 S.

⁴¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 376.

sigorta yardımları kazaya uğrayan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacaktır. İş kazasına uğrayan sigortalıya sosyal sigorta yardımlarının yapılması için, işverenin kusurlu ya da sigortalının kusursuz olma koşulu aranmamaktadır.⁴² İşyerinde meydana gelen ancak işçinin gördüğü iş ile nedensellik bağı bulunmayan bir kaza da 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre iş kazası olarak kabul edilecek, ancak işveren böyle bir kazadan sorumlu tutulamayacaktır.⁴³

İş kazası kavramını düzenleyen iki kanun hükmü birlikte değerlendirildiğinde görüyoruz ki; 6331 sayılı Kanun'un m. 3/1-g hükmünde iş kazasının tanımı yapılmış, 5510 sayılı Kanunda ise hangi hal ve durumların (kanunda sayılan beş durumun) iş kazası sayılacağı belirtilmiştir. 6331 sayılı Kanun'da yapılan iş kazası tanımı açısından şu eleştiriyi dile getirmekte fayda vardır. Doktrinde de kabul edildiği üzere, sadece işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen kazalar değil, 5510 sayılı Kanun'un m. 13/1-c hükmünde kabul edildiği gibi, "Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda" gerçekleşen kazalar da iş kazası olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle 6331 sayılı Kanun'da yapılan iş kazası tanımının, 5510 sayılı Kanun'a göre daha dar olması hem isabetli olmamış hem de aynı kavramı düzenleyen iki kanun hükmü arasında çelişki ortaya çıkmasına sebep olmuştur.⁴⁴

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sorumluluğu açısından iş kazası kavramı ile işverenin sorumluluğu açısından iş kazası kavramı birbirinden farklıdır. İşverenin hukuki sorumluluğunu doğuran her kaza 5510 sayılı Kanun bakımından da iş kazası olmasına rağmen, 5510 sayılı Kanun bakımından iş kazası sayılan her kaza işverenin hukuki sorumluluğunu doğuran bir iş kazası değildir. Bir diğer ifadeyle, 5510 sayılı Kanun bakımından iş kazası kavramı işverenin sorumlu olduğu iş kazası kavramına göre daha geniş bir anlama sahiptir.⁴⁵ Bu anlamda iş hukuku

⁴² Sümer, Sosyal Güvenlik, s. 153; Cengiz, s. 129-130.

⁴³ Sümer, Sosyal Güvenlik, s. 154.

⁴⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 376-377.

⁴⁵ Sümer, Sosyal Güvenlik, s. 154.

anlamında her kaza sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazasıdır. Ancak sosyal güvenlik hukukuna göre, her iş kazası iş hukukuna göre mutlaka iş kazası değildir.⁴⁶

5510 sayılı Kanun anlamında iş kazasının unsurları; bir kazanın meydana gelmesi, kazaya uğrayanın 5510 sayılı Kanun anlamında sigortalı olması, kaza sonucunda sigortalının ruhen veya bedenen engelli hale gelmesi, kaza ile sigortalının uğradığı zarar arasında illiyet bağı bulunması ve kazanın maddede belirtilen (m. 13/1-a'dan 13/1-e'ye kadar sayılan) hallerden birine uygun olarak gerçekleşmesidir.⁴⁷ Bu sayılan unsurların birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

IV. İŞ KAZASI BAĞLAMINDA YAŞAM HAKKININ KORUNMASI

6331 sayılı Kanun'da iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda işveren tarafından çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimi düzenlenmiştir. Bir diğer ifadeyle, 6331 sayılı Kanun açısından işverenin eğitim verme ve bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Her işçi sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışma hakkına sahiptir. İş ortamının risklerden arınmış olması bu açıdan son derece önemlidir. İş yerinde mevcut olan risklerin bertaraf edilebilmesi için öncelikle bu risklerin saptanması, ayıklanması ve tekrar oluşumunun engellenmesi gerekir. Bunun için de gerekli olan unsur, iş sağlığı ve güvenliği alanında eğitimidir.⁴⁸

6331 sayılı İSGK. m. 17'de "Çalışanların Eğitimi" başlığı altında iş sağlığı ve güvenliği eğitimi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir ve bunun uygulanmasına ilişkin "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"⁴⁹ yürürlüğe girmiştir. Düzenlemenin amacı, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşması ve çalışanlara işyerinde karşılaşılabilecekleri risklere (tehlike-

⁴⁶ Sümer, Sosyal Güvenlik, s. 155.

⁴⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 378 vd.; Sümer, Sosyal Güvenlik, s. 144 vd.; Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Yeni mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 264 vd.

⁴⁸ Zehra Gizem Ateş, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Eğitilmeleri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 2, Y. 2020, s. 714.

⁴⁹ RG. 15.5.2013 T., 28648 S.

lere) karşı uymaları gereken kuralları öğretmektir.⁵⁰ İşçi sağlığı ve güvenliği eğitimi, işçilerin iş yerinde iş dolayısıyla karşı karşıya oldukları riskleri en aza indirebilmek için düzenli aralıklarla yapılan, bu alanda bilinç ve bilgi kazandırma çalışmalarıdır.⁵¹

İş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesinde iş sağlığı ve güvenliği açısından verilecek eğitim oldukça önemlidir. Bu eğitimin öncelikli fonksiyonu risklerin meydana gelmeden önce önlenmesidir. Bu bağlamda işyerinde işçiye temin edilen araç ve gereçlerin nasıl kullanılacağına öğretilmesi ve olası risklere karşı işçinin korunması yöntemlerine ilişkin eğitimin verilmesi gerekmektedir. Eğitim iş sağlığı ve güvenliği sorununun çözümünde önemli bir yere sahiptir; iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi için, ilk olarak iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşturulması şarttır.⁵² Çalışanlara güvenlik kültürü kazandırılmadığı takdirde hukuk kuralları iş kazaları ve meslek hastalıklarını önlemekte yetersiz kalacaktır.⁵³

İşverenlerin eğitim yükümlülüğü yanında 6331 sayılı İSGK. m. 16 gereğince, bilgilendirme yükümlülüğü de bulunmaktadır.⁵⁴ Bu bağlamda işverenler, iş sağlığı ve güvenliği alanında çalışanların iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı etkin korunabilmeleri için çalışanları karşı karşıya buldukları tehlikeler, mesleki riskler, alınması gerekli önlemler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek zorundadır.⁵⁵ Çalışanların işyerinde karşılaşılabilecekleri risk ve tehlikeler, bunlara karşı alınan tedbirler, kendilerini ilgilendiren hak ve sorumluluklar gibi konularda bilgilendirilmeleri, iş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesi konusunda oldukça etkili ve gereklidir. Zira, bu konularda doğru bir şekilde bilgilendirilmiş ve gerekli eğitimi almış

⁵⁰ Sümer, İş Sağlığı, s. 149-150.

⁵¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 371; Sümer, İş Sağlığı, s. 149; Ateş, s. 715.

⁵² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1443; Süzek, s. 912; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 371; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 417.

⁵³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1443 vd.; Sümer, İş Sağlığı, s. 149.

⁵⁴ Bilgilendirme yükümlülüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Candan Albayrak Zincirlioğlu, "Covid 19 Salgını Özelinde İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasında İşverenin ve Çalışanın Bilgilendirme Yükümlülüğü", Current Debates on Social Sciences 7 Human Studies, Bilgin Kültür Sanat Yayınları, Ankara 2021, s. 266 vd.

⁵⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1443; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 372-373; Sümer, İş Sağlığı, s. 155; Süzek, s. 915.

olan çalışanlar, daha dikkatli hareket eder, alınan önlemlere uygun davranır ve alınmayan tedbirler konusunda işverenini uyarır.⁵⁶ Yasal düzenlemeler işverene bir iş kazası ya da meslek hastalığının meydana gelmemesi için gerekli sistemi kurma yükümlülüğü getirmektedir. Süreç yönetiminin düzgün ve etkili işleyebilmesi için tarafların yükümlülüklerini etkin bir şekilde yerine getirmesi oldukça önemlidir.⁵⁷ Bir iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumunda işverenin sorumluluğu tespit edilirken, işverenin işçiye eğitim verip vermediği ve bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği dikkate alınacaktır. İşçinin bilgilendirilmemesi kusur oluşturacağından, eğitim ve bilgi verme yükümlülüklerinin yazılı olarak belgelenmesi, gerekli olduğunda tekrarlanması özel önem taşımaktadır.⁵⁸ 6331 sayılı Kanun iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle meydana gelen zararların doğmasını önlemeyi hedef aldığından, bu Kanun'un önleyici bir yaklaşımı benimsediğini söylemek yerinde olacaktır.

6331 sayılı Kanun, bazı istisnalar hariç, kamu ve özel sektördeki çalışanları diğer ifadeyle; işçi, memur ve diğer kamu görevlilerini kapsamına almaktadır. Bu Kanun ile iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin hem kamu hem özel sektör olmak üzere tüm faaliyet alanlarında ve tüm çalışanları kapsayacak şekilde uygulanması prensibine yer verildiği görülmektedir. 6331 sayılı Kanun ile her tür işyeri için risk değerlendirmesinin yapılması veya yaptırılması ön koşul olarak getirilmiştir. Çalışana, ciddi ve yakın tehlikeyle karşı karşıya kalması halinde çalışmaktan kaçınma hakkı verilmiş, hayati tehlike durumunda ise işyerlerinin tamamında veya bir bölümünde işin durdurulmasına olanak tanınmış olup kural ihlallerinde idari para cezalarının caydırıcılığı ve etkinliği arttırılmıştır. Bu anlamda iş sağlığı ve güvenliği alanında önleyici, iyileştirici ve koruyucu önlemleri içeren proaktif yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.⁵⁹ 6331 sayılı Kanun'un temelinde önle-

⁵⁶ Ufuk Aydın, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine", *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Y. 7, S. 26, Haziran 2012, s. 13; Eren Yıldız, *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 80.

⁵⁷ Albayrak Zincirlioğlu, *Bilgilendirme Yükümlülüğü*, s. 276.

⁵⁸ Gülsevil Alpagut, "6331 sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu'nun Genel Esasları", *İÜHFİM*, C. 72, S. 2, Y. 2014, s. 41.

⁵⁹ Selahattin Erol, "İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşveren, Çalışan ve Devletin Rolü", *ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi*, Y. 2015, S. 4, s. 118.

me ve koruma politikasının yer aldığı açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Öyle ki, kanun koyucu, işverene bir iş kazası meydana geldikten sonra bu kazanın neden olduğu araştırılarak kazanın bir daha olmaması için önlem alma değil, bir iş kazasının ya da meslek hastalığının meydana gelmemesi için gerekli sistemi kurma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu nedenle Kanun, iş sağlığı ve güvenliği konusunda statik değil, sürekli gelişmeleri takip eden, mevcudu iyileştiren, geliştiren, denetleyen, dinamik bir anlayışı benimsemektedir.⁶⁰

Hukukumuzda işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemlerin alınması konusundaki yükümlülük esas olarak işverene yüklenmiştir. Ancak devletin de bazı yükümlülüklerinin olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Devletin iş sağlığı ve güvenliği hukukundan doğan yükümlülükleri; iş sağlığı ve güvenliği mevzuatını oluşturmak, uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli teşkilatı kurmak ve denetim görevini yerine getirmektir.⁶¹ Böyle bir sorunun tek önleyicisi olarak Devletin gösterilmesi hakkaniyete uygun düşmeyeceğinden, devletin yanı sıra işverenler, işçi ve işveren örgütleri, çalışanlar, eğitim veren kurumlar ve araştırmacılar iş sağlığı ve güvenliğinde risklerin meydana getirdiği zararları ve etkileri en aza indirme konusunda yardımcı olabilirler.⁶² İş kazaları ve meslek hastalıklarını önleyici tedbirler geliştirilmeli; bu anlamda etkin bir şekilde işyerlerinde risk değerlendirme çalışmalarının yapılması, çalışanların görüşlerinin alınması, uzman personel bulundurulması, çalışanların işyerindeki tehlikeler konusunda bilgilendirilmesi, eğitilmesi ve kişisel koruyucu donanımların kullanımında gerekli özenin gösterilmesi ve böylece iş sağlığı ve güvenliği kültürünün etkin bir şekilde yerleştirilmesi sağlanmış olmalıdır.⁶³ İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin sorunların aşılabilmesi için devletin güçlü bir iş teftiş örgütü kurması ve mevzuatın etkin uygulanmasını denetlemesi gerekmektedir. İş sağlığı ve güvenliği sisteminin daha etkin hale getirilmesi amacıyla devletin işverenlere tatmin edici oranda mali destekte bulunması düşünülebilir. Devlet tarafından yapılan denetimler artırılarak, öngörülen cezaların caydırıcı olması amacıyla daha da ağırlaştırılması sağlanabilir. İş sağlığı ve güvenliği önlemleri-

⁶⁰ Çelik/Canıklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 415-416.

⁶¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 361.

⁶² Erol, s. 117.

⁶³ Erol, s. 118.

nin tam olarak alınmadığı işyerlerinde çalışma yapılmasına izin verilmeyebilir.⁶⁴

V. YAŞAM HAKKI KAVRAMI VE YAŞAM HAKKI İHLALİNE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARI

İş kazaları sonucunda ölüm meydana gelebilir. Ölen kişinin yakınları iş kazası sonucu meydana gelen ölüm olayı nedeniyle ceza davası ile ölen işçinin mirasçıları maddi ve manevi tazminat davası açabilir, ayrıca destekten yoksun kalma tazminatı da talep edebilirler. İş kazaları nedeniyle açılacak davalar; yaralanma ve ölüm meydana gelmiş ise ceza davaları, tazminat taleplerinin olduğu hukuk davaları ve 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesi gereğince Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işverene veya üçüncü kişilere açılan rücu davaları şeklinde olabilir. Bu dava türlerinden sadece maddi ve manevi tazminat davası ile destekten yoksun kalma tazminatı çalışma konumuzun sınırları kapsamında kısaca incelenmiş; öncesinde ise yaşam hakkı kavramı genel hatlarıyla açıklanarak, yaşam hakkı ihlaline ilişkin Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına yer verilmiştir.

A. Yaşam Hakkı Kavramı

Yaşam hakkını çeşitli şekillerde tanımlamak mümkündür. En genel ifadeyle yaşam hakkı, bir kişinin insanca yaşayabilmesi için yapılması gerekenler şeklinde tanımlanabilir. Bu durumda sadece nefes almak ya da sadece hayatta olmak yaşam hakkını ifade etmek için yeterli değildir. Doktrinde yapılan tanıma göre, yaşam hakkı ilk olarak insanın fizik-biyolojik-psikolojik varlığını sorunsuz sürdürebilmesi için sağlık ve bütünlük içinde dünyaya gelebilmesi, sonrasında ise kazanmış olduğu hukuki kişilik ile beraber yaşamını sürdürebilmesi ve toplumun yararı için de olsa öldürülmemesidir.⁶⁵ Yaşama hakkı, kişiyi doğal olmayan ölümlere karşı korumakta ve yaşamın sürdürülmesini güvence altına almaktadır.⁶⁶

⁶⁴ Erol, s. 135.

⁶⁵ Bahri Savcı, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 449, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 1, Ankara 1980, s. 14; Cengiz Topel Çiftçioğlu, "Yaşama Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Y. 25, S. 103, 139-140.

⁶⁶ Doğru, s. 3.

En temel haklardan olan yaşam hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasanın 15. maddesinde belirtildiği üzere; “Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkra da belirlenen durumlarda da savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; ...”. Bu maddede belirtildiği gibi, yaşam hakkı, olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacak bir haktır.

Yaşama hakkı, en temel insan hakkıdır. Bütün hakların ve özgürlüklerin varlığı için ön koşul olarak kabul edilmektedir. Diğer tüm hakların varlığı ve kullanımı bu hakka bağlıdır. Nitekim bu hak olmadan diğer haklarının kullanılması mümkün değildir. Devlet yalnızca insan yaşamına saygı gösterme (yaşamı yok etme yasağı) anlamında negatif bir yükümlülük değil, aynı zamanda insan yaşamını etkili olarak korumak, bunun ihlal edilmesi halinde caydırıcı nitelikteki etkin ceza hükümlerine yer vermek, ceza kovuşturmasını organize etmek yönünde pozitif yükümlülük altındadır.⁶⁷ Bu anlamda devletin, yaşam hakkı karşısında hem pozitif (aktif) hem de negatif (pasif) yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶⁸ Her ne kadar insan hakları arasında hiyerarşik bir ayırım bulunmasa da, yaşam hakkının insanın varlığını koruması bakımından ve diğer insan haklarından faydalanabilmesini güvence altına alması bakımından bir öncelik ihtiva ettiği söylenebilir.⁶⁹

B. Yaşam Hakkı İhlaline İlişkin Mahkeme Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihat yoluyla insan haklarının korunmasını sürekli olarak geliştirmektedir.⁷⁰ Anayasa Mahkemesinin

⁶⁷ Çiftçioğlu, s. 143.

⁶⁸ AYM, 30.12.2010 T., 2007/78 E., 2010/120 K. gereğince, “Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklarındandır. Anayasa Mahkemesince belirtildiği gibi yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak, devletlere pozitif ve negatif yükümlülük yükleyen haklardandır”. (Bireysel Başvuru Seçme Kararlar 2012-2013, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2015, s. 126-127).

⁶⁹ Oktay Bahadır, Yaşama Hakkı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 39.

⁷⁰ Yüksel Metin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korun-

bireysel başvuru kararlarında ve bu kararlara atıfta bulunulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yaşam hakkı çerçevesinde pozitif yükümlülük, negatif yükümlülük ve usul yükümlülüğü olmak üzere devlete üç temel yükümlülük getirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında devletin pozitif yükümlülüğü şu şekilde tanımlanmaktadır: *Pozitif yükümlülükler kapsamında devletin yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşama hakkını kamu görevlilerinin, diğer bireylerin ve hatta kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma ödevinin bulunması.*⁷¹ *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, devletlere topraklarında yaşayan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli önlemleri almaya yönelik pozitif bir yükümlülük yüklediğini vurgulamıştır.*⁷² Devletin pozitif yükümlülüğü, insan yaşamının etkili olarak korunması için gerekli önlemleri alması hususundaki sorumluluğudur.⁷³ Pozitif yükümlülüğün ortaya çıkması ve bu anlamda bir ihlalden söz edilebilmesi için; öncelikle, bir kişinin hayatına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığının kamu makamlarınca bilindiği ya da bilinmesi gerektiği durumların olması, böyle bir durumlarda da makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde kamu makamlarının önlem almakta başarısız olduklarının tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak özellikle insan davranışlarının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlem veya yürütülecek faaliyet tercihi dikkate alındığında pozitif yükümlülük kamu makamları üye-

ması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 7, Sayı 27, Güz 2010, s. 118.

⁷¹ Bedrettin Yalçın ve diğerleri, Başvuru No: 2014/16380, 9.1.2018, parag. 43, RG. 14.2.2018 T., 30332 S. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/16380>; erişim tarihi: 05.05.2024); Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, Başvuru No: 2012/752, 17.9.2013, parag. 51 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752>; erişim tarihi: 05.05.2024); Tüm karar için ayrıca bkz. Bireysel Başvuru Seçme Kararlar 2012-2013, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2015, s. 111 vd.; AYM, 6.1.1999 T., 1999/68 E., 1999/1 K.

⁷² AIHM Kararı, Öneriyıldız/Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, parag. 71, 89, 90. (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-67614%22>); erişim tarihi: 15.05.2024).

⁷³ Ayşe Özkan Duvar, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 668.

rinde aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır.⁷⁴ Dolayısıyla yaşamla ilgili her türlü potansiyel tehdidin gerçekleşmesini önlemek için yetkili makamlar somut tedbirler almaya zorlanması beklenemez.

Anayasa Mahkemesi kararlarında devletin negatif yükümlülüğü şu şekilde tanımlanmaktadır: *Yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak zarar veya son vermemek.*⁷⁵ Negatif yükümlülük, kural olarak devletin, organları aracılığıyla, hukuken izin verilen istisnai durumlar dışında, bireyin yaşamını ortadan kaldırma yükümlülüğüdür.⁷⁶ Devletlerin, hakların kullanılmasına müdahale etmemesini gerektiren negatif yükümlülüklerin her zaman Avrupa Sözleşmesinin özünden kaynaklandığı kabul edilmektedir.⁷⁷ Görüldüğü üzere, pozitif ve negatif yükümlülük türü nitelik olarak birbirinden farklıdır. Pozitif yükümlülükler devletlerin pozitif müdahalesini gerektirirken, negatif yükümlülükler devletlerin müdahaleden kaçınmasını gerektirmektedir.⁷⁸

Anayasa Mahkemesi kararlarında devletin “usul yükümlülüğü” (usulü yükümlülük) şeklinde adlandırılan üçüncü yükümlülük ise şu şekilde tanımlanmıştır: *Devletin doğal olmayan her ölüm olayının (yaşama hakkına ilişkin her tecavüzün) sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmesi.*⁷⁹

⁷⁴ Bedrettin Yalçın ve diğerleri, Başvuru No: 2014/16380, 9.1.2018, parag. 46, RG. 14.2.2018 T., 30332 S. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/16380>; erişim tarihi: 05.05.2024); Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, Başvuru No: 2012/752, 17.9.2013, parag. 53 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752>; erişim tarihi: 05.05.2024); Necla Kara ve diğerleri, Başvuru No: 2018/5075, 15.3.2022, parag. 75, RG. 25/5/2022 T., 31846 S. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/5075>; erişim tarihi: 05.05.2024).

⁷⁵ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, Başvuru No: 2012/752, 17.9.2013, parag. 51 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752>; erişim tarihi: 05.05.2024).

⁷⁶ Özkan Duvan, s. 663.

⁷⁷ Jean-François Akandji-Kombe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, 1. Baskı, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika 2008, s. 5.

⁷⁸ Akandji-Kombe, s. 11.

⁷⁹ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, Başvuru No: 2012/752, 17.9.2013, parag. 54 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752>; erişim tarihi: 05.05.2024); Bedrettin Yalçın ve diğerleri, Başvuru No: 2014/16380, 9.1.2018, parag. 50, RG. 14.2.2018 T., 30332 S. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/16380>; erişim tarihi: 05.05.2024); Yıldız Cingöz, Başvuru No: 2019/16011, 19.1.2022, parag. 38, RG. 12.4.2022 T., 31807 S. (<https://kararlarbilgibankasi.ana->

Usul yükümlülüğü, devletin pozitif yükümlülüğünün bir uzantısı olarak görülebilir. Bu yükümlülük genellikle ölümle sonuçlanmış olaylarla ilgili taraf devletin resmi makamlarınca etkili bir soruşturma yürütülmesiyle ilişkilidir. Negatif ve pozitif yükümlülük ihlallerinden farklı olarak usul yükümlülüğün ihlali, ölüm sonucunun gerçekleşmesinden sonraki süreçte söz konusu olabilmektedir.⁸⁰ *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir kararında belirtildiği üzere*, bu yükümlülük devletlerin, ölüm sebebinin belirlenmesi ve kusurlu olanların sorumlu tutulabilmeleri için etkili bir bağımsız adli sistem kurmalarını gerektirmektedir.⁸¹ Usul yükümlülüğünün gerektirdiği “etkili bir yargısal sistem kurma” yönündeki pozitif yükümlülük, her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Ölüm olayının kendi meydana geliş şekline göre, kasta dayanmayan ve genel olarak ihmâl suretiyle ortaya çıkan ölüm olaylarında, mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir.⁸² *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir kararında belirttiği üzere*, yaşama hakkının korunması, kamu görevlileri tarafından kullanılan şiddetin belli koşullar altında hukuka uygun mu, aykırı mı olduğunun bağımsız bir şekilde incelenmesini, bu konularda kamu görevlilerinden hesap sorulabilmesini gerekli kılar.⁸³ Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap

yasa.gov.tr/BB/2019/16011); Necla Kara ve diğerleri, Başvuru No: 2018/5075, 15.3.2022, parag. 77, RG. 25.5.2022 T., 31846 S. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/5075>; erişim tarihi: 05.05.2024).

⁸⁰ Özkan Duvan, s. 674.

⁸¹ AİHM Kararı, Calvelli ve Ciglio/İtalya, Başvuru No: 32967/96, 17.01.2002, parag. 49 vd. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-5597%22%5D%7D>); erişim tarihi: 15.05.2024).

⁸² Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, Başvuru No: 2012/752, 17.9.2013, parag. 59 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752>; erişim tarihi: 05.05.2024); Bedrettin Yalçın ve diğerleri, Başvuru No: 2014/16380, 9.1.2018, parag. 51, RG. 14.2.2018 T., 30332 S. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/16380>; erişim tarihi: 05.05.2024); Necla Kara ve diğerleri, Başvuru No: 2018/5075, 15.3.2022, parag. 78, RG. 25.5.2022 T., 31846 S. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/5075>; erişim tarihi: 05.05.2024).

⁸³ AİHM Kararı, Kaya/Türkiye, Başvuru No: No. 22535/93, 16.02.1998, parag. 86-87. (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-6676%22%5D%7D>); erişim tarihi: 15.05.2024).

vermelerini sağlamaktır.⁸⁴ Usulü yükümlülükler, kişilerin daha iyi bir şekilde korunması için iç hukuk prosedürlerinin düzenlenmesini gerektiren ve nihayetinde hakların ihlallerine karşı yeterli hukuk yollarını gerektiren yükümlülüklerdir. Dolayısıyla usulü yükümlülükler, devletin etkili ve caydırıcı cezai mevzuat çıkarma görevine karşı bir arka plan oluşturmaktadır.⁸⁵

Devletin ilgili kurumları yukarıda sayılan üç unsuru yerine getirmediği takdirde sorumlulukları doğmakta ve bir ihlalden söz etmek mümkün olabilmektedir. Alınması gerekli tedbirler alınmadığı ya da eksik alındığı için meydana gelen iş kazasında işverenin ihmalden söz edilecektir. Ayrıca, ilgili kurumların ya da yetkili makamların etkin denetim yapmaması, bir diğer ifadeyle meydana gelebilecek olası sonuçlar öngörülebildiği halde bu riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemler almaması durumunda da yaşam hakkı ihlalden söz edilebilecektir.

Ülkemizde son yıllara baktığımızda İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Meclisi'nin (İSİG) raporuna göre, Türkiye'de 2022 yılında en az 1843 işçi iş kazalarında veya işe giderken ya da çalışma ortamında geçirdiği rahatsızlıklar sonucunda hayatını kaybetmiştir. 2023 yılının Aralık ayında da 154 işçi olmak üzere 2023 yılında en az 1929 işçi hayatını kaybetmiştir. 2024 yılının Mayıs ayında ise 139 işçi, yılın ilk beş ayında en az 738 işçi hayatını kaybetmiştir.⁸⁶ ILO'nun tahminlerine göre, dünya çapında yaklaşık her yıl 2,3 milyon kadın ve erkek işle ilgili kazalar ve hastalıklar nedeniyle hayatını kaybetmekte; bu durum her

⁸⁴ Bedrettin Yalçın ve diğerleri, Başvuru No: 2014/16380, 9.1.2018, parag. 50, RG. 14.2.2018 T., 30332 S. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/16380>; erişim tarihi: 05.05.2024); Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, Başvuru No: 2012/752, 17.9.2013, parag. 54 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752>; erişim tarihi: 05.05.2024); benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Anguelova/Bulgaristan, Başvuru No: 38361/97, 13.06.2002, parag. 137 (<https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Anguelova%20v.%20Bulgaria.pdf>; erişim tarihi: 05.05.2024); Jasinskis/Letonya, Başvuru No: 45744/08, 21.12.2010, parag. 72 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2245744%2F08%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-102393%22%5D%7D>); erişim tarihi: 15.05.2024).

⁸⁵ Akandji-Kombe, s. 16.

⁸⁶ <https://isigmeclisi.org/is-cinayetleri-raporlari> (erişim tarihi: 07.07.2024).

gün 6000'den fazla ölüme karşılık gelmektedir.⁸⁷ Yaşama hakkı Anayasamızda ve uluslararası düzenlemelerde güvence altına alınmıştır. Yaşama hakkını güvence altına alan hükümler ile devlete kişilerin yaşama hakkını koruma yönünde pozitif bir yükümlülük yüklenmektedir. Devletin kişilerin yaşam hakkının korunması açısından pozitif yükümlülüğü olduğu kadar negatif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu anlamda çalışanların yaşam hakkı açısından devletin yükümlülüğü iş kazası ve meslek hastalığı gibi riskler gerçekleşmeden ve çalışanların yaşamını herhangi bir zarara uğramadan önce yapması ve yapmaması gerekenlerden oluşmaktadır.

VI. İŞ KAZASINDAN KAYNAKLANAN YAŞAM HAKKI İHLALİNDE İŞVERENİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUĞU

Ölümlerle sonuçlanan bir iş kazasında, iş kazasından kaynaklanan zararların tazmini gündeme gelmektedir. İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunu, hukuki ve cezai sorumluluk olarak ikiye ayırmak gerekir.

A. İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu

İşverenin hukuki sorumluluğunun kapsamını maddi tazminat, destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat oluşturmaktadır.

1. Maddi Tazminat

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle işçinin ölmesi veya herhangi bir şekilde zarar görmesi halinde, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanmayan zararı için işverene, maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. Bir diğer ifadeyle, işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı fiili nedeniyle zarar gören işçi veya yakınlarının işverene karşı açtıkları tazminat davaları, sosyal sigorta mevzuatı dışında kalan zararların ödetilmesi ilkesine dayanmaktadır.⁸⁸

⁸⁷ ILO World Statistic, [https://www.ilo.org/resource/world-statistic#:~:text=Worldwide%2C%20there%20are%20around%20340,of%20accidents%20and%20ill%20health.\(erişim tarihi: 05.05.2024\).](https://www.ilo.org/resource/world-statistic#:~:text=Worldwide%2C%20there%20are%20around%20340,of%20accidents%20and%20ill%20health.(erişim tarihi: 05.05.2024).)

⁸⁸ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 404.

Gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadığı için iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan ve bu nedenle bedensel ve ruhsal bütünlüğünün ihlali sonucu malvarlığında zarar oluşan işçi, işveren-den maddi tazminat talep edebilir.⁸⁹ Maddi tazminatın amacı, zarar verici olay meydana gelmese idi, zarar gören, malvarlığı açısından hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır.⁹⁰ Maddi tazminat talebinin dayanağı, Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesidir. TBK. m. 54'te "Bedensel zarar" başlığı altında tedavi giderlerinin, kazanç kaybının, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpların ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların bedensel zararlar olduğu belirtilmektedir. Bu maddede sayılan hususlar talep edilebilecektir. Maddi tazminat bakımından karşılanması gereken zarar, bedensel ve ruhsal zararın neden olduğu kayıplardır.⁹¹ Maddi tazminat, iş kazası veya meslek hastalığının ortaya çıktığı tarih ile yaşam süresinin sona ermesine kadar geçecek süreçte kaza ve hastalık nedeniyle maruz kalacağı her türlü gelir kaybına ilişkindir.⁹² Dolayısıyla işçinin veya yakınlarının hak kazanaacağı maddi tazminat miktarı, ortaya çıkan zarar miktarı ile sınırlıdır.⁹³

2. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

Destek kavramı ile, bir başkasının veya başkalarının geçimini kısmen veya tamamen karşılayan veya ileride ona bakması kuvvetle muhtemel olan kişi ifade edilmektedir.⁹⁴

Destekten yoksun kalma zararının doğabilmesi için, ölen kişinin üçüncü bir kişiye destek olması, yardımda bulunması veya gelecekte destek olmasının muhtemel olması gereklidir.⁹⁵ Bir diğer ifadeyle, ölen kişinin geride kalanın veya kalanların geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde fiilen, düzenli ve sürekli olarak onlara yardım et-

⁸⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1516.

⁹⁰ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 784.

⁹¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1516.

⁹² Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 404.

⁹³ Cengiz, s. 134.

⁹⁴ Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 59, s. 620; Narter, s. 771.

⁹⁵ Narter, s. 775.

mesi, olayların akışına göre ölüm vuku bulmasaydı yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olması gerekmektedir, böyle bir beklentinin varlığı da yeterlidir.⁹⁶ Ölenin bu yardımı dolayısıyla ölene “destek” denilmektedir.⁹⁷ Bir kimseyi başkası için destek haline getiren yardımlarda, düzenlilik ve süreklilik unsurları bulunmaktadır.⁹⁸

İşçinin hayattayken geçimini sağladığı kişiler, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle iş kazasına maruz kalan işçinin ölümü halinde, TBK. m. 53 ve m. 55 hükümlerine dayanarak, işverenden “destekten yoksun kalma tazminatı” adı verilen bir tazminat talebinde bulunabilirler. Destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecek olanlar, anne, baba, kardeş, eş ve çocuklar olabilir. Bunların dışında imam nikahlı eşler, nişanlılar ya da birlikte yaşayanlar da destekten yoksun kalan olarak kabul edilebilir.⁹⁹

Destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilmesi bazı koşulları gereklidir. Bu koşullar; destek olan işçinin ölümü, destekten yoksun kaldığı iddiasında bulunan kişi ile iş kazası ve meslek hastalığından dolayı ölen işçi arasında destek ilişkisinin bulunması, desteğin yani ölen işçinin bakım gücünün olması ve destekten yoksun kalanın da bakım ihtiyacının bulunmasıdır.¹⁰⁰ Destekten yoksun kalma tazminatı ile desteklenenin tazminini talep ettiği zarar, ölüm vuku bulmasaydı

⁹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 621; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1519; Cengiz, s. 136; Yargıtay’ın bir kararına göre de “Bu tazminatın amacı, ölüm olayı olmasaydı ölenin yardımında bulunduğu kimselere yardımda bulunmaya devam edeceğinin düşünülmesi ve ölüm olayının bu süreci kesmesi sonucu destekten yararlanan kimselerin uğradıkları zararın peşin ve toptan şekilde tazmin edilmesi, bu kimselerin ölüm olayından önceki durumlarına kavuşturulmasıdır. Eş söyleyişle amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır”. Yarg. 21. HD. 14.05.2018 T., 2016/18709 E., 2018/4747 K. (lexpera.com.tr; erişim tarihi: 08.07.2024).

⁹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 620; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1519; Narter, s. 775; Cengiz, s. 136.

⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 621; Bu husus Yargıtay’ın bir kararında da belirtilmiştir. Bu karara göre, “destek” sayılabilmek için, yardımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterlidir.” Yarg. 21. HD. 14.05.2018 T., 2016/18709 E., 2018/4747 K. (lexpera.com.tr; erişim tarihi: 08.07.2024).

⁹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 624-627; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1519.

¹⁰⁰ Narter, s. 787-791; ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 628 vd.

desteğin sağlayacağı varsayılan bakım giderlerinin toplamından ibarettir.¹⁰¹

3. Manevi Tazminat

Manevi tazminat TBK. m. 56'da düzenlenmiştir. Bu madde gereğince, "*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir*". Hükümden anlaşıldığı üzere, iş kazası sonucu cismani zarara uğrayan işçi veya işçinin ölümü halinde yakınları, maruz kalınan manevi zararın tazminini talep edebilirler. Manevi zararda kişilik haklarında bir eksilme olduğundan, manevi tazminatın miktarı belirlenirken hâkimin takdiri büyük rol oynamaktadır.¹⁰²

Manevi tazminat, zarar görenin kişilik haklarında iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesidir.¹⁰³ Manevi tazminat ile karşılanmak istenen "manevi zarar", cismani zarar sonucu oluşan bedensel ve ruhsal ızdıraplar, duyulan elem ve acılardır.¹⁰⁴ Manevi zarar, bir kimsenin hukuka aykırı bir fiil yüzünden çektiği, bedeni acılarla ruhi elem ve üzüntülerin hepsidir.¹⁰⁵ Manevi zarar, gerçek anlamda zarar olmadığından malvarlığında bir azalmayı ifade etmez.¹⁰⁶

Ölüm halinde manevi tazminat talebinde bulunabilecek olanlar, ölen işçinin anne ve babası, eşi, çocukları, kardeşleri, nişanlısı, evlatlığı ve yakın akrabalarıdır.¹⁰⁷ Dolayısıyla ölen işçi ile duygusal bağılılığı bulunan kişiler manevi tazminat talebinde bulunabilir. Ancak bura-

¹⁰¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1520; Cengiz, s. 136.

¹⁰² Yargıtay'ın bir kararına göre, "Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hâkimin takdirine bırakılmış ise de hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararlar orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir". Yarg. 21. HD. 04.04.2019 T., 2018/3879 E., 2019/2568 K. (lexpera.com.tr; erişim tarihi: 08.07.2024).

¹⁰³ Eren, s. 802.

¹⁰⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 655 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1521.

¹⁰⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 655.

¹⁰⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 655.

¹⁰⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 660-661; Narter, s. 842-846.

da önemli olan husus, duygusal yakınlığın kanıtlanmasıdır. Manevi tazminat isteyebilmek için ölen kişi ile aralarında içsel ve gerçek bir duygu bağının varlığı ve ölüm nedeniyle beden ve ruh sağlıklarının derinden sarsılmış olması gerekmektedir.¹⁰⁸

B. İşverenin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sonucu işçinin ölmesi durumunda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹⁰⁹ m. 85'te düzenlenen "taksirle öldürme" suçu meydana gelmektedir. TCK. m. 22/2'ye göre, "*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.*" Hükümden anlaşılacağı üzere, taksirde dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ve bu ihlal sonucu oluşan neticenin istenmemesi söz konusu olmaktadır. TCK. m. 85'e göre, "*Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" (m. 85/1). "*Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" (m. 85/2).

Bir işyerinde iş kazasının meydana gelmesinde birden fazla kişinin taksirli davranışı söz konusu olabilir. Bir başka ifadeyle, bir işyerinde iş kazasının meydana gelmesinde birden fazla kişi üzerlerine düşen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranmış olabilir. Ceza sorumluluğu kişisel olduğundan, ölümle sonuçlanan iş kazalarında duruma göre gerçek kişi işverenin, tüzel kişilerde organizasyon şeması içinde bu konuda sorumlu yönetim kurulu üyesinin, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ile görevli her kademedeki işveren vekillerinin ve iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimlerinden hangisinin veya hangilerinin bu sonucun ortaya çıkmasında (eğer varsa) kusurunun olduğu incelenecektir.¹¹⁰ 5237 sayılı TCK. m. 22/5 gereğince, "*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.*"

5237 sayılı TCK. m. 85 gereğince, taksirle ölüme neden olan kişi, suçun faili olacaktır. TCK. m. 85 ile m. 22 birlikte değerlendirildiğinde,

¹⁰⁸ Narter, s. 846; Cengiz, s. 137.

¹⁰⁹ RG. 12.10.2004 T., 25611 S.

¹¹⁰ Süzek, s. 935.

“yükümlü olduğu dikkat ve özeni yerine getirmeyen” kişi, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meydana gelen ölümden sorumlu olacaktır.¹¹¹

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması, hem 6331 sayılı Kanun m. 26 gereğince hem de 4857 sayılı İş Kanunu'nun “İş hayatının denetim ve teftişi ile ilgili hükümlere aykırılık” başlıklı 107. maddesi gereğince idari para cezasını gerektirmektedir. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlere aykırılık halinde Kanunda öngörülen idari para cezaları 6331 sayılı Kanun m. 26/2 gereğince, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürünce verilir. Verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren otuz gün içinde ödenir. İdari para cezaları tüzel kişiliği bulunmayan kamu kurum ve kuruluşları adına da düzenlenebilir.

Ceza muhakemesine konu iş kazalarında, iş müfettişlerinin iş kazası öncesi işyeri hakkında, SGK müfettişlerinin ise iş kazası sonrası vaka hakkında raporu ceza dosyasında yer almalıdır. Somut fiilin belirlenmesi amacıyla, işçinin özlük dosyasının ve gerekli eğitimleri aldığına ilişkin sertifika ve tutanakların, hastane raporları, ölüm söz konusu ise otopsi ve ölü adli muayene raporu savcılık tarafından soruşturma dosyası için ilgililerden tedarik edilmelidir.¹¹²

İş kazaları nedeniyle yapılan ceza muhakemelerinde, kusur değerlendirmesi ve tespitin teknik bilirkişilere yaptırılması usulü terk edilmelidir. Uzmanlaşmamış bilirkişilere rapor yazdırılmamalı, kusur değerlendirmesi bilirkişiden istenecek ise bilirkişi heyetinde mutlaka iş sağlığı ve güvenliği hukuku veya ceza ve ceza muhakemesi hukuku dallarıyla uğraşan akademisyenler yer almalıdır.¹¹³

SONUÇ

İş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin temel amacı, iş kazalarının meydana gelmeden önce önlenmesidir. Ancak her yıl engellenebilecek durumlara bağlı olarak azımsanmayacak kadar kişi iş kazaları nedeniyle yaşamını yitirmektedir. ILO'nun tahminlerine göre, dünya çapında yaklaşık her yıl 2,3 milyon kadın ve erkek işle ilgili kazalar ve

¹¹¹ Süzek, s. 935.

¹¹² Halid Özkan, “İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, Y. 2016, s. 563.

¹¹³ Özkan, s. 565.

hastalıklar nedeniyle hayatını kaybetmektedir. Bu rakam bir günde 6000'den fazla kişinin ölümü anlamına gelmektedir. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması veya eksik alınması nedeniyle meydana gelen iş kazalarının ölümle sonuçlanması çok açık bir şekilde Anayasa ile güvence altına alınan ve en temel insan hakkı olan yaşam hakkının ihlal edilmesine sebep olmaktadır. Yaşama hakkı hem Anayasamızda ve hem de uluslararası düzenlemelerde güvence altına alınmıştır. Yaşam hakkının korunması açısından devletin pozitif ve negatif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu anlamda çalışanların yaşam hakkı açısından devletin yükümlülüğü iş kazası ve meslek hastalığı gibi riskler meydana gelmeden ve çalışanların yaşamı herhangi bir zarara uğramadan önce yapması ve yapmaması gerekenlerden oluşmaktadır.

Günümüzde çok sayıda işçinin iş kazası nedeniyle ölmesi ya da iş göremez hale gelmesi, kayıtlı olmayan işyerleri veya kayıt dışı çalışanlar da dikkate alındığında, işveren tarafından işçilerin sağlık ve güvenliklerinin sağlanmasının oldukça önemli olduğunu göstermektedir. İş kazalarını engellemek için önleyici tedbirlere öncelik verilmesi isabetli olacaktır. Bu konuda devlete, işverenlere ve işçi sendikalarına büyük görevler düşmektedir. Kazaların önlenmesi ilk önce işgücü kaybındaki düşüşleri azaltacaktır; iş gücü kaybındaki düşüşlerin azalması da verimlilik artışı ve etkin üretimle, ekonomik kalkınmaya katkıda bulunmuş olacak; bunun sonucunda elde edilen kazanç da ulusal refahı artıracaktır.¹¹⁴

Devletin iş sağlığı ve güvenliğini tüm çalışanlar için etkin bir şekilde sağlaması için etkili bir iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı oluşturması, gerekli gözetim ve denetimi sağlayacak organizasyonu oluşturması; güçlü bir iş teftiş örgütü kurması ve mevzuatın etkin uygulanmasının denetlenmesi ve gerekli durumlarda hukuki, idari ve cezai yaptırımların uygulanmasını sağlaması gerekmektedir.¹¹⁵ İşyerlerinde etkili bir şekilde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması iş kazalarını önemli ölçüde azaltacaktır. Alınan etkin önlemler sonucu işçi kayıpları yaşanmayacağından yaşam hakkı da ihlal edilmiş olmayacaktır.

¹¹⁴ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, s. 371.

¹¹⁵ Süzek, s. 901.

Kaynakça

Kitaplar

- Akandji-Kombe Jean-François, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, 1. Baskı, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika 2008.
- Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Akın Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, İkinci Tıpkı Basım Ankara Üniversitesi Basımevi Ankara 1992, S. 10.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Ankara 1977, (İkinci Tıpkı Basım Ankara Üniversitesi Basımevi Ankara 1991), S. 14.
- Bahadır Oktay, Yaşama Hakkı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Bireysel Başvuru Seçme Kararlar 2012-2013, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2015.
- Çelik Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat/Özkaraca Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta Basım, İstanbul 2021.
- Doğru Osman, Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 5, Ankara 2018.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 344, Ankara 1974.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim/Baskan Esra, İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020.
- Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Bası, Beta Basım, İstanbul 2021.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, 7. Baskı, LYKE-ION Yayıncılık, Ankara 2022.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014. (İş Hukuku)
- Narter Sami, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuku Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Savcı Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 449, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 1, Ankara 1980.
- Sümer Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020. (İş Hukuku)
- Sümer Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020. (İş Sağlığı)
- Sümer Haluk Hadi, Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023. (Sosyal Güvenlik)

Süzek Sarper, *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2021.

Tuncay Can/Ekmekçi Ömer, *Yeni mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları*, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2009.

Yıldız Eren, *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Yılmaz Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

Makaleler

Akı Erol, "6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkile-ri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Özel Sayı), Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan I, C. 15, Özel Sayı, 2013, İzmir, (Basım Yılı 2014), 3-24.

Akın Levent, "Covid 19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", *Çimento İşveren Dergisi*, C. 34, S. 3, Mayıs 2020, ss. 16-71. (Covid 19)

Albayrak Candan, "Küreselleşme ve Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi", *TBB Dergisi*, 2012, S. 98, ss. 165-202.

Albayrak Zincirlioğlu Candan, "Covid 19 Salgını Özelinde İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasında İşverenin ve Çalışanın Bilgilendirme Yükümlülüğü", *Current Debates on Social Sciences 7 Human Studies*, Bilgin Kültür Sanat Yayınları, Ankara 2021, ss. 264-278. (Bilgilendirme Yükümlülüğü)

Alpagut Gülsevil, "6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları", *İÜHFMD*, C. 72, S. 2, Y. 2014, ss. 31-46.

Ateş Zehra Gizem, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Eğitilmeleri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 2, Y. 2020, ss. 713-744.

Aydın Ufuk, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 7, S. 26, Haziran 2012, ss. 10-18.

Bakır Hasan, "Neo-Liberalizm, Küresel Kriz ve Emek Piyasasında Yaşanan Dönüşümler; Güney Avrupa Bağlamında bir Değerlendirme", *AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2018, Cilt:18, Yıl:18, Sayı: 3, 18: 1-30.

Bulut Nihat, "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", *AÜHFMD*, Ankara 2003, C. 52, S. 2, ss. 173-197.

Cengiz İstar, "İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu", *TAAD*, Nisan 2018, Yıl: 9, S. 34, ss. 123-142.

Centel Tankut, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Kapsamı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Özel Sayı), Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, ss. 79-84.

Çiftçioğlu Cengiz Topel, "Yaşama Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Y. 25, S. 103, ss. 137-168.

Erol Selahattin, "İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşveren, Çalışan ve Devletin Rolü", *ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi*, Y. 2015, S. 4, ss. 115-138.

Kabakçı Mahmut, "İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 86, ss. 249-267.

Metin Yüksel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 7, Sayı 27, Güz 2010, ss. 111-132.

- Özkan Duvan Ayşe, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, ss. 660-681.
- Özkan Halid, "İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, Y. 2016, s. 511-572.
- Sevimli K. Ahmet, "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", *Çalışma ve Toplum*, 2013/1, C. 1, S. 36, ss. 107-148.
- Şenkal Abdülkadir/Doğan Mahmut, "Sosyal Politika ve Sosyal Haklar; Vatandaşlık Haklarının Yeniden Kavramsallaştırılması Arayışı", *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 2012, C. 9, S. 17, ss. 63-80.
- Şişli Zeynep, "İnsan Hakları Bağlamında Çalışan Sağlığı Açısından Devletin Yükümlülükleri: Telafi Mi, Koruma Mı?", *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2019, Yıl: 84, S. 3, ss. 167-208.
- Tiftik Mustafa/Adıgüzel Ayşe, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre Genel Hizmet Sözleşmesinde İşverenin İşçiyi Koruma Borcu", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2016/1, ss. 319-356.

Mahkeme Kararları

- AYM, 23.5.1977 T., 1972/2 E., 1972/28 K. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1972-28-nrm.pdf>, erişim tarihi: 03.01.2023).
- AYM, 18.3.1976 T., 1975/198 E., 1976/18 K. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1976-18-nrm.pdf>, erişim tarihi: 03.01.2023).
- AYM, 30.12.2010 T., 2007/78 E., 2010/120 K.
- Bedrettin Yalçın ve diğerleri, Başvuru No: 2014/16380, 9.1.2018, RG. 14.2.2018 T., 30332 S. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/16380>; erişim tarihi: 05.05.2024).
- Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, Başvuru No: 2012/752, 17.9.2013. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752>; erişim tarihi: 05.05.2024).
- AYM, 6.1.1999 T., 1999/68 E., 1999/1 K.
- AIHM Kararı, Öneriyıldız/Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004. (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-67614%22%7D>); erişim tarihi: 15.05.2024).
- Necla Kara ve diğerleri, Başvuru No: 2018/5075, 15.3.2022, RG. 25.5.2022 T., 31846 S. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/5075>; erişim tarihi: 05.05.2024).
- Yıldız Cingöz, Başvuru No: 2019/16011, 19.1.2022, RG. 12.4.2022 T., 31807 S. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/16011>).
- AIHM Kararı, Calvelli ve Ciglio/İtalya, Başvuru No: 32967/96, 17.01.2002. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-5597%22%7D>); erişim tarihi: 15.05.2024).
- AIHM Kararı, Kaya/Türkiye, Başvuru No: No. 22535/93, 16.02.1998. (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-6676%22%7D>); erişim tarihi: 15.05.2024).
- Anguelova/Bulgaristan, Başvuru No: 38361/97, 13.06.2002. (<https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Anguelova%20v.%20Bulgaria.pdf>; erişim tarihi: 05.05.2024).

Jasinskis/Letonya, Başvuru No: 45744/08, 21.12.2010. ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2245744/08%22\],%22itemid%22:\[%22001-102393%22\]0}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2245744/08%22],%22itemid%22:[%22001-102393%22]0})); erişim tarihi: 15.05.2024).

Yarg. 10. HD. 11.04.2019 T., 2018/6289 E., 2019/3373 K. (lexpera.com.tr; erişim tarihi: 08.07.2024).

Yarg. 21. HD. 14.05.2018 T., 2016/18709 E., 2018/4747 K. (lexpera.com.tr; erişim tarihi: 08.07.2024).

Yarg. 21. HD. 04.04.2019 T., 2018/3879 E., 2019/2568 K. (lexpera.com.tr; erişim tarihi: 08.07.2024).

İnternet Kaynakları

ILO Labour Administration and Inspection, <https://www.ilo.org/global/topics/labour-administration-inspection/lang-en/index.htm>, erişim tarihi 30.12.2023.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c015/tbmm23015069.pdf>; erişim tarihi: 15.05.2024.

ILO World Statistic, <https://www.ilo.org/resource/world-statistic#:~:text=Worldwide%2C%20there%20are%20around%20340,of%20accidents%20and%20ill%20health.>(erişim tarihi: 05.05.2024).

<https://isigmeclisi.org/is-cinayetleri-raporlari> (erişim tarihi: 07.07.2024).

ORGANİK BAĞ İÇERİSİNDEKİ İŞVERENLERİN İŞYERLERİNDE YA DA İŞLETMELERİNDE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YETKİSİNİN ALINMASI

(OBTAINING COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT AUTHORITY IN THE
WORKPLACES OR ENTERPRISES OF EMPLOYERS IN AN ORGANIC BOND)

Yasemin TAŞDEMİR*

Özet: Yargı kararları ile geliştirilen ve iş hukuku uyumsuzluklarında sıklıkla başvurulmuş organik bağ, bağımsız iki hukuk şüjesinin hukuki açıdan sıkı bir bağ içerisinde olmalarını ve bütünlük içerisinde yönetilmelerini ifade etmektedir. Organik bağ ilişkisi içerisinde olan işverenlerin bulunduğu bir iş ilişkisi belirlendiğinde doğrudan, gerçek işverenin veya organik bağ içerisinde olan tüm işverenlerin müteselsil sorumluluğu ortaya çıkmamaktadır. Bu sorumluluğun doğabilmesi için organik bağ ilişkisinde işçilerin haklarının kısıtlanması amacıyla, bir başka deyişle hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığın veya muvazaanın tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine başvurulmakta ve gerçek işveren veya organik bağ içerisindeki tüm işverenlerin sorumluluğuna gidilmektedir. Organik bağ ilişkisi içerisindeki işverenlerin işyerinde ya da aynı işkolundaki birden fazla işyerlerinden oluşan işletmelerinde, bir işçi sendikasının yetkili olduğu tespit edildiğinde ve olumlu yetki tespit bildirimine itiraz edildiğinde organik bağ ilişkisinin mevcudiyetinin, yetkinin kesinleşme sürecine etkili çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Organik Bağ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Toplu İş Sözleşmesi, Yetki Tespiti, Yetki Tespitine İtiraz

Abstract: The organic bond, developed by judicial decisions and frequently used in business law disputes, refers to the fact that two independent legal subjects are in a close legal bond and are managed in integrity. When a business relationship where employ-

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ybasmanav@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9334-5232, Makalenin Gönderim Tarihi: 05.06.2024, Kabul Tarihi: 21.07.2024

ers are in an organic bond relationship is determined, the joint and several liability of the real employer or all employers in the organic bond does not emerge directly. For this liability to arise, the purpose of restricting workers' rights in the organic bond relationship, in other words, the violation or collusion of the prohibition of abuse of rights must be determined. In such cases, the theory of lifting of the corporate veil is used, and the liability of the real employer or all employers in the organic bond is taken into account. When it is determined that a labor union is authorized in the workplace of employers in an organic bond relationship or enterprises consisting of more than one workplace in the same sector and when the positive authority determination notification is objected to, the impact of the organic bond relationship on the finalization process of the authority constitutes the subject of our study.

Keywords: Organic Bond, Lifting of the Corporate Veil, Collective Bargaining Agreement, Determination of Authority, Objection to Determination of Authority

GİRİŞ

Ülkemizde ve dünyada yaşanan ekonomik ve teknolojik gelişmelerin çalışma hayatına çeşitli yansımaları olmakta ve ticari ilişkiler ile iş ilişkileri farklı biçimlerde tezahür edebilmektedir. Kural olarak, iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren niteliğini haiz olmakla birlikte ticari ilişkilerde ve iş ilişkilerinde yaşanan değişimlerin sonucu olarak, işçi işveren ilişkileri farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir.¹ Uygulamada bir işyerinde aynı faaliyet alanı çerçevesinde ve fiilen bir gerçek veya tüzel kişi işverenin işçisi olarak çalışan işçilerin işverenlerinin, hukuken farklı gerçek veya tüzel kişiler olduğu durumlara rastlanılmaktadır. İşverenler iş hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kurtulmak amacıyla işçilerini organik bağ içerisinde buldukları başka işverenler nezdinde istihdam ediyor göstermekte veya işçilerin iş sözleşmelerini feshederek organik bağ içerisindeki diğer işverenlere geçişlerini yapmaktadır. Yargı kararlarında ve konuya ilişkin doktrinde yer alan değerlendirmelerde anılan durumdaki işçi işveren ilişkileri, organik bağ kavramı ile açıklanmış ve ortaya çıkan durumun çözümüne yönelik tüzel kişilik perdesinin

¹ Gaye Baycık, "İşverenin Tespitinde Birlikte İstihdam, Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 13, S. 2, Y. 2022, s. 77.

kaldırılması teorisi penceresinden değerlendirmede bulunulmuştur.²

Yargı kararları irdelendiğinde, genel olarak organik bağ ilişkisi içerisindeki işverenler nezdinde çalışan işçilerin bireysel iş ilişkilerini konu alan uyuşmazlıklara rastlanılmakla birlikte, organik bağ ilişkisi bu işyerlerinde çalışan işçilerin toplu iş hukukundan kaynaklanan hakları bakımından da sonuç doğurmaktadır. Özellikle, bir işverenin işyerinde ya da aynı işkolundaki işyerlerinden oluşan işletmesinde toplu iş sözleşmesi bağitlanabilmesi için işçi sendikasının yetki belgesi almak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yetki başvurusunda bulunması durumunda, söz konusu işyerinin ya da işletmenin organik bağ ilişkisi içerisinde olan işverenlerin bulunduğu bir işyeri ya da işletme olmasının yetki tespit sürecine etkisinin ne olacağı sorusu kanaatimizce önem arz etmektedir. Bu doğrultuda çalışmada organik bağ kavramı ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ve bunlar arasındaki ilişki hakkında bilgi verildikten sonra, toplu iş sözleşmesi sürecine kısaca değinilecek, son olarak çalışmanın esas konusu olan organik bağ içerisindeki işverenlerin işyerlerindeki ya da işletmelerindeki yetki tespit süreci hakkında değerlendirmede bulunulacaktır.

I. ORGANİK BAĞ VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Mevzuatta tanımına yer verilmeyen ve doktrinde çeşitli şekillerde tarif edilen organik bağ kavramı, genel olarak, bağımsız ve farklı görünen iki hukuk süjesinin ekonomik, yönetsel ya da hukuki açıdan sıkı bir bağ içinde olmasını ve bir bütünlük içinde yönetilmesini ifade eder.³ Yargı içtihatlarıyla gelişen, hukuki dayanağı dürüstlük kuralı olan ve özellikle iş uyuşmazlıklarında başvurulmuş organik bağ kavramı ile bağımsız ve farklı görünen gerçek veya tüzel kişi işverenlerin sorumlu tutulabilmesine hukuki zemin oluşturulmaktadır.⁴ Şöyle ki

² Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 159-160.

³ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 36. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 516; Nurşen Caniklioğlu, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 208.

⁴ Gülşah Yılmaz, "Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ

esasında hukuka uygun bir bağ olan organik bağ ilişkisini işverenler, işçilerin haklarının kısıtlanması amacıyla sıklıkla kullanmaktadırlar. Uygulamada ortaya çıkan bu durumun çözümü için özellikle ticaret hukukunda uygulama alanı bulan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine yargı kararları aracılığıyla iş hukukunda da başvurulmuş ve organik bağ içerisindeki işverenlerin, organik bağ arkasında gizlemekte oldukları işverenin sorumlu tutulması sağlanmıştır. Bu sorumluluk gerçek işverenin sorumluluğu ya da müteselsil sorumluluk şeklinde nitelendirilmiştir.⁵

Yargıtay, organik bağ ilişkisinin tespit edilebilmesi için birtakım kriterler belirlemiştir. Buna göre; gerçek veya tüzel kişi işverenlerin adreslerinin ve faaliyet alanlarının aynı olması, ortakların ve yöneticilerinin aynı ya da aralarında akrabalık ilişkisi bulunan kişilerden olması halleri organik bağın tespitinde önemli olgular olarak sayılmaktadır.⁶ Yine organik bağın tespitinde belirlenen bu kriterlerin, Ticaret Sicil Gazetesi kayıtları, SGK hizmet dökümleri ve tanık anlatımlarıyla şüpheden uzak şekilde ispat edilmesi gereğinin Yargıtay kararlarında özellikle vurgulandığı görülmektedir.⁷

Kavramının İş Uyuşmazlıkları Hakkında Verilen Kararlardan Hareketle Karşılaştırılması", *TFM*, C. 7, S. 2, 2021, s. 351, 357.

⁵ Baycık, s. 77; Ayrıca bkz. Süzek, s. 159; Caniklioğlu, s. 207 vd; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 41; M. Fatih Uşan, Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 54; Mehtap Yücel Bodur, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik*, Beta Yayıncılık, 2018, İstanbul, s. 295 vd.

⁶ Süzek, s. 160; Caniklioğlu, s. 214; Baycık, s. 80; Şahin Akıncı, "Alacaklılardan Mal Kaçırma İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 3, 2019, s. 671-672; Yılmaz, s. 361; "...Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır.", Yargıtay 9. HD T. 21.01.2019, E. 2015/28898, K. 2019/1666, Kazancı İçtihat Bankası.

⁷ Baycık, s. 80; "...Oysa, davalı şirketler arasında organik bağın olup olmadığı titizlikle araştırılmalı, davalıların tüm ticaret sicil kayıtları getirtilerek, şirketlerin ortaklık ve yönetim yapıları, faaliyet konuları, adresleri incelenerek, tanık anlatımları, diğer deliller ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek, davacının işverenleri arasındaki ilişkinin niteliği ve sorumluluk dönemleri netleştirilmelidir.", Yargıtay 22. HD T. 25.06.2019, E. 2016/16492, K. 2019/13959, Kazancı İçtihat Bankası.

Yüksek Mahkeme 2024 tarihli bir kararında, somut olayda şirketler arasında hisse devri yapılmış olması ile şirket adreslerinin ve faaliyet alanlarının aynı olması olgularını değerlendirerek organik bağın varlığını kabul etmiştir.⁸ Aynı tarihli bir başka kararında ise şirket yöneticileri arasındaki akrabalık bağı, dava dışı şirket ortağı ve kefilinin bir dönem davalı şirkette çalışması, dava dışı borçlu şirket ile davalı şirketin faaliyet konularının benzer olması gibi olguların tek başına organik bağın tespiti için yeterli olmayacağına hükmetmiştir.⁹ Yakın tarihli bu kararların ilkinde şirket ortakları arasındaki akrabalık bağının, diğer olgularla birlikte organik bağ tespitinde olumlu delil niteliği taşıması ve fakat diğer kararda akrabalık bağının, organik bağın tespiti için yeterli olmadığına belirtilmiş olması, Yargıtay tarafından somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapıldığını göstermektedir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 2021 yılında verilen bir başka kararda birtakım olguların mevcut olmasının organik bağın tespiti açısından tek başına yeterli olmayacağı ve somut olayın özelliklerine göre irdeleme yapılması gerektiğini “Şirketler arasında ortakların akraba olması tek başına organik bağ veya tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli değildir veya şirketlerin aynı faaliyeti yürütüyor olması organik bağ için yeterli değildir (Baycık, G.: İşverenin Tespitinde Birlikte İstihdam ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Kurumları, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı (Seminer Bolu/Abant – 06 Nisan 2019), Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara 2019, s. 20). Şirketler arasında organik bağ olup olmadığı; şirketlerin adreslerinin aynı olması, ortaklık yapılarının ve yönetim kurullarının benzer olması veya temsilcilerinin aynı olması, faaliyet alanları, hisse devirleri, muvazaalı işlemler gibi hususlar ve somut olayın özellikleri de gözetilerek tespit edilebilir” şeklinde açık bir şekilde ifade edilmiştir.¹⁰

Organik bağın tespiti halinde başvurulabilecek olan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolunu izah edebilmek için öncelikle tüzel kişinin tanımına değinmek gerekir. Türk Medeni Kanunu¹¹ m. 41’de tüzel kişi, belirli ve sürekli bir amacı gerçekleştirmek üzere örgütlenmiş ve kendisini kuran kişilerden bağımsız olan kişi veya mal topluluğu

⁸ Yargıtay 6. HD T. 12.02.2024, E. 2023/849, K. 2024/591, Sinerji Mevzuat.

⁹ Yargıtay 11. HD T. 06.02.2024, E. 2023/2600, K. 2024/763, Sinerji Mevzuat.

¹⁰ Yargıtay HGK T. 22.09.2021, E. 2017/3109, K. 2021/1075, Sinerji Mevzuat.

¹¹ RG. 08.12.2001, 24607.

olarak tanımlanmıştır. Belirtilen tanım ve tüzel kişiler hakkında kabul edilen “malvarlığının bağımsızlığı” veya “mal ayrılığı” ilkeleri dikkate alındığında, tüzel kişiliğin kendisini oluşturan gerçek kişilerin malvarlığından bağımsız, kendine özgü bir malvarlığının olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.¹²

Tüzel kişiliğin malvarlığının bağımsızlığının, borç ve yükümlülüklerden kurtulma aracı olarak kullanılmasının ya da kanuna karşı hile yapılmasının önüne geçilmek için geliştirilmiş bir teori¹³ olan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, somut olayda mal ayrılığı ilkesinin göz ardı edilmesi suretiyle, tüzel kişinin alacaklılarına, tüzel kişiyi oluşturan gerçek veya tüzel kişilere başvurabilme imkânı tanımaktadır.¹⁴ Doktrinde ve yargı kararlarında “tüzel kişilik perdesinin aralan-

¹² İpek Sağlam, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Bildiriler Kitabı (2 Şubat 2008), İstanbul, 2008, s. 153-154; Baycık, s. 81.

¹³ Devrim Ulucan, “İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, Y. 2016, s. 756; Ayrıca bkz. Selçuk Öztek ve Tekin Memiş, “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Bildiriler Kitabı (2 Şubat 2008), İstanbul, 2008, s. 196; Sağlam, s. 155.

¹⁴ Öztek ve Memiş, s. 196; Fahri Erdem Kaşak, “Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, Y. 2020, s. 1251; Namık Kemal Uyanık, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 32; Konu hakkında bkz. Gökhan Antalya, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Bildiriler Kitabı (2 Şubat 2008), İstanbul, 2008, s. 146-148; Sağlam, s. 154 vd; Yücel Bodur, s. 289 vd; Ulaş Baran Kuş, Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 56 vd; Doktrinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının perdenin düz kaldırılması, ters kaldırılması ve çapraz kaldırılması şeklinde üç türü olduğu kabul edilmektedir. Borçlu tüzel kişi ile birlikte hâkim veya tek ortağın sorumlu tutulması perdenin düz kaldırılması, borçlu hakim veya tek ortak ile birlikte tüzel kişinin sorumlu tutulması perdenin ters kaldırılması, şirket toplulukları veya ana/yavru şirket oluşumunda borçlu tüzel kişi ile birlikte topluluk üyesi diğer şirketin veya yavru şirketin sorumlu tutulması perdenin çapraz kaldırılması olarak ifade edilmektedir, Akıncı, s. 663; Kaşak, s. 1258-1259; Konu hakkında bkz. Yücel Bodur, s. 292-293; Uyanık, s. 37 vd; Kuş, s. 88 vd; İş hukukunda en fazla perdenin çapraz kaldırılmasına başvurulmaktadır, Baycık, s. 83; Yılmaz, s. 352; Daha açık deyişle iş hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılma ihtiyacı

ması”, yahut “tüzel kişinin tabanına başvurulması” kavramlarıyla da ifade edilen¹⁵ bu teori, hakkın kötüye kullanılmasını engelleme amacı taşımaktadır.¹⁶ Hukuk Genel Kurulu’nun yukarıda yer verilen kararının devamında “...tüzel kişilik perdesinin çapraz aralanmasında her iki şirketin faaliyet alanı, ortaklık yapısı, ortakları gibi konularda öyle büyük ve ... bir kesişme vardır ki; bu şirketlerle ... yapan kişiler nezdinde iktisadi bir bütünlük içerisinde ... bir şirketle ... yapılıyor algısı oluşmaktadır. Ayrıca üçüncü kişiler nezdinde uyandırılan bu algı neticesinde, ticaret yaparken güçlü bir yapıya sahip görüntüsü oluşturularak, şirketlerden birinin borca batırılması ya da içinin boşaltılıp ... alanının diğerine kaydırılması işlemleri tipik bir hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir” şeklinde izah edilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, istisnai olarak başvurulabilecek bir yöntemdir.¹⁷

Organik bağın varlığı tek başına, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli değildir.¹⁸ Organik bağın mevcudiyetinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunu doğurabilmesi için organik bağ ilişkisinin alacaklılardan mal kaçırma, muhataba zarar verme gibi hakkın kötüye kullanılması veya muvazaa niteliği taşıması gerekmektedir.¹⁹ Yargıtay’ın özellikle son yıllardaki kararlarında organik bağ ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramlarının birbirinden farklı olduğu ifade edilmekte²⁰ ve organik bağ ilişkisi tespit edildiğinde, tüzel

sıklıkla tüzel kişi ile ortakları arasındaki perdenin kaldırılması biçiminde değil iki farklı tüzel kişilik şeklinde ortaya çıkan işverenlerin tek bir işverenlik gibi değerlendirilmesini gerektirmektedir, Caniklioğlu, s. 211.

¹⁵ Kaşak, s. 1251-1252; Terminoloji hakkında bkz. Antalya, s. 143-146.

¹⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 517; Caniklioğlu, s. 208.

¹⁷ Sağlam, s. 210.

¹⁸ Süzek, s. 160; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 517; Caniklioğlu, s. 208-209; Baycık, s. 83; “Organik bağ birden fazla işverenin işçi sayısının dikkate alınması bakımından önemli bir ölçüt olmakla birlikte organik bağın tek başına sorumluluk tesisi açısından dikkate alınması mümkün değildir.”, Yargıtay 10. HD. T. 22.06.2022, E. 2021/5959, K. 2022/9666, İçtihat Merkezi.

¹⁹ Baycık, s. 83; Aynı yönde Süzek, s. 160-161; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 517-518; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş, s. 41; Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, İş Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 66; Yücel Bodur, s. 293.

²⁰ “Perdenin kaldırılması müessesinde olduğu gibi hukuki dayanağı TMK m. 2 hükmünde öngörülen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmaması olan organik bağın tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile benzer yönleri bulunmasına rağmen farklı bir kavramdır. Şöyle ki; perdenin kaldırılması teorisi, şirket borçlarından do-

kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için organik bağ ilişkisi aracılığıyla hakkın kötüye kullanılmasının arandığı vurgulanmaktadır.²¹ Yüksek Mahkemeye göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının hukuki sonucu, gerçek işverenin veya organik bağ içinde olan tüm işverenlerin sorumlu tutulmasıdır.²² Tüzel kişilik perdesi kaldırıldığında, işçilerin

layı ortaklarının sorumluluğuna ya da ortakların borçlarından dolayı şirketin sorumluluğuna veyahut da şirketler topluluğunda ana-yavru şirket sorumluluğuna gidilmesi imkanını alacaklılara verirken, organik bağ, bir tüzelkişinin borcundan dolayı başka bir tüzel kişinin sorumluluğuna gitme imkânı tanımaktadır. Yine, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında iktisadi bütünlük şartı aranırken, organik bağın uygulanması için bu şart aranmaz. Bunlardan başka, perdenin kaldırılması için mal varlıklarının karışması ile sermaye yetersizliği gibi şartlarda gerekli iken organik bağ uygulamasında bu şartlarda aranmamaktadır. Organik bağ uygulamasında, borçlunun diğer tüzel kişiliği alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla kullanma niyeti yeterlidir. Sonuç da perdenin kaldırılması teorisinde şirket borcundan ortakların sorumlu tutulması söz konusu iken, organik bağ uygulamasında tasarrufun ya da diğer hukuki işlemlerin iptali, istihkak gibi farklı sonuçlara da ulaşılmaktadır. Farklı tüzel kişilerin sorumluluğuna gidilmesine ve dolayısıyla bir tüzel kişinin alacaklarının takip edilmesinde asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağına sahip başka şirkete veya şirketlerinde sorumluluğuna gidilebilmesi imkanını alacaklıya veren organik bağın varlığı için ayrı tüzel kişiler arasında belirli bir iktisadi ve ticari bağımlılığın, kader birliğinin veya birlikte hareket olgusunun ya da başka bir özdeşliğin bulunması gereklidir. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde özellikle belirtmek gerekir ki; "Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi" ana kuralın istisnası olarak ancak belirli ve sınırlı durumlarda "sakınılarak" uygulanması gereken bir yoldur.", Yargıtay 6. HD T. 21.02.2023, E. 2022/1759, K. 2023/670, Yargıtay İçtihat Merkezi; Bkz. Öztekin ve Memiş, s. 210-211.

²¹ "Diğer taraftan organik bağ ilişkisinde işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kişiliklere yer vermesi sözkonusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve organik bağ içinde bulunan kişi ile özdeş kabul edilir. Bu anlamda; tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme (haklarının alınmasını engelleme-iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmama), tarafta muvazaa (hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıttan işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil söz konusudur. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır.", Yargıtay 9. HD T. 09.09.2019, E. 2019/1964, K. 2019/15330, Kazancı İçtihat Bankası; Aynı yönde Yargıtay 9. HD T. 01.06.2020, E. 2020/1076, K. 2020/4530, Kazancı İçtihat Bankası.

²² Yargıtay 9. HD T. 09.09.2019, E. 2019/1964, K. 2019/15330, Kazancı İçtihat Bankası; Aynı yönde Yargıtay 9. HD T. 01.06.2020, E. 2020/1076, K. 2020/4530, Kazancı İçtihat Bankası.

organik bağ bulunan işverenler yanındaki çalışmalarını işçilik hakları açısından tek bir iş ilişkisi gibi dikkate alınmakta ve tüm işverenlerin birlikte sorumluluğu kabul edilmektedir.²³ İş hukukunda tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınma genellikle, az sayıda işçi çalıştıran farklı tüzel kişi işverenlikler oluşturularak gerçekleşmektedir. Böylece iş güvencesi kapsamı dışına çıkılmakta ya da mali açıdan daha güçsüz tüzel kişi işverenle işçinin iş sözleşmesi yapması suretiyle işçinin haklarına ulaşması engellenmektedir. Bu bağlamda iş hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile tüzel kişiyi oluşturan ortakların kişisel malvarlığına ulaşılmasından ziyade, farklı tüzel kişilerin tüzel kişilik perdesi kaldırılarak, tek bir tüzel kişi sayılması ve işçinin iş güvencesi kapsamına alınması ya da her iki tüzel kişinin müteselsil sorumluluğu yoluyla işçinin mali açıdan tatmin edilmesi sağlanmaktadır.²⁴

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI

Anayasanın 53. maddesinde işçilerin ve işverenlerin, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip oldukları belirtildikten sonra, toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun²⁵ (6356 sayılı Kanun) toplu iş sözleşmesine ilişkin 33. maddesi doğrultusunda toplu iş sözleşmesi; iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içeren ve tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilen sözleşme şeklinde tanımlanabilir.²⁶

²³ Süzek, s. 160; Ekmekçi ve Yiğit, Bireysel İş, s. 41; "...davalıların faaliyet alanlarının ve işyeri adreslerinin aynı olduğu aralarında organik bağ bulunduğu anlaşılmaktadır. Organik bağ sebebiyle davalıların tüm alacaklarından müşterek ve müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekmektedir", Yargıtay 9. HD T. 06.06.2016, E. 2015/2643, K. 2016/13512, Kazancı İçtihat Bankası.

²⁴ Caniklioğlu, s. 211.

²⁵ RG. 07.11.2012, 28460.

²⁶ Bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 981; Aziz Can Tuncay, Fatma Burcu Savaş Kutsal ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Toplu İş Hukuku, Revize Edilmiş 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 204-205; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, Beta Yayın-

Çalışmanın bu bölümünde toplu iş sözleşmesinin düzeyi ve türleri hakkında bilgi verildikten sonra, 6356 sayılı Kanun'un toplu iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin işçi sendikasının yetkisinin kesinleşmesi kısmına kadar olan hükümleri incelenecektir. Çalışma konusunun dışında kalan toplu görüşme ve toplu iş sözleşmesinin imzalanmasına ilişkin düzenlemelere değinilmeyecektir.

A. Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri

Toplu iş sözleşmesine esas birim, toplu iş sözleşmesinin düzeyini ifade etmekte olup, toplu iş sözleşmesine esas birimler, işkolu veya işyeri olarak karşımıza çıkmaktadır. 6356 sayılı Kanun'da işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi kabul edilmiş olup; işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi ise tek bir işyeri için yapılabileceği gibi birden çok işyerini kapsayacak şekilde de yapılabilir. Bu durum 6356 sayılı Kanun m. 34/1'de "Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir." düzenlemesi ile açıklanmıştır.²⁷ Aşağıda değineceğimiz işletme toplu iş sözleşmeleri de işyeri düzeyinde yapılan sözleşmelerdir.²⁸ İşkolu esasına göre sendikalaşma ilkesinin bir sonucu olarak bir toplu iş sözleşmesinin, aynı işverene ait olsa dahi farklı işkollarındaki işyerlerini kapsaması mümkün değildir. Toplu iş sözleşmesinin kapsamındaki işyerlerinin aynı iş kolunda olması gerekir.²⁹

6356 sayılı Kanun'da işyeri toplu iş sözleşmesi, işletme toplu iş sözleşmesi ve grup toplu iş sözleşmesi olmak üzere üç tür toplu iş sözleşmesine yer verilmiştir. Çalışma konusu bakımından önemli olan

cılık, İstanbul, 2016, s. 312-313; Fevzi Şahlanan, Toplu İş Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 347; Talat Canbolat, 6356 sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 25 vd.

²⁷ Şahlanan, s. 333; Narmanlıoğlu, s. 327-328; Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 290; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 344; Ayrıca bkz. Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 235-236; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 990; Ercan Akyiğit, Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 390; Başbuğ ve Yücel Bodur, s. 315; Canbolat, s. 103; Seracettin Gökteş, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 29 vd.

²⁸ Şahlanan, s. 334; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 994; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 236; Canbolat, s. 104; Gökteş, s. 51.

²⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 990-991; Ekmekçi ve Yiğit, s. 345.

işyeri toplu iş sözleşmesi ve işletme toplu iş sözleşmesi hakkında bilgi verecek olur isek işyeri toplu iş sözleşmesi, bir işverene ait tek bir işyerinde geçerli olmak üzere yapılan toplu iş sözleşmesidir.³⁰ 6356 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından işyeri kavramının tanımı için 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki³¹ işyeri tanımına atıfta bulunmaktadır (6356 sayılı Kanun m. 2/3). Bu doğrultuda toplu iş hukuku açısından da işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birimdir. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür (İş Kanunu m. 2/1-3).³²

³⁰ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 238; Narmanlıoğlu, s. 328; Kadir Arıcı, Türk İş Hukuku – II Toplu İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022, s. 233; Ekmekçi ve Yiğit, s. 345; Ahmet Nizamettin Aktay, Olgu Özdemir Ertürk, Toplu İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 158; Canbolat, s. 105-106; Uşan ve Erdoğan, s. 276; Göktaş, s. 34; 6356 sayılı Kanun'da grup toplu iş sözleşmesi, işçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesi şeklinde tanımlanmıştır (m. 2/1-ç).

³¹ RG. 10.06.2003, 25134.

³² Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 240-241; Sur, s. 291; Akyiğit, s. 390; Ekmekçi ve Yiğit, s. 345; Aktay ve Özdemir Ertürk, s. 158; Canbolat, s. 106-107; Göktaş, s. 34; "...Bu noktada bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak işyeri ve işletme kavramlarının açıklanması faydalı olacaktır. 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasında işyeri kavramı yönünden 4857 sayılı İş Kanunu'na atıf yapılmıştır. 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin gerekçesinde işyeri, teknik bir amaca diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olarak belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında işyerine bağlı yerler ile eklentiler ve araçların bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra, özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda amaçta birlik yani aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ve yönetimde birlik yani aynı yönetim altında örgütlenmiş olma şartlarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan, teknolojik ve ekonomik gelişmeler doğrultusunda bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunum hususlarının çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi sebebiyle, bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu yerin dışına taşmıştır. Bu bağlamda 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde "İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür." hükmü düzenlenmiştir... İşyerini oluşturan eklentiler ve araçların tespiti kolay ise de "işyerine bağlı yer'in işyerinden sayılması tek başına yeterli bir kriter değildir. Aynı zamanda bu bağlı yerin de niteliği yönünden işyerine bağlılığı bulunmalı ve aynı yönetim birliği altında örgütlenmiş olması gereklidir. Bundan anlaşılması

İşletme toplu iş sözleşmesi, bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan sözleşme şeklinde tarif edilmektedir (6356 sayılı Kanun m. 2/1-d). İşletme toplu iş sözleşmesi aracılığıyla bir işverenin aynı işkolundaki işyerlerindeki çalışma koşullarına yeknesaklık kazandırılmaktadır.³³ İşletme toplu iş sözleşmesi için işverenin gerçek veya tüzel kişi olmasının ya da kamu kurum ve kuruluşu olmasının bir önemi bulunmayıp, bir işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin olması yeterli olmaktadır.³⁴ Yine, işletme kavramının ticaret hukukunun konusunu teşkil eden ticari işletme ile bir ilgisi bulunmadığını vurgulamak gerekmektedir.³⁵

6356 sayılı Kanun m. 34/2'ye göre bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu hallerde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilecektir. Görüldüğü üzere işletme toplu iş sözleşmesi, şartlarının olduğu durumda tarafların iradesine bağlı olmayan, yapılması zorunlu olan bir sözleşme türüdür.³⁶ Dolayısıyla işverenin aynı işkolundaki işyerlerinden bir kısmı, tarafların anlaşmasıyla dahi, işletme

gereken işin niteliği ve yürütümü gereği yapılan işlerin aynı yönetim altında örgütlenmiş bulunmasıdır. Eğer yönetim birliği altında örgütlenme sağlanamamış ya da farklı ve birbirinden bağımsız iki ayrı yönetim oluşmuşsa artık tek bir işyerinden değil bağımsız olan yönetim sayısınca işyerinden bahsedilecektir. Bu bağlamda birbirinden tamamen bağımsız bir organizasyon yapılması söz konusu ise ayrı işyerlerinden, buna mukabil tek bir yönetim birliği altında yapılanma söz konusu ise işyerine bağlı yer kabulüyle tek işyeri bulunduğu kabul edilmelidir.”, Yargıtay 9. HD T. 11.03.2024, E. 2024/3467, K. 2024/4489, Kazancı İçtihat Bankası.

³³ Şahlanan, s. 338; Aynı yönde Sur, s. 295; Arıcı, s. 234; Göktaş, s. 51.

³⁴ Şahlanan, s. 338; Aynı yönde Aktay ve Özdemir Ertürk, s. 162-163; Arıcı, s. 234; Göktaş, s. 51.

³⁵ Şahlanan, s. 339; Arıcı, s. 234-235; Sur, s. 295; Ekmekçi ve Yiğit, s. 345; Göktaş, s. 53.

³⁶ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 248; Arıcı, s. 234; Ekmekçi ve Yiğit, s. 347; Akyiğit, s. 402; Göktaş, s. 52; “Diğer taraftan 6356 sayılı Kanun’un 34. maddesinin ikinci fıkrasında, bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesinin ancak işletme düzeyinde yapılabileceği ifade edilmiştir. Belirtilen düzenleme emredici nitelikte olup kamu düzenine ilişkindir (Talat Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul, 2013, s.128; Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, 2007, s.344). Dairemizin uygulaması da işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu yönündedir.”, Yargıtay 9. HD T. 11.03.2024, E. 2024/3467, K. 2024/4489, Kazancı İçtihat Bankası.

toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılamaz ya da işletmeye dahil işyerleri için ayrı ayrı toplu iş sözleşmesi yapılamaz.³⁷

6356 sayılı Kanun m. 34/4'te işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarının tespitine ilişkin uyuşmazlıkların, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede on beş gün içinde karara bağlanacağı kural altına alınmıştır. Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde ise bölge adliye mahkemesi tarafından on beş gün içinde kesin olarak karar verilecektir.

B. Toplu İş Sözleşmesinde Ehliyet ve Yetki

Toplu görüşme yapabilmek, toplu iş sözleşmesi imzalayabilmek ve toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmek, toplu iş uyuşmazlıklarında yasal hak ve yetkileri kullanabilmek için gerekli asgari koşulların sağlanması toplu iş sözleşmesinde ehliyet ve yetki kavramları ile ifade edilmektedir.³⁸ 6356 sayılı Kanun'da ehliyete ilişkin açık bir hüküm olmamakla birlikte, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinden bahsedebilmek için öncelikle toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olunması aranmaktadır. Toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, toplu iş sözleşmesine taraf olabilecek kişilerden veya kuruluşlardan olabilmekle ilgilidir.³⁹ 6356 sayılı Kanun m. 2/1-h'de toplu iş sözleşmesinin taraflarının, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren olduğu belirtildiği gibi yetkiye ilişkin 41. maddenin 4. fıkrasında bir işveren sendikasının, üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri için, sendika üyesi olmayan bir işverenin ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olanların işçi tarafı açısından, toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerinin veya işletmenin dahil olduğu işkolunda kurulu olan işçi sendikalarının; işveren tarafı açısından da işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverenin olduğu anlaşılmaktadır.⁴⁰

³⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 994; Ekmekçi ve Yiğit, s. 347; Canbolat, s. 128; Gökaş, s. 52.

³⁸ Arıcı, s. 241-242.

³⁹ Şahlanan, s. 348; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 263; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1002-1003; Narmanlioğlu, s. 342; Arıcı, s. 242; Akyiğit, s. 352; Aktay ve Özdemir Ertürk, s. 164; Uşan ve Erdoğan, s. 277-278.

⁴⁰ Şahlanan, s. 349, 351; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1003, 1009; Aynı

6356 sayılı Kanun m. 41/4'te işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverenin toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğu öngörülmüş ve işveren tarafının toplu iş sözleşmesi yetkisi açısından herhangi bir sayısal şart aranmamıştır. Bu itibarla toplu iş sözleşmesinde yetki konusu esasen daha çok işçi sendikalarına yöneliktir, zira uygulamada yetki tespiti için başvuru genellikle işçi sendikaları tarafından gerçekleştirilir.⁴¹

6356 sayılı Kanun'un yetkiye ilişkin 41. maddesine göre işçi sendikası kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi olması ve toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olacaktır (f. 1). Daha açık deyişle işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yetkisini kazanabilmesi için iki koşulu yerine getirmiş olması aranmaktadır. İlk koşul, işkolu barajı olarak ifade edilen, işçi sendikasının kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üyeliğe kaydetmiş olmasıdır. Bu koşulun varlığı halinde ikinci olarak, işyeri/işletme barajı olarak da ifade edilen, işyeri toplu iş sözleşmesi bakımından başvuru tarihinde işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletme toplu iş sözleşmesi bakımından ise başvuru tarihinde işletmenin kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilerin yüzde kırkının kendi üyesi bulunmasıdır.⁴² İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınacak ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanacaktır (f. 2).

İşkolu barajı ile ilgili 6356 sayılı Kanun'a göre, bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinin tespitinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Ba-

yönde Narmanlıoğlu, s. 345-347; Akyiğit, s. 353; Sur, s. 303-304; Aktay ve Özdemir Ertürk, s. 164; Konu hakkında bkz. Süleyman Başterzi, Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 33 vd; Doktrinde Arıcı, işçi sendikasının ehliyetli olabilmesi için toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerinin dahil olduğu işkolunda kurulmuş olması şartına ek olarak, üye sayısı itibarıyla o işkolunda çalışan toplam işçi sayısının %1 kadar üye sayısına ulaşmış bulunmasını aranmasının gerektiğini ileri sürmektedir, Arıcı, s. 244.

⁴¹ Ekmekçi ve Yiğit, s. 354; Arıcı, s. 245-246; Aynı yönde Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 268; Akyiğit, s. 355.

⁴² Şahlanan, s. 361-362; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 269, 274; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1004-1005; Narmanlıoğlu, s. 358-359; Sur, s. 305, 307; Akyiğit, s. 355, 360-361; Aktay ve Özdemir Ertürk, s. 171-172; Ekmekçi ve Yiğit, s. 354; Başbuğ ve Yücel Bodur, s. 319-321; Uşan ve Erdoğan, s. 279.

kanlığınca (Bakanlık) her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer almaktadır. Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanıncaya kadar geçerli olup; yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini, daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilememektedir (m. 41/5).⁴³

C. Yetki Tespiti ve İtirazı

Bir işyerinde veya işletmede yetkili sendikanın tespit edilebilmesi için öncelikle yetki tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına yetki tespiti amacıyla başvuru yapılması gerekmektedir. 6356 sayılı Kanun m. 42/1'de toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespitini isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Aynı düzenlemede işveren sendikasının veya sendika üyesi olmayan işverenin de Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini isteyebileceği belirtilmiş olmakla birlikte, uygulamada genel olarak, işverenlerin ya da işveren sendikalarının yetki tespiti amacıyla Bakanlığa başvuruda bulunmadığı bilinmektedir.⁴⁴

Yetki için yapılan başvuru üzerine Bakanlık, toplu iş sözleşmesi yapılmak istenen işyeri veya işyerlerinin, başvuran sendikanın kurulu

⁴³ Yayımindan itibaren on beş gün içinde itiraz edilmeyen istatistik kesinleşir. İstatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle bu süre içinde Ankara İş Mahkemesine başvurulabilir. Mahkeme bu itirazı on beş gün içinde sonuçlandırır. Mahkemece verilen karar hakkında, ilgililerce veya Bakanlıkça istinaf yoluna başvurulması hâlinde ise bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay, temyiz talebini bir ay içinde kesin olarak karara bağlar (m. 41/6).

⁴⁴ Şahlanan, s. 373; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 276; Narmanlıoğlu, s. 392; Aktay ve Özdemir Ertürk, s. 178; Arıcı, 251; Ekmekçi ve Yiğit, s. 401; Akyiğit, s. 372; Uşan ve Erdoğan, s. 280; Yetki koşullarını haiz olduğu düşünülen bir işçi sendikası yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinde veya işletmede yetkili olduğunun tespiti için her zaman Bakanlığa başvurabilir. Yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin olması halinde ise 6356 sayılı Kanun m. 35/4 gereği yetki başvurusu en erken yürürlükteki sözleşmenin bitimine yüz yirmi gün kala yapılabilir, Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraça, s. 1012; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 276; Narmanlıoğlu, s. 390; Şahlanan, s. 374; Arıcı, s. 251; Ekmekçi ve Yiğit, s. 401; Akyiğit, s. 370; Aktay ve Özdemir Ertürk, s. 177; Başbuğ ve Yücel Bodur, s. 322; Uşan ve Erdoğan, s. 281.

bulduğu işkoluna girip girmediğini ve başvuruya konu işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Belirtilen hususlarda olumlu sonuca varılması durumunda ise işkolu barajı ve işyeri/işletme barajı şartlarının yerine getirilip getirilmediğini inceleyecektir.⁴⁵ Bakanlık yetkiye ilişkin koşulların varlığına yönelik incelemesini başvuru tarihini esas alarak yapacaktır.⁴⁶

İstatistiklerin düzenlenmesinde ve yetkili sendikanın tespiti için işyerindeki veya işletmedeki çalışan sayısı ile sendikaya üye işçi sayısı belirlenirken Bakanlık, kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerini esas alır (6356 sayılı Kanun m. 41/7). Kanun'un 42. maddesinin 4. fıkrasında da sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanların, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir.⁴⁷

⁴⁵ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1014; Şahlanan, s. 377; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 277; Arıcı, s. 252; Sur, s. 314; Ekmekçi ve Yiğit, s. 404; Uşan ve Erdoğan, s. 281; Ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, s. 393 vd.

⁴⁶ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 277; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1016; Şahlanan, s. 376; Sur, s. 307; Ekmekçi ve Yiğit, s. 404; Uşan ve Erdoğan, s. 282.

⁴⁷ Belirtilen hüküm ile esasen işverenlerin cezai yaptırımları göze alarak işyerinde çalışan işçi sayısını artırıp, geriye doğru işe giriş bildirgesi vermek suretiyle yetki başvurularını sonuçsuz bırakma çabalarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Ancak düzenlemede "başvuru tarihinden sonra" ifadesi yer almadığı için işe giriş ve işten çıkış bildirimleri süresinde yapılmayan hiçbir işçinin yetki tespitinde dikkate alınmayacağı şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır ki işçi sendikalarını korumaktan uzak olan bu anlam yerine düzenlemenin, yetki başvuru tarihinden sonra geriye doğru yapılan bildirimlerin dikkate alınmayacağı şeklinde anlaşılması gerekir. Nitekim Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti ile Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik (RG. 11.10.2013, 28792) m. 7/4'te yer alan "Yetkili işçi sendikasının tespitinde, sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin olarak yetki tespit başvurusu tarihinden önce Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılmamış bildirimler dikkate alınmaz" hükmüyle, kanun koyucu tarafından da bu yorumun benimsenmesi gerektiğinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1015; Şahlanan, s. 381; Bununla birlikte Yönetmelik'teki düzenlemede de bildirimlerin yasal süresi içerisinde yapılmaması hususu vurgulanmadığı için Kanun ve Yönetmelik'teki düzenlemeleri bir arada değerlendirip, yetki tespit başvuru tarihinden sonra yasal süresi içerisinde yapılmayan bildirimlerin dikkate alınmayacağı şeklinde sonuca varmak gerekir. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1015; "Dosya içeriğine göre davalı Sendikanın yetki tespiti için 15.02.2022 tarihinde, saat 14.14.08'de başvuruda bulunduğu ve yetki tespitine konu işyerinde Şubat 2022 tarihinde 74 kişi çalışırken bu çalışanlardan 27'si-

Yapılan başvuru üzerine Bakanlığın işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit etmesi olumlu tespit, sendikanın yetki şartlarına sahip olmadığını tespit etmesi olumsuz tespit olarak ifade edilmektedir (Yönetmelik m. 8/1, m. 9/1). 6356 sayılı Kanun m. 42/2 uyarınca Bakanlık, kayıtlarına göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde; yapılan başvuruyu, işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısını, o işkolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı iş günü içinde bildirecektir. Buna karşılık 6356 sayılı Kanun m. 42/3'te Bakanlık tarafından, işçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığı ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir işçi sendikasının bulunmadığını tespit etmesi hâlinde ise olumsuz yetki tespitine ilişkin kararın sadece başvuruyu yapan sendikaya bildirileceği kural altına alınmıştır.⁴⁸

Yetki itirazına ilişkin 6356 sayılı Kanun m. 43'e göre, Bakanlığın olumlu yetki tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir (f. 1). İtiraz dilekçesi görevli makama⁴⁹ kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir.⁵⁰ Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden

nin başvuru tarihi ve öncesinde işten çıktığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte hükme esas alınan bilirkişi raporunda yetki başvuru tarihinde işten çıkarılanların hangi saatte çıkarıldığına ilişkin bir irdeleme yapmaksızın çoğunluk hesabına dâhil edilmediği görülmüştür. Oysaki somut olayın özelliğine göre (yetki başvuru tarihinde çıkış yapıldığından) bu denetimin yetki başvuru tarihi ve saati göz önüne alınarak yapılması gereklidir. Bu yönüyle varılan sonuç eksik incelemeye dayalı olup uyumsuzluğun aydınlatıldığından söz edilemez.", Yargıtay 9. HD T. 26.04.2023, E. 2023/4950, K. 2023/6113, Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁸ Bkz. Şahlanan, s. 382-383; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 278; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1017; Narmanlıoğlu, s. 392; Arıcı, s. 252-253; Akyiğit, s. 373-374; Sur, s. 314-315; Ekmekçi ve Yiğit, s. 406-407; Uşan ve Erdoğan, s. 282.

⁴⁹ Görevli makam, işyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü ifade eder (m. 2/1-c); 6356 sayılı Kanun m. 79'a göre toplu iş sözleşmesine ilişkin uyumsuzluklarda görevli makamın bulunduğu yerdeki iş mahkemesi görevli ve yetkilidir.

⁵⁰ "... olumlu ve olumsuz yetki tespitinin iptaline dair dava açılmadan önce altı iş günlük kesin süre içerisinde itiraz dilekçesinin görevli makama kayıt ettirilmesi gerekmektedir. Bu husus yetki tespitinin iptali açısından dava şartı olup, aksi

daha az üyesi bulunan işçi sendikasına ise, yetki itirazında bulunma imkânı tanınmamıştır (f. 2).

6356 sayılı Kanun m. 43/3'te itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması hâlinde itirazın incelenmeksizin reddedileceği hükme bağlanmıştır. Düzenlemenin devamına göre, işçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve bu karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

Kendisine olumsuz yetki tespiti bildirilen işçi sendikası da altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilir (m. 43/4). Olumsuz yetki tespit bildirimine itiraz dilekçesinin de görevli makama kaydettirildikten sonra mahkemeye verilmesi gerekmektedir.⁵¹

Olumlu yetki tespit bildirimine itiraz davası, Bakanlığa ve lehine olumlu tespit düzenlenen işçi sendikasına karşı açılır. Olumsuz yetki tespit bildirimine itiraz davası ise sadece Bakanlığa karşı açılır. Mahkeme olumsuz yetki tespitine karşı açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir (m. 43/4) ve bu bildirim sonucunda belirtilen kişiler, davaya fer'i müdahil olarak katılabilirler.⁵² Yetki tespitine itiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur (m. 43/5).

halde dava esasa girilmeksizin reddedilecektir", Yargıtay 22. HD T. 22.11.2018, E. 2018/15169, K. 2018/25159, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁵¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1019; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 293; Narmanlioğlu, s. 407; Arıcı, s. 254; Akyiğit, s. 379.

⁵² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1020; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 293-294; Ekmekçi ve Yiğit, s. 415-416; "...6356 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında olumsuz yetki tespitine itiraz istemine ilişkin davalarda, mahkemece resen davanın o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene ihbar edilmesi gerektiği açık olarak belirtilmiştir. Bu anlamda aynı işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverenin hukuki menfaati bulunduğundan, davaya katılma hakları olduğu ifade edilmelidir. Belirtmek gerekir ki söz konusu kişilerin davaya müdahalesi durumunda, bu suretle davaya katılanlar şüphesiz fer'i müdahil sıfatını kazanacaktır.", Yargıtay 9. HD T. 04.03.2021, E. 2021/1329, K. 2021/5556, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Yetki tespitine itirazın konusunun, işçi ve üye sayılarının hatalı olduğu, tespit yapılan yerin başka bir işkoluna girdiği, başvuru yapılan işyerinde veya işletmede bitimine yüz yirmi günden daha fazla bir zaman bulunan toplu iş sözleşmesinin olduğu ve benzeri nitelikteki yetki koşullarını belirleyen her türlü hususun teşkil etmesi mümkündür.⁵³ Uygulamada ise sıklıkla asıl işyeri ve işyerine bağlı yerlerin bir bütün olarak dikkate alınmadığına, işletme kapsamına dahil edilen bir işyerinin bu kapsamda olmadığına veya işletmeye dahil işyerlerinin tamamının kapsama alınmadığına ilişkin itirazlarla karşılaşıldığı görülmektedir.⁵⁴

Yetki tespitine itiraz gerekçeleri arasında yer alan, aynı işverene ait birden fazla fiziki birim söz konusu olduğunda, bunların aynı işkolundaki birbirinden bağımsız işyerleri mi yoksa aralarında asıl işyeri-bağlı yer ilişkisinin mi mevcut olduğu meselesi, yetki tespitinde özellikle önem arz etmektedir. Şöyle ki aynı işkolunda bağımsız işyerlerinin olması durumunda işletme toplu iş sözleşmesi söz konusu olacağından işletme barajının yüzde kırk olarak uygulanması gerekir iken; asıl işyeri-bağlı yer ilişkisinin varlığında ise işyeri toplu iş sözleşmesi kapsamında yetki barajı yarıdan fazla olarak uygulanacaktır.⁵⁵ Uygulamada yetki tespitine itirazlara sıklıkla konu olan işyeri ve işletme niteliğinin belirlenmesine ilişkin itirazlar çalışmanın esas konusunu teşkil etmediğinden, bu hususta daha fazla detaya yer verilmeyecektir.

Yetki tespitine itirazın sonucunda mahkemece verilecek karar, itirazın olumlu yetki tespitine ya da olumsuz yetki tespitine olmasına göre değişecektir. Şöyle ki olumlu yetki tespit bildirimine itirazın sonucunda sendikanın yetki koşullarını haiz olduğu tespit edilirse, dava reddedilecek ve sendikaya Bakanlıkça yetki belgesi verilecektir. Buna karşın olumlu yetki tespitine yönelik itirazın kabul edildiği hallerde ise Bakanlıkça başvuran sendika lehine verilen olumlu yetki tespit yazısının iptali sonucu doğacaktır. Bu davada başka bir sendikanın yetkili olduğu anlaşılmış olsa dahi mahkemenin işyerinde yetkili olan

⁵³ Şahlanan, s. 387; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1021; Ekmekçi ve Yiğit, s. 420; Ayrıca bkz. Sur, s. 318 vd.

⁵⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, s. 1021-1022; Ekmekçi ve Yiğit, s. 420.

⁵⁵ Şahlanan, s. 370; Ekmekçi ve Yiğit, s. 365.

sendikayı tespit etme yetkisi bulunmadığından, söz konusu sendikanın Bakanlığa başvurarak yetki sürecini başlatması gerekmektedir.⁵⁶

Olumsuz yetki tespit bildirimine itiraz sonucunda davanın reddedilmesi halinde, başvuran sendikanın yetkili olmadığına ilişkin Bakanlık yazısı kesinleşmiş olacaktır. Olumsuz yetki tespitine itiraz davasının kabul edilmesi halinde ise, Bakanlığın sendikanın yetkili olmadığına ilişkin tespit yazısı iptal edilecek ve sendikaya kesin yetki belgesi verilecektir.⁵⁷

Kesin yetki belgesiyle işçi sendikası işveren tarafıyla toplu görüşme hakkını ve gerektiğinde yasal iş mücadelesine girme hakkını elde etmektedir. İşçi sendikasına yetki belgesi verilmesinden sonra başka bir sendika Bakanlığa başvurup yetki belgesi almayacaktır.⁵⁸

III. ORGANİK BAĞ İÇERİSİNDEKİ İŞVERENLERİN İŞYERLERİNDEKİ YA DA İŞLETMELERİNDEKİ YETKİ TESPİT SÜRECİ

Organik bağ ilişkisinin mevcut olduğu işyerleri ile uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Yukarıda açıklamaya çalışıldığı üzere organik bağın varlığı ve hakkın kötüye kullanımı tespit edildiğinde tüzel kişilik perdesi kaldırılmakta ve bunun sonucunda, gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır.⁵⁹ Yargıtay kararları irdelendiğinde organik bağ ilişkisine genellikle işçilik alacakları, işe iade davaları gibi bireysel iş uyuşmazlıklarında başvurulduğu görülmektedir. Ancak bu çalışmada bir işyerinde ya da işletmede organik bağ ilişkisinin varlığının, toplu iş sözleşmesi yetkisinin alınmasına etkisinin nasıl olacağı sorusu cevaplanmaya çalışıla-

⁵⁶ Şahlanan, s. 399-400; Ekmekçi ve Yiğit, s. 427.

⁵⁷ Şahlanan, s. 400; Ekmekçi ve Yiğit, s. 427-428; Yetki belgesinin verilmesi ile ilgili 6356 sayılı Kanun m. 44'e göre "Tespit yazısına süresi içinde itiraz edilmemişse sürenin bitimini takip eden altı iş günü içinde; yapılan itiraz reddedilmişse ya da kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen sendikanın itirazı sonucunda yetki şartlarına sahip olduğunu tespit eden kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde; ilgili sendikaya, Bakanlıkça bir yetki belgesi verilir".

⁵⁸ Akyiğit, s. 381; Sur, s. 326.

⁵⁹ Yargıtay 9. HD T. 09.09.2019, E. 2019/1964, K. 2019/15330, Kazancı İçtihat Bankası; Aynı yönde Yargıtay 9. HD T. 01.06.2020, E. 2020/1076, K. 2020/4530, Kazancı İçtihat Bankası.

caktır. Şöyle ki Yargıtay'ın yukarıda değinilen kriterleri doğrultusunda aynı adreste bulunan, faaliyet alanları aynı olan, ortaklarının aynı veya bağlantılı kişilerden oluştuğu ve temsilcilerin aynı kişi olduğu bir işyerinde ya da işletmede çalışan tüm işçiler fiilen tek bir işveren nezdinde iş ilişkilerini sürdürmekte iken hukuken bu işçilerin işverenleri, organik bağ içerisinde olan farklı işverenler olarak karşımıza çıkmaktadır.-Aynı adreste ve aynı işyerinin ya da işletmenin faaliyet alanı doğrultusunda çalışan işçilerin işverenleri farklı, organik bağ içerisinde olan işverenler olmaktadır.

Bir işçi sendikası örgütlendiği bir işyeri veya işletme için yetki başvurusunda bulunduğu toplu iş sözleşmesi, bir işverene ait tek bir işyeri veya bir işverenin aynı işkolundaki birden çok işyeri için yapılabileceği için sendikanın yetki koşullarını haiz olması durumunda Bakanlık tarafından yetki belgesi, başvuru yapılan işyeri ya da işletme için verilecektir. Yetki belgesi verilen işyerinde ya da işletmede organik bağ içerisinde olan başka işverenlerin ve yetki belgesi alınan işverenin işçileri ile aynı işte çalışan organik bağ içerisindeki işverenlerin işçilerinin olmasının, toplu iş sözleşmesi sürecine etkisi sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda olumlu yetki tespitine karşı işveren tarafının, işyerindeki ya da işletmedeki tüm işverenlerin işçilerinin dikkate alınmaması nedeniyle işyeri/işletme barajına ilişkin koşulun gerçekleşmediği yönünde itirazda bulunması ihtimalini dikkate almak gerekmektedir. Özellikle organik bağ içerisindeki işverenlerin yanında çalışan işçilerin tamamının işyeri/işletme barajını sağlayacak şekilde işçi sendikasına üye olmaması halinde, belirtilen ihtimal daha fazla önem kazanmaktadır.⁶⁰ Yetki tespitine itiraz davasında mahkemenin hakkın kötüye kullanıldığını tespit ederek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle organik bağ içerisindeki işverenlerin tek bir işveren gibi kabul edilmesine hükmetmesi ve sendikanın da bu durumda iş-

⁶⁰ Öte yandan aynı işkolunda birden fazla işyerinin olması durumunda işveren tarafı, asıl işyeri - bağlı yer ya da işletme niteliğine ilişkin meseleleri de itiraz konusu edebilecek olup, çalışmanın esas organik bağ içerisindeki işverenlerin durumu olduğu için belirtilen itiraz konularında detaya girilmeyecektir. Zira organik bağ içerisindeki işverenlerin tek bir işyerinin ya da aynı işkolunda birden fazla işyerinin olması işyeri/işletme barajını etkileyecek olmakla birlikte organik bağ içerisindeki işverenlerin tek bir işveren gibi kabul edilip, işyerindeki ya da işletmedeki işçi sayısının buna göre belirlenip belirlenmeyeceği ayrı bir sorun teşkil etmektedir.

yeri/işletme barajını sağlayamaması, sendikanın olumlu yetki tespit yazısının iptali sonucunu doğuracaktır. Bu ihtimalde işçi sendikasının söz konusu işyerinde ya da işletmede, üye sayısını artırıp yetki tespiti için yeni bir başvuru yapması gerekecektir. Bu süreç uzun sürebilecek veya sendika yeterli çoğunluğa hiç ulaşamayabilecektir. Ayrıca organik bağ içerisindeki işverenlerin ayrı işyeri unvanları, ayrı işyeri sicil numaraları, ayrı tüzel kişilikleri olması ve yetki başvurusunun bir işverenin işyeri veya işletmesi için yapıldığı dikkate alındığında Bakanlık, diğer işverenlerin işçilerini yine yetki tespitine dahil edemeyecektir. Bu bağlamda işçi sendikasının sonraki yetki başvurusu da organik bağ içerisindeki işverenlerden birinin işyeri ya da işletmesi üzerinden olmak zorunda olacağı için başlangıç noktasına geri dönecektir.

Yetki tespitine itiraz davasında mahkeme, organik bağın varlığını kabul edip tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurmayabilir ki yukarıda da belirtilen şekilde, Yargıtay'ın son yıllarda bu yönde kararları mevcuttur.⁶¹ Bu ihtimalde yetki tespitine itiraz davası reddedilecek ve sendikanın yetkisi kesinleşecektir. Sendikanın yetkisinin kesinleşmesine dayalı olarak gerçekleşen toplu görüşme safhasının sonunda, toplu iş sözleşmesinin imzalandığını varsaydığımızda ise toplu iş sözleşmesinden kural olarak işçi sendikasına üye olan işçiler yararlanacaktır.⁶² Buna karşılık organik bağ içerisindeki diğer işverenlerin işçileri, aynı işte ve aynı işyerinde çalışıyor olmalarına rağmen işverenlerinin, toplu iş sözleşmesinin tarafı olmaması sebebiyle, toplu iş sözleşmesinden faydalanamayacaklardır. Toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecek olan işçilerin, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin işçisi olması gerekliliği sebebiyle, geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı durumunda alt işveren işçilerinin asıl işverene

⁶¹ Yargıtay 22. HD T. 25.06.2019, E. 2016/16492, K. 2019/13959, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9. HD T. 14.02.2024, E. 2023/19233, K. 2024/2097, Kazancı İçtihat Bankası.

⁶² 6356 sayılı Kanun m. 39/1 uyarınca toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır. İşçi sendikasının üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları, dayanışma aidatı ödemeleri bağlıdır (m. 39/4). Toplu iş sözleşmesinin "paraya ilişkin olmayan hükümlerinden" ise sendika üyesi olsun olmasın o işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanacaktır, Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 325; Şahlanan, s. 431-432; Narmanlıoğlu, s. 419-420; Sur, s. 371; Akyiğit, s. 441; Ekmekçi ve Yiğit, s. 486; Aktay ve Özdemir Ertürk, s. 204; Başbuğ ve Yücel Bodur, s. 356.

yapılmış toplu iş sözleşmesinden yararlanamamaları⁶³ halinde olduğu gibi, organik bağ içerisindeki diğer işverenlerin işçileri de imzalanan toplu iş sözleşmesinin kapsamında sayılmayacaklardır.

Organik bağın mevcut olduğu işverenlerden sadece birinin işçileri bakımından toplu iş sözleşmesi yapılmasına yönelik yetki tespitinin konu edildiği Yargıtay kararları irdelendiğinde, 22. Hukuk Dairesi tarafından görülmüş olan ve yetki tespitine itirazı konu alan bir karara ulaşılmıştır.⁶⁴ Karara konu olayda aynı adreste, aynı faaliyet alanına sahip ve bir gerçek kişinin tek ortağı olduğu üç ayrı şirket yer almaktadır. Bu şirketlerden birinin aynı adresteki iki ayrı sicil numaralı işyerlerinde, işçi sendikası tarafından işletme toplu iş sözleşmesi için aranan yüzde kırk çoğunluk sağlanmış ve Bakanlık tarafından işçi sendikasına olumlu yetki tespit bildiriminde bulunulmuştur. Aynı adresteki diğer şirket adına kayıtlı işyeri için ise Bakanlık, sendikanın gerekli çoğunluğu sağlayamadığını tespit etmiştir. Bakanlığın olumlu ve olumsuz yetki tespit bildirimlerine yapılan itirazlar üzerine açılan davalar birleştirilmiştir.

Bakanlığın olumlu yetki tespitine işveren tarafından yapılan itirazda, her üç şirketin aynı tüzel kişilik çatısı altında çalışan tek bir işyeri olduğunu, her üç şirket işçilerinin de aynı bantta karışık bir şekilde ve iç içe çalıştığını, bazı yönetsel giderlerini düşürmek amacıyla olumlu yetki tespitine konu şirkette iki ayrı sicil numaralı işyerinin olduğundan bahisle, sendika lehine olumlu yetki tespitinde bulunulması için yarıdan fazla çoğunluk şartının her üç işverene bağlı olarak çalışan işçiler dikkate alınarak hesaplanması gerektiği ileri sürülmüştür. Davanın görülmesi sonunda ilk derece mahkemesi olumlu yetki tespitinin iptaline hükmetmiş, birleşen davada işçi sendikası tarafından yapılan olumsuz yetki tespitine itirazı ise reddetmiştir. Bölge adliye Mahkemesi de istinaf başvurularının esastan reddine karar vermiştir.

Yaptığı temyiz incelemesinde Yüksek Mahkeme, uyuşmazlığı *“Hakkın kötüye kullanım yasağı”* ile *“hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı”* ilkeleri çerçevesinde ele almıştır. Yargıtay, *“Bu nok-*

⁶³ Şahlanan, s. 436; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 318-319; Narmanlıoğlu, s. 432; Aktay ve Özdemir Ertürk, s. 207.

⁶⁴ Yargıtay 22. HD T. 10.01.2019, E. 2018/12148, K. 2019/734, Kazancı İçtihat Bankası.

tada, hukukumuzda yer alan en önemli ilkelerden biri olan "Hakkın kötüye kullanım yasağı" ilkesine değinmek gerekmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) "Dürüst Davranma" alt başlıklı 2. maddesinde "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır" ilkesine yer verilmiş, devamında da "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" kuralı getirilmiştir. Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması suretiyle başkasına bir zarar verilmesi hakkın kötüye kullanımını oluşturur. TMK'nın 2/1 hükmü herkesin haklarını, toplumda geçerli doğruluk dürüstlük ve iş ilişkilerinin gerektirdiği karşılıklı güven anlayışına uygun olarak kullanılmasını emreder. Hakkın kullanımını ölçütünü TMK'ya göre dürüstlük kuralları verir... Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu, gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hallerinde, TMK'nın 2. maddesi uygulama alanı bulur ve olağanüstü bir imkan sağlar; haksızlığı düzeltici, kanundaki kuralları tamamlayıcı fonksiyonunu yerine getirir (25.1.1984 gün ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı)... Dolayısıyla her somut olayda, iyiniyet kurallarına aykırılığın olup olmadığının kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Kuşkusuz hakkın kötüye kullanımının söz konusu olması durumunda, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğundan, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı ve evrensel hukuk ilkeleri arasında yer alan "hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı" ilkesi iş hukuku alanında da göz önünde bulundurulacak sonuca göre karar verilmelidir" açıklamalarına yer vermiş ve bu doğrultuda üç farklı tüzel kişiliği haiz ticaret şirketi işverene ait gözükten farklı işyerlerinin, tek bir işyeri niteliğinde kabul edilmesi gerektiğine yönelik işveren tarafından ileri sürülen itirazın hakkın kötüye kullanımını niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay bu doğrultuda, hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ilkesi gözetilerek, işverenin bu iddiasına itibar edilmemesi gerektiğine ve farklı tüzel kişi işverenlerin işyerlerinin, ayrı olarak yetki tespitine konu olması gerektiğine hükmetmiştir. Öte yandan Yüksek Mahkeme kararında, olumlu yetki tespitine konu iki ayrı sicil numaralı işyerinin işletme yahut tek bir işyeri niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi gereğine de işaret etmiştir.⁶⁵

⁶⁵ İlk derece mahkemesi tarafından bozmaya uyularak verilen kararda iki ayrı sicil numaralı işyerinin işletme değil tek bir işyeri olduğu sonucuna varılmış ve yetki

22. Hukuk Dairesi'nin çalışma konumuz açısından oldukça önemli olan bu kararında, Mahkeme ayrı tüzel kişiliklere sahip işverenler arasındaki organik bağ ilişkisine dair doğrudan değerlendirme yapmamış olsa da karardan, şirketlerin organik bağ içerisinde olduğu anlaşılmaktadır.

Farklı işverenler arasında organik bağ ilişkisinin mevcudiyetinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvuruluyor olsa da somut olay özelinde işveren tarafının, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının sonucu olan tek tüzel kişilik çatısı altında bir işyerine göre yetki tespiti yapılmasına yönelik itirazı, Yargıtay tarafından isabetle vurgulandığı üzere hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir ve söz konusu talep yine Mahkeme tarafından da tespit edildiği üzere hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ilkesi doğrultusunda dikkate alınmamalıdır⁶⁶. Ayrıca bu yönde bir değerlendirme yapılması, yukarıda yer verilen ihtimallerden yetki belgesinin kesinleşmesi ve toplu iş sözleşmesinin imzalanması varsayımına götürmektedir. Bu varsayımda organik bağ içerisindeki diğer işverenlerin işçilerinin, aynı işte ve aynı işyerinde çalışıyor olmalarına rağmen toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacak olmaları ilk bakışta, hakkaniyete aykırı bir sonuç ulaşıldığı düşüncesini akla getirmektedir. Ancak kanaatimizce bir işyerinde toplu iş sözleşmesinin olması, organik bağ ilişkisinin bulunduğu işyerindeki işçilerin tamamı yararlanamasa dahi her halükârda toplu iş sözleşmesinin olmamasından daha lehedir. Bununla birlikte aynı işte ve aynı işyerinde çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesinden ya-

için aranan yarından fazla çoğunluk sağlanmadığı için yetki belgesinin iptaline karar verilmiş ve bu karar, 9. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır, Yargıtay 9. HD T. 12.05.2022, E. 2022/4665, K. 2022/6012, Kazancı İçtihat Bankası.

⁶⁶ Aynı Yargıtay kararına yer veren Ekmekçi ve Yiğit de yetki davalarında ileri sürülen aynı çatı altında faaliyet gösteren ve aynı işçilerin çalıştığı ayrı tüzel kişiliklerin tek işveren olduğu iddiası ile ilgili, herkesin koşullarını gerçekleştirerek dilediği kadar tüzel kişilik oluşturma hakkına sahip olduğunu; ancak kimsenin kendi kusurundan faydalanamayacağı ilkesi doğrultusunda, bunun karşı tarafın hakkını dolanmak amacıyla kullanılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Ekmekçi ve Yiğit'e göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılması çerçevesinde farklı tüzel kişiliklerin gerçekte tek işveren olarak faaliyette bulunduğu iddiasını, işçi sendikası ileri sürülebilirse de işveren, kendi oluşturduğu farklı tüzel kişiliklerin aslında tek bir işverene ait olduğunu ve yetki tespitinin buna göre yapılması gerektiğini iddia edemez, Ekmekçi ve Yiğit, s. 392-394.

rarlanamaması sonucunun göz ardı edilebilecek bir mesele olmadığı, bu sebeple hakkaniyete aykırı sonuca götürecektir şekilde karar verilmesinin yerinde olmadığı şeklinde görüşün ileri sürülmesi de ihtimal dahilindedir. Bu durumda işçi sendikalarının organik bağ ilişkisi içerisindeki işverenlerin tamamının işyerlerinde ya da işletmelerinde ayrı ayrı yetki barajını sağlayacak üye sayısına ulaşması ve yetki başvurusunda bulunması olasılığı çözüm olarak getirilebilirse de çalışma hayatındaki sendikalaşma oranı, belirtilen çözümden ziyade Yargıtay kararının ortaya çıkaracağı sonucun daha isabetli olacağı kanaatinin hasıl olmasına neden olmaktadır. Ayrıca organik bağ ilişkisinin bulunduğu işyerindeki işçilerin tamamı yararlanamasa dahi bir işyerinde toplu iş sözleşmesinin olması hem o işyerine sendika kültürünün gelmesi hem de diğer işçilerin sendikal haklarının farkına varmaları bakımından o işyerini, işçi hakları açısından olumlu gelişmelere daha açık hale gelinen bir noktaya taşıyabilir. Aksi halde organik bağ içerisindeki işverenlerin tek işveren gibi kabul edilip sendikanın da işyeri/işletme barajını sağlayamaması olasılığı ile karşılaşılacaktır. Bu halde sendikanın olumlu yetki tespit yazısı iptal edilecek ve o işyerinde toplu iş sözleşmesi yapılması, sendikanın yeterli üyeye sahip olabilme zamanına kadar ertelenmiş olacaktır.

Her somut olay özelinde incelenecek olmakla birlikte organik bağın varlığının tespiti halinde başvurulabilecek olan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolunun, yetki belgesinin iptali sonucu olasılığına binaen olumlu yetki tespitine itiraz davasında uygulanmasının, esas olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturacağını tekrar vurgulamakta fayda görmekteyiz. Zira, böyle bir durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle yetki belgesinin iptal edilmesi, Yargıtay tarafından da belirtildiği üzere, hakkını kötüye kullanan işverenin kendi kusurundan yararlanmasına imkân vermek anlamına gelecektir. Uygulamada sıkça karşılaşılan organik bağ içerisindeki işveren ilişkisine daha çok orta ölçekli işyerlerinde başvuruluyor olması, bu ölçekteki işyerlerinde sendikalaşma kültürünün genellikle benimsenmiyor olması sebebiyle işçi sendikalarının bu işyerlerinde üye sayısını arttırmalarını da zorlaştırmaktadır. Kaldı ki, bu orta ölçekteki organik bağ içerisindeki birden fazla işverenin bulunduğu işyerlerinde, bir işverenin sendikalı işçi sayısı arttığında işçilerin, organik bağ içerisindeki diğer işverenlere geçişi yapılması suretiyle sendika-

nun yeterli sayıya ulaşılmasının önüne geçilmektedir. Bu durum ise işçi sendikalarının yeterli üye sayısına ulaşamamalarına, yetki başvurusunda bulunamamalarına ve yetki başvurusunun olmaması aynı zamanda meselenin, yargı önüne gelememesine neden olmaktadır. Her ne kadar özellikle toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak işyeri veya işletmenin sınırlarının belirlenmesi ile ilgili uyuşmazlıkların sıklıkla dava konusu olması ve yargılamanın çok uzun sürmesi, o işyerinde ya da işletmede çalışan işçiler ile işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi kapsamında sendikal faaliyette bulunma olanağı yargılama süresince mümkün olmadığı için temel hak ve özgürlüklerden sendika hakkını ihlal ediyor olsa da⁶⁷ çalışma konusunun yargı önüne gelmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanabilmesi ve toplu iş sözleşmesinin imzalanabilmesi bakımından faydalı olabilecektir. Sonuç olarak hukukumuzdaki işyeri düzeyindeki toplu iş sözleşmesi sistemi, o işyerinde çalışan diğer işveren işçilerini kapsayacak bir gücü haiz olmakla⁶⁸ birlikte kanun koyucunun, organik bağ içerisindeki işverenlerin işçilerinin toplu iş sözleşmesi hakkını da koruyacak şekilde bir reform yoluna gitmesi gerekli durmaktadır.⁶⁹

SONUÇ

Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası ilk olarak Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespitini istemekle yükümlüdür. Bakanlık tarafından yapılan olumlu veya olumsuz yetki tespit bildirimine karşı ise 6356 sayılı Kanun'da belirtilen ilgililer tarafından, yetki koşullarını belirleyen her türlü husus ile ilgili itiraz edilmesi mümkündür. Uygulamada yetki tespitine itiraz konusu, genellikle olumlu veya olumsuz yetki tespiti yapılan işyerinin veya işletmenin

⁶⁷ Kübra Doğan Yenisey, "Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Toplu Sözleşme Ünitesini Yeniden Düşünmek- Uluslararası Çalışma Örgütü Normları Bakış Açısıyla", 10. yılında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi İstanbul 4-5 Kasım 2022, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 139.

⁶⁸ Doğan Yenisey, s. 138.

⁶⁹ Doktrinde Doğan Yenisey toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak işyeri veya işletmenin sınırlarının belirlenmesinin uzun zaman alması ve karmaşık olması, yetki sürecini durdurması ve yargıyı oldukça meşgul etmesi nedeniyle bu alanda reform gerekliliğini belirtmekte ve bu açıdan bir işverene ait bütün işyerlerini esas olarak toplu pazarlık birimi oluşturulması önerisini ileri sürmektedir, Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Yenisey, s. 139 vd.

sınırlarının belirlenmesine ilişkin olmaktadır. Çünkü yetki tespit başvurusu bir işverenin işyeri veya aynı işkolundaki birden fazla işyerinden oluşan işletmesi için yapılabilmektedir. İşyeri veya işletmesi için yetki tespit başvurusu yapılan işverenin organik bağ ilişkisi içerisinde işveren olmasının, yetki tespitine etkisinin incelendiği çalışmamızda, yetki tespitine itiraz edilmesi ihtimaline göre ortaya çıkabilecek her iki hukuki sonu irdelenmeye çalışılmıştır. Organik bağ ilişkisi içerisindeki işverenin tek işyeri ya da işletme sayılarak, bu ilişki içerisindeki tüm işverenler nezdinde istihdam edilen işçilerin tamamı üzerinden hesaplama yapılması gerekliliği doğrultusunda, yetki barajına yönelik işverence itirazda bulunulması mümkündür. Söz konusu itirazın mahkeme tarafından kabul edilmesi ve sendikanın organik bağ içerisindeki işyerinde ya da işletmede yeterli üyeye ulaşamaması halinde, olumlu yetki belgesi iptal edilecektir. Buna karşılık, mahkemenin belirtilen itirazı kabul etmemesi ve olumlu yetki belgesinin kesinleşmesi halinde ise aynı adreste, aynı faaliyet alanı doğrultusunda çalışan organik bağ içerisindeki işveren işçilerin bir kısmını kapsayacak toplu iş sözleşmesinin imzalanması durumu ile karşılaşılacaktır. Esasen her iki halde de itirazda bulunan işveren lehine bir durumla karşılaşılacaktır.

Yargıtay kararlarında organik bağın varlığı tek başına yeterli görülmemiş ve bu halin ayrıca hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil etmesi aranmıştır. Bu halde ise organik bağ içerisindeki işverenler arasındaki tüzel kişilik perdesi kaldırılacak ve işçiler bakımından tek bir işverenin varlığı sağlanmış olacaktır. Bu yaklaşımın bireysel iş uyuşmazlıkları ile toplu iş hukukundaki yetki tespitine itiraz uyuşmazlıkları bakımından ortaya çıkardığı sonuçlar ise oldukça farklıdır. Organik bağın varlığının toplu iş sözleşmesi yetki sürecinde, işveren tarafından olumlu yetki tespitine itiraz gerekçesi olarak ileri sürüldüğü ve organik bağ içerisindeki işverenin belirtilen itirazının kabul edilmesi, olumlu yetki tespitinin iptaline sebep olacağından, aynı zamanda işverenin hakkını kötüye kullanmasına imkân sağlamak anlamına gelecektir. Konu ile ilgili incelediğimiz Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere, diğer bir anlatımla bu durumda işveren kendi kusurundan yararlanmış olacaktır. Her ne kadar organik bağ ilişkisinin bulunduğu işyerinde ya da işletmede çalışan diğer işçilerin toplu iş sözleşmesinin kapsamında olmaması ilk bakışta hakkaniyet-

li görünmese de bir işyerinde ya da işletmede toplu iş sözleşmesinin imzalanması uzun vadede, toplu iş sözleşmesinin kapsamında olmayan işçiler için dahi işçi hakları açısından lehe sonuçlar doğurabilmesi mümkündür. Zira, aksi ihtimalde karşılaşılan sonuç, organik bağın varlığına dayalı olarak olumlu yetki tespiti için aranan baraj şartının sağlanmaması ve söz konusu işyeri veya işletmede toplu iş sözleşmesinin imzalanmamasıdır. Her ne kadar sendikanın, organik bağ ilişkisi içerisindeki işverenlerin tamamının işyerleri veya işletmelerinde yetki barajını sağlayacak sayıda üye kaydetmesi mümkün olsa da sendikalaşma kültürünün halihazırda pek de kuvvetli olmadığı ülkemizde bu durum, zor bir olasılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık, organik bağ içindeki işverenin hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki yetki itirazının reddedilerek, olumlu yetki tespit bildirimini yapılan işyerindeki ya da işletmedeki işçiler bakımından toplu iş sözleşmesinin imzalanması durumu, organik bağ içindeki işverenlere sahip işyeri veya işletmede sendika kültürünün güçlenmesi ve teşvikini sağlayarak yeni işçilerin sendika üyesi olması ihtimalini beraberinde getirecektir. Bu yüzden organik bağ içerisindeki işverenin belirtilen itirazı yerinde görülmeyle, toplu iş sözleşmesinin imzalanması olasılığının önü açılması gerektiğini kanaatini taşımaktayız.

Kaynakça

Kitaplar

- Aktay Ahmet Nizamettin/Olgu Özdemir Ertürk, *Toplu İş Hukuku*, Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Akyiğit Ercan, *Toplu İş Hukuku*, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Arıcı Kadir, *Türk İş Hukuku - II Toplu İş İlişkileri Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022.
- Başbuğ Aydın/Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Başterzi Süleyman, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Canbolat Talat, 6356 sayılı Kanun'a Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Çelik Nuri/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 36. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Ekmekçi Ömer/Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023. (Bireysel İş)

- Ekmekçi Ömer/Esra Yiğit, Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- Göktaş Seracettin, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Kuş Ulaş Baran, Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Sur Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Şahlanan Fevzi, Toplu İş Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Tuncay Aziz Can/Fatma Burcu Savaş Kutsal/Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Toplu İş Hukuku, Revize Edilmiş 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Uşan M. Fatih/Canan Erdoğan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Uyanık Namık Kemal, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Yücel Bodur Mehtap, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik, Beta Yayıncılık, 2018, İstanbul.

Makaleler/Kitap İçi Bölümler

- Akıncı Şahin, "Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 3, 2019, ss. 652-678.
- Antalya Gökhan, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi", I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Bildiriler Kitabı (2 Şubat 2008), İstanbul, 2008, ss. 143-152.
- Baycık Gaye, "İşverenin Tespitinde Birlikte İstihdam, Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 13, S. 2, Y. 2022, ss. 76-85.
- Canıklıoğlu Nurşen, "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 185-368.
- Doğan Yenisey Kübra, "Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Toplu Sözleşme Ünitesini Yeniden Düşünmek- Uluslararası Çalışma Örgütü Normları Bakış Açısıyla", 10. yılında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi İstanbul 4-5 Kasım 2022, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, ss. 121-154.
- Kaşak Fahri Erdem, "Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, Y. 2020, ss. 1242-1263.

- Öztek Selçuk/Tekin Memiş, “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Bildiriler Kitabı (2 Şubat 2008), İstanbul, 2008, ss. 195-216.
- Sağlam İpek, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Bildiriler Kitabı (2 Şubat 2008), İstanbul, 2008, ss. 153-161.
- Ulucan Devrim, “İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, Y. 2016, ss. 757-764.
- Yılmaz Gülşah, “Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramının İş Uyuşmazlıkları Hakkında Verilen Kararlardan Hareketle Karşılaştırılması”, *TFM*, C. 7, S. 2, 2021, ss. 341-356.

İnternet Kaynakları

- Kazancı İctihat Bankası, www.kazanci.com.tr
- Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net
- Sinerji Mevzuat, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr>
- Yargıtay İctihat Merkezi, www.yargitayictihatmerkezigov.tr

İŞ HUKUKU BAĞLAMINDA ÖZEL HASTANE HEKİMLERİNİN ÇALIŞMA STATÜLERİ*

EMPLOYMENT STATUS OF PRIVATE HOSPITAL PHYSICIANS IN THE CONTEXT OF LABOR LAW

D. Doruk TAVŞAN**

Özet: Temel amacı kâr elde etmek olan ve özel hukuk kişisi olarak teşekkül eden özel hastaneler, giderlerini azaltmak ve çeşitli vergi/prim avantajları elde etmek amacıyla, istihdam ettikleri hekimlerle olan hukuki ilişkilerini genellikle “ticari” bir ilişki olarak şekillendirme eğilimindedir. Bu kapsamda ülkemizdeki yaygın uygulamada, hekimler tarafından genellikle tek ortaklı bir limitet şirket kurulmakta, bu şirketle özel hastane arasında bir “hizmet alım sözleşmesi” imzalanmakta ve hekimlerin verdiği hizmetin karşılığı da kurulan yeni şirket tarafından düzenlenen fatura karşılığında ödenmektedir. Hastane tüzel kişiliği ile hekim tarafından kurulan şirket arasındaki bu görünüşte “ticari” ilişki, başta iş güvencesi ile kıdem ve ihbar tazminatı olmak üzere Kanun’un tanıdığı işçilik alacaklarının hekimler tarafından ileri sürülmesinin önünde bir engel olarak durmaktadır. Hatta bu uygulama sonucunda hekimlerin sosyal güvenlik haklarından da mahrum kalmalarının yanında kamunun da zarara uğradığını söylemek mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Hekim, Doktor, İş Sözleşmesi, Özel Hastaneler

Abstract: Private hospitals, whose main purpose is to make a profit and which are established as private law legal entities, tend to structure their legal relations with the physicians they employ as a “commercial” relationship in order to reduce their expenses and obtain various tax/premium advantages. In this context, in the common practice in Turkey, one-person limited company is usually established by physicians, a “Service Procurement Agreement” is signed between this company and the private hospital, and the service provided by the physicians are paid in return for the invoice issued by the new company. This seemingly “trade” relationship between the hospital legal entity and the company established by the

* Çalışma, araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

** Avukat, avddtavsan@gmail.com, ORCID: 0009-0000-8769-9173, Makalenin Gön-derim Tarihi: 21.03.2024, Kabul Tarihi: 13.06.2024

physician stands as an obstacle to physicians claiming employment entitlements granted by law, especially job security, severance and notice pay. In fact, as a result of this practice, it is possible to say that physicians are deprived of their social security rights, as well as the public suffers a loss.

Keywords: Physician, Doctor, Labor Contract, Private Hospitals

I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. Tanımı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8.maddesinin 1.fıkrasında tanımlandığı üzere "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir". Kanunda aksi belirtilmedikçe iş sözleşmesi özel bir şekle tabi değildir. Buna göre, iş sözleşmesi yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir.¹ Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur.

B. Unsurları

Tanımdan da anlaşıldığı üzere iş sözleşmesi, "iş görme", "ücret" ve "bağımlılık" unsurlarından oluşmaktadır.

1. İş Görme Unsuru

İş görme unsuru, "fiziksel bir eylemle sınırlı olmaksızın, ekonomik değer taşıyan, hukuka ve ahlaka uygun her türlü bedensel, dünsel, teknik, sanatsal ve bilimsel faaliyet" olarak açıklanabilir.² Hatta işverenin yönetiminde, onun vereceği talimatları almak üzere hazır bir biçimde beklemek dahi tek başına "iş" olarak kabul edilebilmektedir.³ İş sözleşmesiyle üstlenilen işin, belirli veya belirsiz bir zamana yayılmak suretiyle süreklilik arz etmesi, iş görme ediminin en önemli özelliğidir. Bu durum, iş görme ediminin "sürekli edimli bir borç" olması karakteriyle ifade edilir.⁴ İş sözleşmesinin türünden bağımsız olarak,

¹ Müjdat Şakar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, 15. Baskı, İstanbul 2024, s. 43 vd.

² Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınları, 21. Baskı, İstanbul 2021, s. 233

³ Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Seçkin Yayınları, 12. Basım, İstanbul 2018, s. 119

⁴ Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınları, 1.Baskı, Ankara 2022, s. 72 vd

iş görme ediminin bir sonuç taahhüt edilmeksizin sürekli bir biçimde üstlenilmesi gerekmektedir.⁵

2. Ücret Unsuru

İş sözleşmesinin ikinci unsuru ücret unsurudur. Ücret, işverenin işçiye karşı en temel borcudur. Şayet üstlenilen iş, karşılığında ücret ödenecek olan bir iş değilse, iş sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır. İş sözleşmesinde ücretin “miktar” olarak açık bir şekilde kararlaştırılması şart olmayıp üstlenilen işin bir ücret karşılığında yapılacağına gerekli ve olağan görülmesi dahi yeterlidir.⁶ Taraflar ücretin miktarını asgari ücretin altında kalmamak koşuluyla serbestçe belirleyebilir. Taraflarca kararlaştırılmadığı durumda ücretin miktarı, işin niteliği, işçinin tecrübesi ve kişisel becerileri, emsal işçilere ödenen ücretler ile örf ve adetler gibi hususlar göz önünde bulundurulurken belirlenir.⁷

3. Bağımlılık Unsuru

İş sözleşmesinin üçüncü unsuru bağımlılık unsuru olup, bağımlılık unsuru iş sözleşmesini iş görmeye dayanan diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur.⁸ Bağımlılık, “iş görme ediminin, işverenin iş organizasyonuna tabi bir biçimde, onun talimatları doğrultusunda ve yine onun denetim ve gözetimi altında üstlenilmesi” olarak tanımlanabilir. İşveren işin ne zaman, nasıl ve nerede görüleceği gibi kuralları belirlerken, işçi de iş görme borcunu bu kurallar çerçevesinde yerine getirir. Bu bakımdan, iş sözleşmesi hem hukuki hem de kişisel bir bağımlılık ilişkisi kurar.⁹

Bir iş ilişkisi çözümlenirken özellikle taraflar arasında bir bağımlılık ilişkisi bulunup bulunmadığına odaklanmak gerekir. Bazı durumlarda aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğu zannedilen iki kişi

⁵ Deniz Bayeren, Themis İş Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2022, s. 39

⁶ Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 31. Bası, İstanbul 2018, s.165

⁷ İbrahim Halil Şua, İş ve Sosyal Güvenlik Davaları Uygulama Rehberi, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014, s.235 vd.

⁸ Tunçomağ/Centel, s. 73 vd.

⁹ Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, Onikilevha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2020, s.17 vd.

arasında aslında hiçbir bağımlılık ilişkisi olmayabilir. Buna örnek olarak bazı tedavilerde kullanılan medikal ürün ve cihazların üretim ve ticaretini yapan özel şirketlerin bazı temsilcileri/teknisyenleri yahut ilaç temsilcileri ile hastaneler arasındaki ilişki gösterilebilir. Gelişen tıp teknolojisi sayesinde artık hastalıkların teşhis ve tedavisinde birçok medikal ürün ve cihaz kullanılmaktadır. Kalıcı kalp pili takılması işlemlerinden ortopedi ameliyatlarına, beyin ve sinir cerrahisi operasyonlarından girişimsel kardiyoloji çalışmalarına kadar pek çok alanda kullanılan bu medikal ürün ve cihazlar özel şirketlerce üretilmekte ve satılmaktadır. Söz konusu ürün ve cihazların kullanıldığı ameliyatlara ise zaman zaman bu şirketlerin temsilcileri/teknisyenleri de katılabilir. Bu kişiler ameliyat sırasında hazır bulunarak operasyonda kullanılan medikal ürün ve cihazların sorunsuz bir şekilde çalışıp çalışmadığından emin olmakta, gerektiğinde kalibrasyon ve testlerini yaparak operasyona hazır bir şekilde hekimin kontrolüne sunmakta veya ebat veya model değişikliği gerektiğinde yahut bir sorunla karşılaşıldığında üreticiyle irtibat kurarak ihtiyacın en kısa sürede giderilmesini sağlamaktadır. Bu kişiler ameliyat sırasında hazır bulunsalar da hastanenin emir ve talimatı altında iş gördüklerini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle iş hukuku bakımından bağımlılıkları da hastaneye değil sadece ve sadece çalışanı oldukları üretici firmaya aittir.

Son olarak dikkat çekmek gerekir ki, bağımlılık unsuru, kimi zaman işin niteliğine göre belirgin şekilde kendini gösterirken kimi zaman hiç de belirgin değildir. Ancak yeterince belirgin olmaması tek başına bağımlılık unsurunun bulunmadığı sonucunu doğurmamaktadır. Benzer şekilde, bağımlılık unsurunun tek bir görünüş şeklinden söz etmek de mümkün değildir. Zira günümüzde ilerleyen ekonomik ve teknolojik gelişmelerin yanında özellikle Covid-19 pandemisinin de etkisiyle birlikte yeni esnek ve uzaktan çalışma modelleri uygulanmaya başlanmıştır. Tüm bu gelişmeler karşısında, iş sözleşmelerindeki bağımlılık unsuru da görünürlük anlamında gün geçtikçe zayıflayarak kendini farklı şekillerde göstermeye başlamış ve bağımlılık unsurunun belirlenmesinde yeni ölçütler ortaya çıkmıştır.¹⁰ Bu nedenle, iş sözleşmesindeki bağımlılık unsurunun günümüzde artık mutlak değil

¹⁰ Emine Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2023, s. 128 vd.

görelî bir nitelik taşıdığını belirtmek mümkündür.¹¹

II. ÖZEL HASTANELERDE ÇALIŞAN HEKİMLERİN İSTİHDAM BİÇİMLERİ

A. Genel Olarak Özel Hastane Kavramı

Ülkemizde sağlık hizmetleri, mülkiyetine göre kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşları tarafından sağlandığı gibi gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişilerin Kanunlarına uygun olarak kurulan özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından da sağlanabilmektedir. Kamu kurum ve kuruluşu olarak teşekkül eden fakat Kanunlarla özerk oldukları kabul edilmiş olan bazı kurum ve kuruluşlar ile kamuya yararlı derneklerin de özel hastane açabilme yetkisi bulunmaktadır.¹² Gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından sunulan sağlık hizmetleri temelde özel muayenehaneler, özel poliklinik ve tıp merkezleri, özel tanı laboratuvar merkezleri ile özel hastaneler aracılığıyla yerine getirilmektedir.¹³ Bu yazımızda, gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından kurulan özel hastaneler ile bu hastanelerde çalışan hekimler arasındaki ilişki incelenmiş olup “özel hastane” ifadesiyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından kurulmuş olan tedavi kurumları ve bunların ait olduğu özel hukuk kişisi ifade edilmiştir.

B. Hekimlerin İstihdam Biçimleri

1. Genel Olarak

Özel hastaneler ile hekimler arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, hekimin verdiği hizmetin kapsamı ve tarafların belirlediği çalışma koşulları çerçevesinde şekillenir ve vasıflandırılır. Hekimler, işçi-işveren ilişkisi çerçevesinde bir iş sözleşmesine bağlı olarak mesleklerini özel hastane bünyesinde icra edebileceği gibi uygulamada hekimlerin mesleki uzmanlıklarını fatura veya makbuz karşılığında da özel hasta-

¹¹ Süzek, s. 236 vd.

¹² Hayrunnisa Özdemir, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 90 vd.

¹³ Hasan Hüseyin Yıldırım/Murat Konca, Türkiye’de Özel Sağlık Kurumları Sektörü: Mevcut Durum, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, TUSPE Analiz: 2018/5, TUSPE Yayınları, Ankara 2018, s. 4 vd.

neye tahsis etmeleri şeklinde bir istihdam modelinin de yaygınlaştığı görülmektedir. Gerçekten de ülkemizde, özel hastanelerin iş organizasyonuna tabi olarak çalışan birçok hekim, uzun yıllardır 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında bir iş sözleşmesi çerçevesinde ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4/1-a maddesi uyarınca sigortalı olarak istihdam edilmek yerine, bir şirket üzerinden kestikleri hizmet faturası veya makbuz karşılığında, ilk bakışta ticari nitelikte bir "hizmet satın alma" sözleşmesi kapsamında istihdam edilmektedir.¹⁴ Aşağıda her iki istihdam biçimi açıklandıktan sonra hizmet satın alma sözleşmesi kapsamında kurulan ilişkinin hangi koşullarda iş sözleşmesi olarak kabul edilebileceğine değinilecektir.

2. Doğrudan İş Sözleşmesi Kapsamında

a. Genel Olarak

Birinci bölümde açıklandığı üzere iş sözleşmesi, bir tarafın diğer tarafa bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da bu iş karşılığında belirli ve düzenli bir ücreti karşı tarafa ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Mesleğini özel hastane bünyesinde icra etmekte olan bir hekimin verdiği hizmetin iş sözleşmesi kapsamında olduğunun kabul edilebilmesi için iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir.

b. Unsurları

Hekimin Sürekli Olarak İş Görmesi

İş sözleşmesinin işçiye yüklediği en temel borç iş görme borcudur. Hekimin iş görme ediminin en temel konusu, hastalığın teşhis ve tedavidir.¹⁵ Buna göre, bilgi, tecrübe, emek ve mesailerini sürekli ve düzenli bir biçimde özel hastanenin hizmetine özgülemek suretiyle hastalığı teşhis ve tedavi eden -veya bu iş için hazır bulunan- hekimlerin yaptıkları iş, hukuki anlamda iş görme ediminin konusunu oluşturur.

¹⁴ Türk Tabipleri Birliği, Özel Sağlık Sektöründe Çalışma ve Ücretlendirme Biçimleri, İstanbul 2018. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: https://www.ttb.org.tr/kutuphane/calisma_bicimleri.pdf

¹⁵ Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 1.Baskı, İstanbul 2006, s. 75 vd.

Gördüğü İş Karşılığında Hekime Belirli ve Düzenli Bir Ücret Ödenmesi

Yukarıda açıklandığı üzere iş sözleşmesinin işverene yüklediği en temel borç ücret ödeme borcudur. Emeğini sürekli olarak özel hastaneye özgüleyen ve hastaları özel hastane nam ve hesabına tedavi etmek üzere hazır bulunan hekimlerin bu emeklerinin karşılığı ücret hakkıdır. Bu çerçevede, özel hastanelerde görev yapan başta hekimler olmak üzere hemşireler, teknikerler, danışma veya hasta kayıt-kabul birimi personelleri ile diğer birimlerdeki personellere hizmetleri karşılığında sağlanan para ve parayla ölçülmesi mümkün menfaatler, iş sözleşmesinin ücret unsurunu oluşturmaktadır. Uygulamada hekimlere ödenen ücretler bakımından, sabit ödeme ya da hak edişe göre ücret modellerinin tercih edildiği veya her iki ödeme biçiminin karma şekilde uygulandığı görülmektedir.¹⁶

Hekimin Özel Hastaneye Bağımlı Olarak İş Görmesi

Yukarıda açıklandığı üzere bağımlılık unsuru iş sözleşmesini, iş görmeye dayanan diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayıran en önemli unsurdur. Hekimlik mesleği, bilimsel teknik ve yöntemler ışığında icra edilmek zorunda olması ve bir sanat gerektirmesi itibarıyla özerk bir meslektir. Bu bakımdan bağımlılık unsuru da kendini esasen hekimin hastanenin iş organizasyonu çerçevesinde hazır bulunarak kendisinden istenen teşhis ve tedavi hizmetini hastane adına yerine getirmesiyle kendini gösterir. Zira hekim, hastaya uygulayacağı tedaviye, yapacağı ameliyatın tıbbi yöntem, gereç ve aşamalarına kendi bilgi ve uzmanlığıyla karar verir, kontrolünü bireysel olarak gerçekleştirir ve temel olarak bir denetleyici veya sürekli yönlendirmeye ihtiyaç duymaz.

19.02.1960 tarihinde yayımlanan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 6. maddesinde "*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir*" denilmiştir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 8. maddesinde de "*Hekim, mesle-*

¹⁶ Türk Tabipleri Birliği, Özel Sağlık Sektöründe Çalışma ve Ücretlendirme Biçimleri, İstanbul 2018. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: https://www.ttb.org.tr/kutuphane/calisma_bicimleri.pdf

ğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder” denilerek hekimin hastalığın teşhis ve tedavisinde uygulayacağı bilimsel yöntemlere serbestçe karar verebileceği belirtilmiş ve mesleğin özerk yapısı vurgulanmıştır.¹⁷

Hekimlik mesleğinin özü itibarıyla taşıdığı bu özellik, hekim ile özel hastane arasında bağımlılık unsuru bulunamayacağı şeklinde yorumlanamaz. Aynı şekilde hekimin uzmanlık alanına girmeyen bir hastalığın tedavisinden kaçınması, bağımlılık unsurunun gerçekleşmediği anlamına gelmez. Hekimin hastaneye bağımlı olarak iş görmesi, hastanenin iş organizasyonu içerisinde kendisinden istenen hastaların teşhis ve tedavisini, belirli bir sistem ve mesai dahilinde yerine getirmesi anlamına gelir. Hastaneye bağımlı şekilde iş gören hekim muayene, tanı ve tedavi için hastalardan kendi nam ve hesabına ücret talep edemediği gibi kendisine tahsis edilen çalışma alanları için kira veya herhangi bir ücret ödemez; teşhis ve tedavide kullanılan tüm cihaz ve ekipmanlar hastane tarafından temin edilirken izin ve çalışma saatleri de hastane yönetimi tarafından belirlenir.

3. Hizmet Satın Alma Sözleşmesi Kapsamında

a. Genel Olarak

Hekimlerin özel hastanelerdeki istihdam biçimlerinden bir diğeri de mesleki becerilerini bir şirket üzerinden kestikleri fatura veya serbest meslek makbuzu karşılığında özel hastanenin hizmetine tahsis etmeleridir. Ülkemizdeki özel hastanelerde yaygın şekilde uygulandığı görülen bu istihdam biçiminin, uygulanış şekli nedeniyle hekimler açısından bazı dezavantajları bulunmaktadır. Bu istihdam biçiminde hekimler tipik bir işçi-işveren ilişkisi çerçevesinde çalıştırılrsa da Kanunun özel hastanelere tanıdığı bazı hareket alanları sayesinde işçi-işveren ilişkisinin dışına çıkmış ve taraflar açısından farklı hukuki sonuçlar yaratılmıştır.

¹⁷ Ebru Karataş, Hekimin Mesleki Özerkliği, Yüksek Lisans Tezi, Tez No: 677071, Kocaeli Üniversitesi, 2021

b. İlgili Yasal Düzenlemeler

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek Madde 10 Hükmü

Hekimlerin uzun yıllardır hak kaybına sebep olan ve zaman zaman kamuoyuna da yansıyan bu uygulamanın gerekçelerinin başında 6645 sayılı Torba Kanun'un 49. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na eklenen ve 23.04.2015 tarihinden itibaren yürürlüğe giren "Ek Madde 10" hükmü gelmektedir. İlgili Kanun hükmünün uygulanmasına dair esasları açıklamak amacıyla Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından 03.07.2015 tarihinde 2015/19 sayılı bir genelge de yayınlanmıştır. Esasen hekimler ile özel hastane arasındaki fiili ilişkide bir değişiklik olmasa da anılan düzenlemeyle birlikte yeni bir istihdam modeli yaratılmış olduğu söylenebilir.¹⁸

6645 sayılı Torba Kanun'un 49. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na eklenen Ek Madde 10 hükmü şöyledir: "Kurumla sözleşmeli özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından Kuruma bildirilen hekimlerden Kurumca belirlenen yüzdelik oran içerisinde kalan ve sözleşme kapsamı branşlarda fiilen hizmet sunan sağlık hizmet sunucusu bünyesindeki hekimlerle sınırlı olmak üzere,

a) İl Sağlık Müdürlüklerinden çalışma izni almak suretiyle ve 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna aykırı olmayacak şekilde sözleşme ile çalıştırmış oldukları hekimlerden aynı zamanda fatura karşılığı hizmet alımı yaparak,

b) Bir iş sözleşmesine tabi olmamakla birlikte, İl Sağlık Müdürlüklerinden çalışma izni almak suretiyle ve 1219 sayılı Kanuna aykırı olmayacak şekilde hekimlerden fatura karşılığı hizmet alımı yaparak, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilere vermiş oldukları sağlık hizmetlerini Kurumca belirlenmiş usul ve esaslara uygun olarak fatura etmeleri hâlinde, verilmiş olan sağlık hizmetlerinin bedeli Kurum tarafından karşılanır.

Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişiler, özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet vermeleri hâlinde sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça bu Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı

¹⁸ İzmir Tabip Odası, Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışan Hekimlerin Çalışma Statüsü, Sözleşmeleri, Özlük Hakları, İzmir 2019. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: https://www.izmirtabip.org.tr/SF/2407/sozlesme_2019convert.pdf

sayılır. Ancak, bu maddenin yayımı tarihinden önce 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışılan sürelerle ilişkin haklar saklıdır."

İlk olarak belirtmek gerekir ki, anılan düzenleme "kurumca belirlenen yüzdelik oran içerisinde kalan" ve "sözleşme kapsamı branşlarda SGK ile sözleşmeli biçimde faaliyette bulunan" sağlık hizmeti sunucuları bünyesinde çalışan hekimleri kapsamaktadır. Buna göre, sağlık hizmeti sunucularının sözleşme ile çalıştırmış oldukları hekimlerden aynı zamanda fatura karşılığı hizmet alımı yaparak veya aralarında herhangi bir iş sözleşmesi bulunmayan hekimlerden fatura karşılığı hizmet alımı yaparak "SGK ile anlaşmalı biçimde genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilere vermiş oldukları sağlık hizmetlerine ilişkin bedellerin", ilgili usul ve esaslara uygun olarak fatura edilmesi hâlinde, SGK tarafından karşılanmasını düzenleme altına almaktadır.

Hükmün ikinci fıkrasına göre ise şirket ortağı olan yahut mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile uzman hekimlerin, özel veya kamu sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde fatura karşılığı hizmet vermeleri halinde, "sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça" 4/1-b (BAĞ-KUR) mükellefi olacakları kararlaştırılmıştır. Esasen söz konusu fıkra hükmüyle hekimlerin fatura karşılığında çalıştırılmalarına veya şirket kurarak faaliyette bulunmalarına dair bir zorunluluk getirilmemiş, şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan hekimlerin özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet vermeleri hâlindeki sigortalılık durumları genel bir kurala bağlanarak, aksine hüküm bulunmadıkça 4/1-b kapsamında BAĞ-KUR mükellefi olacakları kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla sözleşmede yer verilecek bir hükümle birlikte burada bahsedilen hekimlerin 4/1-a kapsamında sigortalı sayılmaları her zaman için mümkündür. Sözleşmede yer verilmemiş olsa bile, anılan maddenin yayımı tarihinden önce 4/1-a kapsamında sigortalı olarak çalışılan sürelerle ilişkin hakların saklı olduğu belirtilmiştir.

Söz konusu hükümde "mesleğini serbest olarak icra eden hekim" ile "şirket ortağı olan hekim" ifadeleri kullanılmış olup bu hekimlerin gerçek anlamda mesleğini serbest olarak icra edip etmedikleri veya ortağı oldukları şirketin gerçek anlamda bir sağlık kuruluşu işletmekte olan bir şirket olup olmadığı yeterince irdelenmemiştir. Bazı yazarlar-

ca da savunulduğu üzere, hekimin mesleğini gerçekten serbest olarak (örneğin kendisine ait muayenehanesinde) icra edip etmediği araştırılmalı yahut hekim bir şirket ortağı ise ortağı olduğu şirkete salt kâğıt üzerinde ortak olmasıyla veya vergi mükellefiyeti tesis ettirmesiyle yetinilmeyerek gerçekten fiilen sağlık kuruluşu işletmekte olan bir şirketin ortağı olması aranmalıdır.¹⁹

İfade etmek gerekir ki 5510 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 10 hükmü, hekimler aleyhine esnetilerek aleyhe uygulamalara sebebiyet vereceği şeklindeki gerekçelerle pek çok sağlık otoritesi ve hukukçu tarafından eleştirilmiştir.²⁰

Gelir Vergisi Kanunu'nun 66. Maddesi

Gelir Vergisi Kanunu'nun 66. maddesi serbest meslek erbabı sayılan kişileri belirlemektedir. Hekimlerin mağduriyetine sebep olan uygulamalara gerekçe yapılan bir diğer yasal düzenleme de 15.04.2022 tarihinde yürürlüğe giren 7394 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle birlikte Gelir Vergisi Kanunu'nun 66. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen 6 numaralı bent olmuştur. Eklenen bentle birlikte 5510 sayılı Kanun'un Ek 10. Maddesi uyarınca, aynı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında; sigortalı sayılan hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişiler bu işleri dolayısıyla elde edecekleri gelirler bakımından serbest meslek erbabı kabul edilmişlerdir. Bu düzenlemeden, hüküm kapsamındaki hekimlerin elde ettikleri kazançların "ücret" değil "serbest meslek kazancı" hükümlerine göre vergilendirilmesi amaçlanmışsa da hekimlerin elde ettiği tüm kazançların "serbest meslek kazancı" olarak kabul edilmesi gerek İş Kanunu gerekse Gelir Vergisi Kanunu açısından mümkün değildir. Nitekim madde gerekçesinde de belirtildiği gibi "ücret" karşılığında hizmet

¹⁹ Özkan Bilgili, "Özel Sağlık Hizmet Sunucularında Çalışan Hekimlerin Sigortalılığı", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2021, 11(1):33-54. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sgd/issue/63306/952536> Yazara göre, hekimlerin kâğıt üzerinde şirket ortağı olmalarının yeterli görülmesi, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı davranışın önünün açılması anlamına da gelecektir.

²⁰ Mersin Tabip Odası, *Özelde Çalışan Hekimlere Şirket Kurulması ile İlgili Bilgilendirme*, Mersin 2016, [Erişim Tarihi 12.01.2024]. Erişim Linki: <http://mersintabipodasi.org.tr/ozelde-calisan-hekimlere-sirket-kurdurulmasi-ile-ilgili-bilgilendirme/>

veren hekimlerin elde ettiği bu kazançlar “ücret” olarak vergilendirilmeye devam edilecektir.²¹ Zira “ücret” ve “serbest meslek kazancı” ayrımı, sadece İş Kanunu bakımından değil elde edilen gelirin vergilendirilmesi bakımından da ayrı bir önem taşımaktadır.²²

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın 03.07.2015 Tarihli 2015/19 Sayılı Genelgesi

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na eklenen Ek Madde 10 hükmünün uygulanmasına dair esasları açıklamak amacıyla Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından 03.07.2015 tarihinde yayınlanan 2015/19 sayılı genelgede, anılan hükmün uygulanmasına dair bazı esaslar gösterilmiştir.²³ Buna göre, şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan hekimlerin;

- Kanun'un yayım ve yürürlük tarihi olan 23.04.2015 tarihinden sonra özel veya kamu sağlık kurum ve kuruluşları ile yaptıkları sözleşmelerde sigortalılık durumuna ilişkin olarak herhangi bir hüküm bulunmaması halinde 4/1-b kapsamında sigortalı sayılacakları
- Sigortalılık bildiriminin 4/1-a kapsamında yapıldığının anlaşılması halinde sağlık kuruluşundan sözleşmenin isteneceği ve çalışmanın 4/1-a kapsamında bildirileceğine ilişkin bir hüküm bulunup bulunmadığının kontrol edileceği, buna ilişkin bir hükmün bulunmadığının anlaşılması halinde yapılan bildirim iptal edilerek hekimin 4/1-b kapsamında sigortalı sayılacağı
- 23.04.2015 tarihinden önce aynı sağlık kuruluşuyla yapılmış sözleşmelerde sigortalılık durumuna ilişkin bir hüküm bulunmamasıyla

²¹ 7394 sayılı Kanun Madde 2 Gerekeçesi, TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi; 2024. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-fc9e-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7394>

²² Hekimlerin elde ettiği kazancın niteliği ilerleyen bölümde tartışılmıştır.

²³ Söz konusu genelgenin iptali talebiyle açılan dava, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2020/2028 E. 2021/565 K. 22.03.2021 T. sayılı kararı ile kesin olarak reddedilmiştir. 5510 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 10 hükmünün 2. fıkrasının ilk cümlesinin Anayasa'nın 10. ve 60. maddelerine aykırı olduğu, iptali amacıyla itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerektiği hususu tetkik hâkimi ve bazı üyeler tarafından savunulmuşsa da bu görüş İDDK tarafından kabul görmemiştir.

birlikte bildirimleri 4/1-a kapsamında yapılmış olan hekimlerin 23.04.2015 tarihine kadarki çalışmalarının 4/1-a kapsamında kabul edileceği ancak 23.04.2015 tarihinden itibaren 4/1-b kapsamında sigortalı sayılacakları

- 23.04.2015 tarihinden önce aynı sağlık kuruluşuyla yapılmış sözleşmelerde sigortalılık durumuna ilişkin bir hüküm bulunmamasıyla birlikte bildirimleri 4/1-b kapsamında yapılmış olan hekimlerin çalışmalarının, Kurumun denetimle görevli memurları tarafından yapılan denetimler sonucunda en fazla 23.04.2015 tarihine kadar olan kısımlarının 4/1-a kapsamında sayılacağı,
- Özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet alım sözleşmesi yapmaksızın çalışmaları ve bu çalışmalarının 4/1-a kapsamında bildirilmesi halinde 5510 sayılı Kanun'un 53. maddesine göre işlem yapılacağı Kanun'un yayım ve yürürlük tarihi olan 23.04.2015 tarihinden sonra özel veya kamu sağlık kurum ve kuruluşları ile yaptıkları sözleşmelerde sigortalılık durumuna ilişkin olarak herhangi bir hüküm bulunmaması halinde 4/1-b kapsamında sigortalı sayılacakları belirtilmiştir.²⁴

4. Hizmet Satın Alma Sözleşmesi Olarak Kurulan İlişkinin İş Sözleşmesi Olarak Kabul Edilmesi

a. Genel Olarak

Özel hastanelerde çalışan hekimler ile hastane arasındaki ilişkinin hukuki nitelendirmesi yapılırken, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin başlığına ve sözleşme hükümlerine bakmak tek başına yeterli olmayıp esas olarak aradaki fiili ilişkiye odaklanmak gerekir. Bunun yanında hizmetleri karşılığında hekimlere ödenen parasal getirinin vergi hukuku bakımından nitelendirilmesi de aradaki ilişkinin tanımlanmasında önem arz etmektedir. Aşağıda hekimlerin elde ettiği kazançların niteliği irdelendikten sonra hizmet satın alma sözleşmesi kapsamında kurulan ilişkinin hangi şartlarda iş sözleşmesi olarak kabul edilebileceğine değinilecektir.

²⁴ Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nun 03.07.2015 tarihli 2015/19 sayılı genelgesi

b. Elde Edilen Kazancın Niteliğinin Belirlenmesi

“Serbest Meslek Kazancı” ve “Ücret” Ayrımı

Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinin 1.fıkrasına göre, “*Ücret, işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir.*” Aynı Kanun'un 65. maddesinin 1 ve 2.fıkralarında serbest meslek kazancı ise “*Her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin iş verene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır*” olarak tanımlanmıştır.

221 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne göre serbest meslek kazancı,

- Sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayalı olarak,
- Bir işverene bağlı olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına,
- Devamlı olarak gerçekleştirilen serbest meslek faaliyetleri sonucunda elde edilen kazanç olarak tanımlanmıştır.²⁵

Bir işverene ve belirli bir iş yerine bağlı olarak, şahsi sorumluluk altında olmaksızın işveren nam ve hesabına verilen hizmet karşılığında elde edilen kazanç ise Gelir Vergisi Kanunu'nda aksine bir hüküm bulunmadıkça “ücret” olarak nitelendirilmektedir.

40 Numaralı Vergi Usul Kanunu Sirküleri Bakımından Hekimlerin Elde Ettiği Kazançların Niteliği

16 Şubat 2009 tarihli 40 No'lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri'nde, özel sağlık kuruluşlarında görev yapan hekimlerin elde ettikleri gelirin niteliği belirlenirken, hekimlerin işe başlama bildirimi, bildirim üzerine düzenlenen yoklama fişi, varsa kira sözleşmesi, özel hastane işleten gerçek veya tüzel kişilerle hekim arasında düzenlenen sözleşmeler dikkate alınarak;

²⁵ 221 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği, Resmî Gazete (19.02.1999, Sayı:23616), 1999. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23616.pdf>

- Hekimlerin, günlük çalışma saatlerinin bir kısmında çalışmak üzere kiraladıkları (sağlık kuruluşlarının odaları dahil) bu işyerlerinde kendi nam ve hesabına serbest meslek faaliyetinde bulunması, mesleki faaliyetine ilişkin tahsilatları için hizmet verdiği hastalara serbest meslek makbuzu vermeleri kaydıyla elde ettikleri gelirin serbest meslek kazancı,
- İşveren ile hekim arasında hizmet sözleşmesi düzenlenmesi, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak onun emir ve talimatları dahilinde çalışılması halinde ise elde edilen gelirin ücret olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁶

c. Hizmet Satın Alma Sözleşmesi Olarak Kurulan İlişkinin İş Sözleşmesi Olarak Kabul Edilebilmesinin Koşulları

Özel hastanelerde çalışan hekimlerin iş hukuku bağlamındaki çalışma statüleri hakkında verilmiş sınırlı sayıda Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararı bulunmaktadır. Anılan kararlar genel olarak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Ek Madde 10 hükmünün yürürlük tarihinden önceki uygulamalara ilişkin olsa da fiili ilişkinin nitelendirilebilmesi bakımından son derece önem arz etmektedir. Söz konusu kararlarda temel ölçüt olarak, hekimin yaptığı işin sayı ile sınırlandırılmaması, emeğini sürekli olarak hastanenin hizmetine arz etmesi ve çalışması karşılığında kendisine zaman esasına göre belirli ve düzenli bir aylık ücret ödenmesi aranmıştır. Kanaatimizce hekimler ile hastane arasındaki bağımlılık ilişkisi değerlendirilirken, işin yapılmasından doğan ekonomik risklerin hekim tarafından üstlenilip üstlenilmediğinin de araştırılması, aradaki ilişkinin niteliğini belirlemek açısından son derece faydalı olacaktır. Nitekim Yargıtay da benzer hukuki ilişkilerde bağımlılık unsurunu belirlerken "ekonomik risk" ölçütünü dikkate almıştır.²⁷ Buna göre, hizmet satın alma sözleşmesi kapsamında istihdam edilen hekimlerin

²⁶ 40 No'lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri, Gelir İdaresi Başkanlığı, (16.02.2009 Sayı:40), 2009. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: <https://www.gib.gov.tr/node/86946>

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2016/1414 E. 2016/1072 K. 16.11.2016 T. sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2016/19997 E. 2016/18472 K. 25.10.2016 T. sayılı, 2015/14621 E. 2015/21427 K. 11.06.2015 T. sayılı ve 2015/2190 E. 2015/8456 K. 26.02.2015 T. sayılı kararları

işçi olarak kabul edilebilmesinin koşulları; 1) Hekimin emeğini sürekli olarak özel hastanenin emrine arz etmesi ve gördüğü işin sayı ile sınırlandırılmaması, 2) Hekime belirli aralıklarla ve düzenli olarak ücret ödenmesi ve 3) Ekonomik riskin hastaneye ait olması şeklinde sıralanabilir.

Hekimin Emeğini Sürekli Olarak Özel Hastanenin Emrine Arz Etmesi ve Gördüğü İşin Sayı ile Sınırlandırılmaması

Belirtmek gerekir ki, hekimin emeğini sürekli olarak hastanenin emrine arz etmesinden, tüm bilgi, tecrübe ve mesaisini görev yaptığı hastaneye asli vazife olarak özgülemesi anlaşılmalıdır. Hekime verilen işin sayı ile sınırlandırılmamasından ise hekimin tedavi edeceği hastaların sayısında asgari veya azami bir sınırlamanın olmaması ve tedavi edeceği hastalarda (tıbbi ihtiyaç ve zorunluluklar haricinde) herhangi bir tercih hakkının bulunmaması anlaşılmalıdır. Hekim bu sayede mesai süresi içerisinde kendisine verilen işi ayırım gözetme veya tercihte bulunma hakkı olmaksızın yerine getirmiş olacaktır. Bu durum ise hekimin emeğini "sürekli olarak" hastaneye özgülemesi sonucunu beraberinde getirecektir ki yukarıda da değinildiği gibi "süreklilik" özelliği, iş sözleşmesinin unsurlarından olan "iş görme" ediminin en önemli özelliğidir. Nitekim bu çalışma biçiminde hekimin bir veya birkaç hastayı tedavi etmesiyle iş görme borcu tamamlanmış veya yerine getirilmiş olmamakta, hekim, zaman esasına göre teşhis ve tedavi hizmetini sunmaya devam etmektedir. Temel ölçüt bu olmakla birlikte, somut olay özellik gösterdiği takdirde, hekimin belirli sayıdaki hastaların tedavisinden sorumlu olması ihtimalinde dahi hastane ile arasında bir iş sözleşmesinin varlığından söz edilmesi mümkün olabilecektir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 12.04.2016 tarihinde verdiği bir kararında, davalı hastane bünyesinde göğüs hastalıkları uzmanı olarak görev yapan bir hekimin emeğini sürekli olarak davalı hastane emrine arz ettiğini ve yaptığı işin sayı ile sınırlandırılmadığını belirledikten sonra hekime bu hizmeti karşılığında zaman esasına göre belirli ve düzenli bir aylık ücret ödendiğini ve neticeten hastaneye karşı bağımlılık unsurunun oluştuğunu vurgulamış ve hastane ile arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.²⁸

²⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2016/6326 E. 2016/9152 K. 12.04.2016 T. sayılı ka-

Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 11.09.2017 tarihli bir diğer kararında patoloji uzmanı olarak görev yapan hekim ile hastane arasında imzalanmış “sağlık hizmeti satın alma” sözleşmesinin muvazaaya dayandığını kabul ederek hekim ile hastane arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olmadığına karar veren ilk derece mahkemesi kararını bozarak ortadan kaldırmış ve hekimin davalı hastane bünyesindeki işine iade edilmesine karar vermiştir.²⁹

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi tarafından 17.06.2020 tarihinde verilen bir kararda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 12.04.2016 tarihli kararına atıf yapıldıktan sonra hekim ile hastane arasında imzalanan sözleşmenin, aslında fizik tedavi ve rehabilitasyon uzmanı olarak görev yapan hekimin hizmeti karşılığında gelir paylaşımına dayalı çalışma esaslarını ve şartlarını belirlemek amacıyla imzalandığı, sözleşmeyle hekimin çalışma saatlerinin belirlendiği ve hastaneye gelen hastaları tedavi edeceğinin kararlaştırıldığı ifade edilmiş ve hekim ile hastane arasındaki bu sözleşmenin bir iş sözleşmesi olduğuna karar verilmiştir. Söz konusu kararda, hekimin tek bir hastanın bakımı için hastaneye gelen bir kişi olması halinde, hastane ile arasında bir iş sözleşmesi olmadığı vurgulanmıştır.³⁰

Hekime Belirli Aralıklarla ve Düzenli Olarak Ücret Ödenmesi

Hekime, yerine getirdiği hizmeti karşılığında belirli ve düzenli bir aylık ücret ödenmesi, Yargıtay'ın kararlarında yer verdiği bir diğer ölçüttür. Hekim, hastanenin verdiği işleri herhangi bir sınırlama olmaksızın ve ayırım gözetmeksizin bağımlı bir biçimde yerine getirdiği

rarı

²⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2017/22761 E. 2017/12772 K. 11.09.2017 T. sayılı kararı: Söz konusu karar, Ek Madde 10 hükmüyle getirilen istihdam modelinin, Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki bir uygulamasını konu edinmesi bakımından önemlidir. Burada hekimlere imzalatılan ticari nitelikteki hizmet satın alma sözleşmesi muvazaalı bulunarak geçersiz sayılmış ve hekimin işçi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

³⁰ “Hekim; tek bir hastanın bakımı ve sadece bu iş için hastaneye gelen bir kişi ise, arada hizmet akdi yoktur. Ancak doktor, haftanın belli gün ve saatlerinde çalışırken, hastanenin verdiği işleri ayırım gözetmeksizin yapıyor ise, arada artık istisna akdi yoktur. Ve kısmi sürelerle çalışsa dahi bu doktor ile hastane arasında hizmet akdi vardır. Tarafların aralarında yaptıkları iş sözleşmesine verdikleri ismin de bir değeri yoktur. (Sarper Süzek-Hizmet Akdi)” Bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi'nin 2019/1567 E. 2020/599 K. 17.06.2020 T. sayılı kararı

takdirde, bu hizmeti karşılığında kendisine ödenen ücret “hizmet faturası” veya her ne isim altında ödenirse ödensin, bu durum aradaki ilişkinin işçi-işveren ilişkisi olduğunu kabule engel teşkil etmeyecektir. Önemli olan sözleşmeye verilen isim değil, tarafların arasındaki fiili ilişkidir. Kural olarak hekim hastaneye bağımlı olarak sağlık hizmeti görmeyi üstleniyor ve hastane de bu hizmetin karşılığında ücret ödemeyi taahhüt ediyorsa arada iş sözleşmesi bulunduğu söylenebilecektir.³¹

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 12.04.2016 tarihli kararında, hekime hizmeti karşılığında zaman esasına göre belirli ve düzenli bir aylık ücret ödendiğine de dikkat çekmiş ve neticeten hastaneye karşı bağımlılık unsurunun da oluştuğunu vurgulayarak ve hastane ile arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.³²

Yukarıda açıklandığı üzere, bir işverene ve belirli bir iş yerine bağlı olarak, şahsi sorumluluk altında olmaksızın işveren nam ve hesabına verilen hizmet karşılığında elde edilen kazanç Gelir Vergisi Kanunu’nda aksine bir hüküm bulunmadıkça “ücret” olarak nitelendirilmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin kararlarında belirtildiği üzere yaptığı iş sayı ile sınırlandırılmaksızın emeğini sürekli olarak davalı hastane emrine arz eden ve karşılığında zaman esasına göre belirli ve düzenli bir aylık ücrete hak kazanan hekimlerin elde ettiği gelirler ile hastane ile aralarındaki “sağlık hizmeti satın alma sözleşmesi” muvazaaya dayanması sebebiyle geçersiz olan hekimlerin gördükleri iş karşılığında hekimlerin elde ettikleri gelirlerin de “ücret” olarak değerlendirilmesi gerekir.

Ekonomik Riskin Özel Hastaneye Ait Olması

Ekonomik risk ölçütü her ne kadar bugüne dek doğrudan irdeelenmiş olmasa da kanaatimizce hekimler ile özel hastane arasındaki bağımlılık ilişkisi değerlendirilirken, işin yapılmasından doğan gereken ekonomik risklerin hekim tarafından üstlenilip üstlenilmediğinin

³¹ Hasan Özkan/Sunay Öner Akyıldız, Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2008, s.86 vd.

³² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2016/6326 E. 2016/9152 K. 12.04.2016 T. sayılı kararı

de araştırılması aradaki ilişkinin niteliğini belirlemek açısından son derece faydalı olacaktır. Zira iş sözleşmesini bağımsız çalışanlardan ayıran en önemli farklardan biri budur. Nitekim ekonomik risk ölçütü Yargıtay tarafından birçok meslek grubunun iş ilişkisinde dikkate alınan bir ölçüt olup bu sayede birçok meslek grubunun işçi olarak değerlendirilmesi mümkün olmuştur.³³ Peşinen belirtmek gerekir ki işin yapılmasından doğan ekonomik risk kavramıyla, sağlık hizmeti sunulduğu sırada hekimin hatalı tıbbi müdahalesinden veya hastanenin kendi organizasyonundan kaynaklı olarak hastaların zarar görmesi kastedilmemektedir. Bu gibi hallerde doğacak maddi ve manevi zararlar şüphesiz ki Türk Borçlar Kanunu'na göre belirlenecek tazminat sorumluluğu çerçevesinde giderilecektir.³⁴ Burada kastedilen ekonomik risk kavramıyla, hekimin kendisinden istenen teşhis ve tedavi hizmetini yerine getirirken hiçbir ekonomik külfet altına girmemesi ifade edilmiştir. Bir başka deyişle ekonomik risk, kâr ve zararın işverene ait olmasıdır. Eğer bir hekim, kendisine verilen görevi ifa ederken herhangi bir ekonomik risk altına girmiyorsa ve işveren o iş nedeniyle kâr etmiş olmasa bile hekim gördüğü iş karşılığında hak ettiği ücreti başka bir şart olmaksızın işverenden isteyebiliyorsa, hekimin işverene bağımlı bir şekilde iş sözleşmesi altında iş gördüğü söylenmelidir.

Örneğin hekimin kendi nam ve hesabına tedavi hizmeti sunmaması, hastane adına tedavi ve bakımını gerçekleştirdiği hastaların tedavi ve bakım giderlerini hastaneye ödeyip ödememesinden etkilenmemesi, uyguladığı teşhis ve tedavide kullandığı ekipmanların hastane tarafından temin edilmesi, hastalık ve tatil günlerinde ücret hakkını yitirmemesi, verdiği hizmet karşılığında hasta sayısı ile sınırlandırılmadan belirli ve düzenli bir ücrete hak kazanması hekimin ekonomik risk üstlenmemesine örnek olarak gösterilebilir. Benzer şekilde hastane yönetiminin onayı olmadan hekimin hasta kabul edememesi, başka bir sağlık kuruluşunda çalışmaması, mesleki seminer, kurs veya kongre gibi etkinliklere katılım sağlayamaması, izin ve çalışma saatlerinin hastane yönetimi tarafından belirlenmesi, kendisine tahsis edilen çalışma alanları için herhangi bir ücret veya kira ödememesi, muayene, tanı ve te-

³³ Abdullah Erol, İş Sözleşmesinin Bağlılık Unsuru, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 112 vd.

³⁴ Mehmet Ali Zengin, Hekimin Hukuk Rehberi, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2016 s. 75 vd.

davi için kendi nam ve hesabına ücret talep edememesi gibi haller de hekimin ekonomik risk üstlenmeksizin hastaneye bağımlı bir şekilde iş gördüğünü ortaya koyan hallerdendir.³⁵ Belirtilmelidir ki bu hallerin varlığı halinde bağımlılık unsurunun oluşacağı düşünülebilirse de esasen bağımlılığın ispatı için birden fazla halin birlikte gerçekleşmesi gerekir.³⁶

III. ÖZEL HASTANELERDE İSTİHDAM EDİLEN HEKİMLERİN İŞ İLİŞKİSİNE İLİŞKİN UYGULAMADAN DOĞAN SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖNERİLER

Kanaatimizce özel hastanelerde çalışan hekimlerin, sözleşmelerinde bir hüküm bulunmadığı halde sigortalılıklarını kural olarak 4/1-b (BAĞ-KUR) kapsamına alan Ek Madde 10 hükmü Anayasa'da güvence altına alınan çalışma ve sosyal güvenlik hakkını ihlal eden bir düzenlemedir. Her ne kadar hükümde aksinin kararlaştırılabileceği belirtilmişse de sözleşmenin güçsüz tarafı konumunda olan hekimlerin güçlü konumdaki özel hastaneye karşı iradesini özgürce ortaya koyabilmesinin ve bu serbestiyi kullanmasının fiili olarak neredeyse imkânsız olduğu açıktır.

Hekimlerin vereceği hizmetin sınırları ve sigortalılık durumları, sözleşme serbestisi uyarınca taraflar arasında zaten kararlaştırılabilir ve aradaki ilişkinin gösterdiği özelliğe göre nitelendirilebilir. Buna rağmen getirilen düzenlemelerle hekimlerin kural olarak serbest meslek erbabı kabul edilmeleri, işçi sayılmak yerine sigortalılık durumlarının doğrudan 4/1-b olarak bir kurala bağlanması ve bu konunun hekimlerin tasarrufundan çıkarılması sözleşme ve çalışma özgürlüğünü ortadan kaldırmaktadır. Hekimlerin anılan Kanun hükmü sonucunda teoride ve pratikte doğrudan "işçi" olarak nitelendirilememesi açılan davaların önünde bir engel olarak durmaktadır.

Esas amacı kâr elde etmek olan özel hastanelerin ise giderlerini azaltmak ve çeşitli vergi/prim avantajları elde etmek amacıyla anılan

³⁵ 11355271-120.04.01[65-2020/34]-E.50915 Sayılı 18.11.2020 Tarihli Özelge, Eskişehir Vergi Dairesi Başkanlığı, 2020, [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: <https://www.gib.gov.tr/ozel-hastaneye-hizmet-veren-dis-hekiminin-kazancinin-vergilendirilmesi-hk>

³⁶ Erol, s. 112 vd.

uygulamayı sürdürme eğiliminde oldukları görülmektedir. Zira vergi, prim yahut işçilik hak ve alacakları dikkate alındığında, bir hekimin iş sözleşmesiyle değil de ticari nitelikteki bir “hizmet satın alma sözleşmesi” ile iş görmesi mali ve hukuki açıdan işverenler için avantaj sağlamaktadır.³⁷ Anılan uygulama kamunun da zarara uğramasına sebep olmaktadır. Bu durumun önüne geçilmesi, kanaatimizce yeni yasal düzenlemeler getirilmesi, özel hastaneler ile hekimler arasında imzalanan sözleşmelerin yargısal denetime tabi tutulması ve muvazalı sözleşmelerin geçersiz sayılarak aradaki fiili ilişkinin geçerli kabul edilmesiyle mümkündür.

Bu doğrultuda, hekim haftanın belirli gün ve saatinde, belirli bir ücret karşılığında, hastanenin verdiği işleri herhangi bir ayırım gözetmeksizin onun iş organizasyonunda ve emir ve talimatlarına bağlı olarak sürekli bir biçimde görüyor, bu mesaisi karşılığında belirli ve düzenli bir ücrete hak kazanıyor ve ekonomik bir risk üstlenmiyorsa hastane ile arasında bir iş sözleşmesi bulunduğu kabul edilmelidir. Böyle bir çalışma şeklinde özel hastane tarafından imzalatılan sözleşmenin hizmet satın alma sözleşmesi olarak isimlendirilmiş olması veya ödemelerin fatura karşılığında gerçekleştirilmesi kanaatimizce aradaki ilişkinin ticari bir ilişki olduğunu kabul etmeye tek başına yeterli görülmemelidir. Nitekim, konuya Gelir Vergisi Kanunu açısından bakıldığında dahi hekimlerin bu çalışmalarından elde ettikleri kazancın doğrudan “serbest meslek kazancı” olarak değerlendirilmesi hatalı olacaktır. Hekimlerin iş sözleşmesine tabi bir biçimde görev yapmaları ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 4/1-a hükmü uyarınca sigortalı sayılmaları halinde yahut görünüşte ticari bir hizmet sözleşmesiyle istihdam ediliyor olsa dahi aradaki fiili ilişkinin işçi-işveren ilişkisi olduğunun söylenebildiği hallerde İş Kanunu anlamında “işçi” olarak nitelendirilmesi ve Kanun’un işçilere tanıdığı her türlü hakka dair taleplerde bulunabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

³⁷ 2018 yılında yapılan bir çalışmada, hizmet satın alma şeklindeki çalışmanın özel hastaneler için mali açıdan daha avantajlı olduğu tespit edilmiştir. Bkz. Enver Bozdemir. Özel Hastanelerde Hekimlik Hizmet Alımı Uygulamasının Mali Açısından Analizi. Konuralp Medical Journal. Mart 2020;12(1):87-96. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: <https://doi.org/10.18521/ktd.511332>

SONUÇ

Özel hastanelerde görev yapan hekimler, haksız ve hatalı uygulamalar sonucunda İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku bağlamında sahip oldukları hakların birçoğundan mahrum kalmaktadır. Bugüne dek Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri önüne taşınmış uyuşmazlık sayısının son derece az olduğu dikkate alındığında, hekimlerin yasal haklarını kullanmaktan imtina ettiği, getirilen düzenlemelerin hekimleri yasal haklarından mahrum bıraktığı anlaşılmaktadır. Haksız uygulamaların sonuçları bir bütün olarak göstermektedir ki, bu uygulamalardan sadece hekimler değil Sosyal Güvenlik Hukuku ve Vergi Hukuku bağlamında değerlendirildiğinde kamu da zarara uğramaktadır. Kanaatimizce hak kaybına yol açan bu uygulamaların önüne geçilmesi ve tereddütlerin ortadan kaldırılması için yeni yasal düzenlemeler getirilerek hekim haklarının güvence altına alınması gerekmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyiğit Ercan, İş Hukuku. Güncellenmiş 12. Basım. İstanbul: Seçkin Yayınları; 2018
- Bayeren Deniz, Themis İş Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları; 2022
- Çelik Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 31. Bası. İstanbul: Beta Yayınları; 2018
- Ekmekçi Ömer/Yiğit Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri. 1. Baskı. İstanbul: Onikilevha Yayınları; 2020
- Erol Abdullah, İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları; 2020
- İpekyuz Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi. 1. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık; 2006
- Özdemir Hayrunnisa, Sağlık Hukuku alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi. 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları; 2017
- Özkan Hasan/Akyıldız Sunay Öner, Hasta-Hekim Hakları ve Davaları. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları; 2008
- Senyen Kaplan Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku. 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları; 2023
- Süzek Sarper, İş Hukuku. Yenilenmiş 21. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları; 2021
- Şakar Müjdat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku. 15. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları; 2024
- Şua İbrahim Halil, İş ve Sosyal Güvenlik Davaları Uygulama Rehberi. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları; 2014

Tunçomağ Kenan/Centel Tankut, İş Hukukunun Esasları. 1. Baskı. Ankara: Beta Yayınları; 2022

Yıldırım Hasan Hüseyin/Konca Murat, Türkiye’de Özel Sağlık Kurumları Sektörü: Mevcut Durum, Sorunlar ve Çözüm Önerileri. TUSPE Analiz: 2018/5. Ankara: Tüspe Yayınları;2018

Zengin Mehmet Ali, Hekimin Hukuk Rehberi. 1. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi; 2016

Makaleler

Bilgili Özkan, Özel Sağlık Hizmet Sunucularında Çalışan Hekimlerin Sigortalılığı. *Sosyal Güvenlik Dergisi*. 2021;11(1):33-54. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: <https://dergipark.org.tr/pub/sgd/issue/63306/952536>

Bozdemir Enver, Özel Hastanelerde Hekimlik Hizmet Alımı Uygulamasının Mali Açıdan Analizi. *Konuralp Medical Journal*. Mart 2020;12(1):87-96. [Erişim Tarihi: 12.01.2024] Erişim Linki: <https://doi.org/10.18521/ktd.511332>

Tezler

Karataş Ebru, Hekimin Mesleki Özerkliği. Yüksek Lisans Tezi. Tez No:677071. Kocaeli Üniversitesi; 2021. Erişim Linki: https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=8tbPippmWV_b-Irrn9YEAinx0tmqj4VHsQEItSuX-J3n7etIPdU2LX_KM4UglI2

İnternet Kaynakları

Eskişehir Vergi Dairesi Başkanlığı, (18.11.2020 Sayı: 11355271-120.04.01[65-2020/34]-E.50915) sayılı Özelge; 2020. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: <https://www.gib.gov.tr/ozel-hastaneye-hizmet-veren-dis-hekiminin-kazancinin-vergilendirilmesi-hk>

Gelir İdaresi Başkanlığı, (16.02.2009 Sayı:40) 40 No’lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri; 2009. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: <https://www.gib.gov.tr/node/86946>

Mersin Tabip Odası, Özelde Çalışan Hekimlere Şirket Kurulması ile İlgili Bilgilendirme, 2016. [Erişim Tarihi 12.01.2024]. Erişim Linki: <http://mersintabipodasi.org.tr/ozelde-calisan-hekimlere-sirket-kurdurulmasi-ile-ilgili-bilgilendirme/>

Resmî Gazete (19.02.1999, Sayı:23616) 221 Seri No’lu Gelir Vergisi Genel Tebliği; 1999. [Erişim Tarihi: 12.01.2024] Erişim Linki: <https://www.resmigazete.gov.tr/arxiv/23616.pdf>

Türk Tabipleri Birliği, Özel Sağlık Sektöründe Çalışma ve Ücretlendirme Biçimleri. 2018. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: https://www.ttb.org.tr/kutuphane/calisma_bicimleri.pdf

Türk Tabipleri Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları. 2012. [Erişim Tarihi: 24.05.2024]. Erişim Linki: https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf

7394 sayılı Kanun Madde 2 Gerekçesi, TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi; 2024. [Erişim Tarihi: 12.01.2024]. Erişim Linki: <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-fc9e-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7394>

Mahkeme Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2020/2028 E. 2021/565 K. 22/03/2021 T. sayılı kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2016/1414 E. 2016/1072 K. 16.11.2016 T. sayılı kararı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2016/19997 E. 2016/18472 K. 25.10.2016 T. sayılı kararı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2015/14621 E. 2015/21427 K. 11.06.2015 T. sayılı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2015/2190 E. 2015/8456 K. 26.02.2015 T. sayılı kararı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2016/6326 E. 2016/9152 K. 12.04.2016 T. sayılı kararı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2017/22761 E. 2017/12772 K. 11.09.2017 T. sayılı kararı

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi 2019/1567 E. 2020/599 K. 17.06.2020 T. sayılı kararı

Diğer Kaynaklar

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın 03.07.2015 tarihli 2015/19 sayılı genelgesi

KARAYOLU TAŞIMA KANUNU KAPSAMINDAKİ ARAÇLARIN KARIŞTIĞI KAZA SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN ZARARLAR BAKIMINDAN TRAFİK SİGORTASI TEMİNAT LİMİTİ UYGULAMASI NASIL OLMALIDIR?

IN THE CONTEXT OF THE HIGHWAY TRANSPORTATION LAW, HOW
SHOULD THE APPLICATION OF THE TRAFFIC INSURANCE COVERAGE
LIMIT BE FOR DAMAGES INCURRED BY PASSENGERS OR THIRD
PARTIES DUE TO ACCIDENTS DURING TRANSPORTATION?

Vural SEVEN*

Özet: 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu m. 2/1 hükmüyle şehirlerarası ve uluslararası taşımacıların, Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası yaptırmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu çerçevede, Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan bir taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle yolcuların uğradığı bedensel zararlar, Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası'ndan; poliçe teminat limitini aşan zararlar ise Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'ndan karşılanmaktaydı. Ancak Karayolu Taşıma Kanunu'nda 2016 yılında, 6704 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış ve Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunî değişikliklerle hem maddi hem bedensel zararların Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'ndan karşılanacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik'te değişiklik yapılarak Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında şehirlerarası ve uluslararası taşımacılık yapan araçlar için düzenlenen Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası poliçe teminat limitlerinin iki kat olarak uygulanacağı düzenlenmiştir.

Bu çalışmayla Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle doğan zararların tazmini için 6704 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce ve sonra, kimlerin, hangi zarar kalemleri için hangi sorumluluk sigortası ve/

* Prof. Dr., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, seven@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8241-3196

444 Karayolu Taşıma Kanunu Kapsamındaki Araçların Karıştığı Kaza Sonucunda Ortaya Çıkan Zararlar Bakımından Trafik Sigortası Teminat Limiti Uygulaması Nasıl Olmalıdır?

veya sigortalarına başvurabileceği incelenecektir. Ayrıca poliçe teminat limiti uygulamasının nasıl olması gerektiğine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Karayolu Taşıma Kanunu, Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası, Poliçe Teminat Limiti, Zarar Gören Üçüncü Kişi

Abstract: According to Law No. 4925 on Highway Transportation Article 2/1, interstate and international carriers were required to obtain Mandatory Highway Transportation Financial Liability Insurance. In this context, bodily injuries suffered by passengers due to accidents during transportation within the scope of the Highway Transportation Law were covered by Mandatory Highway Transportation Financial Liability Insurance, while damages exceeding the policy coverage limit were covered by the Mandatory Financial Liability Insurance for Motor Vehicles on Highways. However, in 2016, an amendment was made to the Highway Transportation Law through Law No. 6704, resulting in the abolition of Mandatory Highway Transportation Financial Liability Insurance. The legal change stipulated that both material and bodily damages would be covered by the Mandatory Financial Liability Insurance for Motor Vehicles on Highways. In this regard, changes were made to the Regulation on Tariff Application Principles in Mandatory Financial Liability Insurance for Motor Vehicles on Highways. It was specified that policy coverage limits for Mandatory Financial Liability Insurance for Motor Vehicles on Highways, applicable to vehicles engaged in interstate and international transportation within the framework of the Highway Transportation Law, would be applied at twice the standard limit.

This study will focus on the compensation for damages arising from accidents during transportation under the Highway Transportation Law, both before and after the amendment introduced by Law No. 6704. It will address who can apply for which liability insurance and/or insurances for specific damages. Additionally, this study will also discuss how the policy coverage limit should be applied.

Keywords: Road Transport Law, Mandatory Highway Transportation Financial Liability Insurance, Mandatory Financial Liability Insurance for Motor Vehicles on Highways, Policy Coverage Limit, Third Party Injured

GİRİŞ

4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu¹ ile Kanun'un kapsamı hakkında 2. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Anılan hüküm şu şekildedir: *"Bu Kanun kamuya açık karayolunda motorlu taşıtlarla yapılan yolcu ve eşya taşımalarını, taşımacıları, taşıma acentelerini, taşıma işleri komisyon-*

¹ RG, 19.07.2003, S. 25173.

cularını, nakliyat ambarı ve kargo işletmecilerini, taşıma işlerinde çalışanlar ile taşımalarda yararlanan her türlü taşıt, araç, gereç, yapıları ve benzerlerini kapsar” (Karayolu Taşıma Kanunu m. 2/1). “Ancak, özel otomobillerle ve bunların römorklarıyla yapılan taşımalar, genel ve katma bütçeli dairelerle, il özel idareleri, belediyeler, üniversiteler ve kamu iktisadi teşebbüslerine ait otomobillerle yapılan taşımalar, “Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü’ne” ait motorlu taşıt ve bunların römorkları ile yapılan taşımalar, lastik tekerlekli traktörlerle çekilen römorklarla yapılan taşımalar bu Kanun hükümlerine tabi değildir” (Karayolu Taşıma Kanunu m. 2/2).

Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle yolcuların ölmesi veya yaralanması hâlinde meydana gelen *bedensel zararlar*, şehirlerarası ve/veya uluslararası taşımacılar tarafından yaptırılması zorunlu olan Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası’ndan karşılanmaktaydı. Ancak Karayolu Taşıma Kanunu’nda 6704 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun² ile değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası’nın kaldırılmasıdır. Bu çerçevede çalışmanın kapsamı, şehirlerarası ve/veya uluslararası taşıma faaliyeti sırasında kaza meydana gelmesi hâlinde, kanunî değişiklikten önce ve sonra hangi araçlar bakımından, kimler tarafından, hangi zarar kalemleri için, hangi sorumluluk sigortası ve/veya sigortalarına başvurulabileceği ve poliçe teminat limiti uygulamasının nasıl olacağı ile sınırlı olacaktır.

I. KARAYOLU TAŞIMA KANUNU’NDA TANIMLANAN BAZI KAVRAMLAR

6704 sayılı Kanun değişikliğinden önce Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle yolcuların ölmesi veya yaralanması hâlinde doğan bedeni zararlar Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası’ndan karşılanmaktaydı. Bu noktada öncelikli olarak Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında kimlerin *yolcu* olarak kabul edileceğinin tespiti gerekir.

² RG, 26.04.2016, S. 29695. Çalışma içerisinde 6704 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

Bu hususta Kanun ile yapılan tanıma bakılırsa, “Yolcu: Taşıtı kullanan sürücü ile hizmetliler dışında taşıtta bulunan kişileri” ifade etmektedir (Karayolu Taşıma Kanunu m. 3). Benzer şekilde Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları³na göre yolcu “Taşıtı kullanan sürücü ile hizmetliler dışında, taşıtta bulunan yolcu biletli kişileri” ifade etmektedir.

Yolcu bileti “Yolcunun taşınması yükümlülüğünü içeren, yönetmelikte öngörülen şekil ve şartları ihtiva eden ve yolcuya verilmesi zorunlu belgeyi” ifade etmekte olup yolcu bileti olmayan kişilerin tazminat taleplerinin Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası kapsamı dışında olduğu düzenlenmiştir (Karayolu Taşıma Kanunu m. 3, Genel Şartlar m. A.5.).

Karayolu Taşıma Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu⁴ m. 1478 hükmüne paralel olacak şekilde, “Hak sahipleri, sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde doğrudan doğruya sigortacıya karşı talepte bulunabilirler” düzenlemesine yer verilmiş ve fakat hak sahipleri ifadesi ile kimlerin kastedildiği düzenlenmemiştir (Karayolu Taşıma Kanunu m. 21, Genel Şartlar m. B.1.1.). Genel Şartlar’a göre hak sahibi, “Kaza sonucu, yaralanan veya sakatlanan yolcular ile ölen yolcunun desteğinden yoksun kalanları” ifade etmekteydi. Nitekim Genel Şartlar’a göre sigortanın konusu, poliçede belirtilen motorlu taşıtta seyahat eden yolcuların taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle bedensel zararı ile sınırlıydı (Genel Şartlar, A.1.). Bu çerçevede, 6704 sayılı Kanun değişikliğinden önce Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında şehirlerarası ve/veya uluslararası taşımacılık yapan sigortalının akdettiği sigorta sözleşmesine dayalı olarak sadece anılan araçta taşınan yolcular talepte bulunabilmekteydi.⁵

³ RG, 18.01.2004, S. 25350. Çalışma içerisinde Genel Şartlar olarak anılacaktır.

⁴ RG, 14.02.2011, S. 27846.

⁵ Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. “Somut olayda meydana gelen iki taraflı trafik kazasında davacı sürücü olup, davalı ise karşı aracın zorunlu karayolu taşımacılık mali sorumluluk sigortacıdır. Kaza tespit tutanağına göre karşı aracın zorunlu trafik sigortacısı dava dışı AŞ’dir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında davacı, davalıya zorunlu karayolu taşımacılık sigortası ile sigortalı araçta yolcu olmadığı için davaya konu trafik kazası sebebiyle davalıdan cismani zarar talep edemeyeceğinden, mahkemece davanın reddi yerine kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir”. Y. 17. HD, 14.11.2017, E. 2015/3976, K. 2017/10542. “Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigorta poliçesi ile

Genel Şartlar (A.2) ile sigortalı “4925 sayılı Kanun’a göre zorunlu karayolu taşımacılık mali sorumluluk sigortasını yaptırmakla yükümlü olan sigorta ettiren, şehirlerarası ve/veya uluslararası taşımacı” şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu noktada, şehirlerarası taşıma ve uluslararası taşıma kavramlarının da tanımlanması gerekir. Karayolu Taşıma Kanunu (m.3) ile şehirlerarası taşımanın “Herhangi bir ilin herhangi bir noktasından veya yerleşim biriminden başlayıp diğer bir ilin herhangi bir noktasında veya yerleşim biriminde biten taşımaları”, uluslararası taşımanın ise “Türkiye’den veya Türkiye’ye karayoluyla; Türkiye üzerinden karayoluyla transit, Türkiye’ye denizyolu, demiryolu ve havayolu ile gelip karayolundan üçüncü ülkelere yapılan taşımaları” ifade ettiği belirtilmiştir.

6704 sayılı Kanun’la değişiklik yapılmadan önce sorumluluk sigortası “Bu Kanun’un 18’inci maddesiyle ihdas edilen zorunlu karayolu taşımacılık mali sorumluluk sigortası” şeklinde tanımlanırken, değişiklikten sonra “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda belirtilen zorunlu mali sorumluluk sigortası” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu yönüyle, kanunî değişiklik öncesinde Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan bir taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle bedensel zarar gören bir yolcu, zararının Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası’ndan, poliçe teminat limitini aşan zararının ise Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası’⁶ndan karşılanmasını talep edebilmekteydi. Kanunî değişiklikten sonra ise Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında taşımacılık yapılan araçta taşınan yolcu veya yaya konumundaki zarar gören üçüncü kişi bedensel zararın tazmini için; karşı araç maliki bedensel ve/veya aracında meydana gelen maddi zararın tazmini için ZMMS sigortacısından talepte bulunabilmektedir.

teminat altına alınan zararın, taşıma sırasında yolcuların uğradığı bedensel zararlar olduğu izahtan varestedir. Bu sebeple de davacıların yakını olan ve kaza anında sigortalı aracı sevk ve idare eden sürücü ...’nun ölümü nedeniyle, davacı tarafın uğradığını iddia ettiği zararın anılan sigorta poliçesinden karşılanması olanağı bulunmamaktadır”. Y. 17. HD, 05.06.2017, E. 2015/881, K. 2017/6356.

⁶ Çalışma içerisinde ZMMS olarak anılacaktır.

II. 6704 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ KARAYOLU TAŞIMA KANUNU KAPSAMINDA YAPILAN TAŞIMA SIRASINDA MEYDANA GELEN KAZA SEBEBİYLE YOLCULAR BÜNYESİNDE DOĞAN BEDENSEL ZARARLAR

6704 sayılı Kanun değişikliğinden önce Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle yolcunun ölmesi veya yaralanması yahut eşyasının zarara uğraması hâlinde doğacak zarardan taşımacının sorumlu olduğu düzenlenmiş olup anılan hüküm şu şekildeydi: “Şehirlerarası ve uluslararası yolcu taşımacıları; duraklamalar dahil olmak üzere yolcunun kalkış noktasından, varış noktasına kadar geçecek süre içinde meydana gelecek bir kaza nedeniyle yolcunun ölümü, yaralanması ya da eşyasının zarara uğramasından dolayı sorumludur” (Karayolu Taşıma Kanunu m. 17). Karayolu Taşıma Kanunu’nda yolcu taşımacıları olarak ifade edilen kişiler aynı zamanda Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası’nın sigortalısıydı. Zira Genel Şartlar ile sigortalı “4925 sayılı Kanun’a göre zorunlu karayolu taşımacılık mali sorumluluk sigortasını yaptırmakla yükümlü olan sigorta ettiren, şehirlerarası ve/veya uluslararası taşımacı” şeklinde tanımlanmaktaydı.

Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan bir taşıma sırasında meydana gelen kaza nedeniyle zarar gören yolcuların bedensel zararının giderilebilmesi için taşımacılar tarafından Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası yaptırılması gerektiği öngörülmüştü. İlgili hüküm şu şekildeydi: “**Taşımacılar, yolcuya gelebilecek bedeni zararlar için bu Kanun’un 17’nci maddesinden doğan sorumluluklarını sigorta ettirmek zorundadır. Ancak, Hazine Müsteşarlığı’nın bağlı olduğu Bakanlık gerekli gördüğü takdirde, tespit edeceği yabancı ülkelerde ortaya çıkabilecek zararları teminat kapsamı dışında tutabilir**” (Karayolu Taşıma Kanunu m. 18/1). Genel Şartlar ile ise zarar kavramı “Kaza sonucu yolcunun yaralanmasına, sakatlanmasına veya ölmesine neden olan bedensel zararları” şeklinde, hak sahibi kavramı “Kaza sonucu yaralanan veya sakatlanan yolcular ile ölen yolcunun desteğinden yoksun kalanları” şeklinde tanımlanmıştı. İki düzenleme arasındaki çelişkiye değinmekte yarar görüyoruz. Kanun’la, Karayolu Taşıma Kanunu kapsamındaki taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle yolcunun sadece bedensel zararlarının giderilebileceği ifade edilirken, Genel Şartlar ile bedensel zararın yanı sıra ölümü

hâlinde yolcunun desteğinden yoksun kalanların da zararının giderilebileceği düzenlenmiştir.⁷

Yine Karayolu Taşıma Kanunu ile “Sorumluluk sigortasına ilişkin sigorta genel şartları Hazine Müsteşarlığı’nca onaylanır. Sorumluluk sigortası tarife ve talimatları Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlıkça tespit edilir ve Resmî Gazetede yayımlanır. Hazine Müsteşarlığı’nın bağlı olduğu Bakanlık tarifeyi serbest bırakmaya yetkilidir” ifadelerine yer verilmişti (Karayolları Taşıma Kanunu m. 18/4). Kanun hükmüne dayalı olarak çıkarılan Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı⁸ ile “4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu hükümleri çerçevesinde yolcu taşımacılığı yapan şehirlerarası taşımacılar, taşıt türleri itibarıyla bu Tarife ve Talimatın eki tablolarda düzenlenen teminatları almak zorundadır. Hazine Müsteşarlığı’nın bağlı olduğu Bakan gerekli gördüğü takdirde, tespit edeceği yabancı ülkelerde ortaya çıkabilecek zararları teminat kapsamına alabilir” ifadelerine yer verilmişti.

6704 sayılı Kanun’la değişiklik yapılmadan önce sorumluluk sigortası “Bu Kanun’un 18’inci maddesiyle ihdas edilen zorunlu karayolu taşımacılık mali sorumluluk sigortasını” ifade etmekteydi. Bu çerçevede, Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle bedensel zarara uğrayan yolcunun zararı, Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası poliçe teminat limitleri dahilinde, aşan zararı ise ZMMS teminat limitleri dahilinde sigortacı tarafından karşılanmaktaydı.⁹ Bu husus Kanun’la şu şekilde

⁷ Kanun ve Genel Şartlar ile yapılan düzenlemeler arasındaki çelişki, bedensel zarar ile destekten yoksun kalma zararının karıştırılmasından kaynaklanmaktadır. Destekten yoksun kalma zararı, haksız fiil sonucu bir kimsenin ölmesi hâlinde ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin ölüm sebebiyle uğradıkları zararı ifade eder. Destekten yoksun kalma tazminatı ile amaçlanan ölen desteğin vücut bütünlüğünün ihlâli sebebiyle doğan bedensel zararın tazmini değil, desteğin ölümü sebebiyle destek görenin uğradığı malvarlığı zararının giderilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seven, V.: Sigorta Güvence Hesabının Kapsamı ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 12, S. 157-158, s. 55, 56.

⁸ RG, 19.06.2008, S. 26910.

⁹ Aynı yönde bkz. “Somut olayda, davaya konu minibüs ile Ereğli-Zonguldak arasında düzenli bir taşıma işi yapıldığı, taşımanın ticari şekilde ücret karşılığı yapıldığı anlaşılmaktadır. Davaya konu taşımanın il içi bir taşıma olup olmadığına bakılmaksızın ticari bir taşıma olan taşımanın Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında kaldırılmasının gözetilmesi gerekir.

ifade edilmekteydi: “Meydana gelen zarar öncelikle taşımacının sorumluluk sigortasından karşılanır. Bu sorumluluk sigortası ile karşılanamayan zararlar için 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na göre yapılması zorunlu olan mali sorumluluk sigortasına müracaat edilir” (Karayolu Taşıma Kanunu, m. 19/3). Kanunî düzenlemeye paralel olacak şekilde yapılan Genel Şartlar düzenlemesi ise şu şekildeydi: “Meydana gelen zarar öncelikle bu sigortadan karşılanır. Sigorta sözleşmesinin hiç yapılmamış olması, yapılmış fakat geçersiz hale gelmiş olması, süresinin bitmiş olması veya meydana gelen zararın bu sigorta teminatlarının üzerinde bulunması halinde teminatların üzerinde kalan kısım için; sırasıyla 13/10/1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre yapılması zorunlu olan mali sorumluluk sigortasına ve ihtiyari mali sorumluluk sigortasına başvurulur (Genel Şartlar m. B.8.1.).

Bu çerçevede, 6704 sayılı Kanun’la değişiklik yapılmadan önce Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle yolcunun bedensel zarara uğraması hâlinde Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası poliçesi kapsamında zararın giderilmesi için “Sorumluluk sigortası tazminatına yol açan olayın, sigorta ettiren veya hak sahibi tarafından öğrenildiği tarihten itibaren otuz iş günü, olay yurt dışında meydana gelmişse altmış işgünü içinde sigorta şirketine ihbar” edilmesi gerektiğini ve “Sigortacıların, hak sahibinin kaza veya zarara ilişkin belgeleri sigortacıya ilettiği tarihten itibaren, sekiz iş günü içinde sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarı

Buna göre, davaya konu taşımanın ticari bir taşıma olduğu, diğer bir ifade ile Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında bir taşıma olduğu gözetildiğinde, kazaya neden olan araç için davalı ... öncelikli olarak sorumlu olup, diğer davalı zorunlu trafik sigorta şirketi ancak limiti aşan kısımdan sorumludur. Bu nedenle davalı ... Şirketinin zarardan sorumluluğu olduğu kabul edilerek değerlendirme yapılmak ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmek üzere kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir”. Y. 4. HD, 13.01.2022, E. 2021/15124, K. 2022/332; Y. 11. HD, 23.05.2012, E. 2011/9524, K. 2012/8687. “...yasa koyucu yolcuların uğradığı bedeni zararlar bakımından taşımayı yapan aracın zorunlu karayolu taşımacılık sigortacısı, trafik sigortacısı ve varsa ihtiyari mali sorumluluk sigortacısı bakımından müştereken ve müteselsilen bir sorumluluk öngörmemiş, sıralı bir sorumluluk düzenlemiştir. Başka bir anlatımla, yolcunun uğradığı bedeni zararlar, taşımayı yapan aracın zorunlu karayolu taşımacılık sigortası kapsamında ise bu aracın trafik veya ihtiyari mali mesuliyet sigortacısının sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak limit aşımında sırasıyla zorunlu ve ihtiyari mali mesuliyet sigortacılarının sorumluluğu söz konusu olacaktır”. Y. 17. HD, 21.05.2018, E. 2015/11907, K. 2018/5277; Y. 17. HD, 05.03.2019, E. 2016/7058, K. 2019/2478.

hak sahibine ödemek zorunda” olduklarını ifade etmek gerekir (Karayolu Taşıma Kanunu, m. 22/1, m. 22/3, Genel Şartlar, m. B.1.3.). ZMMS poliçesi kapsamında zararın giderilmesi içinse 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu¹⁰ uyarınca “Sigortacıların, hak sahibinin kaza veya zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz işgünü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorunda” oldukları düzenlenmişti (KTK m. 99).

Bu yönüyle 6704 sayılı Kanun ile değişikliğinden önce Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle bedensel zarara uğrayan yolcunun, öncelikle Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası’na, aşan zarar bakımından ZMMS’ye, ZMMS’yi de aşan zarar bakımından varsa İhtiyari Malî Sorumluluk Sigortası’na başvurabildiğini, başka bir ifadeyle, zararın üç ayrı sigortadan poliçe teminat limitleri dahilinde karşılanabildiğini ifade etmek gerekir.

III. 6704 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİK SONRASI KARAYOLU TAŞIMA KANUNU KAPSAMINDA YAPILAN TAŞIMA SIRASINDA MEYDANA GELEN KAZA SEBEBİYLE DOĞAN ZARARLAR

6704 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile Karayolu Taşıma Kanunu’nda yapılan değişiklikle sorumluluk sigortasının “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda belirtilen zorunlu mali sorumluluk sigortasını” ifade ettiği açıkça öngörülmüş ve Karayolu Taşıma Kanunu’nun 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 ve 25. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Aynı zamanda Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatının Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Tarife ve Talimat¹¹ m. 1 hükmü ile Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı yürürlükten kaldırılmıştır.

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Ya-

¹⁰ RG, 18.10.1983, S. 18195. Çalışma içerisinde KTK olarak anılacaktır.

¹¹ RG, 22.05.2016, S. 29719. Tarife ve Talimat olarak anılacaktır.

pılmasına Dair Yönetmelik¹² ile Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik¹³e “4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında şehirlerarası ve uluslararası taşımacılık yapan araçlar için düzenlenen Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası poliçelerinin teminat limitleri, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan ilgili teminat limitlerinin iki katı olacak şekilde uygulanır” hükmü eklenmiştir (KMAZMSSTUEHYDYDY m. 1). Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile yönetmeliğin 26/4/2016 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir (KMAZMSSTUEHYDYDY m. 2).

Anılan düzenleme ile Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında şehirlerarası ve/veya uluslararası taşımacılık yapan araçlar için tanzim edilen ZMMS poliçesinin varlığı hâlinde, poliçe teminat limitinin Yönetmelik ekinde yer alan poliçe teminat limitinin iki kat olarak uygulanacağı ifade edilmektedir.¹⁴ Bu noktada öncelikli olarak, anılan Yönetmelik hükmünün uygulama alanı bulması için Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında şehirlerarası ve/veya uluslararası taşımacılık yapan araçlar için tanzim edilmiş bir ZMMS poliçesinin varlığının gerekli olduğunu ifade etmek gerekir.

Bu çerçevede değerlendirme yapılabilmesi için şehirlerarası ve/veya uluslararası taşımacılık yapan araçların tespiti önem arz etmektedir. Karayolu Taşıma Yönetmeliği¹⁵ kapsamında faaliyette bulunacak gerçek ve tüzel kişilerin çalışma izni alması zorunludur. Bu izin, yetki belgesi ile alınmakta olup Yönetmelik hükmü şu şekildedir: “Bu Yönetmelik kapsamına giren taşımacılık, acentelik, taşıma işleri komisyonculuğu, taşıma işleri organizatörlüğü, nakliyat ambarı işletmeciliği, kargo işletmeciliği, lojistik işletmeciliği, dağıtım işletmeciliği, terminal işletmeciliği ve benzeri faaliyetlerde bulunacak gerçek ve tüzel kişilerin yapacakları faaliyet-

¹² RG, 22.05.2016, S. 29719. Çalışma içerisinde KMAZMSSTUEHYDYDY olarak anılacaktır.

¹³ RG, 14.07.2007, S. 26582. Çalışma içerisinde KMAZMSSTUEHYDYDY olarak anılacaktır.

¹⁴ Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz. Y. 4. HD, E. 2021/8111, K. 2022/2356.

¹⁵ RG, 08.01.2018, S. 30295. Çalışma içerisinde KTY olarak anılacaktır.

lere uygun olan yetki belgesini/belgelerini Bakanlıktan almaları zorunludur” (KTY m. 5). Yönetmelik ile hangi araçlar için hangi yetki belgesinin alınması gerektiği de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu çerçevede, şehirlerarası ve/veya uluslararası taşımacılık yapan bir aracın taşıma faaliyeti sırasında karıştığı trafik kazası neticesinde yolcu veya üçüncü kişi bünyesinde bedensel zarar ya da karşı araç sürücüsünün aracında maddi zarar doğması hâlinde, şayet Yönetmelik ile belirtilen yetki belgesi de var ise ZMMS poliçe teminat limitinin iki kat olarak uygulanması gerekecektir.

Kanun ile “İl sınırları içerisindeki taşımalar ile yüz kilometreye kadar olan şehirlerarası taşımaların düzenlenmesi il ve ilçe trafik komisyonları ile iş birliği yapılmak suretiyle ilgili valiliklere, belediye sınırları içerisindeki şehir içi taşımalar belediyelere bu Kanuna göre düzenlenecek yönetmelik esasları dahilinde bırakılabilir” düzenlemesine yer verilmiştir (Karayolu Taşıma Kanunu m. 2/3). O hâlde diyebiliriz ki, yüz kilometreye kadar olan şehirlerarası taşımacılık faaliyeti sırasında bir zarar meydana geldiği takdirde, taşımaya ilişkin valiliğin bir düzenlemesinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir.¹⁶

Bu noktada, çalışmamız bakımından önem arz etmesi sebebiyle, D4 yetki belgesine değinmekte fayda görüyoruz. D4 yetki belgesi, ticarî olarak taşıma mesafesine bakılmaksızın il içi ve 100 kilometreye kadar olan şehirlerarası tarifeli ve tarifesiz olarak taşıma yapacaklara verilen yetki belgesidir (KTY m. 6/4-ç). Yönetmelik ile D4 yetki belgesi talep edenlerin yüz kilometreye kadar şehirlerarası taşımalarda; ilgili illerden alınacak, D4 yetki belgesi düzenlenmesinin o illerdeki mevcut arz/talep dengesi ve taşıma düzeni bakımından bir sakıncası olmadığına dair ilgili İl Trafik Komisyonu veya UKOME kararlarını (bu illerden birinin veya her ikisinin il sınırları ile belediye sınırları aynı/çakışık olan bir il veya iller olması halinde ise ilgili büyükşehir belediyesi/belediyeleri UKOME kararlarını) Bakanlığa sunmaları gerektiği düzenlenmiştir (KTY m. 7/1-b). O hâlde, yüz kilometreye kadar şehirlerarası taşıma yapmak için talepte bulunan herkese D4 yetki belgesi verilmemekte; İl Trafik Komisyonu veya UKOME'nin o illerdeki mevcut arz/talep dengesi ve taşıma düzeni bakımından sakıncası olmadığına dair bir karar vermesi gerekmektedir.

¹⁶ Y. 11. HD, 04.04.2014, E. 2012/17899, K. 2014/6690.

Yönetmelik ile yaptırılması zorunlu olan sigortaların ZMMS ve Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası olduğu belirtilmiştir (KTY m. 48). Mülga Karayolları Taşıma Yönetmelikleri-ne¹⁷ göre ise yaptırılması zorunlu olan sigortalar, Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası ile Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası'dır (Mülga KTY 2004, m. 64 ve Mülga KTY 2009, m. 48). Bu noktada KTY m. 47/1 hükmünde yer alan, "*yolcu taşımalarında yolcular, sürücüler ve bunların yardımcılarına gelebilecek bedeni zararlar için*, (KTY m. 47/1)" ifadesinin, mülga Yönetmelik dönemlerinden (Mülga KTY 2004, m. 64 ve Mülga KTY 2009, m. 47) kaldığını ve metinden çıkarılmasının unutulduğunu ifade etmek gerekir. Zira bu sigortanın ve bedensel zararların dayanağı olan Kanun hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. O hâlde, 6704 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik çerçevesinde yeni Karayolu Taşıma Yönetmeliği'ne göre yaptırılması zorunlu olan Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası, yerini ZMMS'ye bıraktığından, ZMMS'de de sadece bedensel zarara ilişkin bir kısıtlama bulunmadığından, mevcut ifadenin hukuki bir anlamı ve sonucu bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, 100 kilometreye kadar şehirlerarası taşımalar için verilmiş bir yetki belgesinin varlığı hâlinde (D4 yetki belgesi) yetki belgesi sahibinin ZMMS ve Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası yaptırması zorunludur. Bunun doğal bir sonucu olarak, yetki belgesi bulunan ve şehirlerarası taşıma yapan araçlar için düzenlenen ZMMS poliçesinin varlığı hâlinde poliçe teminat limiti Yönetmelik ekinde yer alan poliçe teminat limitinin iki katı olarak uygulanacaktır.

KMAZMSSTUEHYDYDY ile yapılan düzenleme önemli hukuki sonuçlar doğurmakta olup çalışma kapsamında bu sonuçların irdelenmesi önem arz etmektedir.

6704 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle *sadece yolcunun bedensel zararı Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası'ndan karşılanabilmekteydi*. Ancak KMAZMSSTUEHYDYDY'yle yapılan değişiklik ile Karayolu Taşıma

¹⁷ RG, 25.02.2004, S. 25384 ve 11.06.2009, S. 27255.

Kanunu kapsamında taşımacılık yapan araçlar için tanzim edilmiş bir ZMMS poliçesinin varlığı hâlinde, taşımacılık yapılan araçta taşınan yolcuların yanı sıra, *karşı araç ve/veya araçlarda bulunan yahut yaya olan zarar gören üçüncü kişi/kişilerin zararları da ZMMS'den karşılanacaktır.* Üstelik buradaki teminat limiti Yönetmelik ekinde yer alan poliçe teminat limitinin iki katı olarak uygulanacaktır. Bu sonuçla bağlantılı olarak varılacak bir diğer sonuç ise şudur:

Yönetmelik hükmü uyarınca artık sadece yolcuların zararı karşılanmayacağından poliçe teminat limitinin Yönetmelik ekindeki poliçe teminat limitinin iki katı olarak uygulanabilmesi için Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında şehirlerarası ve/veya uluslararası taşıma yapan araçta yolcu taşınması da gerekli değildir. Bu yönüyle, Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında şehirlerarası ve/veya uluslararası taşıma yapan aracın çekici, kamyon veya otobüs olması arasında Yönetmelik hükmünün uygulama alanı bulması bakımından farklılık yoktur. Yeter ki, *“Ancak, özel otomobillerle ve bunların römorklarıyla yapılan taşımalar, genel ve katma bütçeli dairelerle, il özel idareleri, belediyeler, üniversiteler ve kamu iktisadi teşebbüslerine ait otomobillerle yapılan taşımalar, “Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne” ait motorlu taşıt ve bunların römorkları ile yapılan taşımalar, lastik tekerlekli traktörlerle çekilen römorklarla yapılan taşımalar bu Kanun hükümlerine tabi değildir”* hükmüne aykırılık söz konusu olmasın (Karayolu Taşıma Kanunu m. 2/2).

Kanunî değişiklik yapılmadan önce Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle yolcunun *sadece bedensel zararı* Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası'ndan karşılanabilmekteydi. Oysa KMAZMSSTUEHYDYDY'yle yapılan değişiklik ile Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle zarar doğması hâlinde yolcu veya zarar gören üçüncü kişi, ZMMS kapsamında talep edilebilen tüm zarar kalemlerinin ödenmesi isteyebilecektir. Her ne kadar T.C. Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından Türkiye Sigorta Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği'ne gönderilen Karayolu Taşıma Kanunu Kapsamındaki Araçlara Uygulanacak Teminat Limitleri Hakkındaki

yazı¹⁸ ile sadece bedensel zararlar bakımından teminat limitinin iki kat olarak uygulanacağı ifade edilmişse de bu yazıya katılabilmemiz mümkün değildir. Zira Yönetmelik'te bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu çerçevede, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları¹⁹ uyarınca zarar görenin, aracında meydana gelen maddi zararları, SGK tarafından karşılanmayan sağlık giderlerini, bakıcı giderlerini, sürekli ve kısmi iş göremezlik zararını, geçici ve tam iş göremezlik zararını ve destekten yoksun kalma zararını ZMMS sigortacısından isteyebileceğini ifade etmek mümkündür (ZMMS Genel Şartları m. A.5.).

6704 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle KTK'ya "Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir" hükmü eklenmiş ve 2918 sayılı Kanun'un 99'uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan "kaza veya zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu" ibaresi "zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri" şeklinde değiştirilmiştir (6704 sayılı Kanun m. 5, m. 6). Değişiklikten sonraki KTK hükmü şu şekildedir: "Sigortacılar, hak sahibinin "zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri", sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz işgünü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar" (KTK m. 99/1).

O hâlde 26.04.2016 tarihinden sonra Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle zarar gören kişi veya yolcu, taşımacılık yapan aracın ZMMS sigortacısına ZMMS Genel Şartları'nda belirlenen belgelerle birlikte başvuru yapacaktır. Şayet şehirlerarası ve/veya uluslararası taşımacılık yapan araçlar için düzenlenen ZMMS poliçesi var ise poliçe limiti Yönetmelik ekinde yer alan poliçe teminat limitinin iki katı olarak uygulanacaktır.

¹⁸ E-97354901-622.02-2136791 sayılı ve Karayolu Taşıma Kanunu Kapsamındaki Araçlara Uygulanacak Teminat Limitleri hk. yazı.

¹⁹ RG, 14.05.2015, S. 29355. ZMMS Genel Şartları olarak anılacaktır.

SONUÇ

4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ile Kanun'un kapsamı "*Bu Kanun kamuya açık karayolunda motorlu taşıtlarla yapılan yolcu ve eşya taşımalarını, taşımacıları, taşıma acentelerini, taşıma işleri komisyoncularını, nakliyat ambarı ve kargo işletmecilerini, taşıma işlerinde çalışanlar ile taşımalarda yararlanan her türlü taşıt, araç, gereç, yapıları ve benzerlerini kapsar*" şeklinde düzenlenmiştir (Karayolu Taşıma Kanunu m. 2). Karayolu Taşıma Kanunu ile şehirlerarası ve uluslararası taşımacıların, Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası yaptırmak zorunda olduğu düzenlenmişti. Bu çerçevede, Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan bir taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle yolcuların uğradığı bedensel zararlar Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası'ndan, poliçe teminat limitini aşan zararlar ise Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'ndan karşılanmaktaydı (Karayolu Taşıma Kanunu m. 17, m. 18, m. 19).

Karayolu Taşıma Kanunu'nda 2016 yılında, 6704 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değişiklik yapılmış ve Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunî değişiklikle anılan zararların Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'ndan karşılanacağı düzenlenmiştir.

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik'e "*4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında şehirlerarası ve uluslararası taşımacılık yapan araçlar için düzenlenen Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası poliçelerinin teminat limitleri, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan ilgili teminat limitlerinin iki katı olacak şekilde uygulanır*" hükmü eklenmiştir.

Kanunî değişiklik öncesinde Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle *sadece yolcunun bedensel zararı* Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası'ndan karşılanabilirken, değişiklik sonrasında Karayolu Taşı-

ma Kanunu kapsamında taşımacılık yapan araçlar için tanzim edilmiş bir ZMMS poliçesinin varlığı hâlinde, *karşı araç ve/veya araçlarda bulunan yahut yaya olan zarar gören üçüncü kişi/kişilerin zararları da ZMMS'den karşılanabilecektir. Üstelik buradaki teminat limiti Yönetmelik ekinde yer alan poliçe teminat limitinin iki katı olarak uygulanacaktır.*

Yönetmelik hükmü uyarınca artık sadece yolcuların zararı karşılanmayacağından, poliçe teminat limitinin Yönetmelik ekindeki poliçe teminat limitinin iki katı olarak uygulanabilmesi için Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında şehirlerarası ve/veya uluslararası taşıma yapan araçta yolcu taşınması gerekli değildir. Bu yönüyle, Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında şehirlerarası ve/veya uluslararası taşıma yapan aracın çekici, kamyon veya otobüs olması arasında Yönetmelik hükmünün uygulama alanı bulması bakımından farklılık yoktur. Bunun istisnası Karayolu Taşıma Kanunu m. 2/2 hükmüdür.

Kanunî değişiklik yapılmadan önce Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle yolcunun *sadece bedensel zararı Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası'ndan karşılanabilirken, yapılan değişiklikle Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza sebebiyle zarar doğması hâlinde yolcu veya zarar gören üçüncü kişi, ZMMS kapsamında talep edilebilen tüm zarar kalemlerinin ödenmesi isteyebilecektir. Bu çerçevede, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları uyarınca zarar gören, aracında meydana gelen maddi zararları, SGK tarafından karşılanmayan sağlık giderlerini, bakıcı giderlerini, sürekli ve kısmi iş göremezlik zararını, geçici ve tam iş göremezlik zararını ve destekten yoksun kalma zararını ZMMS sigortacısından isteyebilecektir (ZMMS Genel Şartları m. A.5).*

Kaynakça

Seven Vural, Sigorta Güvence Hesabının Kapsamı ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2017, C. 12, S. 157-158, s. 31-62.