

**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien

Cilt/Jahrgang: 3 • Sayı/Heft: 2 • Aralık/Dezember 2021

ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift

Yayın Sahibi/Herausgeber

Türk-Alman Üniversitesi

Türkisch-Deutsche Universität

Yayın Sahibi Temsilcisi ve Sorumlu Müdür/Vertreter des Herausgebers und Chefredakteur

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız

Editörler Kurulu/Redaktion

Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Dr. Öğr. Üyesi Berke Özenç

Yayın Kurulu/Publikationsausschuss

Doç. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut, Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban, Araş. Gör. İrem Diler, Araş. Gör. Nurdan Özçelik

Danışma Kurulu/Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Halil Akkanat, Türk-Alman Üniversitesi/İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürih Üniversitesi

Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürih Üniversitesi

Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi

Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi

Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Huang Hui, Pekin Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

Dil Editörleri/Spracheditoren

Dr. Karen Klein, Türk-Alman Üniversitesi
Dr. Marian Alexander Arning, LL.M., Türk-Alman Üniversitesi

Yönetim Yeri/Hauptverwaltung

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

Yayın Türü/Publikationsart

Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation

Yayın Dili/Sprachen

Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, Englisch

Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum

Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanır/Halbjährlich (Juni, Dezember)

Baskı ve Cilt/Druckerei

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım
Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.
Cemal Yener Tosyalı Cad. No: 57/A Vefa/İST.
Tel: (212) 527 07 18 Fax: (212) 519 20 71
www.filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 48596

Yılmaz Basım Yayıncılık ve Kağıt Ürünleri

Matbaacı Sertifika Numarası: 27185

İletişim/Kontakt

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr

<http://www.tau.edu.tr> - <http://hukuk.tau.edu.tr>

Tel: +90 (216) 333 30 00 Web: <http://hfd.tau.edu.tr/>

E-mail: tauhfd@tau.edu.tr, ztdr@tau.edu.tr

Basım Tarihi/Druckdatum

Aralık/Dezember 2021

İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

MAKALELER/AUFSÄTZE	1
Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 29. Maddesi ve Kendisinden Sonra Gelen Belgelerdeki İzleri: Bireyin Ödevleri ve İnsan Haklarının Sınırları	
Artikel 29 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und Seine Spuren in den Nachfolgedokumenten: Pflichten des Einzelnen und die Grenzen der Menschenrechte	3
Dr. Esra Demir-Gürsel	
İsviçre Medenî Usûl Hukukundaki Zorunlu Uzlaştırma Kurumuna Genel Bir Bakış	
Ein Überblick über das Schlichtungsverfahren im schweizerischen Zivilprozessrecht	51
Doç. Dr. Efe Direnisa	
GSM Operatörlerinin Baz İstasyonlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu	
Gesetzliche Haftung von GSM-Betreibern aufgrund Basisstationen	75
Prof. Dr. Zekeriya Kurşat / Dr. Öğr. Üyesi M. Tolga Özer / Araş. Gör. Gökçen Doğan	
Türk Borçlar Kanunu'nun 158. Maddesinin Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	
Bewertung von Artikel 158 des türkischen Obligationenrechts im Hinblick auf das Zivilprozessrecht	111
Araş. Gör. Makbule Serra Korkut	
Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda Uzaktan Çalışmanın Temel Esasları	
Grundprinzipien der Telearbeit im türkischen und deutschen Recht	135
Dr. Öğr. Üyesi Esra Yiğit	

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN	
Das Tatbestandsmerkmal "Sache" im Strafrecht	
Ceza Hukukunda Suçun Kanuni Unsuru Olarak "Eşya"	157
Doç. Dr. Joachim Kretschmer	
Çev. / Übersetzt von: Araş. Gör. Kazım Furkan Ağkuş / Araş. Gör. Can Eralp Elibol	
Freiheit und Verfassung: Von Hegel zu Gans	
Özgürlük ve Anayasa: Hegel'den Gans'a	171
Norbert Waszek	
Çev. / Übersetzt von: Buğrahan Fertelliöglu	
Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları	189
Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben	195

MAKALELER/AUFSÄTZE

**Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 29. Maddesi ve Kendisinden
Sonra Gelen Belgelerdeki İzleri: Bireyin Ödevleri ve İnsan Haklarının
Sınırları**

**Artikel 29 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und
Seine Spuren in den Nachfolgedokumenten: Pflichten des Einzelnen
und die Grenzen der Menschenrechte**

Dr. Esra Demir-Gürsel*

ÖZ

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ("Evrensel Bildiri") yalnızca evrensel insan haklarını değil, hakların sınırlarını ve bireyin içinde yaşadığı topluma karşı ödevlerinin olduğu düşüncesini de ilan etmişti. Evrensel Bildiri'nin 29. maddesi, sırasıyla, bireyin içinde yaşadığı topluma karşı ödevlerini vurgulamış (1. fıkra); hakların hangi amaçlar ve hangi koşullara uygun olarak sınırlandırılabilirliğini tanımlamış (2. fıkra) ve hakların Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılmasını yasaklamıştı (3. fıkra). Bu yazı, ilk olarak, Evrensel Bildiri'nin hazırlık çalışmaları sırasında beliren anlaşma ve anlaşmazlıkların hakların sınırlarını düzenleyen ve hakları ödevlerle ilişkilendiren 29. maddeye nasıl biçim verdiğini anlamayı amaçlıyor. İkinci olaraksa, Evrensel Bildiri'den sonra gelen insan hakları belgelerinin ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın benzer hükümlerinin 29. madde ile ortaklık ve farklılıklarını tespit etmeyi amaçlıyor.

Anahtar Kelimeler: *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi; hakların sınırlandırılması; bireyin ödevleri; meşru amaçlar, hukukilik, demokratik toplumda gereklilik*

* Dr., Berlin Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alexander von Humboldt Vakfı Doktora Sonrası Araştırmacısı, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, esra.demir-guersel@rewi.hu-berlin.de, ORCID: 0000-0002-5063-535X.

**Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights and Its Legacies:
Duties of The Individual and the Limits of Human Rights**

ABSTRACT

Adopted on 10 December 1948 by the General Assembly of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights ("Universal Declaration") did not only pronounce universal human rights but also their limitations along with the idea that individuals bear duties to the community in which they live. Article 29 of the Universal Declaration has, respectively, emphasized the duties of the individual (paragraph 1), defined the aims and the conditions of the limitations of rights (paragraph 2), and proscribed the use of rights in breach of the aims and principles of the United Nations (paragraph 3). This essay seeks, first, to understand how the agreements and disagreements among the drafters gave Article 29 its final shape during the preparatory work for the Universal Declaration. Second, it aims to delineate the similar and distinct wordings and interpretations of the corresponding provisions of international documents that were drafted after the Universal Declaration as well as the corresponding provisions of the Turkish Constitution.

Keywords: *Universal Declaration of Human Rights; limitations on rights; duties of the individual; legitimate aims; lawfulness; necessity in a democratic society*

1. Giriş

Evrensel İnsan Hakları Bildirisi¹ ("Evrensel Bildiri" ya da "Bildiri") ilk yirmi sekiz maddesinde geniş bir hak listesine yer verdikten sonra, son iki maddesinin ilki olan 29. maddesinde ödevlerden ve hakların sınırlarından bahseder. Maddenin ilk fıkrasına göre, "[h]erkesin, kişiliğini ancak içerisinde özgürce ve tam olarak geliştirebildiği topluluğa (community) karşı ödevleri vardır." İkinci fıkrası, hakların hangi amaçlarla ve hangi koşullara uygun olarak sınırlanabileceğini düzenler: "Herkes, haklarını ve özgürlüklerini kullanırken, sadece başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması, demokratik bir toplumda (society) ahlakın, kamu düzeninin ve genel refahın haklı gereksinimlerinin karşılanması amacıyla yasayla

¹ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

belirlenmiş sınırlamalara tabi tutulabilir.” Maddenin 3. fıkrası ise, Bildiri’de korunan hakların kullanımına bir sınırlama daha, üstelik de 2. fıkranın bir olanağa işaret eden dilinden farklı olarak kati olan bir sınırlama getirir. Buna göre, “[b]u hak ve özgürlükler hiçbir durumda Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz.”

İkinci Dünya Savaşı sonrasında bireylerin haklarının devletler karşısında uluslararası düzeyde korunmasına yönelik çabaların ilk sonucu olan Evrensel Bildiri’de bireylerin haklarının yanı sıra ödevlerinden söz edilmesi bir an için anlaşılabilir görünebilirse de, bunun hazırlık çalışmaları sırasında devletler arasında pek de tartışmaya yol açmadığına, çalışmalara katılan devletlerin büyük çoğunluğunca desteklendiğine dikkat çekilmektedir.² Evrensel Bildiri’nin ödevlerden bahseden ve hakların sınırlandırılmasını düzenleyen bu maddesi olmasaydı, devletlerin önceki maddelerde korunan hakları kabul etmeyeceği, dolayısıyla da bu maddenin devletlerin “ihtiyaçlarıyla” haklar arasında bir “denge” sağlama işlevi gördüğüne işaret edilmektedir.³ Bu bakımdan 29. maddenin, Evrensel Bildiri’nin devletlerin geniş bir mutabakatıyla kabul edilmesinde önemli bir rol oynamış olabileceği söylenebilir.

Aşağıda ayrıntılarıyla ele alınacağı üzere, 29. maddeye ilişkin hazırlık çalışmaları, madde metninin neredeyse kelime kelime tartışıldıktan sonra nihai halini aldığı göstermektedir. Hakların sınırsız olmadığı ve

² Eva Brems, *Universality and Diversity*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s. 426; Johannes Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999, s. 240.

³ Torkel Opsahl, “Articles 29 and 30,” *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Ed. Asbjørn Eide vd., Oslo: Scandinavian University Press, 1992, ss. 449-470, s. 449. Erica-Irene A. Daes de, İnsan Hakları Komisyonu’nun hazırladığı taslakta ödevlere ilişkin hükmü düzenleyen 27. maddenin 1. fıkrasına ilişkin tartışmalarda, “barışçıl ve demokratik bir toplumun inşasına imkan veren özgürlük düşüncesine içkin olan ödevler ilan edilmeksizin, bir haklar bildirisinin kaleme alınmasının mümkün olmadığı” vurgulandığını belirtir. Erica-Irene A. Daes, *The Individual’s Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights: A Contribution to the Freedom of the Individual Under Law*, E/CN.4/Sub.2/432/Rev. 2, New York: United Nations, 1983, s. 19, para. 29.

hakların kullanımının başkalarına karşı ödevler içerdiği düşünceleri üzerinde genel bir uzlaşma olmasına rağmen, bu sınırların nasıl tanımlanacağı ya da ödevlerin muhataplarının kim(ler) olacağı Evrensel Bildiri'nin hazırlık sürecine katılan devletlerin siyasi görüşlerine dayalı ayrışmalara yol açmıştır. 29. madde, bireye, topluma ve devlete ve bu üçü arasındaki ilişkiye dair farklı siyasi görüşlerin hem birbiriyle örtüşen hem de birbirinden ayrılan yönlerini görünür kılan bir hazırlık süreci sonrasında kabul edilmiştir.

Evrensel Bildiri'nin 29. maddesinde hakların sınırlandırılması için getirilen ölçütler, Bildiri'den sonra kabul edilen uluslararası insan hakları belgeleri ve anayasalarda da büyük ölçüde benimsenmiştir. Üstelik bu maddenin temel amacı olarak tanımlanan "kamu menfaatleri" ile insan hakları arasında "adil bir denge" sağlanması düşüncesi bugün insan hakları yargısında merkezi bir yer tutmaktadır.⁴

Bu yazı, hem Evrensel Bildiri'nin hakların sınırlarını düzenleyen ve hakları ödevlerle ilişkilendiren 29. maddesine biçim veren hassasiyetleri ve tartışmaları anlamayı hem de maddenin daha sonra üretilmiş insan hakları belgeleri ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile benzerlik ve farklılıklarını tartışmayı amaçlamaktadır. Yazı, 29. maddenin üç paragrafını sırasıyla incelenmiştir. Takip eden üç bölümden her birinde, ilk olarak, Evrensel Bildiri'nin hazırlık çalışmalarına ilişkin kayıtlar etrafında, bu fıkralara nihai biçimlerinin nasıl verildiği tartışılmıştır. İkinci olarak ise, 29. maddenin birinci ve ikinci fıkraları bakımından, Evrensel Bildiri'den sonra hazırlanmış olan diğer uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin metinlerinde ve 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki düzenlemeler ve bunların Evrensel Bildiri'deki hükümlerle benzeşen ya da onlardan farklılaşan yönleri incelenmiştir. Yazının sonuç bölümünde, hakların sınırlandırılmasına odaklanılarak, hem ulusal hem uluslararası organlar tarafından sınırlama hükümlerinin bugün nasıl yorumlandığına ilişkin kısa bir tartışma yapılmıştır.

⁴ Ulusal ve uluslararası yargı organlarının hakların sınırlandırılmasını bir denge kurma faaliyetine dönüştürdüğünü ileri süren bir çalışma için bkz. Grégoire C. N. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

2. Madde 29(1): Bireyin İçinde Yaşadığı Topluluğa Karşı Ödevleri

Paust, insan hakları belgelerinin “en azından iki yolla” ödevlere yer verdiğine dikkat çekmektedir: bireylerin ödevlerine açıkça işaret eden hükümler aracılığıyla (açık olarak) ya da haklara ilişkin hükümlerde bunların gerçekleştirilmesine tekabül eden ödevlerin kim tarafından yerine getirileceğine hiçbir gönderme yapmayan, dolayısıyla da devletler gibi bireylere de sorumluluk yüklediği düşünülebilecek hükümler aracılığıyla (örtük olarak).⁵ Evrensel Bildiri'nin 29. maddesinin ilk fıkrası, Bildiri'nin, Paust'un yaptığı ayırmadaki ilk yolla ödevlere yer veren hükmüdür.

İnsan haklarına ilişkin bazı çalışmalarda, ödevler insan haklarının “öteki yüzü” olarak tanımlanmaktadır.⁶ Fakat Evrensel Bildiri'de, haklar ve ödevler arasında bu benzetmenin ima ettiği gibi bir denkleğin bulunmadığına işaret edilmektedir. Bildiri'de haklar tek tek sayılmışken, ödevlere yalnızca 29. maddenin 1. fıkrasında ve bu ödevlerin neler olduğuna değinilmeksizin yer verilmiştir. Konuya ilişkin bazı çalışmalar, uluslararası belgelerin haklarla ödevleri aynı ve eşit bir şekilde (örneğin haklar gibi ödevleri de tek tek sıralamak suretiyle) güvenceye almalarının gerekmediğini; zira asıl ihtiyacın bireyleri devletlere karşı haklar aracılığıyla korumak olduğunu⁷ ve tarihin de bunu doğruladığını vurgulamaktadır.⁸ Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunmasına Dair Alt-Komite Özel Raportörü, Erica-Irene A. Daez, Bildiri'nin 29. maddesine ilişkin ayrıntılı çalışmasında, ödevlere ilişkin bu hükmün, “bireyin ait olduğu topluluk içerisindeki bireysel davranışlarına ilişkin genel bir kural getirmesi

⁵ Jordan J. Paust, “The Other Side of Right: Private Duties under Human Rights Law,” *Harvard Human Rights Journal*, Sayı 5, 1992, ss. 51-63, s. 52. Douglas Hodgson, hakların devletler gibi bireylere de ödevler yüklediği yorumunun, zımnen Evrensel Bildiri'nin önsözünce de desteklendiğine dikkat çekmektedir. Bildiri'nin önsözü, üstü örtük bir biçimde Bildiri'nin ilkelerine ve ruhuna riayet etme ödevini “bütün bireylere” yüklemektedir. Bkz. Douglas Hodgson, *Individual Duty within a Human Rights Discourse*, Ashgate, 2003, s. 89.

⁶ Örneğin bkz. Paust, “The Other Side of Right,” ss. 51-63 ve Obsahl, “Articles 29 and 30,” s. 450.

⁷ Obsahl, “Articles 29 and 30,” s. 454.

⁸ Daes, *The Individual's Duties*, s. 17, para. 1.

bakımından ahlaki nitelikte” olduğunu belirtir.⁹ Fakat diğer bazı çalışmalar, 29. maddenin 1. fıkrasının, hakların hemen ardından bireylerin içinde yaşadıkları topluluğa karşı ödevleri olduğuna dair genel bir hüküm getirmekle, aslında haklardan yararlanmayı başkalarına saygı ve kolektif menfaatlerin dikkate alınması koşuluna bağlayan genel bir ödev getirdiğini, dolayısıyla da azımsanmayacak bir öneminin olduğunu ileri sürmektedir.¹⁰

Her ne kadar hakların sınırlandırılması 29. maddenin 2. fıkrasında ödevlerden ayrı olarak düzenlenmişse de, Evrensel Bildiri’yi hazırlayanların ödevler ve hakların sınırlandırılma rejimine aynı maddede yer vermiş olmaları, ödevler ve hakların sınırlandırılması meselesini birbiriyle ilişkilendirdiklerine işaret etmektedir. Hazırlık çalışmaları da bunu doğrulamaktadır. Zira Eva Brems’in dikkat çektiği üzere, iki konu da hazırlık çalışmaları boyunca metni hazırlayanlar arasında birlikte tartışılmış ve tartışılarda bu iki konu birbiriyle iç içe geçmiştir. Bununla beraber Brems, 29. maddenin 1. fıkrasının ödevleri çok genel bir biçimde ifade etmiş olmasından ötürü, ödevlerin yalnızca hakların sınırlarıyla ilişkili olarak anlaşılamayacağına, haklar ve sınırlarından bağımsız olan ödevleri de kapsayabileceğine dikkat çekmektedir.¹¹

a. Hazırlık Çalışmaları

29. maddenin hazırlık çalışmalarına ilişkin kayıtlar, Bildiri’de ödevlerden söz edilmesi konusunda devletler arasında geniş bir mutabakat olduğunu, fakat bunun ne şekilde yapılacağı konusunda ayrılıkların yaşandığını göstermektedir. Örneğin Evrensel Bildiri’nin hazırlık sürecine katılan bazı temsilcilerin, ödevlerden Bildiri’nin sadece bir maddesinde ve genel olarak söz edilmesini yetersiz buldukları görülmektedir. Şili delegesi Santa Cruz, Genel Kurulun Üçüncü Komitesinin üyeleri arasında bu konuda iki farklı eğilimin belirdiğine; bazı Komite üyelerinin ödevlere ilişkin ayrı bir liste yapılmasını isterken, diğerlerinin ise İnsan Hakları Komisyonunca hazırlanmış olan taslağın 27. maddesindeki (bu-

⁹ *A.g.e.*, para. 2.

¹⁰ Hodgson, *Individual Duty*, s. 91.

¹¹ Brems, *Universality and Diversity*, s. 426.

günkü 29. madde) ödevlere ilişkin genel atfı yeterli bulduklarına dikkat çekmiştir.¹²

İnsan Hakları Komisyonunun hazırladığı ve Genel Kurulun Üçüncü Komitesinde tartışılan taslak metnin ödevlere ilişkin 27. maddesinin ilk fıkrası,¹³ Evrensel Bildiri'nin 29. maddesinin ilk fıkrasından biraz farklıdır. Taslağın 27. maddesinin 1. fıkrasına göre, “[h]erkesin kişiliğini özgürce geliştirmesine imkan veren topluluğa karşı ödevleri vardır.”¹⁴ Bu kısa hüküm, Üçüncü Komite katılımcıları arasında çeşitli değişiklik önerileri tartışıldıktan sonra 29. maddedeki son halini almıştır: “Herkesin, kişiliğini ancak içerisinde özgürce ve tam olarak geliştirmesi mümkün olan topluluğa (community) karşı ödevleri vardır.”¹⁵

Daes, Komite üyelerinin değişiklik önerilerinin, hükmün “içerdiği düşünceler”e ilişkin değil, yazılış biçimine ilişkin olduğunu belirtmektedir.¹⁶ Haklar ve ödevlerin birbirlerine bağlı oldukları düşüncesi, Komiteye katılan temsilcilerin büyük çoğunluğunca paylaşılmaktadır. Yeni Zelanda delegesi Aikman'ın, 27. maddedeki sınırlamaların mümkün olduğunca dar tutulması için ödevlere ilişkin ilk fıkranın taslaktan çıkartılması

¹² Summary Record of the Ninety-Fifth Meeting, *A/C.3/SR.95*, 6 Ekim 1948. Bkz. William A. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration of Human Rights - The Travaux Préparatoires*, Vol. III, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, ss. 2128-2138, s. 2130.

¹³ Report of the Third Session of the Commission on Human Rights, *E/800*, 28 Haziran 1948. Bkz. William A. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration of Human Rights - The Travaux Préparatoires*, Vol. II, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, ss. 1964-1983, ss. 1968-1973.

¹⁴ Report of the Sub-Committee Consisting of the Representatives of Australia, China, France, Lebanon, India and the United Kingdom on Article 2 of the Draft Declaration on Human Rights, *CN.4/111*, 7 Haziran 1948. Bkz. *a.g.e.*, s. 1769.

¹⁵ İngilizce metin: “(1) Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible.” Tartışılan önerilerin tümü için bkz. Recapitulation of amendments to article 27 of the draft Declaration (*E/800*), *A/C.3/304/Rev.2*, 20 Kasım 1948. Bkz. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration*, Vol. III, ss. 2701-2703.

¹⁶ Daes, *The Individual's Duties*, s. 19, para. 28.

yönündeki değişiklik önerisi,¹⁷ delegelerin çoğunluğunca kabul edilmiş ve neticede geri çekilmiştir.¹⁸ Brezilya delegesi De Athayde bu değişiklik önerisine itiraz ederken, böyle bir hüküm olmaksızın özgürlüklerin “anarşi ve tiraniye” götüreceğini ve bu maddenin öneminin burada yatığını belirtmiştir.¹⁹

Hükümün yazılı biçiminin neden önemli olduğu, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (“Sovyetler Birliği”) temsilcisi Pavlov tarafından, bu maddenin bütün önceki maddelere gönderme yaptığı ve bildiride bir dengenin sağlanabilmesi için, maddenin “doğru bir biçimde” yazılmasının gerektiği belirtilerek ifade edilmiştir.²⁰ Pavlov’un bu beyanının devamında şunları söylediği kaydedilmektedir: “Bireyin hakları tanımlandıktan sonra, ödevlerinden söz etmenin zamanıdır. Bireyin, insan sosyal bir varlık olduğu için, toplumdaki bağımsız olması imkansızdır.”²¹ Bu görüş, başka delegelerce de paylaşılmıştır. Bu nedenle ödevlere ilişkin hükümün bireyin toplumsallığını daha güçlü bir şekilde vurgulaması gerektiği düşüncesi çeşitli değişiklik teklifleri aracılığıyla dile getirilmiştir. Bu tekliflerin önemli bir kısmı, Üçüncü Komiteye katılan delegeler tarafından reddedilmiştir. Üçüncü Komitedeki müzakereler sonucunda hükme “ancak (alone)” ve “tam olarak” ifadelerinin eklenmesi, delegelerin ödevlere yapılan vurgunun güçlendirilmesi yönündeki bu taleplerine cevap vermenin yolu olmuştur.

Johannes Morsink, 29. maddenin 1. fıkrasındaki (ve Evrensel Bildiri’nin Türkçe resmi tercümesinde atlanmış olan) “ancak” kelimesinin bütün belgedeki en önemli kelime olarak görülebileceğini ileri sürmektedir.²² Morsink’e göre, bu kelimenin hükme eklenmesi, “birey ve karşı-

¹⁷ New Zeland: Amendments to Preamble and Articles 12, 20, 21, 22, 23, and 27 of the draft Declaration (E/800), A/C.3/267, 12 Ekim 1948. Bkz. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration*, Vol. III, ss. 2210-2211, s. 2211.

¹⁸ Summary Record of the Hundred and Fifty-Fourth Meeting, A/C.3/SR.154, 24 Kasım 1948. Bkz. *a.g.e.*, ss. 2766-2777, s. 2774.

¹⁹ Summary Record of the Hundred and Fifty-Third Meeting, A/C.3/SR.153, 23 Kasım 1948. Bkz. *a.g.e.*, ss. 2755-2765, s. 2760.

²⁰ *A.g.e.*, ss. 2755-2765, s. 2757.

²¹ *A.g.e.*, s. 2757.

²² Morsink, *The Universal Declaration*, s. 248.

sında ödevlerinin olduğu topluluk arasındaki organik ilişkinin ilanına denk düşmektedir.”²³ Bu yolla 29. madde birey toplum ilişkisi bakımından topluma sadece “önemli” değil, “temel” bir rol atfetmiştir.²⁴

“Ancak” kelimesinin hükme eklenmesi, Avustralya delegesi Watt’ın değişiklik teklifi üzerine olmuştur. Watt, İngilizce metinde “topluluk” kelimesinden sonra, “kişiliğini özgürce geliştirmesine imkan veren” ifadesinin yerine, daha sonra nihai metinde yer bulan, “kişiliğini *ancak* içerisinde özgürce ve tam olarak geliştirmesi mümkün olan” ifadesinin eklenmesini önermiştir.²⁵ Bu öneriye Belçika delegesi Dehousse, bireyin kişiliğinin gelişiminin toplum dışındaki başka faktörlere de bağlı olduğunu ve dolayısıyla da bu ifadenin hatalı olduğunu söyleyerek itiraz etmiştir.²⁶ Amerika Birleşik Devletleri delegesi de, ifadeden “ancak” kelimesinin çıkartılmasını teklif etmiştir.²⁷ Avustralya delegesi, gelen itirazlar üzerine bu teklifi geri çekmeye karar verdiyse de, Sovyetler Birliği delegesi Pavlov, “ancak” kelimesinin eklenmesini “mükemmel” bir öneri olarak değerlendirmiş ve Avustralya’nın geri çektiği teklifi bu kez de kendisinin yapmak istediğini belirtmiştir. Zira Pavlov’a göre, bu kelime “bireyin kişiliğini toplumun dışarısında tam olarak geliştiremeyeceğini doğru bir biçimde vurgulamıştır.”²⁸

“Herkesin kişiliğini *ancak* içerisinde özgürce ve *tam* olarak geliştirmesi mümkün olan topluluğa karşı ödevleri vardır”²⁹ ifadesi bir başka endişeyi daha gidermiştir. Bazı delegeler, Komisyonun hazırladığı taslaktaki hükmün ve diğer bazı delegelerin önerdiği değişikliklerin, kişiliğinin özgürce geliştirilmesine müsaade edilmediği kanaatinde olan bireylerin içinde yaşadığı topluluğa karşı ödevlerinin olmadığını ileri sürmelerine imkan verecek şekilde yorumlanabileceği konusunda tereddütlerini dile

²³ *A.g.e.*, s. 246.

²⁴ Brems, *Universality and Diversity*, s. 427.

²⁵ A/C.3/SR.154. Bkz. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration*, Vol. III, s. 2772 [Vurgu eklenmiştir].

²⁶ *A.g.e.*, s. 2773.

²⁷ *A.g.e.*, s. 2773.

²⁸ *A.g.e.*, ss. 2773-2774.

²⁹ [Vurgu eklenmiştir].

getirmişlerdir.³⁰ Bu ifadedeki formülasyonsa, bir yanıyla, kişiliğin tam olarak ve özgürce gerçekleşmesinin “ancak” toplumun bir parçası olmak suretiyle mümkün olduğunu ima ederek bu endişeyi gidermiştir. Diğer yanıyla ise, toplumun kişiliğin “tam” gelişiminin kaynaklarından biri olduğunu ima etmek suretiyle, kişiliğin gelişiminin tek kaynağı olamayacağını ama onsuz da “tam gelişimin” mümkün olamayacağını belirten delegelerin hassasiyetlerini gözetmiştir.

b. Diğer İnsan Hakları Belgelerinde ve 1982 Anayasası’nda Bireylerin Ödevleri

Hodgson, hem uluslararası hem de bölgesel nitelikteki çok sayıda insan hakları belgesinde “örtük ya da açık” olarak ödevlerin kabul edilmiş olduğunun altını çizer.³¹ Evrensel Bildiri’nin kabulünün ardından Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği başka bir dizi belgede de yine ödevlere gönderme yapılmıştır.³² Örneğin, 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne Dair Sözleşme³³ ve 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne ilişkin Sözleşme’nin³⁴ benzer biçimde yazılmış olan 2. maddelerinde, mültecilerin ve devletsizlerin buldukları ülkeye karşı “özellikle kamu düzeninin korunması için alınan tedbirler gibi [o ülkenin] yasalarına ve düzenlemelerine uyma” ödevlerinin olduğu belirtilmiştir.

Evrensel Bildiri ile beraber İnsan Hakları Senedi’ni oluşturan ve “İkiz Sözleşmeler” olarak bilinen Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi³⁵ ile Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel

³⁰ Örneğin, Hollanda temsilcisinin görüşü için bkz. *a.g.e.*, ss. 2769-2770; Rusya temsilcisinin görüşü için bkz. *a.g.e.*, s. 2774.

³¹ Hodgson, *Individual Duty*, s. 85.

³² Bu konuda kapsamlı bir değerlendirme için bkz. *a.g.e.*, ss. 85-192.

³³ Mültecilerin Statüsüne Dair Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁴ Vatansız Kişilerin Statüsüne ilişkin Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 26 Nisan 1954 tarihinde 526 A (VII) sayılı kararla kabul edilmiş, 6 Haziran 1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁵ Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı kararla kabul edilmiş, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Haklar Sözleşmesi'nde³⁶ Evrensel Bildiri'nin 29(1) maddesindeki benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat her iki sözleşmenin de önsözlerinin beşinci paragrafında “diğer bireylere ve ait olduğu topluluğa karşı ödevleri olan bireyin mevcut sözleşmede tanınan hakların desteklenmesi ve gözetilmesi sorumluluğu altında” olduğu ifade edilmiştir.³⁷ Dikkat edileceği gibi, İkiz Sözleşmeler, Evrensel Bildiri'den farklı olarak, bireyin, topluluğun yanı sıra diğer bireylere karşı da ödevlerinin olduğundan bahsetmiştir. Fakat İkiz Sözleşmeler de, Evrensel Bildiri gibi, ödevlere genel bir referans vermekle yetinmiş ve ödevlerin ne olduğuna ilişkin herhangi bir liste sunmamıştır.³⁸

Bu sözleşmelerin önsözlerindeki bu cümle dışında, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 19. maddesi de ödevlerden söz etmektedir.³⁹ Nowak, “bütün hakların başkalarına karşı ödevler içerdiği” düşüncesinin bir görünümü olan bu hükmü, “bireylerin haklarını ve devletlerin yükümlülüklerini” düzenleyen Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ndeki “yabancı bir unsur” olarak tanımlamıştır.⁴⁰ 19. maddenin 3. fıkrasında, ifade özgürlüğünün kullanımının “özel bazı ödev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği,” “bu nedenle de bazı sınırlamalara tabi tutulabileceği” söylenmiştir. Sözleşme'nin bu hükmü, Evrensel Bildiri'nin 29. maddesinin ima ettiğine benzer bir biçimde, fakat

³⁶ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1976 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı kararla kabul edilmiş, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁷ Önsözün 5. paragrafının hazırlık çalışmaları sırasında nasıl şekillendiğine ilişkin bir özet için bkz. Daes, *The Individual's Duties*, ss. 20-21 [Vurgu eklenmiştir].

³⁸ Hodgson, *Individual Duty*, s. 94. Obsahl, böyle bir listenin tüketici bir liste olacağına ve bunu taraf devletlerin kendilerini tüketici bir listeye bağlamamak için tercih etmeyeceklerine dikkat çekmiştir. Bkz. Obsahl, “Articles 29 and 30,” s. 455.

³⁹ Nowak, önsözün beşinci paragrafında ödevlere yapılan göndermenin, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin açıkça ödevlere gönderme yapan 19(3) maddesinin yanı sıra 5(1) maddesindeki kötüye kullanma yasağıyla da somutlaştırılmış olduğunu belirtmektedir. Bkz. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2. Baskı, Kehl, Strasbourg, Arlington: N.P. Engel, 2005, s. 4.

⁴⁰ *A.g.e.*, s. 459.

bu kez daha açık olarak, ödevleri hakların sınırlandırılmasıyla ilişkilendirilmiştir.⁴¹ Bu hüküm, İnsan Hakları Komitesi kararlarında, ayrı bir sınırlama nedeni olarak değil, daha ziyade devletin ifade özgürlüğünün kullanılmasının başkalarının haklarına zarar vermesine engel olma yükümlülüğü çerçevesinde alması gereken tedbirlerle ilişkili olarak yorumlanmaktadır.⁴²

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 1998 yılında kabul edilen Bireylerin, Grupların ve Toplumsal Kurumların Evrensel Olarak Tanınmış İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Teşvik Etme ve Destekleme Hak ve Ödevine Dair Bildiri'nin 18(1) maddesinde ise,⁴³ Evrensel Bildiri'nin 29(2) maddesindeki hüküm aynen tekrar edilmiştir. Evrensel Bildiri'nin ödevlere ilişkin hükmünü aynen tekrar etmek suretiyle 40 yıl sonra bu hükmü teyit etmiş olan Genel Kurul, bu kez "ödevleri hakların sınırlandırılması çerçevesinden çıkart[mış] ve [bu yolla hükmün] hakların sınırlandırılmasından bağımsız (autonomous) ödevler içerebileceği izlenimini kuvvetlendir[miştir]."⁴⁴

Amerika ve Afrika bölgesel insan hakları sistemleri içerisinde üretilen insan hakları belgelerinde ise, bireylere yüklenen ödevler hakların sınırlandırılma rejiminden bağımsız ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunun ilk örneği, Evrensel Bildiri'nin kabul edilmesinden biraz önce Amerika Devletleri Örgütü'nün kabul ettiği Bogota Bildirisi olarak anılan Amerika Haklar ve Ödevler Bildirisi'dir.⁴⁵ Ödevlerin Evrensel Bildiri'ye dahil edilmesinde, Evrensel Bildiri'den önce kabul edilen ve üstelik ha-

⁴¹ Brems, *Universality and Diversity*, s. 427.

⁴² Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, s. 459. Örneğin bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Rus Federasyonuna İlişkin Nihai Gözlemler, *CCPR/CO/79/RUS*, 1 Aralık 2003, para. 18.

⁴³ Bireylerin, Grupların ve Toplumsal Kurumların Evrensel Olarak Tanınmış İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Teşvik Etme ve Destekleme Hak ve Ödevine Dair Bildiri, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 53/144 sayılı ve 9 Aralık 1998 tarihli kararıyla kabul edilmiştir.

⁴⁴ Brems, *Universality and Diversity*, s. 428.

⁴⁵ Amerika Haklar ve Ödevler Bildirisi, Amerika devletlerinin Dokuzuncu Uluslararası Konferansı tarafından 2 Mayıs 1948 tarihinde Bogota-Kolombiya'da kabul edilmiştir.

zırlık çalışmaları kısmen birbiriyle kesişmiş olan bu belgenin önemli etkisi olmuştur. Bogota Bildirisi'nin imzacısı Latin Amerika devletlerinin ödevlerin Evrensel Bildiri'ye de ayrıntılı bir şekilde dahil edilmesi yönündeki teklifleri ve Komisyona sunulan ilk taslak önerileri, Bogota Bildirisi'nden ve ona ilişkin çalışmalardan etkilenmiştir.⁴⁶ İkinci Dünya Savaşı sonrasında üretilen ilk insan hakları belgesi olarak kabul edilen Bogota Bildirisi'nin önsözünde, ödevlerin gereğinin yerine getirilmesi hakların "önkoşulu" olarak tanımlanmıştır. Bildiri'nin ikinci bölümünde, bu ödevlerin neler olduğu listelenmiştir. Bildiri'nin XXIX-XXXVIII. maddeleri arasında yer verilen bu ödevler sırasıyla şunlardır: Topluma karşı ödevler, çocuklara ve ebeveynlere karşı ödevler, eğitim almak, oy kullanmak, yasaya itaat, topluma ve ulusa hizmet, sosyal güvenlik ve refaha ilişkin ödevler, vergi ödemek, çalışmak ve yabancı bir ülkede siyasi faaliyetlerde bulunmaktan sakınmak.

Amerikan Devletleri Örgütünün Bogota Bildirisi'nden 21 yıl sonra kabul ettiği Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise,⁴⁷ Bogota Bildirisi'nden ziyade Evrensel Bildiri'dekine yakın bir yöntemin ve söylemin benimsendiği görülmektedir. Ödevlerden Sözleşme'nin "Kişisel Sorumluluklar" başlıklı V. bölümünde söz edilmiştir. Bu maddeye göre, "1. Herkesin ailesine, topluluğa (community) ve insanlığa karşı sorumlulukları vardır. 2. Her bir bireyin hakları, demokratik bir toplumda, başkalarının haklarıyla, bütünün (all) güvenliğiyle ve genel refahın meşru talepleriyle sınırlıdır." Bu hükümdeki iki nokta dikkat çekicidir: İlk olarak, bu madde "haklar ve ödevler arasındaki ilişki" başlığını taşımasına rağmen, 1. fıkra hükmü "ödev" kavramına değil "sorumluluk" kavramına gönderme yapmıştır. İkinci olarak, madde kenar başlığında, haklar ve ödevler arasındaki ilişkiyi düzenleyeceği belirtilen hüküm, aynı zamanda hakların sınırlandırılmasının koşul ve amaçlarını düzenlemiştir. Bu yolla Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, maddenin 2. fıkrasında düzenlenen hakların sınırlarını da aynı çerçevede gördüğünü açıkça ilan etmiştir. Fakat eklemek gerekir ki, Sözleşme'nin yorumuna ilişkin 29. maddenin (d) bendinde, "Sözleşme'nin hiçbir hükmünün Bogota Bildirisi ve aynı nitelikteki diğer

⁴⁶ Morsink, *The Universal Declaration*, ss. 130-133.

⁴⁷ Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikalılararası İnsan Hakları Konferansı tarafından 22 Kasım 1969'da San Jose, Kosta Rika'da kabul edilmiştir.

uluslararası yasaların etkisini dışlayacak ya da sınırlandırarak biçimde yorumlanamayacağı" belirtilmiştir. Dolayısıyla bu, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hakların ya da hakların sınırlarının Bogota Bildirisi'ndeki haklar ve ödevlerden bağımsız bir şekilde yorumlanmaması gerektiği anlamına gelmektedir.⁴⁸

Afrika Birliği Örgütünün kabul ettiği Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı ise (Afrika Şartı),⁴⁹ ödevleri güçlü bir şekilde vurgulaması ve ödevlere ilişkin hükümlerinde içerdiği ayrıntılar bakımından, diğer uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinden farklıdır.⁵⁰ Bu farklılık, Afrika Şartı'nın başlangıç bölümünde ifade edilen Afrika'nın kendine özgü ve özellikle de Afrika halklarının sömürgecilik öncesindeki toplumsal yapılarıyla uyumlu insan hakları anlayışının bir ifadesi olarak görülmektedir.⁵¹ Afrika Şartı'nın başlangıç kısmında, "haklardan yararlanmanın herkese düşen ödevlerin icrasını" gerektirdiği belirtilmiştir. Şart'ın 27. maddesi, Evrensel Bildiri'ye benzer bir biçimde bireyin ödevlerinin olduğu düşüncesiyle (1. fıkra) hakların mutlak olmadığı ve sınırlamalara tabi tutulabileceği düşüncesini (2. fıkra) bir araya getirmiştir. Fa-

⁴⁸ Üstelik önce Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu daha sonra da Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumlarıyla, Bildiri bütün Amerikan Devletleri Örgütü üyeleri üzerinde bağlayıcı etkisi olan bir belge niteliği kazanmıştır. Bkz. Claudio M. Grossman, "American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948)," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Ekim 2010, para. 11-16. Erişim için bkz. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e749?rskey=KqKEuz&result=1&prd=EPIL> [Erişim Tarihi: 02.12.2021].

⁴⁹ Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, Afrika Devletleri Örgütü tarafından 27 Haziran 1981 tarihinde kabul edilmiş ve 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵⁰ Fatsah Ouguergouz, "African Charter of Human and Peoples' Rights," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Ekim 2010, para. 16. Erişim için bkz. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e741?rskey=fqJY3k&result=1&prd=EPIL> [Erişim Tarihi: 02.12.2021].

⁵¹ Makau Mutua, "The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties," *Cultural Transformation and Human Rights in Africa*, ed. Abdullahi A. An-Na'im, London: Zed Books, 2002, ss. 68-107.

kat 1. fıkra hükmünde bireyin ödevlerinin kime karşı olduğu sayılmış ve bunlar arasında Evrensel Bildiri'nin hazırlık çalışmaları sırasında Sovyetler Birliği'nin ısrarlarına rağmen metne eklenmeyen devlete de yer verilmiştir. Buna göre, “[t]üm bireylerin ailesine ve topluma, devlete ve yasal olarak tanınmış diğer topluluklara ve uluslararası topluma karşı ödevleri vardır.” Şart'ın 28. ve 29. maddelerinde bireylere düşen ödevler, diğer bireylere karşı saygılı ve hoşgörülü olmak; aileye saygı ve ebeveynlerin bakımı; fiziksel ve entelektüel yetilerini ulusal toplumun hizmetine sunmak; sosyal ve ulusal dayanışmayı korumak; devletin güvenliğini tehlikeye düşürmemek ve savunulmasına katkıda bulunmak; çalışmak ve vergi ödemek; Afrika değerlerini korumak ve geliştirmek; Afrika birliğinin sağlanması ve geliştirilmesine katkıda bulunmak olarak sıralanmıştır.

Afrika Şartı'nın diğer bölgesel sözleşmelerdeki eğilimden farklılaşan bu hükümleri, Şart'ın “İnsan ve Halkların Hakları” başlıklı ilk bölümünde geniş bir haklar listesine yer verildikten sonra ayrı bir bölüm olarak düzenlenmiştir. Haklardan yararlanma, ödevlerin gerçekleştirilmesi koşuluna bağlanmamıştır. Devletler, böyle bir koşul getirmeksizin, bu hakları tanımak ve güvenceye almakla yükümlü tutulmuşlardır. Ayrıca, ebeveynlerin bakımı ve vergi ödemek dışında, Şart'ta sıralanan ödevlerin birçoğu doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Bu bakımdan Şart'ın ödevlere ilişkin bölümünün Afrika'ya özgü toplumsal koşullara göre şekillendirilmiş bir davranış kodu oluşturduğu söylenmektedir.⁵² Bununla beraber, Afrika İnsan Hakları Komisyonu'nun ve Afrika İnsan Hakları Mahkemesi'nin Şart'ta öngörülen ödevlerin hukuki mi ya da yoksa ahlaki nitelikte mi olduklarına açıklık getirmediğini belirtmek gerekir.⁵³

⁵² Rose M. D'sa, “Human and Peoples' Rights: Distinctive Features of the African Charter,” *Journal of African Law*, Sayı: 29, 1985, ss. 72-81, s. 77.

⁵³ Fatsah Ouguergouz, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s. 380. Ayrıca bkz. Rachal Murray, *The African Charter on Human and People's Rights – A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2019, ss. 576-581.

Ödevlere en az gönderme yapan bölgesel insan hakları metni ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir.⁵⁴ Sözleşme'nin önsözünde ödevlere atıfta bulunulmadığı gibi, maddeler arasında ödevlere ilişkin herhangi bir genel hüküm de bulunmamaktadır. Yalnızca ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin 2. fıkrasında, ifade özgürlüğünün kullanımının "ödev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği" belirtilmiş ve devamında öngörülen sınırlama nedenleri bu ödev ve sorumluluklarla ilişkilendirilmiştir:

"Bu özgürlüklerin kullanımı, ödev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği için, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu güvenliği yararına, düzensizlik veya suçun önlenmesi, sağlık veya ahlakın korunması, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli bilgilerin ifşa edilmesinin önlenmesi veya yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla, hukuken öngörülmüş ve demokratik bir toplumda gerekli olan usul, koşul, sınırlama ya da cezalara tabi tutulabilir."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin içtihadında "ödev ve sorumluluklar" ifadesine çok önemli bir rol atfedilmediğine işaret edilmektedir. Gorski, hem İnsan Hakları Komitesi'nin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesine ilişkin içtihadı hem de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 10. madde içtihadının, devletlerden başka hiçbir özneye sorumluluk yüklediğini ileri sürmektedir. Gorski'ye göre, ödevlere uygun davranılmamasının herhangi bir hukuki sonucu olmadığı için, bu maddelerde ödevlere yapılan göndermeler "siyasi bir mesaj" dan ibarettir.⁵⁵ Bununla beraber, bireylerin insan hakları mekanizmaları önünde devletlerin hak ihlallerinden sorumlu tutuldukları gibi ödevlerine aykırılıktan sorumlu tutulmasına yönelik bir aracın

⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme, 4 Kasım 1950 tarihinde imzaya açılmış, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵⁵ Simone Gorski, "Individuals in International Law," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, August 2013, para. 49. Erişim için bkz. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e829?rskey=Gbt6wv&result=1&prd=EPIL> [Erişim Tarihi: 04.12.2021].

bulunmaması, bu metinlerde ödevlere yapılan atıfların hukuki hiçbir etkisinin olmadığını söyleyebilmek için yeterli değildir. Yukarıda aktarıldığı gibi, ödevlerin hakların sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerle bağlantılı olarak bu metinlere dahil edilmiş olması, hakların sınırlandırılmasını meşrulaştırarak hukuki bir sonuç yaratmaktadır.

Zira bazı sınırlı durumlarda da olsa “ödev ve sorumluluklar” ifadesinin tartışma konusu müdahalenin gereklilik ve orantılılığına ilişkin değerlendirmeyi etkilediği görülmektedir.⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu kavramlara yaptığı göndermeler çoğu durumda hukuki sonucu etkilemese de, Van Dijk ve Van Hoof’a göre, ödev ve sorumlulukların üç durumda sonuç üzerinde bir etkilerinin olduğu görülmektedir: (1) basın özgürlüğü söz konusu olduğunda, (2) kamu görevlilerinin durumunda olduğu gibi, ifade özgürlüğünü kullanan kişinin önemli bir statüye sahip olması durumunda, (3) hakka yönelik müdahalenin ahlakın korunması amacına yönelmiş olması durumunda.⁵⁷ Bu üç durumun yanına, dine hakaretle ilgili davalar bakımından başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin ve kamu düzeninin korunması amacıyla yapılan müdahaleleri de eklemek mümkündür.⁵⁸

1982 Anayasası’na bakıldığında ise, ödevler ve hakların Anayasa’nın aynı kısmında düzenlendiği görülmektedir. “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmın 1. bölümündeki genel hükümlerin ilk maddesi olan 12. madde, temel hak ve hürriyetlerin niteliğini düzenlemektedir. Bu maddeye göre, “[t]emel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.” Bu ifade, ne Evrensel Bildiri’nin 29(1) maddesine ne de bahsedilen diğer insan hakları belgelerindeki ödevlere ilişkin hükümlere benzemektedir. Hak ve özgürlüklerin niteliği başlığı altında hakların ödevleri içerdiği düşüncesinin ifade edilmiş olması, haklar ve özgürlüklerin ödev ve sorum-

⁵⁶ Brems, *Universality and Diversity*, s. 429.

⁵⁷ Pieter van Dijk vd. (ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Antwerp: Intersentia, 2006, s. 802.

⁵⁸ Brems, bu davalarda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ödev ve sorumlulukları ifadenin içeriği ile ilişkilendirdiğinin altını çizmektedir. Bkz. Brems, *Universality and Diversity*, s. 429.

lulukla kullanılması gereği şeklinde yorumlanabilir ve bu anlam yüklenerek okunduğunda en çok yukarıda değinilen Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğüne ilişkin maddelerindeki "özgürlüklerin kullanımı[nın] ödev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği" ifadesine yakın görünmektedir. Anayasa'nın 12. maddesinin gerekçesi de bunu doğrulamaktadır. Anayasa metninde "hakların ödevleri de ihtiva etmesi" ifadesine yer verilmiş de, gerekçede bu hüküm şu ifadelerle açıklanmıştır:

"[...] temel hak ve hürriyetlerin, kişiye tanınmış sınırsız bir serbesti olmadığı; bunların kişi için bazı *ödev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği* ve sınırlı bir serbesti demek olduğu ifade edilmiştir. Hak ve hürriyetlerin ilk sınırı, bunların kendi bünyesi ve cevherinde yer almaktadır."⁵⁹

Madde gerekçesinden 1982 Anayasası'nın 12(2) maddesinde de ödevlerin hakların sınırlarıyla ilişkili olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa'nın daha sonraki bölümlerinde bazı ödevler ayrıca listelenmiştir: eğitim hakkı ve ödevi (42. madde), çalışma hakkı ve ödevi (49. madde), çevrenin kirlenmesini önleme ödevi (56. madde), vatan hizmeti hakkı ve ödevi (72. madde), vergi ödevi (73. madde). Fakat Anayasa'nın 12. maddesindeki hakların nitelikleri içinde görülen ve hakların sınırlarıyla ilişkilendirilen ödevlerin bunlardan ibaret olmadığı açıktır. Dolayısıyla, Anayasa, 12. maddesindeki "ödevler" kelimesiyle tam olarak hangi ödevlerin kastedildiğine ilişkin tüketici bir liste sunmayarak, bu kavramın içinin neyle doldurulacağına ilişkin bir boşluk bırakmıştır.

3. Madde 29(2): Hakların Sınırlandırılması

Evrensel Bildiri'nin hakları düzenleyen maddeleri hakların sınırlarının ne olacağına dair herhangi bir ölçüt getirmemiştir. Evrensel Bildiri, bu maddelerde tanımlanan hakların hangi koşullarda sınırlanabileceğini ortak bir hükümlerle 29. maddenin 2. fıkrasında düzenleme yoluna gitmiştir. Bu fıkra, metnin kendisinin haklara çizdiği sınırlardan ziyade,

⁵⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası-Madde Gerekçeli, Ankara: TBMM, 2008, ss. 16-17 [Vurgu eklenmiştir].

devletlere hangi koşullarda bu hakları sınırlandırabileceklerini göstermektedir⁶⁰ ve dolayısıyla da Bildiri’de ilan edilen hakların sınırlandırılmasına (belirli koşullara uyulmak kaydıyla) izin vermektedir. Fakat bu Bildiri’de yer alan tüm hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilir olduğu anlamına gelmemektedir. Fazıl Sağlam’ın altını çizdiği gibi, 29. maddenin 2. fıkrasının Bildiri’deki tüm hak ve özgürlüklere uygulanabileceğini söylemek, Bildiri’nin “sözel ve sistematik yorumuyla bağdaşmaz. Sınırlama olanağı, ancak sınırlamaya elverişli hak ve özgürlükler açısından geçerlidir.”⁶¹

29. maddeye göre, hak ve özgürlükler sadece (1) başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması, (2) demokratik bir toplumda ahlakın, kamu düzeninin ve genel refahın haklı gereksinimlerinin karşılanması amacıyla ve (3) yasayla belirlenmiş sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu sınırlama amaç ve nedenlerinin ve bunların hayata geçirilebilmesinin koşullarının hangi endişeler gözetilerek belirlendiğini anlamak için yine Evrensel Bildiri’nin hazırlık sürecinde yapılan tartışmalara başvurmak gerekir.

a. Hazırlık Çalışmaları

Uzun tartışmalar sonrasında İnsan Hakları Komisyonunun Genel Kurula sunmak üzere hazırladığı taslak metnin 27. maddesinin 2. fıkrası şöyledir: “Herkes, haklarını kullanırken, ancak başkalarının haklarının gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması, demokratik bir toplumda ahlakın, kamu düzeninin ve genel refahın gereksinimlerinin karşılanması için gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir.”⁶² Daes, bu hükümle ilgili olarak da, yine delegelerin çoğunun metnin içerdiği düşüncelerde anlaştıklarını, fakat yazımına ilişkin değişiklik tekliflerinde bulduklarının altını çizer.⁶³ Çünkü zaten, yukarıda da belirtildiği gibi, ödevler ve hakların sınırlandırılması meseleleri hazırlık tartışma-

⁶⁰ Obsahl, “Articles 29 and 30,” s. 460.

⁶¹ Fazıl Sağlam, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2019, ss. 1236-1252, s. 1244.

⁶² E/800. Bkz. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration*, Vol. II, s. 1973.

⁶³ Daes, *The Individual’s Duties*, s. 73, para. 49.

rında birlikte tartışılmış ve birbiriyle iç içe geçmiştir. Fakat metnin içerdiği düşünce konusunda delegelerin büyük oranda anlaşmış olmalarını, hükmün ana fikriyle, yani hakların sınırsız olmadığı ve Bildiri'nin hakların sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme içermesi gerektiği ile sınırlı olarak anlamak gerekir. Çünkü Genel Kurulun Üçüncü Komitesinin metni görüştüğü sırada yapılan farklı teklifler üzerindeki tartışmalar, delegeler arasında birey, devlet ve toplum kavramları ve bunlar arasındaki ilişkiye dair önemli ayrışmaların bulunduğunu göstermektedir. Bu ayrışmaların tetiklediği tartışmalar sonucunda bazı teklifler reddedilirken; bazı teklifler, taslak metnin üstünde küçük ama önemli değişikliklerin yapılmasıyla sonuçlanmıştır.

Reddedilen değişiklik tekliflerinden biri, İnsan Hakları Komisyonunun hazırladığı bildiri taslağına eklenmiş olan Sovyetler Birliği'nin beyanında dile getirilmiştir. Bu beyanda, maddeye demokratik toplum ifadesinden sonra "demokratik devletin benzer gereksinimleri" ifadesinin eklenmesi önerilmiştir.⁶⁴ Bu öneri, aslında taslağın daha hazırlık çalışmaları aşamasında başlayan bir tartışmayı devam ettirmektedir. Bildiri Çalışma Grubunun hazırladığı taslaktaki ilk haliyle hakların sınırlandırılmasına ilişkin hükümde, haklardan ve özgürlüklerden yararlanmanın "başkalarının hak ve özgürlükleri ve demokratik devletin haklı gereksinimleriyle sınırlı" olduğu belirtilmiştir.⁶⁵ Birleşik Krallık, "demokratik devletin haklı gereksinimleri" ifadesinin, hakların sınırlandırılmasında farklı yorumlara yol açabileceği gerekçesiyle metinden çıkartılmasını önermiştir.⁶⁶ Diğer Sovyet bloğu temsilcilerinin de desteğini alan Sovyetler Birliği ise,

⁶⁴ E/800. Bkz. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration*, Vol. II, s. 1982. Sovyetler Birliği'nin bu önerisi ve bu önerinin "demokratik toplum" kavramı benimsenerek reddedilmesinin ideolojik imalarına ilişkin bir değerlendirme için bkz. Oscar M. Garibaldi, "On the Ideological Content of Human Rights Instruments: The Clause 'In a Democratic Society,'" *Contemporary Issues in International Law: Essays in Honor of Louis B. Sohn*, Editor: Thomas Buergenthal, Kehl: N. P. Engel, 1984, ss. 23-68.

⁶⁵ Draft Report of the Commission on Human Rights Submitted to the Economic and Social Council, E/CN.4/77/Annex A, 16 Aralık 1947. Bkz. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration*, Vol. II, ss. 1325-1333.

⁶⁶ Comments from Governments on the Draft International Declaration on

hem taslak metnin hazırlık süresince hem de daha sonra Üçüncü Komite-deki çalışmalar boyunca, metinde “demokratik devlet” kavramının vurgulanması gerektiği görüşünden vazgeçmemiştir.⁶⁷ İnsan Hakları Komisyonunun taslak hazırlığı sırasında, Avustralya temsilcisi, bu ayrışmaya bir çözüm getirme amacıyla, “demokratik devlet” kavramı yerine “demokratik toplum” kavramının kullanılmasını önermiştir.⁶⁸ Genel Kurula sunulan taslak bu öneriyi esas almıştır. Fakat Sovyetler Birliği’nin taslağa eklenen beyanında “demokratik devletin haklı gereksinimleri” ifadesinin eklenmesinde ısrar etmiş olmasından ötürü, tartışmalar Üçüncü Komite-deki görüşmeler sırasında da sürmüştür. Sovyetler Bildiri’nin önerisine yönelik itirazlar, “demokratik devletin haklı gereksinimleri” ifadesinin, hem çok geniş sınırlamalara imkan tanıyacağı hem de devlet ve toplum arasındaki ilişkide devleti toplumun hiyerarşik olarak üstüne yerleştirdiği argümanlarına dayanmıştır.⁶⁹ Diğer bazı delegeler ise, toplum kavramının devleti de içeren daha geniş bir kavram olduğunu ileri sürerek, Sovyetler Birliği’nin ısrarının gereksiz olduğunu belirtmişlerdir.⁷⁰ Evrensel Bildiri’nin nihai metninde, Sovyetler Birliği’nin teklifi reddedilmiş, taslaktaki “demokratik toplum” kavramı korunmuştur.⁷¹

Human Rights, Draft International Covenant on Human Rights and the Question of Implementation, E/CN.4/82/Add.9, 10 Mayıs 1948. Belge metni için bkz. *a.g.e.*, ss. 1509-1517.

⁶⁷ Bkz. Speech by Mr. A. N. Pavlov, Representative of the Union of Soviet Socialist Republics in the *Drafting Committee of the Commission on Human Rights*, E/CN.4/AC.1/29, 11 Mayıs 1948. Belge metni için bkz. *a.g.e.*, ss. 1517-1528; Summary Record of the Fifty-First Meeting of the Commission on Human Rights, E/CN.4/SR.51, 9 Temmuz 1948. Belge metni için bkz. *a.g.e.*, s. 1678-1680.

⁶⁸ E/CN.4/SR.51. Bkz. *a.g.e.*, s. 1678.

⁶⁹ Örneğin Yeni Zelanda, Filipinler, Yunanistan ve Lübnan temsilcilerinin görüşleri için bkz. United Nations General Assembly, 3rd Session, A/C.3/SR.120, 2 Kasım 1948. Bkz. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration*, Vol. III, ss. 2405-1682.

⁷⁰ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık delegesinin görüşleri için bkz. United Nations General Assembly, 3rd Session, A/C.3/SR.153, 23 Kasım 1948. Bkz. *a.g.e.*, ss. 2757, 2760.

⁷¹ Bu önerinin reddedilmesi, Sovyetler Birliği ve diğer Sovyet bloğu üyelerinin Evrensel Bildiri’nin Genel Kurul’daki oylamasında çekimser oy kullanmalarının berisindeki nedenlerden biridir. Morsink’e göre, Sovyet bloğu, Nazizm ve

Neticede taslak üzerinde bir değişikliğe yol açmayan ama yapılan değişiklik teklifleri üzerine tartışılan bir başka konu da metinde hangi sınırlama nedenlerine yer verileceğine ilişkindir. Taslak metinde, “başkalarının hak ve özgürlükleri,” “ahlak,” “kamu düzeni” ve “genel refah” kavramları kullanılmıştır. Bunların arasında, üstünde tamamen mutabık olunan tek kavram “başkalarının hak ve özgürlükleri”nin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesidir. Bu mutabakatın muhtemel nedeni, başkalarının hak ve özgürlüklerinin hakların kullanımını sınırladığı düşüncesinin, 29. maddenin merkezinde yer alan haklar ve ödevler arasındaki bağa dair “temel hukuki ve felsefi ilke” olarak görülmesiyle ilişkilidir.⁷² Üstelik “başkalarının hak ve özgürlüklerinin” korunması amacına yönelik sınırlamalar, “demokratik bir toplumda gerekli olma” koşuluna dahi bağlanmamış ve bu yolla diğerlerinden ayrıştırılmıştır.

“Başkalarının hak ve özgürlükleri” dışındaki sınırlama nedenlerinin neler olacağı ise çeşitli değişiklik önerilerine konu olmuştur. Aslında İnsan Hakları Komisyonunun önüne gelen daha evvelki taslaklarda sadece “başkalarının hakları” ve “genel refah” kavramlarına yer verilmiştir. Fakat Fransızca’da “genel refah (bien-être général)” kavramının sadece ekonomik ve toplumsal meselelere gönderme yaptığı ve bu bakımdan da İngilizce’deki karşılığından çok daha dar bir anlam taşıdığı gerekçesiyle Mısır delegesi Loufti’nin bir denklik sağlamak amacıyla önerdiği “ahlak” ve “kamu düzeni” kavramlarının taslağa eklenmesine karar verilmiştir.⁷³ Ne var ki “kamu düzeni” kavramının metne eklenmesi, kavramın keyfi yorumlara ve kötüye kullanıma açıklığından ötürü itirazlara neden olmuştur.

Üçüncü Komitedeki görüşmeler sırasında, bazı delegeler taslaktaki sınırlama nedenlerinin azaltılması yönünde, diğer bazıları ise bunlara başkalarının da eklenmesi yönünde görüşler ileri sürmüştür. Örneğin

faşizme karşı oluşturulmuş bir ittifaka itiraz gibi algılanabileceği düşüncesiyle ret oyu vermesini gerektirecek kadar önemli olan bu ayrışmaya rağmen çekimser kalmayı seçmiştir. Morsink, *The Universal Declaration*, s. 22-23.

⁷² A.g.e., s. 248.

⁷³ Summary Record of the Seventy-Fourth Meeting of the Commission on Human Rights, E/CN.4/SR.74, 15 Haziran 1948. Bkz. William A. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration*, Vol. II, ss. 1896-1906, s. 1906.

Yeni Zelanda delegesi Newlands, Bildiri'deki hakların sınırlandırılmasına imkan veren böyle bir hükmün mümkün olduğunca dar tutulması gerektiğini, aksi halde Bildiri'nin anlamını tahrip edeceğini belirtmiştir. Ayrıca ahlak, kamu düzeni ve genel refah kavramlarının hemen hemen aynı anlamı taşıdıklarını ve bu nedenle de sadece genel refah kavramına yer verilmesinin yeterli olacağı gerekçesiyle ahlak ve kamu düzeni kavramlarının metinden çıkartılmasını teklif etmiştir.⁷⁴

Bazı delegeler, örneğin Meksika delegesi Campos Ortiz, Avustralya'nın teklifini "kabul edilemez" bulmuştur. Böyle bir durumda hakların yalnızca "demokratik bir toplumda genel refahın gereksinimleri" temelinde sınırlandırılabilceğini ve bu durumda da sınırlamaların demokrasi kavramının nasıl yorumlanacağına bağlı olarak farklı biçimlerde anlaşılacağını belirtmiştir. Ortiz, kamu düzeni, ahlak ve genel refah bütün ulusal hukuk düzenlerinde benimsenmiş kavramlarken, demokrasinin üstünde ortaklaşmış bir anlamının bulunmadığını vurgulamıştır. Bu nedenle de metinden bir şeyin çıkması gerekiyorsa, bunun anlamı üstünde bir uzlaşma bulunmayan ve sınırlamaların keyfi bir biçimde yorumlanmasına engel olması pek mümkün görünmeyen "demokratik toplum" kavramı olması gerektiğine işaret etmiştir.⁷⁵ Avustralya delegesi Watts ise, kamu düzeni kavramının yorumunun belirsizliğiyle ilgili ileri sürülen görüşlere dikkat çekerek, haklara yönelik sınırlamalara bir sınırlama getirilmesi gerektiğini vurgulamış; demokrasinin farklı yorumlara açık olmasına rağmen, "daha iyi bir kelime" bulunmadığı için, "demokratik toplum" kavramının kabul edilmesi yönünde görüş belirtmiştir.⁷⁶

Mısır ve Şili ise, taslakta yer verilen sınırlama nedenlerine ekler yapılmasını önermişlerdir. Mısır delegesi, "sadakat" ve "iyi niyet" kavramlarının eklenmesini;⁷⁷ Şili delegesi ise, demokrasi kavramının belirsizliği konusundaki endişeleri gidereceği gerekçesiyle "ulusal egemenlik"

⁷⁴ Newlands'ın daha sonra geri çektiği bu teklif için: A/C3/SR.153. Bkz. William A. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration*, Vol. III, ss. 2758-2759.

⁷⁵ Summary Record of the Hundred and Fifty-Third Meeting of the Third Committee, A/C.3/371, 26 Kasım 1948. Bkz. *a.g.e.*, ss. 2755-2765, ss. 2762-2763.

⁷⁶ A/C.3/SR.154. Bkz. *a.g.e.*, s. 2771.

⁷⁷ Recapitulation of Amendments to Article 27 of the Draft Declaration (E/800), A/C.3/304/Rev.2, 20 Kasım 1948. Bkz. *a.g.e.*, s. 2702.

ve “dayanışma” kavramlarının sınırlama nedenleri arasına eklenmesini teklif etmiştir.⁷⁸ Bu kavramların genişliği, anlamlarının belirsizliği ve yorumlarında ortaya çıkması muhtemel farklılıklara dikkat çekilerek yapılan itirazlar sonucunda Mısır teklifini geri çekmiş,⁷⁹ Şili’nin teklifi ise reddedilmiştir.⁸⁰

Tartışmalar sonrasında bu aşamada metne eklenen kavramlar da olmuştur. Bu, bazı delegelerin endişelerine rağmen metne eklenmesine karar verilen ve bugün hakların sınırlandırılma rejimlerinde bizim olmazsa olmaz olarak gördüğümüz “hukukilik koşulu”dur. Bu koşul, Uruguay’ın, taslaktaki “karşılanması için gerekli (necessary to secure)” ifadesinin “sadece [başkalarının haklarının gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması, demokratik bir toplumda ahlakın, kamu düzeninin ve genel refahın gereksinimlerinin] karşılanması amacıyla hukuken belirlenmiş (prescribed by law solely for the purpose of securing)” ifadesiyle değiştirilmesi teklifi üzerine metne eklenmiştir.⁸¹ Bu teklife ilişkin itirazlar, hakların meşru bir şekilde sınırlandırılmasının yasalarla başka araçlarının da olabileceği ve keyfi yasalarla bireylerin haklarının sınırlandırılmasına izin verebileceği gibi argümanlara dayandırılmıştır.⁸² Uruguay delegesi Jiménez Aréchaga ise, bildirinin amacına sadık kalınmasının sağlanmasının, sınırlamaların sadece “daha önceden belirlenmiş standartlara uygun olarak getirilmesi ilkesinin benimsenmesi” ile mümkün olacağını ileri sürmüştür.⁸³

⁷⁸ *A.g.e.*, s. 2703.

⁷⁹ Mısır delegesi, Fransa delegesinin dikkat çektiği biçimde ahlak kelimesini sadakat ve iyi niyet kavramlarını içerecek şekilde anlamak suretiyle teklifini geri çektiğini belirtmiştir. Bkz. *A/C.3/SR.154*. Bkz. *a.g.e.*, ss. 2775-2776.

⁸⁰ Şili delegesi, teklifini geri çekerken, diğer bazı delegelerin genel refah kavramının egemenlik ve dayanışma kavramlarını zaten içerdiği yönündeki görüşlerini hatırlatarak, genel refah kavramının bu şekilde anlaşılması gerektiğini söylemiştir: *A/C.3/371*. Bkz. *a.g.e.*, s. 2765.

⁸¹ Uruguay: Amendment to the Draft Declaration (E/800), *A/C.3/268*, 12 Ekim 1948. Bkz. *a.g.e.*, ss. 2211-2213, s. 2213.

⁸² Lübnan delegesi için bkz. *A/C.3/371*, *a.g.e.*, s. 2763. Fransa delegesi için bkz. *A/C.3/SR.154*, *a.g.e.*, s. 2767. Amerika Birleşik Devletleri delegesi için bkz. *A/C.3/SR.153*, *a.g.e.*, s. 2757.

⁸³ *A/C.3/SR.154*. Bkz. *a.g.e.*, s. 2767-2768.

b. Diğer İnsan Hakları Belgeleri ve 1982 Anayasası'nda Hakların Sınırlandırılması

İnsan haklarına ilişkin tüm belgeler, hakların sınırlandırılma rejimini de düzenler. Evrensel Bildiri'de hakların sınırlandırılma rejimine metnin en sonunda ve tek bir maddede yer verilmişken; diğer çoğu uluslararası ve bölgesel insan hakları belgesi, hakların sınırlandırılma koşullarına toplu olarak ayrı bir maddede değil, hakları düzenleyen maddelerde tek tek yer vermiştir. Obsahl, bunun diğer belgeleri hazırlayanların hakların sınırlarını çok daha açık bir şekilde tanımlamak zorunda olmalarıyla ilişkili olduğuna dikkat çekmektedir.⁸⁴ Bu yolla, birçok uluslararası insan hakları belgesinde, Evrensel Bildiri'den farklı olarak, hem hakların kendi özelliklerine uygun olarak farklı sınırlama neden ve koşulları düzenlenebilmiş hem de mutlak olarak korunan haklar ile sınırlandırılabilir haklar birbirinden ayrıştırılmıştır.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'nde bazı haklar olağanüstü hallerde dahi sınırlandırılmayacak mutlak haklar olarak, diğer bazı haklar ise belirli koşullarda sınırlandırılabilir haklar olarak düzenlenmiştir. Mutlak haklar, olağanüstü dönemlerde devletlerin yükümlülük azaltma işlemlerine konu edilemedikleri gibi, bu haklara ilişkin maddelerde herhangi bir istisna hali de öngörülmemiş olan haklardır. Örneğin işkence yasağı, uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinde mutlak bir hak olarak düzenlenmiştir.⁸⁵

Mutlak nitelikte olmadığı kabul edilen hakların sınırlarıysa farklı biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. Bazı hakların sınırları, ilgili hakkın hangi hallerde ihlal edilmiş sayılmadığı belirtilerek çizilmiştir. Örneğin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 5. maddesi ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesi ve Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesi, kimsenin yaşam hakkından "keyfi olarak" mahrum bırakılmayacağını belirterek, yaşam hakkı ihlallerini "keyfi" nitelikteki güç kullanma ile sınırlı tutmuşlardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi

⁸⁴ Obsahl, "Articles 29 and 30," s. 460.

⁸⁵ Bkz. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 5. maddesi.

ise, ayrıntılı bir düzenlemeyle belirli koşullara uygun olarak hangi durumların yaşam hakkı ihlali sayılmayacağını tek tek düzenlemiştir. Buna göre, “bir kimsenin hukuka aykırı şiddete karşı korunması,” “hukuka uygun bir gözaltı kararını uygulama ya da hukuka uygun olarak tutulan bir kimsenin kaçmasını engelleme,” ya da “bir isyan veya ayaklanmayı hukuka uygun olarak bastırma amacıyla yapılan bir eylem sırasında,” kullanılması “mutlaka gerekli” bir gücün kullanılması sonucunda gerçekleştirildiği varsayılan öldürmeler yaşam hakkının ihlali sayılmamaktadır.

Mutlak olmayan haklar bakımından bütün insan hakları belgelerinde benimsenen bir sınırlama biçimiye kamu menfaatlerine dayanılarak yapılan sınırlamalardır. Bu tür sınırlamaların, bütünüyle aynı şekilde olmasa da, Evrensel Bildiri’nin 29. maddesindeki benzer terimlerle düzenlendiği görülmektedir. Hem İkiz Sözleşmeler hem de bölgesel insan hakları sözleşmelerinde, bu tür sınırlamaların amaçları, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” ile “kamu düzeni,” “genel ahlak,” “genel refah” kavramları ya da Evrensel Bildiri’nin hazırlık evresinde önerilmesine rağmen metne eklenmemiş olan “ulusal güvenlik” ya da “kamu güvenliği” gibi kavramlarla tanımlanmıştır.⁸⁶ Bu belgeler de, izin verilen sınırlı sayıdaki amacı gerçekleştirmek için yapılan sınırlamaların sadece

⁸⁶ Örneğin bkz. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin, 12. maddesi (seyahat özgürlüğü), 18. maddesi (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), 19. maddesi (ifade özgürlüğü), 21. maddesi (toplanma özgürlüğü) ve 22. maddesi (örgütlenme özgürlüğü); Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi’nin 8. maddesi (sendikal haklar) ve bu kavramlar yerine genel bir ifadeyle “kamu yararı” kavramının geçtiği ve genel bir sınırlama hükmü niteliğindeki hakların sınırlandırılması başlıklı 4. maddesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi (özel ve aile hayatına saygı hakkı), 9. maddesi (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), 10. maddesi (ifade özgürlüğü), 11. maddesi (toplanma ve örgütlenme özgürlüğü); Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesi (vicdan ve din özgürlüğü), 13. maddesi (düşünce ve ifade özgürlüğü), 15. maddesi (toplanma özgürlüğü), 16. maddesi (örgütlenme özgürlüğü), 22. maddesi (seyahat ve yerleşme özgürlüğü) ve haklar ve ödevler arasındaki ilişki başlıklı 32. maddenin 2. fıkrasındaki genel sınırlama hükmü ve yine Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nın 11. maddesi (seyahat ve yerleşme özgürlüğü), “kamusal ihtiyacın karşılanması” ve “topluluğun genel yararı” ifadelerine yer veren 14. maddesi (mülkiyet hakkı) ve ödevler bölümündeki genel sınırlama hükmü niteliğindeki 27. maddesi.

hukuki bir dayanaklarının olması koşuluyla⁸⁷ ve “demokratik bir toplumda gerekli”⁸⁸ ya da “gerekli”⁸⁹ olmaları halinde meşru olabileceklerini belirtmişlerdir.

⁸⁷ “Hukuken öngörülmüş olma,” “hukuka uygun olarak” gibi farklı şekillerde ifade edilmiş olsa da sınırlamaların ancak hukuki bir dayanağının bulunması halinde meşru olabileceğine ilişkin olarak bkz. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin, 12. maddesi (seyahat özgürlüğü), 18. maddesi (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), 19. maddesi (ifade özgürlüğü), 21. maddesi (toplanma özgürlüğü) ve 22 maddesi (örgütlenme özgürlüğü); Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi’nin 8. maddesi (sendikal haklar) ve bu kavramlar yerine genel bir ifadeyle “kamu yararı” kavramının kullanıldığı ve genel bir sınırlama hükmü niteliğindeki hakların sınırlandırılması başlıklı 4. maddesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi (özel ve aile hayatına saygı hakkı), 9. maddesi (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), 10. maddesi (ifade özgürlüğü), 11. maddesi (toplanma ve örgütlenme özgürlüğü); Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesi (vicdan ve din özgürlüğü), 13. maddesi (düşünce ve ifade özgürlüğü), 15. maddesi (toplanma özgürlüğü), 16. maddesi (örgütlenme özgürlüğü), 21. maddesi (mülkiyet hakkı), 22. maddesi (seyahat ve yerleşme özgürlüğü) ve haklar ve ödevler arasındaki ilişki başlıklı 32. maddenin 2. fıkrasındaki genel sınırlama hükmü ve yine Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nın 11. maddesi (seyahat ve yerleşme özgürlüğü), “kamusal ihtiyacın karşılanması” ve “topluluğun genel yararı” ifadelerine yer veren 14. maddesi (mülkiyet hakkı) ve ödevler bölümündeki genel sınırlama hükmü niteliğindeki 27. maddesi.

⁸⁸ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin, 14. maddesi (adil yargılanma hakkı), 18. maddesi (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), 21. maddesi (toplanma özgürlüğü) ve 22 maddesi (örgütlenme özgürlüğü); Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi’nin 8. maddesi (sendikal haklar) ve genel bir sınırlama hükmü niteliğindeki hakların sınırlandırılması başlıklı 4. maddesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi (özel ve aile hayatına saygı hakkı), 9. maddesi (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), 10. maddesi (ifade özgürlüğü), 11. maddesi (toplanma ve örgütlenme özgürlüğü); Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesi (toplanma özgürlüğü), 16. maddesi (örgütlenme özgürlüğü), 21. maddesi (mülkiyet hakkı), 22. maddesi (seyahat ve yerleşme özgürlüğü) ve haklar ve ödevler arasındaki ilişki başlıklı genel sınırlama hükmü getiren ve “gereklilik” değil fakat sadece “demokratik toplum” kavramına gönderme yapan 32. maddesinin 2. fıkrası.

Hukukilik koşulu, insan hakları belgelerinde devletin yetkilerini keyfi bir şekilde kullanarak hakları sınırlandırmasına karşı getirilen temel güvencedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁹⁰ ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi,⁹¹ bu koşulu, sınırlamanın yalnızca bir hukuki dayanağının bulunması olarak değil, aynı zamanda müdahalenin hukuki dayanağının yeterince “erişilebilir” ve “öngörülebilir” olması gereği olarak yorumlamaktadır. Afrika İnsan Hakları Mahkemesi, hukukilik koşulu bakımından, yasaların kişilerin davranışlarını kurala uyarlamaları ve kuralları uygulamakla görevli olanların hangi ifadelerin sınırlandırılmasının meşru olacağını anlamaları için “yeterince açık” bir biçimde yazılmış olmasını aramaktadır.⁹² Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi’nin yorumunda ise, öngörülebilirliğin hukukilik ilkesine tekabül ettiğine, erişilebilirliğin ise yasaların yazılı olmasıyla karşılanabildiğine işaret edilmektedir.⁹³

Gereklilik koşulu ise, sınırlamanın “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç”tan kaynaklanması ve başvuru aracının ulaşılmak istenen amaçla “orantılı” olması olarak yorumlanmaktadır.⁹⁴ Yukarıda işaret edildiği

⁸⁹ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin, 12. maddesi (seyahat özgürlüğü) ve 19. maddesi (ifade özgürlüğü); Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesi (vicdan ve din özgürlüğü) ve 13. maddesi (düşünce ve ifade özgürlüğü) ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nın 11. maddesi (seyahat ve yerleşme özgürlüğü).

⁹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Sunday Times v Birleşik Krallık* (No. 1), 6538/74, 26 Nisan 1979, para. 49.

⁹¹ Örneğin bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 34 Numaralı Genel Yorum, CCPR/C/GC/34, 12 Kasım 2011, para. 25.

⁹² Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi, *Lohé Issa Konaté v Burkina Faso*, 004/ 2013, 5 Aralık 2014, para. 131.

⁹³ Cecilia Medina, *The American Convention on Human Rights: Crucial Rights and Their Theory and Practice*, Intersentia, 2. Baskı, Antwerp: Intersentia, 2017, s. 33.

⁹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 5947/72, 25 Mart 1983, para. 97; Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Herrera Ulloa v. Kosta Rika*, 2 Temmuz 2004, para. 122-123. Bu kararda Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumunu benimsediğine ilişkin olarak gönderme yapılan tavsiye görüşü için bkz. Ame-

gibi, bazı uluslararası belgelerde bu koşul tıpkı Evrensel Bildiri'deki gibi "demokratik bir toplumda gereklilik" olarak düzenlenmişken, diğer bazı belgelerde bazı hakların sınırlandırılması sadece "gereklilik" koşuluna tabi tutulmuştur. Örneğin Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesi ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde, ifade özgürlüğünün sınırları düzenlenirken sadece "gereklilik" kavramına gönderme yapılmıştır. Bununla beraber hem İnsan Hakları Komitesi⁹⁵ hem de Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi⁹⁶ bu maddelerin yorumunda "gereklilik" kavramını demokratik bir toplumun gereksinimleriyle ilişkilendirerek yorumlamaktadır. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da, maddede geçen "yasayla öngörülmüş olma" ifadesini, diğer uluslararası insan hakları sözleşme organlarının yorumlarından yararlanarak, "demokratik toplumda gereklilik" kavramlarını da içerecek şekilde yorumlamaktadır.⁹⁷

rikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts 13 and 29 American Convention on Human Rights)*, OC-5/85 numaralı 13 Kasım 1985 tarihli Tavsiye Kararı, para. 46. Erişim için bkz. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf [Erişim Tarihi: 21.12.2021]. Ayrıca bkz. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, *Media Rights Agenda v. Nigeria* (kabuledilebilirlik kararı), 105/93, 128/94, 130/94, 152/96, 31 Ekim 1998, para. 69; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi, *Lohé Issa Konaté v Burkina Faso*, para. 151-156.

⁹⁵ İnsan Hakları Komitesi, orantılılık incelemesi yaparken ifade özgürlüğünün "demokratik bir toplum" için büyük bir önem taşıdığını vurgulamaktadır. Örneğin bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Tae Hoon Park v. Kore Cumhuriyeti*, 628/1995, 3 Kasım 1998, para. 10.3.

⁹⁶ Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesi "demokratik bir toplum" ifadesine yer vermemiş olmasına rağmen "gereklilik" koşulunu yorumlarken demokrasinin gereklerini dikkate almasını, Sözleşme'nin "demokrasinin adil gereksinimleri"ne göre yorumlanmasını gerektiren 29. maddesini ve önsözünü dikkate alarak gerektirmektedir. Bkz. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, OC-5/85 numaralı 13 Kasım 1985 tarihli Tavsiye Kararı, para. 44.

⁹⁷ Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, *Scanlen & Holderness v Zimbabwe*, 297/2005, 3 Nisan 2009, para 112. Ayrıca bkz. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun 32. olağan oturumunda kabul edilen Afrika'da İfade Özgürlüğü İlkeleri Bildirisi'nin Kabulüne Dair Karar (Resolution on Adoption of

Benzer kavramlar, 1982 Anayasası'nda da karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" başlıklı 13. maddesi, Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama rejimini düzenlemektedir.⁹⁸ 13. maddeye göre,

"[t]emel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Bu maddenin gerekçesinde, 2001 yılında yapılan değişikliklerle maddenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi doğrultusunda "yeniden düzenlendiği" belirtilmiştir.⁹⁹ Hakların sınırlandırılmasına ilişkin ölçütleri uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinden daha ayrıntılı olarak düzenlemiş olan bu hüküm, Evrensel Bildiri'de hakların sınırlandırılması için getirilmiş olan ve daha sonra kabul edilen insan hakları belgelerinde de benimsenmiş olan üç ölçütü de içermektedir. 13. madde Evrensel Bildiri'dekine benzer bir biçimde, (1) hakların sınırlandırılmasını "ilgili maddelerde belirtilen sebepler" ile sınırlı tutmuş, (2) "kanunla sınırlama" ve (3) sınırlamaların "demokratik toplum düzeninin [...] gereklerine" uygun olması koşullarını getirmiştir. Ayrıca yukarıda belirtildiği gibi, uluslararası ve bölgesel insan hakları mahkemelerinin "demokratik toplumda gereklilik" denetiminde uyguladıkları kriterlerden olan "ölçülülük" kriterini ayrı bir ölçüt olarak düzenlemiştir.

Declaration of Principles of Freedom of Expression in Africa), 13 Ekim 2002, para II.2. Erişim için bkz: https://archives.au.int/bitstream/handle/123456789/2056/Freedom%20of%20expression_E.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Erişim Tarihi: 21.12.2021].

⁹⁸ 1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişiklikler sonrasında bu maddenin "genel sınırlama maddesi" olmaktan çok "genel güvence maddesine" dönüşmüş olduğuna dikkat çekilmektedir. Bkz. Sibel İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi," *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Editör: Sibel İnceoğlu, Ankara: Avrupa Konseyi, 2013, ss. 23-52, s. 23.

⁹⁹ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası-Madde Gerekçeli*, s. 20.

Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlüklere ilişkin maddelere baktığımızda, 13. maddenin işaret ettiği ilgili maddelerde düzenlenen sınırlama sebepleri arasında "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması,"¹⁰⁰ "genel ahlakın korunması,"¹⁰¹ "kamu düzeninin korunması"¹⁰² ve "sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak"¹⁰³ gibi Evrensel Bildiri'de sınırlı olarak sayılmış olan kavramlara benzer sebeplerin düzenlendiği görülmektedir. Bununla beraber Anayasa'nın birçok maddesinde ilgili hak için sınırlı sayıda öngörülmüş olan sınırlama sebepleri Evrensel Bildiri'de yer verilmemiş olan bazı kavramlara da gönderme yapmaktadır. Örneğin, 26. maddedeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti bakımından, "millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü mes-

¹⁰⁰ Örneğin, Anayasa'nın 21. maddesindeki konut dokunulmazlığı, 22. maddesindeki haberleşme hürriyeti, 33. maddesindeki dernek kurma hürriyeti, 34. maddesindeki toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, 51. maddesindeki sendika kurma hakkının sınırlama sebepleri arasında başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması da sayılmıştır. Anayasa'nın 26. maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti bakımından bu sınırlama sebebi "başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının" korunması" olarak formüle edilmiştir.

¹⁰¹ Örneğin, Anayasa'nın 21. maddesindeki konut dokunulmazlığı, 22. maddesindeki haberleşme hürriyeti, 33. maddesindeki dernek kurma hürriyeti, 51. maddesindeki sendika kurma hakkının sınırlama sebepleri arasında genel ahlakın korunması da sayılmıştır.

¹⁰² Örneğin, Anayasa'nın 21. maddesindeki konut dokunulmazlığı, 22. maddesindeki haberleşme hürriyeti, 26. maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, 26. maddesindeki kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı, 33. maddesindeki dernek kurma hürriyeti, 34. maddesindeki toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, 51. maddesindeki sendika kurma hakkının sınırlama sebepleri arasında kamu düzeninin korunması da sayılmıştır.

¹⁰³ Evrensel Bildiri'nin 29. maddesindeki genel refahın korunması kavramını çağrıştıran bu kavram Anayasa'nın 23. maddesindeki yerleşme hakkının sınırlama nedenleri arasında sayılmıştır.

lek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi" kavramlarını içeren geniş bir liste oluşturulmuştur. Bu liste, Evrensel Bildiri'dekinden ziyade, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesine benzemektedir; fakat Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de bulunmayan "Cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması" gibi kavramları da ihtiva etmektedir.

Bazı hak ve özgürlükler bakımından ise, Anayasa'nın ilgili maddelerinde, ilgili hakkın hangi sebeplerle sınırlanabileceği gösterilmeksizin, "kanunla" sınırlanabileceği belirtilmekle yetinilmiştir. Örneğin Anayasa'nın 42(2) maddesi öğrenim hakkının kapsamının "kanunla" düzenleneceğini belirtmektedir. Sibel İnceoğlu, bu maddelerde yasa koyucuya çok geniş bir takdir yetkisi tanınmış olduğunu, fakat yasa koyucunun takdir yetkisinin somut bir sebebe uygunluk koşuluyla sınırlandırılmamışsa bile, 13. maddede düzenlenmiş olan "öze dokunmama," "ölçülülük" ve "demokratik toplum düzeninin gereklerine" uygunluk gibi diğer koşullarla sınırlandırılmış olduğunu hatırlatmaktadır.¹⁰⁴

Diğer yandan, Anayasa uluslararası belgelerden önemli ölçüde uzaklaşan bir başka sınırlama biçimini daha içermektedir. Anayasa'nın 27(2) maddesinde "bilim ve sanat hürriyeti"nin, Anayasa'nın cumhuriyetin temel niteliklerini düzenleyen 1., 2. ve 3. maddelerindeki hükümlerin değiştirilmesi amacıyla kullanılamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla da bu hakkı "anayasal yasak" getirmek suretiyle sınırlandırmıştır. Bu yasaklara göre, bilim ve sanat özgürlüğü, "devletin şekli" (1. madde), "cumhuriyetin nitelikleri"ni (2. madde), "devletin bütünlüğü[nü], resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti"ni değiştirmek amacıyla kullanılamayacaktır. 27. maddenin 2. fıkrası, Anayasa'nın 14. maddesinde yer alan "hakların kötüye kullanılması"na ilişkin yasakları bilim ve sanat özgürlüğü bakımından özel olarak düzenlemiştir. Fakat bu haklara yönelik çok geniş ve keyfi sınırlamalara izin verebilecek olan bu sınırlamaların da 13. maddedeki koşullardan bağımsız olmadığını altını çizmek gerekir.¹⁰⁵

¹⁰⁴ İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi," s. 24.

¹⁰⁵ Bkz. Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü - Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2*, Ankara: Avrupa Konseyi, 2018, s. 138.

Diğer yandan, bölgesel ve uluslararası insan hakları mekanizmalarındaki benzer bir biçimde, 1982 Anayasası da bazı hak ve özgürlükleri, örneğin 17. maddenin 3. fıkrasındaki işkence yasağı ve 18. maddesindeki zorla çalıştırma yasağını mutlak haklar olarak düzenlemiştir. Diğer bazı haklar ise, hangi hallerde hakkın ihlal edilmiş sayılmayacağı düzenlenerek sınırlandırılmıştır. Örneğin yukarıda değinilen çeşitli uluslararası insan hakları belgelerinde olduğu gibi, yaşam hakkı, bu hakkın hangi hallerde ihlal edilmiş sayılmayacağı belirtilerek düzenlenmiştir. 17. maddenin 1. fıkrasında “[h]erkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” denildikten sonra, 4. fıkrada “öldürme fiilleri”nin hangi durumlarda 1. fıkra hükmüne girmeyeceğini sıralamıştır. Buna göre, “[m]eşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri” 1. fıkra hükmünün dışında tutulmuştur.

4. Madde 29(3): Birleşmiş Milletlerin Amaç ve İlkelerine Aykırılık Yasağı

29. maddenin son fıkrası, Evrensel Bildiri’de ilan edilen haklar ve özgürlüklerin Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılmasına ilişkin bir yasak getirmektedir: “Bu hak ve özgürlükler hiçbir durumda Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz.”

Birleşmiş Milletler Şartı’nın “Amaçlar ve İlkeler” başlıklı ilk bölümünün 1. maddesinde örgütün amaçları, 2. maddesinde ise ilkeleri sıralanmıştır.¹⁰⁶ 1. maddeye göre, “uluslararası barış ve güvenliğin korunması (1. fıkra),” “uluslararası dostane ilişkilerin geliştirilmesi [...] ve evrensel barışın güçlendirilmesi için uygun diğer tedbirlerin alınması (2. fıkra),” “[...] uluslararası sorunların çözümünde ve ırka, cinsiyete, dile ya da dine ilişkin fark gözetilmeksizin herkes için insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesinin desteklenmesi ve teşvik edilmesinde

¹⁰⁶ Birleşmiş Milletler Şartı, San Francisco Konferansı’na katılan 46 devlet tarafından 26 Temmuz 1945 tarihinde kabul edilmiştir.

uluslararası işbirliğinin sağlanması (3. fıkra),” “[b]u ortak amaçlara ulaşılmasında ulusların etkinliklerinin uyumlulaştırılması için bir merkez oluşturulması (4. fıkra)” Birleşmiş Milletlerin amaçlarını oluşturmaktadır. Şart’ın 2. maddesinde sıralanan ilkeler arasında ise, üyelerin “egemen eşitliği (1. fıkra),” “yükümlülüklerin iyi niyetle yerine getirilmesi (2. fıkra),” “uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümlenmesi (3. fıkra),” “güç kullanma ya da güç kullanma tehdidinden kaçınma (4. fıkra),” “Birleşmiş Milletlere destek verme (5. fıkra),” “devletlerin yerel yargı yetkilerine müdahale yasağı (7. fıkra)” bulunmaktadır.

Bunların dışında, Birleşmiş Milletler Şartı’nın önsözünde, örgütün kuruluş amaçları olarak, “gelecek kuşakları savaş belasından korumak,” “temel insan haklarına, insan onuru ve insanın değerine ve kadın ve erkeklerin ve büyük ve küçük ulusların eşitliğine duyulan inancı teyit etmek,” “adalet ve anlaşmalar ve uluslararası hukukun diğer kaynaklarından doğan yükümlülüklere saygının sağlandığı koşulları oluşturmak,” “toplumsal ilerleme ve daha geniş bir özgürlük içinde yaşamın daha iyi standartlarını teşvik etmek” sıralanmıştır.

29. maddenin 3. fıkrasında bahsedilen amaç ve ilkelerin, Birleşmiş Milletler Şartı’nın önsöz ve ilk iki maddesinde sıralananlarla sınırlı olup olmadığı açık değildir. Obsahl, 29. maddenin 3. fıkrasında bahsedilen amaç ve ilkelerin bunlarla sınırlı olmayabileceğine, Birleşmiş Milletler bünyesinde, “örgütün temel politikalarını tanımlayan ya da yeniden tanımlayan belgeler ve diğer biçimlerdeki genel uygulamalarının da” bu fıkra çerçevesinde görülebileceğine işaret etmektedir.¹⁰⁷

Hazırlık çalışmalarına bakıldığında, bu konudaki önerilere rağmen İnsan Hakları Komisyonunun Genel Kurula sunduğu taslağa konulmamış olan bu hükmün, metne Üçüncü Komite tarafından eklendiği görülmektedir. Nihai metindeki paragraf, çok küçük bazı farklarla, Mısır’ın Komisyonun hazırladığı taslağa ilişkin değişiklik teklifleri arasında yer almaktadır.¹⁰⁸ 3. fıkra hükmünün maddeye eklenmesi geniş bir destek

¹⁰⁷ Obsahl, “Articles 29 and 30,” s. 464.

¹⁰⁸ A/C.3/304/Rev.2. Bkz. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration*, Vol. III, s. 2702.

görmüştür. Belçika delegesi Dehousse, hükmün eklenmesini desteklediğini açıklarken, Birleşmiş Milletlere böyle bir gönderme yapılmasının diğer maddeler görüşülürken de gündeme getirildiğini hatırlatmış ve bu maddenin bu ek için en uygun yer olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁹

Bu teklife ilişkin olarak Birleşik Krallık delegesi Corbet, Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerinin bireylerin değil, büyük oranda devletlerin davranışlarına ilişkin olduğuna dikkat çekmiştir.¹¹⁰ Fakat hazırlık çalışmalarında, bu itiraza ilişkin bir tartışmaya rastlanmamaktadır. Morsink, oylamada hükmün geniş bir destek görmesinin, diğer devletlerin Corbet'e katılmadıklarının işareti olduğunu belirtmektedir.¹¹¹ Ret oyu kullanan iki delegeden biri olan Uruguay delegesi Jiménez Aréchaga ise, ret gerekçesini ifade özgürlüğü de dahil olmak üzere Bildiri'deki haklara sınırlama getiren bu hükmün Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerinin tartışılmasını engelleyebileceğini, ülkesinin hem Birleşmiş Milletler Şartı'nın hem de kendi anayasasının özgürce tartışılmasından yana olduğunu söyleyerek açıklamıştır.¹¹²

29(2) madde hükmü, ne tam olarak bireylerin Birleşmiş Milletlerin hangi ilkeler ve amaçlarıyla sınırlandırıldığına bir açıklık getirmekte ne de bir hakkın kullanımının ne zaman Birleşmiş Milletlerin ilke ve amaçlarına aykırı sayılabileceğine dair bir ipucu vermektedir. Bununla beraber, Obsahl'ın dikkat çektiği gibi, Evrensel Bildiri'nin 30. maddesiyle birlikte düşünüldüğünde, bu hüküm de Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak yorumlanamayacağı için, amaç ve ilkelere yönelik eleştiriler bakımından ifade özgürlüğünün de sınırlandırılmaması gerekir.¹¹³

¹⁰⁹ A/C.3/SR.153. Bkz. *a.g.e.*, s. 2763.

¹¹⁰ *A.g.e.*, s. 2760.

¹¹¹ Morsink, *The Universal Declaration*, s. 252. Teklif 2 ret ve 6 çekimser oya karşı 34 oyla kabul edilmiştir. Bkz. Summary Record of the Hundred and Fifty-Fifth Meeting of the Third Committee, A/C.3/SR.155, 24 Kasım 1948. Bkz. Schabas Oc Mria, *The Universal Declaration*, Vol. III, ss. 2777-2784, s. 2778.

¹¹² *A.g.e.*, ss. 2778-2779.

¹¹³ Obsahl, "Articles 29 and 30", ss. 463-464.

5. Sonuç

Evrensel Bildiri'nin hakları ilan eden 29. maddesi, aynı zamanda bireylerin içinde yaşadıkları topluma karşı ödevlerinin olduğu düşüncesini ve hakların sınırlarını da ilan etmişti. Yukarıda belirtildiği gibi, bu maddenin, devletlerin Evrensel Bildiri'yi imzalamalarında kritik bir rol oynamış olduğu düşünülmektedir. Bugün hakların sınırlarının yerel otoriteler ve uluslararası insan hakları denetim mekanizmaları tarafından pratikte nasıl yorumlandıkları ve bu konu etrafındaki tartışmalar dikkate alındığında, özellikle hakların sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin, sadece Evrensel Bildiri bakımından değil, onu takip eden tüm uluslararası insan hakları belgeleri bakımından da devletlerin desteğini almak ve muhafaza etmek için büyük önem taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Evrensel Bildiri ve onu takip eden uluslararası insan hakları belgelerinde yer verilen meşru amaçlar, hem çok geniş ve muğlak hem de "devletlerin hakim çoğunluklarının siyasi, dini, ahlaki, ekonomik menfaatlerini korumaya elverişli kavramlarla tanımlanmıştır."¹¹⁴ Kamu düzeni, ahlak ve genel refah kavramlarına kıyasla daha nesnel görünen "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" dahi, "korunacak başkalarının" kim olabileceği, başkalarının "neye karşı korunacakları" ve dolayısıyla neyin bir tehdit ya da tehlike olarak tarif edileceğine bağlı olarak yine çoğunlukların menfaatlerini koruyan sınırlamalara izin verebilecek şekilde yorumlanabilmektedir.¹¹⁵ Bu nedenle Evrensel Bildiri'nin 29. maddesinin ve bu yazıda incelenen diğer belgelerin sınırlamaların meşruiyetini "hukukilik" ve "demokratik toplumda gereklilik" koşullarına bağlamış olmaları önemli bir güvence oluşturmaktadır. Fakat, yukarıda aktarıldığı gibi, Evrensel Bildiri'nin hazırlık sürecinde bazı delegeler bu kavramların da keyfi yorumlara karşı her durumda yeterli güvence oluşturamayabileceğine işaret etmiş; bu çerçevede haklara yasalarla da keyfi sınırlamalar getirilebileceğine ve demokrasi kavramının taşıdığı muğlaklığa dikkat çekmişlerdir.

¹¹⁴ Esra Demir-Gürsel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2014, s. 225.

¹¹⁵ A.g.e., s. 216.

Bugün haklar üzerindeki kısıtlamalar, şeklen kanun niteliğinde olan düzenlemelere dayanılarak¹¹⁶ ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğun hakların “toplumdaki hassasiyet” gibi nedenlerle sınırlandırılmasına imkan verecek şekilde genişletilmesi suretiyle¹¹⁷ meşrulaştırılabilmektedir. Uluslararası sözleşmelerin denetim organları, hukukilik ve demokratik toplumda gereklilik koşullarına bu tür keyfi sınırlamaların getirilmesini engellemeyi amaçlayan yorumlar getirmişlerdir. Ne var ki muğlak bir biçimde tanımlanmış yasaların keyfi yorumlarına dayanan sınırlamaların hukukilik denetimini her durumda sıkı bir şekilde yaptıklarını söylemek mümkün değil.¹¹⁸ Dahası, uluslararası sözleşmelerin denetim organları da bazı konularda hakların sınırlandırılmasının meşru amaçlarını düzenleyen kavramları genişletme ve demokratik toplumda gereklilik kavramını da buna göre esnek bir biçimde yorumlama eğilimi gösterebiliyorlar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Fransa’nın kamusal alanda peçe takılmasını yasaklayan düzenlemesinin

¹¹⁶ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu’nun 220/6 (terör örgütü üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek), 220/7 (terör örgütüne yardım) ve 314. maddelerinin (örgüt üyeliği) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki anlamıyla hukukilik kriterlerini karşılamadıklarını tespit etmiştir. Sırasıyla bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Işıkırık v Türkiye*, 41225/09, 14 Kasım 2017; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *İmret v Türkiye* (No. 2), 57316/10, 10 Temmuz 2018; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Selahattin Demirtaş v Türkiye* (No. 2), 14305/17, 22 Aralık 2020.

¹¹⁷ Örneğin bkz. Anayasa Mahkemesi, *Yonca Verdioğlu Şık başvurusu*, 2014/17177, 19.04.2018, para. 94.

¹¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin hukukilik koşulu bakımından sıkı bir Sözleşme’ye uygunluk denetimi yapmaktan imtina ettiği *ATV ZRT v Macaristan* kararına ilişkin Yargıç Pinto de Albuquerque’nin eleştirileri için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *ATV ZRT v Macaristan*, 61178/14, 28 Nisan 2020; benzer yönde Yargıç Koskelo’nun *Pişkin v Türkiye* kararına ekli mutabık görüşünde dile getirdiği eleştiriler için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Pişkin v Türkiye*, 33399/18, 15 Aralık 2020. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin de, muğlak yasaların ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının dayanağı olarak kullanıldığı davalarda sıkı bir hukukilik denetimi yapmakta isteksiz davrandığına yönelik bir eleştiri için bkz. Thomas M. Antkowiak ve Alejandra Gonza, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*, New York: Oxford University Press, 2017, ss. 247-248.

“başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” amacıyla ilişkisini tartıştığı *S.A.S. v. Fransa* kararındaki yorumu bunun en çarpıcı örneklerinden birini oluşturuyor.¹¹⁹ Bu davada Fransa, yasağın, başka şeylerin yanı sıra, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması’nın bir parçası olarak toplumsal yaşamın asgari gereklerine uyumun sağlanması” amacını taşıdığını ileri sürmüştü.¹²⁰ Mahkeme de bu şekilde anlaşılan “birlikte yaşam” kavramının, başkalarının hak ve özgürlükleri kavramının bir unsurunu oluşturabileceğini ve bunun demokratik bir toplumda gereklilik ilişkisiyle de uyumlu olabileceğini kabul etmişti.¹²¹ Fransa’nın kamusal alanda peçe takılmasına karşı getirdiği yasağın demokratik bir süreçle alınmış bir karara dayandığı gerekçesiyle, bu konuda kendi denetimini sınırlamasının bir “ödev” olduğuna karar vermişti.¹²² Böylelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu davada meselenin Fransa nüfusu içindeki bir azınlığın korunmasına ilişkin boyutlarını tümüyle göz ardı ederken, toplumsal cinsiyet eşitliği bakımından da başörtüsü takan kadınların başvurularında daha önce benimsemiş olduğu oldukça sorunlu tavrını sürdürmüş oldu.¹²³ Üstelik “birlikte yaşam” kavramına ilişkin bu değerlendirmesini Belçika’ya karşı açılmış davalarda da tekrar ederek, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin sınırlama nedeninin anlamını genişleten bu yorumunu yerleşikleştirdi.¹²⁴

Fakat Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, aynı yasağa ilişkin önüne taşınan bir başvuruda Fransa’nın sınırlamanın gerekçesi olarak ileri

¹¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *S.A.S. v Fransa*, 43835/11, 1 Temmuz 2014.

¹²⁰ *A.g.k.*, para. 82.

¹²¹ *A.g.k.*, para. 121, 140-142.

¹²² *A.g.k.*, para. 153-157.

¹²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “birlikte yaşam” kavramını başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacının bir unsuru haline getiren bu yorumu hem muhalif yargıçlar tarafından hem de literatürde ağır bir biçimde eleştirilmişti. Bu konuda bir analiz için bkz. Bianca Selejan Gutan, “Cultural Rights of Migrants: Living Together in Dignity?,” *Migration and The European Convention on Human Rights*, ed. Başak Çalı, Ledi Bianku ve Julia Motoc, New York: Oxford University Press, 2021, ss. 175-195.

¹²⁴ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Belcacemi ve Oussar v Belçika*, 37798/13, 11 Temmuz 2017; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Dakir v Belçika*, 4619/12, 11 Temmuz 2017.

sürdüğü biçimiyle “birlikte yaşam” argümanının “muğlak ve soyut” olmasının yanı sıra, korunması gereken “başkaları”nın kimler olduğunun ve hangi haklarının tehdit altında olduğunun somutlaştırılmadığının altını çizerek tam ters yönde bir sonuca ulaşmıştı.¹²⁵ Dolayısıyla bu davalarda, bu iki insan hakları kuruluşu, aynı konu etrafında ve aynı ülkeye ilişkin olarak “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” ve “demokratik bir toplumda gereklilik” kavramlarına ilişkin birbiriyle ters düşen yorumlar getirmiş oldular.¹²⁶ Bu da, Evrensel Bildiri’de ve ondan sonra gelen uluslararası belgelerde hakların sınırlandırılmasının meşru amaçları olarak belirlenmiş kavramlar arasında görece en nesnel görünen kavram olan “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” kavramının dahi keyfi yorumlara alan açabileceğini ve meşru amaçların keyfi yorumlarının önüne geçmek amacıyla metne eklenmiş olan “demokratik bir toplumda gereklilik” kavramının da her durumda ve her uluslararası organın önünde bu tür yorumlara karşı bir güvence oluşturamayabileceğini gösteriyor.

Belki de hem ulusal hem de uluslararası düzlemde karşımıza çıkan bu tür yorumlar, yasalar aracılığıyla ve demokrasiye atıfla haklara getirilen kısıtlamaların giderek arttığı bu dönemde, bizi Evrensel Bildiri’nin medeni ve siyasi haklar ile sosyal ve ekonomik hakları içeren geniş bir hak listesine koruma sağlayan, her türlü ayrımcılığı yasaklayan metnine geri dönmeye ve bu geniş yelpazedeki hakların sınırlandırılması için 29. maddede öngörülmüş olan meşru amaçları ve diğer kavramları gözden geçirmeye davet etmektedir: Devletleri ve onların hakim çoğunluklarını değil, bireyleri ve devletlerin aracılığı olmaksızın bireylerin içinde yaşadıkları toplumla olan bağlarını güçlendirecek, ya da belki daha doğrusu, bu bağları tahrif etmeyecek alternatif kavramlar üzerine düşünmek için bir davet.

¹²⁵ Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Yaker v Fransa*, 2747/2016, 17 Temmuz 2018, para. 8.10-8.11.

¹²⁶ İki kuruluşun bu farklı kararlarının Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi üyesi Yuval Shany tarafından politik ve tarihsel bir çerçevede yapılmış bir analizi için bkz. Yuval Shany, “Can Strasbourg be replicated in a global level? A View from Geneva,” *The European Court of Human Rights: Current Challenges from a Historical Perspective*, ed. Helmut Philipp Aust & Esra Demir-Gürsel, Cheltenham and Northampton: Edward Elgar Publishing, 2021, ss. 71-88.

ZUSAMMENFASSUNG

Die 1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedete Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ("Allgemeine Erklärung" oder "Erklärung") war das erste Ergebnis der Bemühungen der Nachkriegszeit, ein internationales Menschenrechtsinstrument zu verfassen. Sie enthält in den ersten achtundzwanzig Artikeln eine lange Liste von Menschenrechten, die sowohl bürgerliche und politische Rechte als auch soziale, wirtschaftliche und kulturelle Rechte umfassen. In Artikel 29 der Erklärung wurden auch die Pflichten des Einzelnen festgelegt und die Bedingungen für legitime Beschränkungen der Rechte definiert. Dort heißt es:

1. Jeder Mensch hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entfaltung der eigenen Persönlichkeit möglich ist.
2. Jeder Mensch ist bei der Ausübung der eigenen Rechte und Freiheiten nur den Beschränkungen unterworfen, die das Gesetz ausschließlich zu dem Zweck vorsieht, die Anerkennung und Achtung der Rechte und Freiheiten anderer zu sichern und den gerechten Anforderungen der Moral, der öffentlichen Ordnung und des allgemeinen Wohles in einer demokratischen Gesellschaft zu genügen.
3. Diese Rechte und Freiheiten dürfen in keinem Fall im Widerspruch zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen ausgeübt werden.

Die Ausarbeitung von Artikel 29 der Allgemeinen Erklärung zeigt, dass trotz der unterschiedlichen Auffassungen der an der Ausarbeitung beteiligten Staaten über die Definition der Pflichten und Beschränkungen der Rechte ein breiter Konsens darüber bestand, dass die Pflichten die Folge der Rechte sind und dass die Rechte nicht unbeschränkt sind. Darüber hinaus soll Artikel 29 eine entscheidende Rolle bei der Verabschiedung der Erklärung gespielt haben, über die ein breiter Konsens unter den Staaten herrschte.

In diesem Aufsatz werden die Abfassung von Artikel 29 und seine Auswirkungen untersucht. In den Abschnitten, die jeweils die drei Absätze des Artikels in den Blick nehmen, wird zunächst auf die Vorarbeiten zu Artikel 29 eingegangen. Anschließend werden die Ähnlichkeiten und Unterschiede in den Formulierungen und Auslegungen der entsprechenden Artikel anderer internatio-

naler und regionaler Menschenrechtsdokumente, die nach der Allgemeinen Erklärung verabschiedet wurden, sowie der türkischen Verfassung von 1982 untersucht.

Abschließend wird kurz auf die derzeitige Anwendung der Artikel 29 ähnelnden Einschränkungsklauseln durch internationale und nationale Organe eingegangen. Es wird hervorgehoben, dass die Begriffe, die zur Definition der legitimen Ziele für die Einschränkung der Rechte gewählt wurden, nicht nur sehr vage und weit gefasst sind, sondern sich auch gut dazu eignen, im Einklang mit mehrheitlichen Interessen definiert zu werden. In bestimmten Fällen können auch die Bedingungen, die ihre willkürliche Auslegung einschränken sollen, nämlich die Rechtmäßigkeit der Einschränkung und ihre Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft, solche mehrheitlichen Auslegungen legitimieren.

KAYNAKÇA

Kitap ve makaleler

- ANTKOWIAC, Thomas M. ve Alejandra Gonza, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*, New York: Oxford University Press, 2017.
- BREMS, Eva. *Universality and Diversity*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- DAES, Erica-Irene A. The Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights: A Contribution to the Freedom of the Individual Under Law, *E/CN.4/Sub.2/432/Rev. 2*, New York: United Nations, 1983.
- DEMİR-GÜRSEL, Esra. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2014.
- DIJK, Pieter van, vd. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Antwerp: Intersentia, 2006.
- D'SA, Rose M. "Human and Peoples' Rights: Distinctive Features of the African Charter," *Journal of African Law*, Sayı: 29, 1985, ss. 72-81.
- GARIBALDI, Oscar M. "On the Ideological Content of Human Rights Instruments: The Clause 'In a Democratic Society,'" *Contemporary Issues in International Law: Essays in Honor of Louis B. Sohn*, Editor: Thomas Buergenthal, Kehl: N. P. Engel, 1984, ss. 23-68.
- GORSKI, Simone. "Individuals in International Law," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, August 2013: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e829?rskey=Gbt6wv&result=1&prd=EPIL>.
- GROSSMAN, Claudio M. "American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948)," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Ekim 2010: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e749?rskey=KqKEuz&result=1&prd=EPIL>.
- GUTAN, Bianca Selejan. "Cultural Rights of Migrants: Living Together in Dignity?," *Migration and The European Convention on Human Rights*, ed. Başak Çalı, Ledi Bianku ve Julia Motoc, New York: Oxford University Press, 2021, ss. 175-195.

- HODGSON, Douglas. *Individual Duty within a Human Rights Discourse*, Ashgate, 2003.
- İNCEOĞLU, Sibel. "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi," *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Editör: Sibel İnceoğlu, Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.
- KARAN, Ulaş. *İfade Özgürlüğü - Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2*, Avrupa Konseyi, 2018.
- MEDINA, Cecilia. *The American Convention on Human Rights: Crucial Rights and Their Theory and Practice*, Intersentia, 2. Baskı, Antwerp: Intersentia, 2017
- MORSINK, Johannes. *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999.
- MURRAY, Rachal. *The African Charter on Human and People's Rights - A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2019.
- MUTUA, Makau. "The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties," *Cultural Transformation and Human Rights in Africa*, ed. Abdullahi A. An-Na'im, London: Zed Books, 2002, ss. 68-107.
- NOWAK, Manfred. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2. Baskı, Kehl, Strasbourg, Arlington: N.P. Engel, 2005
- OBSAHL, Torkel. "Articles 29 and 30," *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Ed. Asbjørn Eide vd., Oslo: Scandinavian University Press, 1992, ss. 449-470.
- OUGUERGOUZ, Fatsah. "African Charter of Human and Peoples' Rights," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Ekim 2010: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e741?rskey=fqJY3k&result=1&prd=EPIL>.
- OUGUERGOUZ, Fatsah. *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- PAUST, Jordan J. "The Other Side of Right: Private Duties under Human Rights Law," *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 5, 1992, ss. 51-63.
- SAĞLAM, Fazıl. "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme," *Marmara*

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, 2019, ss. 1236-1252.

SCHABAS OC MRİA, William A. (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights - The Travaux Préparatoires*, Vol. II, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SCHABAS OC MRİA, William A. (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights - The Travaux Préparatoires*, Vol. III, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SHANY, Yuval. "Can Strasbourg be replicated in a global level? A View from Geneva," *The European Court of Human Rights: Current Challenges from a Historical Perspective*, ed. Helmut Philipp Aust & Esra Demir-Gürsel, Cheltenham and Northampton: Edward Elgar Publishing, 2021, ss. 71-88.

WEBBER, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Karar ve Belgeler

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, *Media Rights Agenda v. Nigeria* (kabuledilebilirlik kararı), 105/93, 128/94, 130/94, 152/96, 31 Ekim 1998.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, *Scanlen & Holderness v Zimbabwe*, 297/2005, 3 Nisan 2009.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, *Afrika'da İfade Özgürlüğü İlkeleri Bildirisi'nin Kabulüne Dair Karar* (Resolution on Adoption of Declaration of Principles of Freedom of Expression in Africa), 13 Ekim 2002.

Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Mahkemesi, *Lohé Issa Konaté v Burkina Faso*, 004/ 2013, 5 Aralık 2014.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 27 Haziran 1981.

Amerika Haklar ve Ödevler Bildirisi, 1948.

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, 22 Kasım 1969.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism* (Arts 13 and 29

American Convention on Human Rights), OC-5/85 numaralı 13 Kasım 1985 tarihli Tavsiye Kararı.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Herrera Ulloa v. Kosta Rika*, 2 Temmuz 2004.

Anayasa Mahkemesi, *Yonca Verdioğlu Şik başvurusu*, 2014/17177, 19 Nisan 2018.

Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme, 4 Kasım 1950.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *ATV ZRT v Macaristan*, 61178/14, 28 Nisan 2020.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Belcacemi ve Oussar v Belçika*, 37798/13, 11 Temmuz 2017.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Dakir v Belçika*, 4619/12, 11 Temmuz 2017.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Işıkırık v Türkiye*, 41225/09, 14 Kasım 2017.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *İmret v Türkiye* (No. 2), 57316/10, 10 Temmuz 2018.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Pişkin v Türkiye*, 33399/18, 15 Aralık 2020.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *S.A.S. v Fransa*, 43835/11, 1 Temmuz 2014.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Selahattin Demirtaş v Türkiye* (No. 2), 14305/17, 22 Aralık 2020.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 5947/72, 25 Mart 1983.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Sunday Times v. Birleşik Krallık* (No. 1), 6538/74, 26 April 1979.

Birleşmiş Milletler Bireylerin, Grupların ve Toplumsal Kurumların Evrensel Olarak Tanınmış İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Teşvik Etme ve Destekleme Hak ve Ödevine Dair Bildiri, 9 Aralık 1998.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, 16 Aralık 1976.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 34 Numaralı Genel Yorum, CCPR/C/GC/34, 12 Kasım 2011.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Rus Federasyonuna İlişkin Nihai Gözlemler, CCPR/CO/79/RUS, 1 Aralık 2003, para. 18.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Tae Hoon Park v Kore Cumhuriyeti*, 628/1995, 3 Kasım 1998.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Yaker v France*, 2747/2016, 17 Temmuz 2018.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 16 Aralık 1966.

Birleşmiş Milletler Şartı, 26 Temmuz 1945.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 10 Aralık 1948.

Mültecilerin Statüsüne Dair Sözleşme, 22 Nisan 1954.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası-Madde Gerekçeli, Ankara: TBMM, 2008.

Vatansız Kişilerin Statüsüne ilişkin Sözleşme, 6 Haziran 1960.

İsviçre Medenî Usûl Hukukundaki Zorunlu Uzlaştırma Kurumuna Genel Bir Bakış

Ein Überblick über das Schlichtungsverfahren im schweizerischen Zivilprozessrecht

Doç. Dr. Efe Direnisa / PD Dr. Habil. Efe Direnisa*

ÖZ

İsviçre medenî usûl hukukunda kural olarak tarafların dava açmadan önce zorunlu uzlaştırmaya başvurmaları öngörülmüş ve zorunlu uzlaştırma bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Zorunlu uzlaştırma, idareden bağımsız bir uzlaştırma mercii tarafından yürütülür. Zorunlu uzlaştırmada uzlaştırma mercii, tarafların somut uyuşmazlık bakımından hukukî durumlarını gözeterek, taraflara aralarındaki uyuşmazlığı dava yoluna başvurmadan sona erdirmeleri için rehberlik eder. İsviçre hukukunda zorunlu uzlaştırma mercii, bazı uyuşmazlıklar bakımından taraflara hüküm önerisinde bulunma ve talep üzerine uyuşmazlık değeri 2.000 İsviçre frangını geçmeyen uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığı karara bağlama yetkisi gibi bazı yetkiler tanınmıştır. Çalışmada İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 197. ilâ 212. maddelerinde düzenlenen zorunlu uzlaştırma kurumu genel hatlarıyla incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu uzlaştırma, İsviçre medenî usûl hukuku, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, dava şartı olarak uzlaştırma

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: direnisa@tau.edu.tr ORCID ID: orcid.org/ 0000-0002-2220-9468

ABSTRACT

In Swiss civil procedure law, it is stipulated that the parties apply for a compulsory conciliation before filing an action, and compulsory conciliation is regulated as a condition of litigation. Compulsory conciliation is carried out by a conciliation authority independent of the administration. In compulsory conciliation, the conciliation authority guides the parties to end the dispute between them without resorting to litigation, taking into account the legal status of the parties in terms of the concrete dispute. In Swiss law, the compulsory conciliation authority has been granted some powers, such as the power to propose judgments to the parties in terms of certain disputes and to adjudicate the dispute upon request in disputes if the value in dispute does not exceed 2,000 Swiss frank. In this study, the compulsory conciliation institution regulated between articles 197 and 212 of the Code of Swiss Civil Procedure will be examined in general.

Keywords: *Compulsory conciliation, Swiss civil procedure law, alternative dispute resolution methods, conciliation as a condition of litigation*

A. Giriş

Günümüzde uyuşmazlıkların, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurularak çözümlenmeye çalışılması hem taraflarca tercih edilen hem de devletler tarafından teşvik edilen bir yol hâline gelmiştir. Zira devlet mahkemeleri önündeki yargılamaların uzun yıllar sürmesi, mahkeme huzurundaki yargılamaların bir “kazanan” ve bir “kaybeden” üzerine kurulu olması gibi sebepler, yargılamanın sonunda elde edilen sonucun her zaman tarafları maddî veya manevî olarak yeterli biçimde tatmin etmeyebilmektedir. Ayrıca bu uzun yargılama süreci, uyuşmazlık nedeniyle taraflar arasındaki zaten yıpranmış ilişkiyi, onarılması mümkün olmayan şekilde zedelemekte ve taraflar arasında yeni uyuşmazlıkların doğmasına sebebiyet verebilmektedir.

Tarafların, aralarındaki uyuşmazlıkları devlet yargısına başvurmadan çözüme kavuşturmaları toplumsal barışın daha kalıcı olmasına hizmet ettiği gibi, mahkemelerin iş yükünü azaltmaya da yardımcı olur. Özellikle ülkemizde olduğu gibi “iş yükünün” yargının kronik bir sorunu hâline geldiği ülkelerde, devletlerin tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelterek, uyuşmazlıkların mahkemeye taşınmadan çözümlenmesini desteklemesi, hukuk politikası açısından orta ve uzun vadede

devlet yargısının bu “kronik hastalığından” kurtulması ve yargı kalitesinin artması bakımından önemlidir. Ülkemizde pek çok dava bakımından arabuluculuğu bir dava şartı olarak düzenleyen hükümler getirilmesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’yla medenî usûl hukukumuzda kazandırılan bir yargılama aşaması olan ön inceleme aşamasında, henüz yargılamanın başlangıç safhasında dahi tarafların sulhe ve arabuluculuğa teşvikine büyük önem atfedilmesi, bu yönde etkin bir hukuk politikası benimsendiğini göstermektedir.

Bu çalışmamızda, 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Usûl Kanunu’nun 197. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenen zorunlu uzlaştırma (*Schlichtungsverfahren*) kurumunu tanıtarak bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak dava öncesi zorunlu uzlaşmayı, somut bir örnek üzerinden olumlu ve olumsuz yönleriyle inceleyeceğiz.

B. İsviçre Medenî Usûl Hukukunda Zorunlu Uzlaştırma

I. Genel Olarak

İsviçre Federal Usûl Kanunu’nun 197. maddesinde dava açılmadan önce uzlaştırmaya başvurunun zorunlu olduğu düzenlenmiştir. İsviçre Federal Usûl Kanunu’nun 198. maddesinde ise zorunlu uzlaştırmadan muaf olan davalar tahdidî biçimde sayılmıştır¹. Anılan bu hüküm uyarınca, basit yargılama usûlüne tâbi davalar, İsviçre Medenî Kanunu’nun 28b maddesi uyarınca şiddet, tehdit veya takip edilmeye ilgili veya söz konusu Kanun’un 28c maddesi uyarınca elektronik takiple ilgili davalar, kişiler hukukuna ilişkin davalar, çocuğun bakımına ve dava açılmadan önce ebeveynlerden birinin çocuğun korunmasına ilişkin ilgili kuruma başvurduğu durumlarda çocuğun diğer menfaatlerine ilişkin (İsviçre Medenî Kanunu m. 298b ve 298d) davalar, boşanma davaları, aynı cinsten partnerler arasında kayıtlı birlikteliğin (*eingetragene Partnerschaft*) sona erdirilmesi veya butlanına ilişkin davalar, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nda yer alan borçtan kurtulma davası (İsviçre İcra ve İflâs Kanunu (İsvİİK) m. 83 f. 2), tespit davası (İsvİİK m. 85a), istihkak davası (İsvİİK m.

¹ Bohnet François/Droese Lorenz, Präjudizienbuch Zivilprozessordnung, Bern 2018, Art. 198, N.1.

106-109), hacze imtiyazlı iştirak (İsvİİK m. 111), iflâsta üçüncü kişinin masaya ve masanın üçüncü kişiye karşı açtığı istihkak davaları (İsvİİK m. 242), sıra cetveline itiraz ve sıra cetvelinin iptali davası (İsvİİK m. 148, 250), borçlunun yeni malvarlığı iktisap ettiğinin tespiti davası (İsvİİK m. 265a) ve kiralayanın hapis hakkından kaçırılmış olan eşyanın yeniden kiralanana geri verilmesi için açılan dava (İsvİİK m. 284), İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 5. ve 6. maddeleri uyarınca sadece tek bir kantonal mercinin yetkili olduğu uyuşmazlıklar, aslî müdahale, karşı dava ve davanın ihbarı, dava için mahkemece belirli olan bir sürenin tâyin edildiği durumlar zorunlu uzlaştırmadan muaf tutulmuştur.

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 199. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen istisnalardan birisinin varlığı durumunda taraflardan birisi uzlaştırma merciine (*Schlichtungsbehörde*)² başvurmuşsa dahi zorunlu uzlaştırmanın yapılmaması gerektiği kabul edilmektedir³.

Ayrıca İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 199. maddesinde, dava değeri 100.000 İsviçre frangının üzerinde olan malvarlığına ilişkin davalarda, tarafların anlaşarak zorunlu uzlaştırmadan feragat edebilecekleri hükme bağlanmıştır. Miktar ve değeri 100.000 İsviçre frangının üzerinde olan malvarlığına ilişkin davalarda tarafların sadece anlaşarak zorunlu uzlaştırmadan feragat edebilecekleri hükme bağlanmış olsa da, anılan hükmün ikinci fıkrası uyarınca davalının yerleşim merkezinin yurt dışındaysa, davalının bulunduğu yer bilinmiyorsa veya 24.03.1995 tarihli Eşit Davranma Kanunu'ndan kaynaklı bir uyuşmazlık söz konusuysa, davacı tek taraflı olarak da zorunlu uzlaşmadan feragat edebilir.

² Doktrinde *Atalı*, İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun henüz tasarı aşamasındayken yapmış olduğu Kanun çevirisinde, *Schlichtungsbehörde* kavramını isabetle "uzlaştırma mercii" olarak ifade etmiş olup, biz de çalışmamızda söz konusu kavramı bu şekilde kullanmayı tercih ettik. Anılan Kanun Tasarısı'nın Almanca'dan Türkçe'ye çevirisi için bkz. Atalı Murat, "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı", MİHDER, C. 1, S. 1, Y. 2005, s. 123-188.

³ Fischer Jonas/Schneuwly Anne Mirjam, *Alternative Dispute Resolution - Verhandlung, Mediation, Schlichtung, Schiedsgerichtsbarkeit, Schiedsgutachten, Hybride ADR-Verfahren*, Zürich/St. Gallen 2021, s. 404.

2. Zorunlu Uzlaştırmanın Arabuluculuktan Farkı

Kural olarak hem uzlaştırma hem de arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak taraflar arasında “orta yolu” bularak, “anlaşma zeminini” oluşturarak, uyuşmazlığın mahkemeye yansımadan giderilmesini sağlamayı hedefler. Bununla birlikte arabuluculuk ve uzlaştırma arasında önemli farklar mevcuttur. Arabuluculukta, arabulucuların somut uyuşmazlığı hükme bağlama yetkisi bulunmadığı gibi, arabulucuların somut uyuşmazlığın çözümü bakımından herhangi bir çözüm önerisinde bulunması mümkün değildir⁴. Öte yandan uzlaştırmacı, uyuşmazlığı sona erdirmek üzere kendi hazırladığı veya teklif ettiği somut bir çözüm önerisini tarafların kabulüne sunabilir⁵.

Arabuluculuk ile uzlaştırma arasındaki diğer bir fark, arabuluculukta genel olarak tarafların menfaatleri ve istekleri ortaya konarak bir çözüm yolu aranmasıdır. Bununla birlikte uzlaştırmada, tarafların aralarındaki uyuşmazlık bakımından ortaya çıkan hukukî sorunlar üzerinden bir çözüme ulaşılmaya çalışılmasıdır⁶.

Ayrıca İsviçre Federal Usûl Kanunu’nun 113. maddesinin 1. fıkrasında zorunlu uzlaştırma bakımından karşı tarafa lehine giderlerin öden-

⁴ Pelzer Nils, *Mediation und Schlichtung. Eine systematische Untersuchung auf Grundlage des chinesischen und deutschen Rechts*, Heidelberg 2018, s. 205 vd.; Erk Nadja, *Streitbeilegungsmechanismen im Aktionärsbindungsvertrag*, REPRAX 2017, H. 4, s. 150. Hukukumuzda 7036 sayılı Kanun’la Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 2/1-b’ye getirilen ek ibareyle tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucunun çözüm önerisi de getirebileceği kabul edilmiştir.

⁵ Girsberger Daniel/Peter James T., *Aussergerichtliche Konfliktlösung. Kommunikation - Konfliktmanagement - Verhandlung - Mediation - Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich/Basel/Genf 2019, s. 6, Kn. 11; Vogel-Etienne Ueli/Lautenbach-Koch Annegret, *Mediation in a nutshell*, Zürich/St. Gallen 2014, s. 2; Wermke Christian, *Praxishandbuch Mediation*, 3. Aufl., Weil im Schönbuch 2016, s. 45.

⁶ Girsberger/Peter, s. 6, Kn. 14; Pfändler Andrea Maria, *Mediation beim Finanzintermediär - eine Alternative zum Gerichtsprozess? Management der Reputationsrisiken von Banken durch aussergerichtliche Verfahren der Streitschlichtung*, Hamburg 2015, s. 55.

mesine hükmedilmesinin mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Yani taraflar, zorunlu uzlaştırma nedeniyle mesai kaybı, hazırlık masrafları, hukukî danışmanlık ücretleri, uzlaştırmanın yapılacağı yere gitmek için yaptıkları seyahat masrafları gibi giderlere kendileri katlanmak zorundadır⁷. Bununla birlikte arabuluculukta olduğu gibi, zorunlu uzlaştırma nedeniyle oluşan giderler, uzlaştırmanın sonucundan bağımsız olarak taraflarca yarı yarıya karşılanır⁸. Ancak zorunlu uzlaştırmada tarafların anlaşması durumunda, bu anlaşma mahkeme dışı sulh niteliğinde kabul edildiğinden, taraflar zorunlu uzlaştırma nedeniyle oluşan giderlerin hangi tarafça karşılanması gerektiğine ilişkin bir anlaşmaya varmışlarsa, bunu da sulh metnine dahil edebilirler⁹.

3. Uzlaştırma Merciiinin Hukukî Niteliği

İsviçre hukukunda uzlaştırma merciiinin şekli anlamda bir mahkeme olarak düzenlenmesinden kaçınılmıştır¹⁰. Bununla birlikte uzlaştırma merciiine, bazı uyuşmazlıklar bakımından taraflara hüküm önerisinde (*Urteilsvorschlagn*) bulunma yetkisi tanınmıştır. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 210. maddesi uyarınca uzlaştırma mercii, 24.03.1995 tarihli Eşit Davranma Kanunu'ndan kaynaklı uyuşmazlıklarda, kira bedelinin

⁷ Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 207, N. 11.

⁸ Korbion Claus-Jürgen, Baurechtsfälle und Schlichtung nach VOB, Freiburg/Berlin/München 2019, s. 98.

⁹ Uygulamada tarafların genellikle, sulh olmaları durumunda yargılama giderlerinin dağılımını düzenleyen İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 109. maddesinden faydalandıkları ifade edilmektedir (KuKo ZPO-Gloor/Umbricht Lukas, Art. 207, N. 10).

¹⁰ Schrank Claude, "Grundsatzfragen zum Schlichtungsverfahren - Kompetenzkompetenz, Beteiligung Dritter und Erscheinungspflicht des Gesuchstellers bei angekündigtem Nichterscheinen des Gesuchsgegners?", Das Schlichtungsverfahren nach ZPO. Praxis und Umsetzung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens in ausgewählten Kantonen, Besonderheiten des Schlichtungsverfahrens im arbeits- und mietrechtlichen Kontext und besondere Entscheidungsverfahren, Bern 2016, s. 2; Sunaric Predrag, Die richtige Partei im zivilprozessrechtlichen Erkenntnisverfahren - Sachlegitimation - "Klagerecht" - Prozessführungsbefugnis, Zürich 2018, s. 120.

tevdı edilmesine, kötünıyetlı kira bedelından korunmaya, kira sözleşmesının haksız feshine ve kira ya da hasılat kirası sözleşmelerının uzatılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda ya da değeri 5.000 İsviçre frangını aşmayan malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda hüküm önerisinde bulunabilir. Anılan hükmün ikinci fıkrasında, uzlaştırma mercince yapılacak hüküm önerisinin kısa bir gerekçe de içerebileceğı kabul edilmiştir.

Uzlaştırma mercii gerek faaliyetleri gerekse de personeli bakımından idareden bağımsızdır. Bu açıdan uzlaştırma merciiinin maddê anlamda mahkeme olma kriterini sağladığı kabul edilmektedir. İsviçre doktrinde uzlaştırma merciiinin sistemsel yapısı bakımından idareden bağımsız olmasının, uyuşmazlığın tarafları bakımından oldukça önemli olduğı, zira tarafların bu yönde haklı bir beklentilerinin söz konusu olduğı ifade edilmektedir¹¹.

4. Zorunlu Uzlaştırma Bakımından Hâkim Olan İlkeler

a. Uzlaştırma Görüşmelerinin Aleni Olmaması

Arabuluculuk ve tahkimde olduğı gibi, zorunlu uzlaştırmada da taraflar arasındaki görüşmeler alenî olarak yürütülmez. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 203. maddesinin 3. fıkrasında uzlaştırma görüşmesinin alenî yapılmayacağı açıkça hükme bağlamıştır. Bununla birlikte aynı hükmün ikinci cümlesinde kira hukukundan veya Eşit Davranma Kanunu'ndan kaynaklı uyuşmazlıklarda, kamu menfaatinin söz konusu olduğı durumlarda görüşmelerin kısmen veya tamamen halka açık şekilde yapılabileceğı düzenlenmiştir.

Uzlaştırma görüşmesinin alenî yapılmaması, uzlaştırmının başarıya ulaşabilmesi bakımından önemlidir. Böylelikle taraflar, uyuşmazlıkla ilgili olarak kendilerini daha rahat ifade edebilirler¹².

¹¹ Sutter-Somm Thomas, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017, s. 251.

¹² Daetwyler George/Stalder Christian, Schlichtungsverhandlung bei handelsgerichtlichen Streitigkeiten, SJZ H. 115, 2019, s. 105; Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin, Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 203, N. 6.

b. Uzlaştırmanın Zorunlu Olması

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması, kural olarak tarafların serbest iradelerine bırakılmış olsa da, İsviçre hukukunda dava yoluna başvurmadan önce uzlaştırmaya başvurulması zorunlu tutulmuştur. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 197. maddesinde dava açılmadan önce uzlaştırmaya başvurma zorunluluğu düzenlenerek, uzlaştırmaya başvuru, bir dava şartı hâline getirilmiştir¹³.

Dava öncesinde uzlaştırmaya başvurunun zorunlu tutulması, tarafların uzlaştırma sonucunda aralarındaki uyuşmazlığı mutlaka sona erdirmekle yükümlü oldukları veya uzlaştırmacının, tarafların dava yoluna başvurmasına engel olmak adına zorla taraflar arasında bir mutabakat sağlaması gerektiği anlamına gelmez¹⁴.

c. Herhangi Özel Bir Bilgiye Sahip Olmayan Tarafların Dahı Faydalanabileceği Nitelikte Olması

Zorunlu uzlaştırma kapsamında tarafların, herhangi bir özel bilgi birikimine veya hukuk bilgisine sahip olmaları gerekmez. Bu bakımından zorunlu uzlaştırma sürecinde taraflardan somut uyuşmazlık bakımından hukukî durumlarına ilişkin bir değerlendirmede bulunmaları veya kendilerini savunmaları beklenmediğinden, tarafların bu aşamada aralarındaki uyuşmazlığın sona erdirilmesi bakımından hukukî bir çözüm üretme gibi bir yükümlülükleri yoktur. Benzer bir yükümlülüğün kabulü, kural olarak uzlaştırmacı açısından da mümkün değildir¹⁵. Her ne kadar uzlaştırma kapsamında tarafların somut uyuşmazlık bakımından hukukî durumlarına ilişkin bilgi verilse ve danışmanlık yapılsa da, uzlaştırma merciinin amacı teknik anlamda somut olayın hukukî çözümü kapsamında hareket etmek değil, taraflar arasındaki uyuşmazlığın dostane şekilde sona erdirilmesine yardımcı olmaktadır.

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 201. maddesinin 2. fıkrasında uzlaştırma merciinin, kira hukukundan veya Eşit Davranma Ka-

¹³ Tschudi Matthias, "Zuständigkeit und Befugnisse der Schlichtungsbehörde - ein Überblick", MietRecht Aktuell H.2, 2006, s. 45.

¹⁴ Schrank, s. 3.

¹⁵ Fischer/Schneuwly, s. 407.

nunu'ndan kaynaklı uyuşmazlıklarda tarafları, hukukî durumları hakkında bilgilendirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Anılan bu uyuşmazlıklar bakımından uzlaştırma merciinin bir hukukî danışmanlık işlevi olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte uzlaştırmacı, tarafsızlığına gölge düşürecek şekilde hareket etmemeli ve gerektiğinde taraflara, üçüncü kişi hukukçulardan (gerektiğinde kapsamlı) bir danışmanlık alabilmeleri için imkân sağlamalıdır¹⁶.

5. İsviçre Hukukunda Zorunlu Uzlaştırma Sürecinin Seyri

a. Zorunlu Uzlaştırmaya Başlaması

İsviçre hukukunda zorunlu uzlaştırma ve kural olarak zorunlu uzlaştırmaya tâbi davalarda dava süreci, davacının uzlaştırma merciine başvuru dilekçesiyle başlar. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 202. maddesinin 1. fıkrasında zorunlu uzlaştırmaya başvurunun uzlaştırma merciine yazılı dilekçeyle sunulabileceği gibi, elektronik olarak veya uzlaştırma merciine sözlü olarak yapılan başvuruların tutanağa geçirilmesi suretiyle de yapılabileceği düzenlenmiştir.

Zorunlu uzlaştırmaya başvurunun herkes tarafından kolayca yapılabilmesi için başvurunun içeriği oldukça basit tutulmuştur¹⁷. Başvuruda sadece karşı tarafın, talebin ve hukukî uyuşmazlığın belirtilmesi yeterlidir (İsviçre Federal Usûl Kanunu m. 202 f. 2). Başvuranın talebini ayrıntılı şekilde açıklamasına gerek yoktur. Talebin kısaca maddeler şeklinde belirtilmesi yeterli kabul edilmektedir¹⁸. Uzlaştırma merci, başvurudan karşı tarafın yanlış gösterildiği kanaatine varırsa, bunu belirtilerek başvurana başvurusunu geri çekme imkânı tanıyabilir¹⁹.

Zorunlu uzlaştırmaya başvurulması, derdestlik sonucunu doğurur²⁰. Başka bir anlatımla zorunlu uzlaştırmaya başvurulduktan sonra

¹⁶ Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 201, N. 6.

¹⁷ Botschaft ZPO, s. 7330.

¹⁸ Winter Patrick, Anträge an die Schlichtungsbehörde, MP H. 3, 2013, s. 180.

¹⁹ Sunaric, s. 121.

²⁰ Winter, s. 180; OFK-ZPO, Möhler, Art. 202, N. 9.

aynı taraflar arasında, aynı taleple tekrar zorunlu uzlaştırmaya başvurulması mümkün değildir.

b. Zorunlu Uzlaştırma Görüşmesi

aa. Genel Olarak

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 203. maddesinin 1. fıkrasında uzlaştırmamanın, başvurudan veya tarafların karşılıklı dilekçelerini sunmalarından itibaren iki ay içinde yapılacağı düzenlenmiştir. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 200. maddesi uyarınca uzlaştırma merciinin birer taraf temsilcisi ve taraflardan bağımsız bir başkandan oluşturduğu kira hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, taraflara uzlaştırma görüşmesi öncesinde somut uyuşmazlığa ilişkin beyanda bulunmaları için süre verir²¹. Eğer taraflara süre verilmişse, uzlaştırma görüşmesinin verilen sürenin sona ermesinden itibaren iki ay içerisinde yapılması gerekir.

Her ne kadar İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 203. maddesinin 1. fıkrasında uzlaştırma görüşmesinin yapılması için sürecin başlamasından itibaren iki aylık bir süre öngörülmüşse de uzlaştırma merciinin zaman kaybetmeden tarafları görüşmeye davet etmesi ve uzlaştırma görüşmesini mümkün olan en yakın tarihte yapması gerektiği kabul edilmektedir²². Kural olarak tek bir uzlaştırma görülmesi yapılırsa da, tarafların onayla birden fazla uzlaştırma görüşmesi yapılması mümkündür²³.

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 203. maddesinin 2. fıkrasında uzlaştırma merciinin bütün belgelerin sunulmasına izin vereceği ve keşif yapabileceği hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra, İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 210. ve 212. maddelerinde sayılan ve uzlaştırma merciinin taraflara hüküm önerisinde bulunabileceği uyuşmazlıklarda, uzlaştırmayı önemli ölçüde geciktirmeyecekse başka delillerin de gösterilmesine

²¹ Fischer/Schneuwly, s. 411; Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 203, N. 15.

²² SK ZPO, Honnegger, Art. 203, N. 2.

²³ Gasser Dominik/Rickli Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 203, N. 5,

karar verilebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 210. ve 212. maddelerinde sayılan uyuşmazlıklar dışında belgelerin sunulması ve keşif dışında kural olarak uzlaştırma merciinin başkaca delillere başvurması veya bunları değerlendirmesi mümkün değildir.

Uzlaştırmanın taraflarca olumlu karşılanması durumunda her iki tarafın da onayıyla uzlaştırma merciinin görüşmelere devam edebileceği ancak zorunlu uzlaştırmanın en geç 12 ay içerisinde sonlandırılması gerektiği hükme bağlanmıştır (İsvMUK m. 203 f. 4).

bb. Tarafların Uzlaştırma Görüşmelerine Bizzat Katılma Zorunluluğu

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 204. maddesinin 1. fıkrasında tarafların zorunlu uzlaştırma görüşmesine şahsen katılmalarının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Uzlaştırma görüşmesine şahsen katılma zorunluluğu, tüzel kişiler bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla tüzel kişi, taraf olduğu bir uyuşmazlıkla ilgili uzlaştırma görüşmesinde kendisini temsile yetkili organı veya uyuşmazlık konusu hakkında bilgi sahibi ve kendisini temsil ve dava takip yetkisine sahip başka bir temsilci vasıtasıyla temsil ettirmesi gerekir²⁴.

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 204. maddesinin 3. fıkrasında uzlaştırma görüşmesine şahsen katılma zorunluluğunun istisnaları üç bent şeklinde düzenlenmiştir. Taraflardan birisi, başka bir kantonda veya yurt dışında ikamet ediyorsa, hastalık, yaşlılık veya başka bir önemli sebep görüşmeye şahsen katılma engelse, İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 243. maddesinde sayılan uyuşmazlıklarda işveren veya sigortacı olarak kendisini bir çalışanı veya kiraya veren sıfatıyla bir taşınmaz yöneticisi aracılığıyla temsil ettiriyor ve bu temsilcilerin de sulh sözleşmesi imzalamaya yetkileri varsa, söz konusu taraf uzlaştırma görüşmesine şahsen katılmak zorunda değildir ve kendisini bir temsilciyle temsil ettirebilir. İsviçre hukukunda taraflardan birisinin uzlaştırma görüşmesine şahsen katılmak zorunda olmadığı durumlarda, diğer tarafın da kendisini temsil ettirip ettiremeyeceği tartışmalıdır. İsviçre doktrinindeki bir görüş, tarafların şahsen katılmalarının kural olduğu ve Kanun'da bu

²⁴ Daetwyler/Stalder, s. 104.

yönde özel bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle, karşı tarafa da böyle bir imkân tanınmasının mümkün olmaması gerektiğini kabul etmektedir²⁵. Diğer bir görüşe göreyse, taraflardan birisinin uzlaştırma görüşmesine şahsen katılmadığı ve temsilcisini gönderdiği durumlarda, karşı tarafın temsilciyle yürüteceği müzakere tam olarak verimli olamayacağından ve bu durumda tarafların karşı karşıya getirilmesindeki amaca tam olarak ulaşılması mümkün olmadığından dolayı, karşı tarafa da kendisini temsilciyle temsil ettirme hakkının tanınması gerekir²⁶.

Tarafların karşı karşıya gelerek somut uyuşmazlık bakımından kendi bakış açılarını açıklayarak uyuşmazlık hakkında karşılıklı olarak konuşmaları, uyuşmazlıkla ilgili olarak bir mutabakat sağlanması ve uyuşmazlığın sona erdirilmesi bakımından en etkin ihtimal olarak değerlendirildiğinden, uzlaştırma görüşmesine tarafların şahsen katılmaları zorunlu tutulmuştur²⁷. Ancak doktrinde kanun koyucunun bu tutumunu eleştirilen yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlar tarafların karşı karşıya getirilerek, uyuşmazlık konusunda müzakereye zorlanmalarının her daim çözüm üretilmesine fayda sağlayacağı şeklinde bir “genellemenin yapılmasının” mümkün olmadığını; pek çok uyuşmazlık bakımından tarafların bir araya getirilmesinin taraflar arasındaki mevcut gerginliğin daha da artmasına neden olabileceğini belirtmiştir²⁸. Böyle bir durumda uzlaştırma merciinin, taraflar arasında oluşabilecek gerginliği önceden tespit etmesi veya görüşme sırasında taraflar arasındaki gerginliğin yükselmeye başladığını gördüğünde, derhâl müdahale ederek durumu düzeltmeye çalışmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir²⁹.

Taraflardan birisi, herhangi bir mazereti olmadan zorunlu uzlaştırma görüşmesine katılmamışsa, daha önceden uzlaştırma mercii tarafın-

²⁵ OFK-ZPO, Möhler, Art. 204, N. 9; Staehlin Adrian/Staehlin Daniel/Grolimund Pascal, Zivilprozessrecht - Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013, s. 367.

²⁶ SK ZPO, Honnegger, Art. 204, N. 13; Gasser/Rickli, Art. 204, N. 3; Fischer Karin, Vom Friedensrichteramt zur Schlichtungsbehörde, Zürich 2008, s. 90.

²⁷ SK ZPO, Honnegger, Art. 204, N. 1; Gasser/Rickli, Art. 204, N. 1; OFK-ZPO, Möhler, Art. 204, N. 1.

²⁸ Fischer/Schneuwly, s. 412.

²⁹ Fischer/Schneuwly, s. 412.

dan ihtar edilmiş olmak şartıyla, mazeretsiz olarak uzlaştırma görüşmesine katılmayan tarafa, İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 128. maddesi uyarınca para cezası verilebilir. Tarafların uzlaştırma görüşmesine katılmamaları, zorunlu uzlaştırmanın amacının aykırı olduğundan, tarafın mazeretsiz olarak uzlaştırma görüşmesine katılmamasının yaptırımsız bırakılması, zorunlu uzlaştırmayla ulaşılmak istenen hedeflere aykırı olduğundan dolayı, uzlaştırma merciine böyle bir yetki tanınmıştır³⁰.

cc. Tarafların Uzlaştırma Sürecinde Dışarıdan Yardım Almaları

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 204. maddesinin 2. fıkrasında tarafların, uzlaştırma görüşmesine bir hukukî danışman veya güvenlikleri bir kişiyle birlikte katılabilmelerine izin verilmiştir.

Doktrinde taraflara, uzlaştırma görüşmesine üçüncü kişileri de getirme imkânı tanınmasının avantajları ve dezavantajları olduğu belirtilmektedir³¹. Zorunlu uzlaştırma kural olarak miktar itibariyle düşük uyuşmazlıklar bakımından öngörüldüğünden, tarafların genellikle herhangi bir hukukî danışmanlığa ihtiyaç duymadan, kendi başlarına da uyuşmazlığı çözebilmeleri için mahkeme yargılamasına göre daha basit bir usûl öngörülmüştür. Bu nedenle taraflardan birisinin zorunlu uzlaştırmaya hukukî danışmanı ile birlikte katılmasının, taraflar arasındaki dengenin bozulmasına neden olabileceği ileri sürülmektedir³².

dd. Zorunlu Uzlaştırma Görüşmelerinin Belgelenmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, zorunlu uzlaştırma kural olarak alenî değildir. Ayrıca İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 205. maddesinin 1. fıkrasında tarafların uzlaştırma görüşmeleri sırasındaki beyanlarının tutanağa geçirilmeyeceği ve daha sonra dava sırasında kullanılmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bu düzenleme, yapılan uzlaştırma görüşmesinin hiçbir şekilde kayıt altına alınmayacağı anlamına gelmez. Uzlaştırma mercii, uzlaştırma görüşmesinin yapıldığına ilişkin bir tutanak dü-

³⁰ Daetwyler/Stalder, s. 100; SK ZPO, Honnegger, Art. 206, N. 3.

³¹ Meier Isaak/Schindler Riccarda, "Die Schlichtungsbehörde als small-claims court", CIVPRO H. 10, 2016, s. 22.

³² Fischer/Schneuwly, s. 414.

zenlemekle yükümlüdür³³. Düzenlenen bu tutanağa, uzlaştırma görüşmesinin yeri ve tarihi, uzlaştırma merciinin kimden oluştuğu, huzurda bulunan tarafların ve varsa taraflara eşlik eden üçüncü kişilerin kimler olduğu ve hukukî talep yazılır. Ayrıca uzlaştırma görüşmeleri kapsamında meydana gelen sulh, davanın kabulü veya feragati veya tarafların uzlaşmaması nedeniyle uzlaştırma mercii tarafından verilen dava izni de tutanağa geçirilir.

c. Zorunlu Uzlaştırmanın Sona Ermesi

aa. Genel Olarak

Zorunlu uzlaştırmanın farklı şekillerde sona ermesi mümkündür. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 206. maddesinde uzlaştırma başvurusu yapan tarafın, mazeretsiz olarak uzlaştırma görüşmesine gelmemesi durumunda başvurusunu geri aldığı kabul edilir ve zorunlu uzlaştırma reddedilir.

Tarafların zorunlu uzlaştırma sonucunda anlaşmaları durumunda üç farklı olasılık ortaya çıkabilir. Uzlaştırmaya başvuran taraf feragat edebilir, karşı taraf kabul beyanında bulunabilir veya taraflar sulh olabilir. Her üç durumda da uzlaştırma mercii bunu tutanağa geçirmekle yükümlüdür. Taraflar, bu tutanağı imzalar ve her bir tarafa tutanağın bir örneği verilir. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 208. maddesinin 2. fıkrası uyarınca uzlaştırma sonunda tutanağa geçirilen kabul, feragat veya sulh kesinleşmiş bir mahkeme kararının sonuçlarını doğurur.

Uzlaştırma sonunda tarafların anlaşamamaları durumundaysa, uzlaştırma mercii tarafların anlaşamadıkları hususunu tutanağa geçirir ve uzlaştırmaya başvuran tarafa dava açma izni verildiğini tutanakta belirtir. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 209. maddesi uyarınca uzlaştırma merciinin dava izni vermesinden sonra üç ay içerisinde³⁴ uzlaştırmaya

³³ Hausheer Heinz/Walter Hans Peter, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Art. 203 ZPO, N. 9.

³⁴ Ancak İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 209. maddesinde öngörülen 3 aylık süre, zorunlu uzlaştırmaya tabi her uyuşmazlık bakımından geçerli değildir. Anılan hükmün 4. fıkrasında konut ve iş yeri kirasına ve hasılat kirasına ilişkin

başvuran tarafın görevli ve yetkili mahkemede dava açması gerekir. Uzlaştırmaya başvuran tarafın bu süre içerisinde dava açmaması durumunda verilen dava izni hükümsüz kalır ve dolayısıyla zorunlu uzlaştırmaya başvurulmasıyla başlayan derdestlik de sona erer³⁵. Davacı bu 3 aylık süreden sonra dava açmak isterse, yeniden bir zorunlu uzlaştırma başvurusu yapmak zorundadır.

bb. Uzlaştırma Merciiinin Hüküm Önerisinde Bulunabileceği Hâller ve Bunun Sonuçları

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 210. maddesinde uzlaştırma merciiinin, Eşit Davranma Kanunu ve kira hukukundan kaynaklı bazı davaların yanı sıra, miktar ve değeri 5.000 İsviçre frangına kadar olan malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda, bir hüküm önerisinde bulunabileceği öngörülmüştür. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu hukukî imkân, uzlaştırma merciiine tanınmış olan bir haktır. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 210. maddesinde sayılan her uyuşmazlık bakımından, uzlaştırma merciiinin bir hüküm önerisinde bulunma zorunluluğu yoktur³⁶. Taraflar, 20 gün içerisinde bu hüküm önerisine itirazda bulunmazlarsa, bunu kabul etmiş sayılır ve söz konusu hüküm önerisi, kesinleşmiş bir mahkeme kararının sonuçlarını doğurur.

Yukarıda da belirtildiği üzere uzlaştırma mercii, hüküm önerisinde bulunduğu durumlarda İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 210. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kısa bir gerekçe yazabilir. Ancak gerekçe yazılması konusunda uzlaştırma merciiinin takdir yetkisi söz konusu olduğundan tarafların, hüküm önerisinin gerekçelendirilmesi gibi bir talepte bulunmalarının herhangi bir etkisi bulunmamaktadır³⁷.

Doktrinde, uzlaştırma merciiine tanınan bu yetki eleştirilmiştir. Öncelikle "hüküm" kavramı ile hâkimin yürütmüş olduğu yargılama fa-

uyuşmazlıklarda dava açma süresinin 30 gün olduğu ayrıca diğer özel sürelerin saklı tutulduğu hükme bağlanmıştır.

³⁵ Gasser/Rickli, Art. 209, N. 6; SK ZPO, Honnegger, Art. 209, N. 13; OFK-ZPO, Möhler, Art. 209, N. 5; BK ZPO, Alvarez/Peter, Art. 209, N. 13.

³⁶ Staehlin/Staehlin/Grolimund, s. 372; SK ZPO, Honnegger, Art. 210, N. 2; OFK-ZPO, Möhler, Art. 210, N. 5; Gasser/Rickli, Art. 210, N. 3.

³⁷ Meier/Schindler, s. 28.

aliyeti sonunda ulaşılan sonucun ifade edildiği gözetildiğinde, “hüküm önerisi” (*Urteilsvorschlag*) kavramının tercih edilmesinin isabetli olmadığı belirtilmiştir. Mahkeme ve mahkemede görev yapan hâkimler ile mahkemede görevli olmayan vatandaşlar arasında bir altlık-üstlük ilişkisi bulunduğu, mahkemelerin ve hâkimlerin yargılama erkinin birer parçası olmaları nedeniyle, mahkemelerce verilen hükümlerin herkes için bağlayıcı olduğu gözetildiğinde, “öneri” gibi bağlayıcılığı olmayan ve tarafların isterlerse uyabilecekleri bir tavsiyeyi çağrıştıran bir ifadenin, hüküm kavramıyla bir araya getirilerek kullanılmasının hatalı olduğu ifade edilmektedir³⁸.

Uzlaştırma merciinin, tarafların itiraz etmemeleri durumunda bağlayıcı ve kesin hüküm gibi sonuç doğuracak bir hüküm önerisinde bulunma yetkisine sahip olmalarına rağmen, bu hüküm önerisini gerekçelendirmek zorunda olmamaları da eleştiriye açık bir durumdur. Zira her ne kadar uzlaştırma mercii, yürürlükteki soyut hukuk normlarının somut olaya uygulanması suretiyle ve tarafların hukukî durumlarına göre mahkeme huzurundaki bir yargılamada olduğu gibi derinlemesine irdelemek ve hüküm önerisini buna göre hazırlamak zorunda olmasa da, hüküm önerisinin sadece hakkaniyet gerekçe gösterilerek hazırlanmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir³⁹. Zira taraflar, hukuk düzeni çerçevesinde geçerli normlara göre haklarında karar verilmesini talep etme hakkına sahip oldukları gibi, bu yönde haklı bir beklentileri de mevcuttur. Dolayısıyla uyuşmazlığa uygulanması gereken ilgili mevzuat hükümlerinden bağımsız şekilde ve sadece hakkaniyete dayalı olarak bir hüküm önerisinde bulunulması mümkün değildir⁴⁰.

³⁸ Fischer/Schneuwly, s. 417.

³⁹ Meier/Schindler, s. 28.

⁴⁰ Tahkim yargılamasında tarafların İsviçre Federal Usûl Kanunu’nun 381. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun (IPRG) 187. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hakem heyetini sadece hakkaniyete göre karar verilmesi yönünde yetkilendirebilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler doğrultusunda uzlaştırma merciinin hakkaniyete göre karar vermesinin ancak tahkim yargılamasına ilişkin bu düzenlemelerin kıyasen uygulanarak, tarafların açık rızasıyla mümkün olabileceği savunulmaktadır (Meier/Schindler (2016), s. 28-29)).

Doktrinde hüküm önerisine ilişkin bu eleştiriler doğrultusunda, bu kurumun daha iyi işleyebilmesi için farklı çözüm önerileri sunulmaktadır. Bir görüşe göre, uzlaştırma mercii'nin hüküm önerisinde bulunmasını seçtiği durumlarda, bu hüküm önerisini gerekçelendirmesi zorunlu tutularak şeffaflığın sağlanması mümkündür⁴¹. Bir başka görüşe göre, uzlaştırma mercii hüküm önerisinde bulunmak istiyorsa, taraflar arasındaki uyuşmazlığı hukukî olarak tüm yönleriyle tahlil edebilecek nitelikte olmalı ve uyuşmazlık konusunda yeterli hukukî bilgiye veya eğitime sahip değilse, hüküm önerisinde bulunmaktan kaçınmalıdır⁴².

Taraflar, hüküm önerisini herhangi bir gerekçe göstermeksizin reddedebilir. Tarafların, hüküm önerisini reddettiklerini uzlaştırma mercii'ne bildirdikten sonra uzlaştırma mercii, uzlaştırmaya başvuran tarafa dava açma izni verir.

cc. Uzlaştırma Mercii'nin Uyuşmazlığı Karara Bağlaması

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 212. maddesi uyarınca uyuşmazlık miktarı 2.000 İsviçre frangına kadar olan uyuşmazlıklarda zorunlu uzlaştırmaya başvuran tarafın talebi üzerine uzlaştırma mercii, uyuşmazlığı karara bağlayabilir. Anılan hükümde uzlaştırma mercii'nin uyuşmazlığı karara "bağlayabileceği" düzenlendiğinden, uzlaştırmaya başvuranın bu yönde bir talebi olsa da, uzlaştırma mercii karar vermek zorunda değildir⁴³.

Uzlaştırma mercii'nin bu talebi kabul etmesi durumunda, uzlaştırma prosedürünün sona erdiğini ve karar yargılamasına geçildiğini taraflara bildirerek, bu durumu tutanağa geçirmesi gerekir. Ayrıca taraflar, karar yargılamasına geçildiği için tüm beyanlarının da tutanağa geçirileceği konusunda aydınlatılır. Uzlaştırma mercii, karar yargılamasında ilk derece mahkemesi gibi hareket eder⁴⁴. Karar yargılamasına geçilmesi, uz-

⁴¹ Fischer/Schneuwly, s. 418; Meier/Schindler, s. 28.

⁴² Meier/Schindler, s. 29. Benzer yönde bkz. Daetwyler/Stalder, s. 101.

⁴³ Brüllhardt Beat, "Inkohärenzen bei Kosten- und Verfahrensfragen vor der paritätischen Schlichtungsbehörde", MP H.1, 2017, s. 6.

⁴⁴ Sunaric, s. 121; SK ZPO, Honnegger, Art. 212, N. 4; OFK-ZPO, Möhler, Art. 212, N. 6. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 135 III 253; BGE 138 III 792.

laştırma merciiinin mutlaka karar vermesini gerektirmez. Uzlaştırma mercii yapılan karar yargılaması sonucunda elde ettiği bilgiler doğrultusunda, hüküm önerisinde bulunabileceği gibi, uzlaştırmaya başvuran tarafa dava izni vererek yargılamayı sona erdirebilir⁴⁵.

6. Uzlaştırma Mercii Kararlarına Karşı Kanun Yolu

Zorunlu uzlaştırmaya karşı başvurulabilecek kanun yolları oldukça sınırlıdır. Zorunlu uzlaştırma; kabul, feragat veya sulh yoluyla sona ermişse, başvurulabilecek yegâne kanun yolunun, İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 328. maddesi uyarınca temyiz kanun yolu olduğu kabul edilmektedir⁴⁶. Başvuranın talebi üzerine karar yargılamasına geçilmiş ve uzlaştırma mercii uyuşmazlığı karara bağlamışsa, uzlaştırma mercii ilk derece mahkemesi gibi hareket etmiş kabul edildiğinden, taraflar İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 319. maddesi uyarınca şikâyet yoluna başvurabilir⁴⁷. Bunun dışında kanun yoluna başvuru imkânı öngörülmemiştir.

C. Sonuç

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 197. ilâ 212. maddeleri arasında zorunlu uzlaştırma kurumu düzenlenmiştir. Hukukumuzda pek çok uyuşmazlık bakımından son yıllarda öngörülen dava şartı arbuluculuğa benzer olarak zorunlu uzlaştırmaya tâbi uyuşmazlıklarda, uzlaştırma merciiine başvurmadan ve zorunlu uzlaştırma süreci tamamlanmadan dava açılması mümkün değildir. Zorunlu uzlaştırma, uzlaştırma mercii tarafından yürütülür. Uzlaştırma mercii hem faaliyetleri hem de personeli bakımından idareden bağımsız niteliği haizdir.

Zorunlu uzlaştırmaya kural olarak tarafların şahsen katılmaları zorunlu tutulmuş, İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 204. maddesinin 3. fıkrasındaki istisnaî hâllerden birisi söz konusu olmadığı takdirde, uzlaştırma görüşmesine katılmayan tarafa idarî para cezası verilmesi mümkün

⁴⁵ Brüllhardt, s. 3.

⁴⁶ Fischer/Schneuwly, s. 420-421.

⁴⁷ BK ZPO, Alvarez/Peter, Art. 212, N. 14; SK ZPO, Honegger, Art. 212, N. 10; OFK-ZPO, Möhler, Art. 212, N. 11.

kılınmıştır. Arabuluculuktan farklı olarak uzlaştırma mercii, tarafların somut uyuşmazlık bakımından hukukî durumlarını gözeterek tarafları ortak bir çözüm noktasında buluşturmaya çalışır.

Uzlaştırma mercii bazı durumlarda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları için “atipik” olarak nitelendirilebilecek bazı yetkiler de tanınmıştır. İsviçre Federal Usûl Kanunu’nun 210. maddesinde uzlaştırma mercii, Eşit Davranma Kanunu ve kira hukukundan kaynaklı bazı davaların yanı sıra dava değeri 5.000 İsviçre frangına kadar olan malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda da, bir hüküm önerisinde bulunma yetkisi verilmiştir. Uzlaştırma mercii, bu yetkisini kullanarak somut uyuşmazlık bakımından bir hüküm önerisinde bulunur ve taraflar bu hüküm önerisine 20 gün içinde itiraz etmezler ise, bu hüküm önerisi taraflar için bağlayıcı hâle gelir. Ayrıca İsviçre Federal Usûl Kanunu’nun 212. maddesi uyarınca uyuşmazlık miktar ve değeri 2.000 İsviçre frangına kadar olan uyuşmazlıklarda zorunlu uzlaştırmaya başvuran tarafın talebi üzerine uzlaştırma mercii, uyuşmazlığı karara bağlayabileceği düzenlenmiştir. Uzlaştırma mercii bu yetkisini kullanır ve karar verirse, ilk derece mahkemesi gibi hareket ettiğinden dolayı, uzlaştırma mercii bu karara karşı şikâyet yoluna başvurulması mümkündür.

ZUSAMMENFASSUNG

In dieser Arbeit befasst sich der Autor mit dem Schlichtungsversuch im schweizerischen Zivilprozessrecht und versucht, einen Überblick über dieses Rechtsinstitut zu verschaffen.

Schlichtungsversuch ist zwischen Art. 197. und 212. der schweizerischen Zivilprozessordnung geregelt. Gemäß Art. 197 der schweizerischen ZPO dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch vor der Schlichtungsbehörde voraus. Dieser Vorschrift kann man entnehmen, dass ein Schlichtungsverfahren zwingend durchzuführen ist, es sei denn, es liegt eine der Ausnahmen des Art. 198 der schweizerischen ZPO vor. Außerdem dürfen Parteien bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens 100 000 Franken auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichten.

Im Art. 201 Abs. 1 der schweizerischen ZPO wird vorgesehen, dass die Schlichtungsbehörde in formloser Verhandlung die Parteien zu versöhnen versucht. Einleitung des Schlichtungsverfahrens erfolgt durch einen entsprechenden Antrag, in dem nur die Gegenpartei, das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen sind. Persönliches Erscheinen der Parteien ist grundsätzlich zwingend. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, den Parteien zu ermöglichen, sich zu ihrer Streitigkeit auszusprechen und dadurch die Streitigkeit beizulegen.

Die Verhandlung hat innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Gesuchs auf Schlichtungsversuch oder des Schriftenwechsels stattzufinden. Grundsätzlich findet nur eine Verhandlung statt, aber wenn der Schlichtungsversuch Erfolg verspricht, ist es möglich, dass mehrere Verhandlungen vereinbart werden. Die Verhandlung ist nicht öffentlich. Dadurch wird versucht, den Parteien die Gelegenheit zu geben, zur Streitigkeit frei auszusprechen, ohne befürchten zu müssen, dass ihre Aussagen später im Prozess verwendet werden. Deshalb ist auch im Art. 205 der schweizerischen ZPO vorgesehen, dass die Aussagen der Parteien nicht protokolliert werden dürfen. Zu protokollieren ist jedoch, Ort und Datum der Verhandlung, anwesende Parteien und begleitende Dritte, Rechtsbegehren und Ergebnis des Schlichtungsversuches.

Durch Schlichtungsversuch kann es zu einer Einigung zwischen den Parteien kommen. Einigen sich die Parteien, hat die Schlichtungsbehörde einen

Vergleich, eine Klageerkennung oder einen Klagerückzug zu Protokoll zu nehmen. Dieses Protokoll wird dann von beiden Parteien unterzeichnet. Jede Partei erhält eine Kopie des Protokolls. Kommt es zu keiner Einigung zwischen den Parteien, hält die Schlichtungsbehörde dies im Protokoll fest und erteilt die Klagebewilligung. Mit der Klagebewilligung kann der Kläger innerhalb von 3 Monaten beim Gericht seine Klage einreichen.

Bei Säumnis der klagenden Partei gilt das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen; das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen. Bei Säumnis der beklagten Partei verfährt die Schlichtungsbehörde, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre. Bei Säumnis beider Parteien wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen.

Im schweizerischen Zivilprozessrecht ist die Schlichtungsbehörde befugt, in im Art. 210 Abs. 1 der schweizerischen ZPO aufgezählten Streitigkeiten einen Urteilsvorschlag zu machen. Dieser Urteilsvorschlag muss nicht begründet werden. Den Parteien ist es grundsätzlich frei, diesen Vorschlag abzulehnen. Jedoch muss man beachten, dass die Ablehnung innerhalb von 20 Tagen ab Eröffnung des Urteilsvorschlags gegenüber der Schlichtungsbehörde zu erklären ist. Sonst wird der Urteilsvorschlag bindend und hat Wirkungen einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung.

Im Art. 212 der schweizerischen ZPO wird geregelt, dass die Schlichtungsbehörde vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 2000 Franken entscheiden kann, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag stellt. Wenn die Schlichtungsbehörde diesen Antrag gutheißt, wird das Schlichtungsverfahren abgeschlossen und dies ist zu protokollieren und den Parteien mitzuteilen. Ab dem Zeitpunkt werden die Aussagen der Parteien protokolliert und die Schlichtungsbehörde fungiert wie die erste Instanz. Gegen die Entscheidung der Schlichtungsbehörde können die Parteien gem. Art. 319 der schweizerischen ZPO Beschwerde einlegen.

KAYNAKÇA

- ATALI M., "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı", MİHDER, C. 1, S. 1, Y. 2005, s. 123-188.
- BOHNET F./DROESE L., Präjudizienbuch Zivilprozessordnung, Bern 2018, Art. 198, N. 1.
- BRÜLLHARDT B., "Inkohärenzen bei Kosten- und Verfahrensfragen vor der paritätischen Schlichtungsbehörde", MP H.1, 2017, s. 1-26.
- DAETWYLER G./STALDER C., Schlichtungsverhandlung bei handelsgerichtlichen Streitigkeiten, SJZ H. 115, 2019, s. 99-110.
- ERK N., Streitbeilegungsmechanismen im Aktionärbindungsvertrag, REPRAX 2017, H. 4, s. 146-182.
- FISCHER K., Vom Friedensrichteramt zur Schlichtungsbehörde, Zürich 2008.
- FISCHER J./SCHNEUWLY A. M., Alternative Dispute Resolution - Verhandlung, Mediation, Schlichtung, Schiedsgerichtsbarkeit, Schiedsgutachten, Hybride ADR-Verfahren, Zürich/St. Gallen 2021.
- GASSER D./RICKLI B., Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- GEHRI M. A./JENT-SØRENSEN I./SARBACH M., Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015 (OFK-ZPO Yazar).
- GIRSBERGER D./PETER J. T., Aussergerichtliche Konfliktlösung. Kommunikation - Konfliktmanagement - Verhandlung - Mediation - Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/Basel/Genf 2019.
- HAUSHEER H./WALTER H. P., Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012 (BK ZPO, Yazar).
- KORBION C., Baurechtsfälle und Schlichtung nach VOB, Freiburg/Berlin/München 2019.
- MEIER I./SCHINDLER R., "Die Schlichtungsbehörde als small-claims court", CIVPRO H. 10, 2016, s. 20-45.
- OBERHAMMER P./DOMEJ T./HAAS U., Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (KUKO ZPO-Yazar).
- PELZER N., Mediation und Schlichtung. Eine systematische Untersuchung auf Grundlage des chinesischen und deutschen Rechts, Heidelberg 2018.

- PFÄNDLER A. M., *Mediation beim Finanzintermediär - eine Alternative zum Gerichtsprozess? Management der Reputationsrisiken von Banken durch aussergerichtliche Verfahren der Streitschlichtung*, Hamburg 2015.
- SCHRANK C., "Grundsatzfragen zum Schlichtungsverfahren - Kompetenzkompetenz, Beteiligung Dritter und Erscheinungspflicht des Gesuchstellers bei angekündigtem Nichterscheinen des Gesuchsgegners?", *Das Schlichtungsverfahren nach ZPO. Praxis und Umsetzung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens in ausgewählten Kantonen, Besonderheiten des Schlichtungsverfahrens im arbeits- und mietrechtlichen Kontext und besondere Entscheidungsverfahren*, Bern 2016, s. 1-18.
- SPÜHLER K./TENCHIO L./INFANGER D., *Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2017 (BSK ZPO, Yazar).
- STAEHLIN A./STAEHLIN D./GROLIMUND P., *Zivilprozessrecht - Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 2. Aufl., Zürich 2013.
- SUNARIC P., *Die richtige Partei im zivilprozessrechtlichen Erkenntnisverfahren. Sachlegitimation - "Klagerecht" - Prozessführungsbefugnis*, Zürich 2018.
- SUTTER-SOMM T., *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich 2017.
- SUTTER-SOMM T./HASENBÖHLER F./LEUENBERGER C., *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich 2016 (SK ZPO-Yazar).
- TSCHUDI M., "Zuständigkeit und Befugnisse der Schlichtungsbehörde - ein Überblick", *MietRecht Aktuell* H. 2, 2006, s. 45-55.
- VOGEL-ETIENNE U./LAUTENBACH-KOCH A., *Mediation in a nutshell*, Zürich/St. Gallen 2014.
- WERMKE C., *Praxishandbuch Mediation*, 3. Aufl., Weil im Schönbuch 2016.
- WINTER Patrick, *Anträge an die Schlichtungsbehörde*, *MP H.* 3, 2013, s. 177-199.

GSM Operatörlerinin Baz İstasyonlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

Gesetzliche Haftung von Mobilfunkanbieter im Zusammenhang mit Basisstationen

Prof. Dr. Zekeriya KURŞAT*
Dr. Öğr. Üyesi M. Tolga ÖZER**
Araş. Gör. Gökçen DOĞAN***

ÖZ

Günümüzde cep telefonları günlük hayatın ve iş hayatının ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir. Cep telefonu kullanımındaki artışla birlikte haberleşmenin kesintisiz ve aksamadan gerçekleşebilmesi için ilgili altyapının sağlanması gerekmektedir. Gereken altyapının sağlanmasına yönelik her geçen gün daha fazla baz istasyonuna ihtiyaç duyulmakta, söz konusu ihtiyaç özellikle kalabalık şehirlerde kurulan baz istasyonu sayısının gün geçtikçe artmasına ve baz istasyonlarının kaçınılmaz olarak yerleşim alanlarına yakın yerlerde kurulmasına sebep olmaktadır. Bu durum ise baz istasyonunun yakınındaki yerleşim yerlerinde yaşayan kişileri tedirgin etmekte ve bu kişiler baz istasyonlarının yaydıkları elektromanyetik dalgalar sebebiyle sağlıklarının tehdit edildiğini öne sürerek baz istasyonlarını işleten GSM operatörlerinin sorumluluklarına başvurumaktadırlar. Yargıtay'ın GSM operatörlerinin sorumluluklarının var olup olmadığına yönelik farklı kararları olduğu gibi sorumluluğun varlığına hükmettiği durumlarda da zaman zaman benzer olaylar bakımından farklı sorumluluk sebeplerine dayandığı görülmektedir. Bu nedenle çalışmamızda baz istasyonlarının işletilmesinden kaynaklı olarak GSM operatörlerinin hukuki sorumluluklarının mevcut olup olmadığı sorusuna cevap aranmıştır. Bu

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (zkursat@gmail.com). ORCID: 0000-0001-5947-3345.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ozert@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-4576-4699.

*** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (g.dogan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-5173-0172.

kapsamda baz istasyonu işletilmesi sonucunda gündeme gelebilecek olan kusursuz sorumluluk halleri incelenmiş ve bunların yanında baz istasyonu işleten GSM operatörlerinin dar anlamda haksız fiil veya sözleşmesel sorumluluğunun doğmasının mümkün olup olmadığı ayrıca ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: baz istasyonu, baz istasyonu işletilmesi, zarar, tazminat, tehlike sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu, taşkın kullanım.

Legal Liability of GSM Operators Arising from The Operation of a Base Station

ABSTRACT

Nowadays, mobile phones are seen as an integral part of both daily and business life. With the increase in the use of mobile phones, it is necessary to provide the relevant infrastructure in order to ensure uninterrupted and punctual communication. There is an increased need for base stations to provide the necessary infrastructure, and this need causes an unavoidable rise of the number of base stations established especially in crowded cities and in areas close to settlements. This situation makes the people living in the settlements near the base station uneasy and these people apply to the responsibilities of the GSM operators, claiming that their health is threatened due to the electromagnetic waves emitted by the base stations. It is seen that the Turkish Court of Appeal has different decisions regarding the existence of liabilities of GSM operators. Whereas there are cases in which it has ruled that there is liability, from time to time it is based on different reasons for the liability of GSM operators in terms of similar events. This study aims to find an answer to the question of whether GSM operators have legal liabilities due to the operation of base stations. In this context, the cases of strict liability that may arise as a result of the operation of the base station are examined and it is also discussed whether it is possible for the GSM operators to have tortious act or contractual liability in the narrow sense.

Keywords: *base station, base station operation, damage, compensation, danger liability, property owner's liability, excessive use*

Giriş

Mobil iletişim araçları hayatımızın vazgeçilmez unsurları haline gelmiştir. Günümüzde insanlar haberleşme ihtiyaçlarının neredeyse tamamını bu cihazlar aracılığıyla karşılamaktadır. Mobil iletişim araçları aracılığıyla gerçekleşen haberleşme ise GSM¹ operatörleri ya da teknik tabirle mobil şebeke işletmecileri² tarafından kurulan baz istasyonları üzerinden yapılmaktadır.

Cep telefonları ve diğer mobil cihazların kullanılmasındaki artışla orantılı olarak baz istasyonu ihtiyacı da artmakta ve yerleşim yerlerindeki binaların çatıları veya yüksek noktaları her geçen gün bu cihazlarla daha çok dolmaktadır. Yerleşim yerlerindeki baz istasyonu sayısının artmasıyla birlikte bunlara ilişkin hukuki uyumsuzlukların sayısında da artış yaşanmıştır. İnsanlar mobil cihazlarını kullanmaya devam etmeyi istemekte ancak kendi yaşam çevrelerinde baz istasyonu bulunmasına şiddetle karşı çıkmaktadır. Yakın çevrelerinde baz istasyonu bulunanlar bunların kaldırılması için ve/veya yakınlarında baz istasyonu inşa edilmesi nedeniyle tazminat talebiyle davalar açmaktadır.

Makalemiz kapsamında cevabını aradığımız soru baz istasyonu işletilmesi nedeniyle özellikle GSM operatörlerinin herhangi bir hukuki sorumluluğunun gündeme gelip gelmeyeceğidir. Bu sorunun cevabının bulunabilmesi için ilk olarak Türk hukukundaki sorumluluk kaynakları genel olarak ele alınacak, bunu takiben baz istasyonu işletilmesinin bu sorumluluk kaynaklarından herhangi birinin kapsamına girip girmediği sorusuna cevap aranacaktır.

¹ GSM, mobil haberleşme için küresel sistem anlamına gelen “Global System for Mobile Communication” ifadesinin kısaltmasıdır.

² 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 3(z) bendi uyarınca işletmeci “Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirket” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım uyarınca elektronik haberleşme alt yapısı niteliğinde olan baz istasyonlarını kuran ve/veya işleten şirketler Kanun kapsamında ‘işletmeci’ sıfatını haizdir.

I. Türk Sorumluluk Hukukunun Genel Yapısı

Türk Hukuku'nda sorumluluk kaynakları "*Borç İlişkisinin Kaynakları*" başlığı altında TBK. m. 1-82 arasında düzenlenmiştir. Kanunda sayılan bu borç kaynakları; sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir. Kanunda öngörülmuş bu üç kaynak dışında farklı hukuki sebeplerin de bir borcun doğmasına sebep olabilmesi mümkündür (örneğin; vekâletsiz iş görmeden doğan borçlar, yakın hısımlar için getirilmiş olan yardım nafakası vb.). Bu nedenle öğretide "diğer sebeplerden doğan borçlar" adı altında bir dördüncü borç kaynağının da bulunduğu kabul edilmektedir³. Konumuz bağlamında ise üzerinde durulması gereken borç kaynakları haksız fiil ve sözleşmelerdir.

Haksız fiilden doğan borç ilişkilerinin iki kısma ayrılması mümkündür. Bunlardan ilki öğretide "dar anlamda haksız fiil" olarak da adlandırılan hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille üçüncü kişiye zarar verilmesi sonucu ortaya çıkan sorumluluktur. Diğeri ise kusursuz sorumluluk halleridir. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde, kişinin davranışında kusurlu hareket ettiği tespit edilmese de hukuk sistemi onu meydana gelen zarar nedeniyle sorumlu tutmuştur. Kusursuz sorumluluk hallerinin kendi içerisinde iki temel türe ayrıldığı söylenebilir⁴. Bunlardan ilki olağan sebep sorumluluğudur. Olağan sebep sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin ortak özelliği, bir özen yükümlülüğü öngörülmuş olması ve bu yükümlülüğün ihlal edilmesi durumunda sorumluluğun doğmasıdır (örneğin; TMK. m. 730 kapsamında taşınmaz malikinin sorumluluğu). Kusursuz sorumluluk türlerinden diğeri ise tehlike sorumluluğudur. Tehlike sorumluluğunun düzenlendiği hallerde kişinin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması veya özen yükümlülüğüne aykırı davranmasına gerek yoktur. Örneğin tehlike arz eden bir işletmenin zarara sebep olması sorumluluğun doğması için yeterlidir (TBK. m. 71 kapsamında doğan sorumluluk).

³ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 36; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 120.

⁴ Vito Roberto, *Haftpflichtrecht*, Stämpfli Verlag, 2013, s. 7-8.

Aşağıda, baz istasyonu işletilmesi sonucunda gündeme gelebilecek olan kusursuz sorumluluk halleri incelenmiş, bunların yanında baz istasyonu işleten GSM operatörlerinin dar anlamda haksız fiil veya sözleşmesel sorumluluğunun doğmasının mümkün olup olmadığı sorusu üzerinde de durulmuştur.

II. Baz İstasyonu İşletmecisi Bakımından Gündeme Gelebilecek Olası Sorumluluk Sebeplerinin Değerlendirilmesi

A) Tehlike Sorumluluğu

1) Genel Olarak

Tehlike sorumluluğu modern çağın, özellikle sanayi ve teknoloji devriminin getirdiği bir sorumluluk türüdür. Bir kimsenin tehlike sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olmasına hatta objektif özen ya da gözetim yükümlülüğüne aykırı davranmasına dahi gerek yoktur⁵. Tehlike sorumluluğunun kabul edildiği hukuk sistemlerinde 'tehlike arz eden işletmeler'in faaliyetleri sonucunda üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararlardan bu işletmelerin sahipleri ve işletenleri, kusurları veya özen eksiklikleri olmasa dahi sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle tehlike sorumluluğu, sorumluluk türlerinin en ağırlı olarak nitelendirilmektedir⁶.

Türk Hukuku'nda geçmiş dönemde bir takım özel faaliyetlere ilişkin tehlike sorumluluğunu düzenleyen farklı kanun hükümleri (örneğin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 2872 sayılı Çevre Kanunu) bulunsa da tehlike sorumluluğu ile ilgili genel bir düzenleme yoktu. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 71. maddesi ile birlikte hukukumuzda ilk defa tehlike sorumluluğu genel bir sorumluluk hükmüyle düzenlenmiştir. TBK. m. 71 f. 1'de "*önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur*". Hükümün 4. fıkrasında ise "*önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin*

⁵ Karl Oftinger/ Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band II/2, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, § 24, n. 13;

⁶ Eren, *Genel Hükümler*, s. 760.

faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler” denilerek, bu sorumluluğun sınırı belirlenmiştir. Öğretide de ifade edildiği üzere, tehlike sorumluluğunun hukuka uygun bir faaliyetten doğması durumunda, mağdurun zararının tamamı tazmin edilmeyecek, sadece fedakârlığın taraflar arasında denkleştirilmesi söz konusu olacaktır⁷.

TBK m. 71 incelendiğinde, tehlike sorumluluğunun doğabilmesinin üç temel şartı bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunlar; bir işletme faaliyetinin bulunması, bu işletmenin önemli ölçüde tehlike arz etmesi ve zararın bu işletmenin faaliyeti sonucunda oluşmasıdır. Baz istasyonlarının tehlike sorumluluğu kapsamına girip girmediği sorusunun cevaplanabilmesi için ilk olarak tehlike sorumluluğuna ilişkin bu şartların incelenmesi yerinde olacaktır.

2) Tehlike Sorumluluğunun Şartları

a) Bir İşletme Faaliyetinin Bulunması

TBK. m. 71’de yer alan “işletme” kavramından ne anlaşılması gerektiği tehlike sorumluluğunun sınırlarının çizilebilmesi için önemlidir. Zira kanun koyucu tehlikeli bir eşya veya alelade bir faaliyet için değil, sadece işletmeler için tehlike sorumluluğunu öngörmüştür. Hukukumuzda işletmeye ilişkin bir tanım “ticari işletme” adı altında TTK. m.

⁷ Mesut Serdar Çekin, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu- Yürürlük Kanunu C. I*, M. 71, N. 60, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019. Maddedeki “denkleştirme” ifadesinin teknik olarak “fedakârlığın denkleştirilmesi” anlamında kullanılmadığının kabulü halinde dahi kanun koyucunun burada bir tazminattan indirim sebebi getirmek istediği yönünde bkz M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 199. TBK m. 71/4 hükmünün fedakârlığın denkleştirilmesinin bir uygulaması olmadığı, tazminat indirimi imkânı veren özel bir düzenleme olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. İlhan Ulusan, *Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 364-368; TBK m. 71/4 hükmünde örtülü boşluk bulunduğu ve hükümde yer alan “zararların uygun bedelle denkleştirilmesi” ibaresinin zararların tazmin edilmesi gerektiği şeklinde anlaşılması ile boşluğun doldurulması gerektiği yönünde bkz. Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 329.

11’de yapılmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca, esnaf faaliyeti için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir getirmeyi amaçlayan, bağımsız ve sürekli her türlü faaliyetin yürütüldüğü işletmeler, ticari işletme olarak isimlendirilmektedir. Ancak öğretideki hâkim görüş, kanun koyucunun tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm koyma iradesini de dikkate alarak, işletme kavramını olabildiğince geniş yorumlamakta ve ticari işletmelerin yanında esnaf işletmeleri ve kamu tüzel kişilerine ait işletmelerin faaliyetleri sonucunda da TBK. m. 71 uyarınca tehlike sorumluluğunun doğabileceğini kabul etmektedir⁸.

İşletme kavramına ilişkin (özellikle baz istasyonlarından doğan sorumluluğu yakından ilgilendiren) bir diğer husus, bu kavramın mekânsal boyutudur. Bir işletmenin, tehlike sorumluluğunun doğması için, gerçekleştirdiği faaliyetin şirket merkezi içerisinde yer almasına gerek yoktur. Mekânsal açıdan da işletme kavramı geniş yorumlanmakta ve tehlike arz eden faaliyetin işletme merkezi dışında bir yerde gerçekleşmesi durumunda da TBK. m. 71 kapsamında tehlike sorumluluğunun söz konusu olabileceği kabul edilmektedir⁹.

b) İşletmenin Faaliyetinin Önemli Ölçüde Tehlike Arz Etmesi

TBK. m. 71 uyarınca her türlü işletme değil, sadece “önemli ölçüde tehlike arz eden” işletmeler tehlike sorumluluğuna tabidir. Diğer bir ifadeyle, tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için işletmenin yürüttüğü faaliyetin, önemli ölçüde tehlikeli olması gerekir.

TBK m. 71 f. 2; *“bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri*

⁸ İşletme kavramını geniş yorumlayan yazarlar için bkz. Mesut Serdar Çekin, *Tehlike Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 202; Senem Saraç, *Türk Borçlar Kanunu’nda Tehlike Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 33-34; Özge Yücel, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 114; Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler*, C. II, s. 194.

⁹ Mesut Serdar Çekin, *Tehlike Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 205-206; Çekin, *İstanbul Şerhi M. 71*, N. 31.

tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır” diyerek, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeden / faaliyetten ne anlaşılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Kanun koyucu TBK m. 71 kapsamında tehlike kavramını, zararın gerçekleşmesindeki sıklık ve ağırlık derecesini temel alarak tanımlamaktadır. Buna göre; bir işletmenin tehlikeli olarak nitelendirilebilmesi için ya bu işletmenin faaliyetleri sırasında her türlü özen gösterilse dahi sık sık zarar doğması ihtimalinin bulunması ya da sık sık zarar doğması ihtimali bulunmasa bile herhangi bir beklenmedik durumda nitelik açısından ağır zararların ortaya çıkma potansiyelinin olması gerekir¹⁰.

Kanun koyucu, TBK m. 71 f. 3'te herhangi bir kanunda tehlike sorumluluğu özel olarak düzenlenmiş olan işletmeleri bu hüküm kapsamı dışında tutmakla birlikte, bu işletmelere benzer tehlikeler arz eden işletmelerin de önemli ölçüde tehlikeli olarak nitelendirileceğini hükme bağlamış ve bir işletmenin önemli ölçüde tehlike arz edip etmediğinin tespitinde kıyasen diğer düzenlemelerden de faydalanılabileceğini açıkça TBK m. 71/f. 3'te belirtmiştir¹¹.

Her ne kadar madde metninde açıkça ifade edilmese de öğretideki bazı yazarlar, zarar doğurma riski bulunan yeni teknolojileri kullanan işletmelerin de TBK. m. 71'in kapsamına girdiğini kabul etmektedir. Öğretide, yeni teknolojilerin beraberinde getirdiği bu risk, gelişim riski olarak isimlendirilmektedir. Yazarlar, yeni teknolojilerin sık sık veya ağır derecede zarara sebep olma ihtimalinin bulunduğu kesin olarak bilinmesede bu tür teknolojileri faaliyetlerinde kullanan işletmelerin de TBK. m. 71 kapsamında sorumlu olmaları gerektiğini savunmaktadır¹². Söz konusu

¹⁰ Otfinger/Stark, *Band II/2*, n. 19 vd.

¹¹ Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler*, C. II, s. 196; Ulusan, s. 363.

¹² 'Gelişim riski' kavramı için bkz. Ergun Özsunay, *Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu* (Amerikan ve Alman Çözümleri ile "Strasbourg Sözleşmesi" ve "AET Yönerge Önerisi"nin Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler ve "Oluşacak Hukukumuz"un Yönlendirilmesine İlişkin Öneriler", *BATİDER*, Haziran 1979, C: X, S: 1, s. 109 vd.; Ayşe Havutcu, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*, Ankara 2005, s. 141 vd.; İsviçre hukukunda bkz. Pierre Widmer, "Produkthaftung - Konzept und Umsetzung", in *Produktsicherheit und Produkthaftung - Neue Herausforderungen*

tartışma cep telefonu hizmeti veren şirketlerin kurdukları baz istasyonlarının TBK. m. 71 kapsamına girip girmeyeceği açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle konu aşağıda “Baz İstasyonlarının Tehlike Sorumluluğu Kapsamına Girip Girmediği Hususu” başlığı altında baz istasyonları özelinde incelenmiştir.

c) İşletmeye Özgü Karakteristik Tehlike ve Zarar Arasında İlliyet Bağı Bulunması

TBK. m. 71 uyarınca işletme sahibi ya da işletenin tehlike sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli olan son şart, işletmenin yürüttüğü faaliyet ve karşı tarafa verilen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Ancak zararın herhangi bir faaliyet değil, işletmenin niteliği gereği tehlike arz eden faaliyeti sonucu meydana gelmesi gerekir¹³.

für schweizerische Unternehmen (Ed.) Walter Fellmann/Andreas Furrer, Stämpfli Verlag AG, 2011, 101-119, s. 112 vd.; TBK m. 71 kapsamına girdiği görüşünde bkz. Refik Korkusuz, “Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenleme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 147, 202; Nurcihan Dalcı, “TBK. Md. 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2014, S: 114, 49-78, s. 76; Çekin, *Tehlike Sorumluluğu*, s. 277; Çekin, *İstanbul Şerhi*, M. 71, N. 23-24 (Çekin, gelişim riskinin tehlike sorumluluğunun kapsamına girebileceğini kabul etmekle birlikte, burada bir dengenin kurulması gerektiğini, her türlü teknolojik gelişmenin tehlike sorumluluğunu doğuracağına söylenmesi durumunda, bunun ilerlemeyi engelleyeceğini ifade etmektedir). Gelişim riskinin TBK m. 71 kapsamına girmeyeceği görüşünde bkz. Erdem Büyüksağış, “Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C: 8, S: 1, 1-19, s. 14; OR 2020 Tasarısı olarak da adlandırılan İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı m. 50 genel tehlike sorumluluğunu öngörmekle birlikte hükmün gerekçesinde gelişim riskinin bu hükmün kapsamı dışında kaldığı belirtilmiştir bkz. Pierre Widmer/Pierre Wessner, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, Erläuternder Bericht, Bern, 2000, s. 137vd..

¹³ Saraç, s. 57 vd.; Yücel, s. 154 vd.; Eren, *Genel Hükümler*, s. 760; Çekin, *İstanbul Şerhi*, M. 71, N. 41-42; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V: 1, 2, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 455-456.

Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında, “tehlike sorumluluğu bir sonuç sorumluluğu değildir. Gerçekten zarar işletmeye özgür bir tehlikeden doğmamış yani araya giren bir başka nedenden dolayı meydana gelmişse, işverenin bu zarardan sorumlu tutulmaması gerekir. Başka bir deyişle işyerinin işletilmesi veya bundan doğan tehlikeler ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa işverenin sorumluluğundan söz edilemez” diyerek, tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için zarar ve işletmenin karakteristik tehlike içeren faaliyeti arasında uygun illiyet bağının bulunması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur¹⁴.

Şu hâlde, bir zarar mevcut olsa bile işletmenin tehlike arz eden karakteristik faaliyetiyle bu zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmaması halinde, tehlike sorumluluğundan söz edilebilmesi mümkün değildir¹⁵. Zarar ile faaliyet arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ispat yükü ise mağdur üzerindedir. Zira Türk hukukunda tehlike sorumluluğunda ispat yükü konusunda genel kuraldan (TMK. m. 6 / TBK. m. 50) sapan herhangi bir düzenleme yoktur¹⁶.

3) Baz İstasyonlarının Tehlike Sorumluluğu Kapsamına Girip Girmedigi Hususu

Baz istasyonu işletenlerin TBK. m. 71 kapsamında tehlike sorumluluklarının bulunup bulunmadığının tespiti için tehlike sorumluluğuna ilişkin şartların baz istasyonları açısından mevcut olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Gelir elde etmek amacıyla baz istasyonları kuran ve işleten firmaların TBK. m. 71 kapsamında “işletme” sıfatını taşıdıklarına kuşku yoktur. Yukarıda da açıkladığımız üzere, TBK. m. 71’de yer alan işletme kav-

¹⁴ Yargıtay 21. HD., E. 2002/7447, K. 2002/8012, 03.10.2002.

¹⁵ Tehlike sorumluluğunda zararın tehlikeli faaliyetten doğmasının yeterli olmadığı; zararın söz konusu tehlikeli faaliyetin tipik riski sonucu ortaya çıkması gerektiği hakkında bkz. Baysal, s. 318; Roland Brehm, “Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht”, *Berner Kommentar*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, 2013, s. 69.

¹⁶ Yücel, s. 218.

ramı mekânsal açıdan geniş yorumlanmakta ve sadece işletmenin merkezindeki değil, işletmenin merkezi dışındaki tesis ve faaliyetlerini de kapsayacak şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle, cep telefonu operatörlerinin coğrafi olarak farklı bölgelerde kurmuş oldukları baz istasyonları da onların işletmesi içerisinde değerlendirilmelidir. Şu hâlde, tehlike sorumluluğunun ilk şartı olan “faaliyetin bir işletme kapsamında gerçekleşmesi” şartı baz istasyonları açısından mevcuttur.

Tehlike sorumluluğu için aranan ikinci şart, işletmenin önemli derecede tehlike arz etmesidir. Bunun için işletmenin faaliyetinin gereken tüm özen gösterilse dahi sıklıkla veya ağır derecede zarar meydana getirme ihtimalinin bulunması gerekir. Baz istasyonlarının yaydığı dalgaların insan sağlığı açısından tehlike oluşturduğu yönünde çeşitli görüşler bulunmakla birlikte, Birleşmiş Milletler Dünya Sağlık Örgütü’nün (WHO) raporları dikkate alındığında en azından çalışmamızı kaleme aldığımız tarih itibarıyla Uluslararası İyonlaştırılmayan Radyasyondan Koruma Komisyonu (ICNIRP)’ nun belirlediği standartlara uygun konumlandırılan baz istasyonlarının yaydığı sinyallerin canlılar açısından tehlike yarattığına ilişkin somut bir veri / kanıt yoktur¹⁷.

¹⁷ Dünya Sağlık Örgütü (WHO), baz istasyonları nedeniyle maruz kalınan radyasyonun, İyonize Olmayan Işımalardan Koruma Komisyonu (International Committee on Nonionizing Radiation Protection-ICNIRP) tarafından belirlenen limit değerlerin altında kaldığını ve bu nedenle insan sağlığını etkilemeyeceğini belirtmiştir (bkz World Health Organization, ‘Electromagnetic Fields and Public Health’ <<https://www.who.int/peh-emf/publications/facts/fs296/en/>> Erişim Tarihi: 8.8.2021. Baz istasyonlarının insan sağlığına etkilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. M. Esin Ocaktan ve Recep Akdur, “Cep Telefonu Teknolojisi ve Sağlık”, *Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi*, 2008, C: 28, S: 1, 58-65, s. 63-65. Tehlike sorumluluğunda ispat yüküne ilişkin olarak Alman Hukuku’nda da söz konusu tehlikeye ilişkin olarak düzenlenen ilgili davranış kurallarına uyulması durumunda -örneğin bu somut olayda baz istasyonlarının güvenlik sertifikasına uygun olarak konumlandırılması- ispat yükünün genel kural kapsamında zarar görende olacağı kabul edildiği hakkında bkz. Christian Katzenmeier, “BGB § 823 Schadensersatzpflicht”, in *Nomos Kommentar* (Ed.) Barbara Dauner-Lieb/Werber Langen, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2021, n. 150vd.

Tehlike sorumluluğu bakımından işletmeler için aranan “önemli ölçüde tehlike arz etme” şartının somut olaylar bakımından gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde idari organlar tarafından farklı sektörlerde çeşitli faaliyetler için kullanılan tehlikelilik ölçütlerinden yararlanılabılır¹⁸. Ülkemizde de Elektronik Haberleşme Kanunu m. 37/f. 4 uyarınca Elektronik Haberleşme Cihazları Güvenlik Sertifikası Yönetmeliği’nde belirlenen güvenlik mesafesine ve limit değerlere uygun bulunan baz istasyonları Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından düzenlenen güvenlik sertifikasını müteakiben kurulup faaliyete geçmektedir. Söz konusu yönetmeliğin 16. maddesinde ise limit değer belirlenmesinde (çevre hukukuna hâkim olan ihtiyatlılık ilkesi¹⁹ gereğince) Dünya Sağlık Örgütü ile ICNIRP’nin belirlediği limit değerlerin altında bir limit değeri belirlenmiştir.

Bu durumda, mevcut düzenlemelere uygun konumlandırılarak güvenlik sertifikası alan baz istasyonlarının üçüncü kişilere zarar verdiğine dair tam olarak kabul görmüş herhangi bir veri bulunmadığından bu cihazlar aracılığıyla gerçekleştirilen faaliyetin sıklıkla veya ağır derecede zarara sebep olduğunun söylenebilmesi fikrimizce mümkün değildir. Bununla birlikte, gelecekte baz istasyonlarının insan sağlığı açısından zararlı olduğunun bilimsel olarak kanıtlandığı bir ihtimalde tehlike sorumluluğu için aranan bu şartın da mevcut olduğu kabul edilebilecektir.

Baz istasyonlarının zarar oluşturduğu her ne kadar somut verilerle kanıtlanamamış olsa da burada bir gelişim riskinin mevcut olup olmadığı ve bu bağlamda baz istasyonu işletmecilerinin TBK. m. 71 kapsamında sorumluluklarının bulunup bulunmadığı cevaplanması gereken bir diğer sorudur. Gelişim riskini tehlike sorumluluğunun kapsamına sokan yazarlar dahi her yeni teknolojinin “tehlikeli” olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını, bunun toplumun gelişimini olumsuz yönde

¹⁸ Büyüksağış, s. 11-12.

¹⁹ İhtiyatlılık ilkesi, henüz mevcut bilimsel olanaklarla tespit edilemediği halde ileride olası zararlarının belirlenmesi muhtemel olabilecek olayların tehlikelerine karşı korunmak amacıyla önlem alınması anlamına gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kadir Can Özel, “Hukuki Boyutuyla Baz İstasyonları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2018, s. 21 vd.

etkileyeceğini açıkça ifade etmektedir. Yazarlara göre gelişim riskinin tehlike sorumluluğu kapsamına sokulabilmesi için dikkate alınması gereken somut bir riskin bulunması gereklidir. Bu da ancak alanında otorite olan kişi veya kurumların dikkate alınır nitelikte çalışmaları sonucunda, bu teknolojilerin risk içerdiklerinin açıkça ortaya konması ihtimalinde mümkündür²⁰.

Baz istasyonları açısından konuya yaklaşıldığında ise Dünya Sağlık Örgütü gibi bütün dünyada konusunda otorite sayılmış olan bir kurumun baz istasyonlarının sağlık için risk taşıdığına dair herhangi bir bulgusunun olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple, baz istasyonu teknolojisinin sağlık açısından tehlike arz ettiğine ilişkin kanıtların ortaya konduğu döneme kadar baz istasyonları açısından TBK. m. 71 kapsamına girebilecek bir gelişim riskinin de bulunmadığı söylenebilir.

Tehlike sorumluluğu için gerekli olan son şart, işletmeye özgü karakteristik tehlike ve zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, baz istasyonlarının yaydığı sinyallerin zararlı olduğuna dair kesin bir bulgu yoktur. Sadece tehlike sorumluluğunun değil, genel sorumluluk hukukunun temel kaidesi ise sorumluluğun doğabilmesi için zararın oluşması ve ispatlanmasıdır. Şu hâlde, ortada ispatlanmış herhangi bir zarar yoksa işletmenin faaliyeti ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu söylenmesi zaten mümkün değildir.

Görüldüğü üzere; baz istasyonlarını kuran operatörler her ne kadar TBK. m. 71 kapsamında işletme olarak kabul edilebilecek olsalar da günümüzde öngörülen kurallara uygun olarak kurulan baz istasyonlarının insan sağlığı için tehlike arz ettiğine yönelik bir somut veri bulunmadığından, ortada “önemli derecede tehlike arz eden” bir faaliyet yoktur. Bu nedenle, baz istasyonlarını işletenlerin TBK. m. 71 kapsamında tehlike sorumluluğunun bulunduğu söylenmesi fikrimizce mümkün değildir²¹.

²⁰ Çekin, *Tehlike Sorumluluğu*, s. 177; Çekin, *İstanbul Şerhi*, M. 71, N. 23-24.

²¹ Aksi görüşte bkz. Refik Korkusuz/Halit Korkusuz, “Baz İstasyonlarının Yaydığı Elektromanyetik Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C: 1, S: 1, 105-126, s. 115 vd.;

Yargıtay'ın ise geçmiş tarihli bazı kararlarında baz istasyonlarını herhangi somut bir gerekçe göstermeksizin tehlike sorumluluğu kapsamına soktuğu görülmektedir. Örneğin yüksek mahkeme bir kararında; *"...bu sorumluluğu kusura dayanmayan tehlike sorumluluğu olarak da kabul etmek gerekir. Bu özelliği itibariyle tesisi kullanan ve onu işletenin yüksek özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde en küçük bir özensizliğin maddi değerlerle ölçülemeyecek kadar ağır sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Bunun için zarar görenin zararını değil, tesis ve işletme sahibinin tesisin işletilmesinden dolayı kişilere, bu bağlamda çevreye bir zarar vermediği ve herhangi olumsuz bir sonuç yaratmadığının kanıtlanması gerekir"* diyerek sorumluluk hukukunun temel kaideleriyle bağdaşmayan birtakım tespitlerde bulunmuştur²².

Mahkeme söz konusu kararında tehlike ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk haliyle, özen sorumluluğunu birbirine karıştırmaktadır. Zira tehlike sorumluluğu zaten bütün özenin gösterilmesi halinde dahi sıklıkla veya ağır derecede zarar oluşması ihtimali bulunan faaliyetler için uygulama alanı bulur²³. Baz istasyonlarının ise zarar tehlikesi taşıdığına dair bilimsel bulguların bulunmadığı yukarıda ifade edilmiştir²⁴. Mahke-

Baz istasyonlarının yarattığı insan sağlığı üzerinde yarattığı olumsuzlukların uzun vadede kesin olarak tespit edilmesi durumunda, baz istasyonu işletilmesinin TBK m. 71 kapsamında işletenin tehlike sorumluluğunu doğuracağı yönünde bkz. Saraç, s. 110; Baz istasyonları her ne kadar mevzuata uygun olarak kurulup faaliyet gösterse de işletilmesi dolayısıyla meydana gelen zararların TBK m. 71/f. 4 kapsamında tazmin edilmesi gerektiği yönünde bkz. Ferhat Canbolat ve Ayça Zorluoğlu Yılmaz, "Baz İstasyonlarının Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği", *TAAD*, Nisan 2020, Y: 11, S: 42, 409- 448, s. 433.

²² Karar metni için bkz Yargıtay 4. HD., E. 2004/2954, K. 2004/10516, 27.09.2004. Benzer yönde başka bir karar için bkz Yargıtay 4. HD., E. 2007/12688, K. 2008/11813, 14.10.2008. Yapılan bilimsel araştırmaların her geçen gün elektromanyetik ışınların insan sağlığına zararlı yönlerini ortaya koyduğu göz önünde bulundurulduğunda ispat yükünün zarar görende olmaması gerektiği yönünde bkz. Bernd Irmfried Budzinski ve Hans-Peter Hutter, "Mobilfunk-schäden Ansichtssache?" *NVwZ* (2014), 418-422, s. 419.

²³ Benzer bir yorum için bkz. Çekin, *Tehlike Sorumluluğu*, s. 63.

²⁴ Yargıtay'ın söz konusu kararında izlediği yöntemin hatalı olduğu, benzer bir faaliyet ilişkin özel bir düzenlemeye atıf yapmadan veya gerekçe göstermeden

menin yaptığı diğer bir hata ise zarar görenin bu zararını ispat etmesine gerek olmadığına ilişkin tespittir. Kusursuz sorumluluk hallerinde zararın saptanmasına ve tazminatın belirlenmesine ilişkin aksine bir düzenleme bulunmadıkça, Türk Borçlar Kanunu'nun kusura dayanan sorumluluk hükümleri (TBK. m. 50-58) uygulama alanı bulacaktır²⁵. Kanunumuzda tehlike sorumluluğunda zararın ispatına ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK. m. 50 f. 1'de ise zarar görenin, zararını ispatla yükümlü olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu durumda, mahkemenin zarar görenin, bunu ispatla yükümlü olmadığı, aksine baz istasyonu işletmecisinin zarar olmadığını ispatla yükümlü olduğu yönündeki görüşünün kabulü hukuken mümkün değildir.

Yargıtay baz istasyonlarına ilişkin yeni tarihli kararlarında eski görüşünden dönmüş ve BTK tarafından belirlenen limit değerlere uygun olarak kurulan baz istasyonlarını tehlike sorumluluğu kapsamında görmemiştir. Mahkeme bir kararında; "*davanın kabul edilebilmesi için öncelikle baz istasyonunun yönetmelikte belirtilen limit değerlere uygun bulunmadığı ve sağlığa zarar verdiğiine dair iddiaların kanıtlanması gerekir*" diyerek, işletmelerin sorumlu tutulabilmesi için hem baz istasyonlarının yaymış olduğu ışınların yönetmelikte belirtilen sınırları aştığının hem de bu tesislerin sağlığa zararlı olduklarının ispatlanması gerektiğini hükme bağlamıştır²⁶.

baz istasyonlarının tehlikeli işletmeler olduğu sonucuna varılmasının metodolojik açıdan isabetsiz olduğu yönünde Çekin, *Tehlike Sorumluluğu*, s. 64.

²⁵ Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler*, C. II, s. 139; Tehlike sorumluluğunda ispat yüküne ilişkin olarak Alman Hukuku'nda da söz konusu tehlikeye ilişkin olarak düzenlenen ilgili davranış kurallarına uyulması durumunda -örneğin bu somut olayda baz istasyonlarının güvenlik sertifikasına uygun olarak konumlandırılması- ispat yükünün genel kural kapsamında zarar görende olacağı kabul edildiği hakkında bkz. Christian Katzenmeier, "BGB § 823 Schadensersatzpflicht", *Nomos Kommentar* (Ed.) Barbara Dauner-Lieb/Werber Langen, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2021, n. 150vd.

²⁶ Karar metni için bkz. Yargıtay 14. HD., E. 2015/6052, K. 2018/2960, 14.02.2018. Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay 14. HD., E. 2015/9990, K. 2018/1854, 12.03.2018; Yargıtay 14. HD., E. 2015/8245, K. 2018/1151, 19.02.2018; Yargıtay 14. HD., E. 2015/3961, K. 2017/5906, 19.09.2017; Yargıtay 4. HD., E. 2017/1147, K. 2017/1452, 07.03.2017; Yargıtay 14. HD., E. 2014/16483, K. 2016/3420, 21.03.2016; Yargıtay 14 HD., E. 2015/9990, K. 2018/1854, 14.03.2018.

Şu hâlde, mevcut Yargıtay uygulamasının baz istasyonlarının peşinen tehlikeli işletme olarak kabul etmediği sonucuna varılmaktadır.

B) Komşuluk Hukukundan Doğan Sorumluluk

1) Genel Olarak

Medeni Kanun'un "Komşu Hakkı" üst başlığını taşıyan 737. maddesi uyarınca; *"herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır"*.

Hükümden anlaşıldığı üzere, TMK. m. 737, bir kimsenin taşınmazını kullanırken ve özellikle taşınmazı üzerinde herhangi bir işletme faaliyetini sürdürürken komşusuna zarar verecek taşkınlıklarda bulunmasını yasaklamaktadır. Malikin sorumlu tutulabilmesi için taşkınlığın kusurlu bir fiil sonucu meydana gelmesine ise gerek yoktur²⁷.

Kural olarak hiç kimse, maliki olduğu taşınmazı tahsis amacına uygun olarak kullanmaktan alıkonamaz. Bunun sonucu olarak, bir kimse komşu taşınmazda yürütülen işletme faaliyetinin çevresel vb. etkilerine komşuluğun gereği olarak katlanmak durumundadır. Ne var ki kanun koyucu taşınmaz malikinin, komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan taşkınlıklarda bulunmasını yasaklamış ve bu sayede komşular arasında yaşanabilecek olası çıkar çatışmalarını önlemeyi ve aralarında bir denge kurmayı amaçlamıştır. Bir "taşkınlık" durumda komşusunun taşınmazı kullanması nedeniyle zarar gören malik, olağan kullanımı aşan bu taşkınlığı ispatlaması halinde 730. maddede yer alan eski hale getirme, tehlikenin giderilmesi ve zararın tazminine ilişkin davalardan istediğini açabilecektir.

Kanunda, birtakım örnekler sayılmakla birlikte, taşkınlığın nitelik

²⁷ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22. Bası, Filiz Kitabevi, 2020, s. 649, dn. 1263'teki karar bkz. Yargıtay 4. HD., 9016/4511, 3.4.1979.

ve kapsamının nasıl belirleneceğine ilişkin genel bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle somut olayda taşkınlık seviyesinde bir kullanım bulunup bulunmadığının nasıl belirleneceği soru işareti yaratmaktadır. Sosyal hayatta her davranış bir şekilde başkalarını rahatsız edebilir. Bu rahatsızlıkların tamamının önlenmesi elbette ki mümkün değildir. Bu nedenle taşkınlık kavramının sınırlarının çizilmesi gereklidir. Bu amaçla doktrinde ve uygulamada taşkınlık, *“taşınmazın yeri, niteliği ve yöresel örf ve âdet kuralları gereğince, komşuların birbirine göstermekle yükümlü oldukları tahammülü aşacak biçimde; etkilerini komşu taşınmazlar üzerinde gösteren fiiller”* olarak tanımlanmakta ve sınırlanmaktadır²⁸.

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi de konuya ilişkin bir kararında; *“mahkemece yapılacak araştırmalarda somut olayın özelliği, komşu taşınmazların yerleri, nitelikleri, konumları, kullanma amaçları göz önünde tutularak, normal bir insanın hoşgörüsü ve tahammül sınırlarını aşan bir elatmanın bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Davacının sübjektif ve aşırı duyarlılığıyla değil, objektif her normal insanın duyarlılığına göre elatmaya katlanıp kazanamayacağı araştırılmalı; sonuçta katlanılabilir, hoşgörü sınırlarını aşan bir zarar veya elatmanın varlığı tespit edildiği takdirde mülkiyet hakkının taşkın olarak kullanıldığı sonucuna varılmalıdır”* diyerek, somut bir hukukî ilişkide taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkının sınırlarının aşılmadığı tespit edilirken, taşınmazın bulunduğu yerin niteliği, tahsis amacı ve yerel âdetin de dikkate alınması gerektiğini, davacının öznel duyarlılığının dikkate alınamayacağını vurgulamıştır²⁹.

Taşınmaz malikinin, yukarıdaki kriterler dikkate alındığında, TMK. m. 737'deki yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılması durumunda, mevcut taşkınlığı gidermesi ve doğmuş olan zararı tazmin etmesi gerekir (TMK. m. 730). Hâkim, taşkınlığın katlanılabilir sınıra indirilmesi

²⁸ Ulusan, s. 173 vd.; Halûk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1981, s. 196-197; Aydın Zevkliler, *İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s. 120; Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir, s. 644.

²⁹ Yargıtay 14 HD., E. 2014/9173, K. 2015/1846, 23.02.2015. Benzer yönde bir başka karar için bkz. Yargıtay 14 HD., E. 2004/4238, K. 2004/6774, 11.10.2004; Yargıtay 14 HD., E. 2004/2, K. 2004/555, 26.01.2004.

için hangi tedbirlerin alınması gerektiğine karar verecektir. Ancak, Yargıtay'ın da bir kararında belirtmiş olduğu gibi bu tedbirler belirlenirken "mülkiyet hakkının kullanılmasını engelleyecek, sosyal ve ekonomik çıkarların tümü ile ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde hüküm kurulması doğru değildir"³⁰. Özellikle farklı yollarla zararın ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu hallerde, bir işletmenin faaliyetinin tamamen yasaklanması TMK. m. 737'nin amacını aşmaktadır³¹. Hâkim kararını verirken somut olayın şartlarını gözeterek taraflar arasındaki çıkar dengesini sağlamalıdır.

2) Baz İstasyonlarının TMK. m. 737'den Doğan Sorumluluğun Kapsamına Girip Girmediği Hususu

Baz istasyonu işletmecisi olan operatörlerin TMK. m. 737 kapsamında sorumlu olup olmadıklarının tespiti için araştırılması gereken ilk husus, bu firmaların baz istasyonunun kurulduğu taşınmazın maliki olup olmadığıdır. Zira TMK. m. 737 açıkça taşınmaz maliklerini, taşınmazın kullanılmasındaki taşkınlıklardan sorumlu tutmuştur. Ancak doktrindeki ve uygulamadaki genel kabul, taşınmaz maliklerinin yanında bir taşınmazı sınırlı aynî hakka dayanarak kullanan kimselerinde de TMK. m. 737 uyarınca sorumlu olacağı yönündedir³². Taşınmazın örneğin bir intifa hakkına dayanılarak kullanılması durumunda, intifa hakkı sahibi de taşınmazın taşkın kullanımından sorumlu olacaktır.

Taşınmazı bir kişisel hakka (örneğin; kira sözleşmesine) dayanarak kullanan kişilerin, TMK m. 737 kapsamında sorumlu olup olmayacakları ise tartışmalıdır. Öğretideki ve uygulamadaki hâkim fikir, sadece kira sözleşmesine veya herhangi bir kişisel hakka dayanarak taşınmazı kullanan kişilerin, kullanımdaki taşkınlıktan sorumlu olmayacaklarıdır³³.

³⁰ Yargıtay 14 HD, E. 2004/2, K. 2004/555 T. 26.01.2004.

³¹ Bu yönde kararlar için bkz. Yargıtay 1 HD., E. 1977/10771, K. 1977/10676, 21.10.1977; Yargıtay 14 HD., E. 2007/16253, K. 2008/359, 25.01.2008.

³² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 685; Hasan Petek, *Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, 2005, s. 374 vd. Yargıtay'ın bu yönde kararları için bkz Yargıtay 4 HD., 12889/3654, 20.03.1980; Yargıtay 1 HD., 559/5379, 20.04.1981.

³³ Jale Akipek, *Gayrimenkul Malikinin Mesuliyetinin Hukukî Neticeleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1955, s. 52; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*,

Bu durumda kişisel hak sahibinin taşkınlıklarından, taşınmazın maliki sorumlu tutulacaktır. Şu hâlde, baz istasyonu işletmecisi olan operatörlerin, baz istasyonunun bulunduğu taşınmazın maliki olmadıkları veya bu taşınmazı sınırlı bir aynî hakka dayanarak kullanmadıkları hallerde, üçüncü kişilerin TMK. m. 737 uyarınca onlardan doğrudan bir talepte bulunmaları mümkün değildir. Örneğin; baz istasyonunun bulunduğu taşınmazın kira sözleşmesi ile kullanıldığı hallerde, taşınmazın komşularının operatörden doğrudan tazminat talebinde bulunmaları veya baz istasyonunun kaldırmasını istemeleri mümkün olmayacaktır. Bu taleplerin muhatabı taşınmazın maliki veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak sahibi olan kişilerdir³⁴.

TMK. m. 737 uyarınca GSM operatörlerinden talepte bulunabilmesi için gerekli olan diğer bir şart, taşınmaz üzerine baz istasyonu kurulmasının taşınmazın taşkın kullanımı olarak nitelendirilebilmesidir. Bu bağlamda, baz istasyonlarının kanunda ve yönetmelikte belirtilen sınırlamalara aykırı olarak kurulması durumunda, bunun bir taşkın kullanım oluşturacağı söylenebilir. Ancak cevaplanması gereken asıl soru düzenlemelere uygun kurulan baz istasyonlarının taşkın kullanım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir³⁵.

4. Bası, Yetkin Yayınları, 2011, s. 472; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri*, Filiz Kitabevi, 1988, s. 128.

³⁴ Baz istasyonu işletmecisi ile aralarındaki uzun süreli kira sözleşmesine 'kiraya veren' sıfatıyla taraf olan taşınmaz malikine, baz istasyonlarına ilişkin mevzuatta belirlenen limit değerlerin değişmesi veya baz istasyonu bulunan taşınmazda kiracı sıfatıyla yaşayan kişilerin sağlıklarının bu sebeple tehdit edildiğini ispatlamaları gibi olağanüstü durumlarda aralarındaki sözleşmeyi fesih hakkı tanınmış sayılması gerektiği yönünde bkz. Norbert Eisenschmid, "BGB § 535 Inhalt und Hauptpflichten des Mietvertrags" in Schmidt-Futterer, *Mietrecht Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts*, 14. Auflage, C.H. Beck, 2019, n. 456.

³⁵ Komşuluk hukuku bağlamında açılan bir dava sonucunda verilen *Jakobuskirche* kararında Federal Mahkeme psikiyatri kliniği sahibinin 100 metre yanındaki kilisenin üzerinde bulunan baz istasyonunun insan sağlığını somut olarak tehdit ettiğini öne sürerek kaldırılması talebiyle açtığı ve yerel mahkemenin reddettiği kararı onamıştır. Federal Mahkeme kararında baz istasyonunun me-

Kanun koyucu taşınmazın durumu, niteliği, yerel adet dikkete alındığında hoş görülebilecek dereceyi aşan ve komşular üzerinde olumsuz etki doğuran kullanımların taşkın kullanım oluşturacağını hükme bağlamıştır. Mevcut düzenlemere uygun olarak kurulan baz istasyonlarının insan sağlığı açısından zarara neden olduğuna dair kesin bulguların bulunmadığına yukarıda değinilmiştir. Bununla birlikte söz konusu tesislerin çalışırken gürültü vb. olumsuz durumlar yaratması veya duyarlı kişiler açısından olumsuz psikolojik etkilerinin olması ihtimali³⁶ bulunmaktadır. Bu gibi ihtimallerde baz istasyonu işletilmesinin taşınmazın taşkın kullanımını oluşturup oluşturmayacağını tespitinde dikkat edilmesi gereken nokta cihazın konumlandırıldığı taşınmazın durumu, niteliği ve yerel adettir. Bu bağlamda taşınmazın bulunduğu yer, orada yürütülen faaliyetin taşkınlık olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığının tespitinde önem arz etmektedir. Örneğin İsviçre’de taşınmaz mülkiyetinin sınırlarının aşılıp aşılmadığına ilişkin bir uyuşmazlıkta İsviçre Federal Mahkemesi normal şartlar altında sınırın aşılması sonucunu doğuracak bir fiilin, taşınmazın şehir dışında bulunması nedeniyle bu kapsamda

vzuata uygun limit değerlerde faaliyet göstermesi durumunda yayılan elektromanyetik dalgaların insan sağlığı açısından önemsiz olduğu yönünde bir karine teşkil ettiğini, zira mevzuatta yer alan ilgili değerlerin söz konusu elektromanyetik dalgaların insan sağlığına etkileri dikkate alınarak belirlendiği ve baz istasyonunun limit değerlere uygun faaliyet göstermesine rağmen sağlığa zararlı olduğunu ileri süren tarafın bu iddiasını bilimsel verilerle kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz BGH V ZR 217/03.

³⁶ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi de baz istasyonlarına ilişkin bir kararında, “[...]yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda davaya konu baz istasyonunun ilgili yönetmelikte belirtilen güvenlik mesafesine uygun olarak çalıştığı ve yönetmelikle belirlenen limit değerlerin altında faaliyet gösterdiği belirtildiğinden mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yönetmelik hükümlerine aykırı şekilde psikolojik danışman bilirkişinin raporundaki görüşlere yanlış anlam verilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir[...].” denilerek, zarar tehlikesi olduğuna dair somut veri olmadan, sadece davacının öznel duyarlılığı nedeniyle baz istasyonundan psikolojik olarak kötü etkilenmesi sebebiyle bu tesislerin kaldırılmasına karar verilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Karar metni için bkz. Yargıtay 14. HD., 10238/10608, 19.11.2015. Yargıtay’ın aksi yönde daha eski tarihli bir kararı için bkz Yargıtay HGK., E. 2012/4-575, K. 2013/249, 20.02.2013.

değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır³⁷. Benzer şekilde, şehir dışında yer alan bir taşınmaz açısından taşkınlık oluşturabilecek bir faaliyetin, şehir içerisindeki bir taşınmaz açısından taşkınlık oluşturmaması mümkündür.

Baz istasyonları açısından konuya yaklaşıldığında ise bu cihazların işlevlerini yerine getirebilmeleri için cep telefonu kullanımının yoğun olduğu yerleşim bölgelerinde kurulması gerektiği yukarıda tespit edilmiştir. Aksi halde, günlük yaşamımızın ayrılmaz bir parçası haline gelen cep telefonlarının veya GSM operatörlerinin servis sağladığı tablet vb. cihazların kullanılması mümkün olmayacaktır. Cep telefonları ve GSM operatörlerinin servis sağladığı akıllı cihazlar ise günümüzde insanların birbirleriyle iletişim kurarken en fazla kullandıkları aygıtlardır. İletişim hakkının, her insanın sahip olması gereken temel bir insan hakkı olduğuna ise kuşku yoktur³⁸. Diğer bir ifadeyle şehir hayatı içerisinde baz istasyonlarının bulunması gerektiği, baz istasyonlarının artık şehir hayatının ayrılmaz bir parçası olduğu açıktır³⁹. Bu nedenle şehir içerisinde yaşayan bir kimsenin de yakınındaki bir binada veya arazide baz istasyonu olabileceği ihtimalini öngörmesi gerekir. Buradan hareketle bir taşınmaz üzerine kanuni sınırlamalara uygun olarak bir baz istasyonu kurulmasının taşınmazın taşkın kullanımını oluşturmayacağı söylenebilir. Zira toplum içinde yaşamının getirdiği bazı sıkıntılara komşuların katlanması gerekmektedir⁴⁰.

Yargıtay'da konuyu ele aldığı bir kararında fikrini şu şekilde ifade etmiştir:

“Ulaşılan son teknolojik gelişmelere göre, telefonla haberleşme ve iletişimin sağlıklı ve verimli olarak gerçekleştirilebilmesi için baz istasyonlarının bal

³⁷ Mahkeme söz konusu kararında, şehir dışındaki bölgelerde domuz yetiştirilmesinin ve mezbaa kurulmasının taşınmazın taşkın kullanımı olarak yorumlanamayacağına hükmetmiştir. Karar metni için bkz SJZ 1957 (53).

³⁸ Bu yönde bir inceleme için bkz A. Fulya Şen ve Y. Furkan Şen, “Sosyal Medya, İletişim Hakkı ve İfade Özgürlüğü”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2015, C: 17, S:2, 122-136, s. 127 vd.

³⁹ Baz istasyonlarının şehir merkezlerinde kurulması gerektiği yönünde bkz Özel, s. 14-15.

⁴⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin benzer yönde bir kararı için bkz BGE 119 II 411.

peteği benzeri hücresel bir yapıda ve her bir peteğin içinde de en az bir baz istasyonu bulunacak şekilde kurulması zorunludur. Her bir istasyon kapasitesi itibarıyla belirli sayıda abonenin haberleşmesini sağlayabileceğinden nüfusun yoğun olduğu yerleşim merkezlerinde daha çok sayıda baz istasyonu kurulması gerekmektedir. Şehirlerin dışına çıkartılmaları halinde hücresel yapı bozulacağından haberleşme ve iletişimin sağlanabilmesi için gerek baz istasyonlarından abonelere gerekse abonelerden baz istasyonlarına karşılıklı olarak gereğinden çok yüksek elektromanyetik dalgalar gönderilmek zorunda kalınacak, toplum sağlığı olumsuz yönde etkilenecektir... Komşuluk hukukundan kaynaklanan hallerde elatmanın önlenmesi davası açılabilmesi için, kural olarak bir zararın doğmuş olması gerekir. Ancak, istisnaî durumlarda, henüz zarar meydana gelmese dahi, yakın gelecekte zarar doğacağı pek muhtemel veya muhakkak ise bu hak kullanılabilir. Bu nedenle baz istasyonlarının uzun vadede sağlığa zarar vereceği/verebileceği, baz istasyonlarından psikolojik olarak etkilenildiği/etkilenileceği vs. şeklindeki kanıtlanması mümkün olmayan soyut iddialarla açılan davaların dinlenmesi mümkün değildir. Dairemizin yukarıda belirtilen ilkeleri doğrultusunda dava konusu baz istasyonunun bahsi geçen Yönetmelikte belirtilen limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun olup olmadığı, davacının sağlığına zarar verip vermediği konusunda tarafların göstermiş oldukları deliller toplanıp, Yönetmelik ve Tebliğname hükümleri dikkate alınarak belirlenecek uzman bilirkişiler marifetiyle keşif yapılarak alınacak bilirkişi raporları ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.⁴¹

Karardan da anlaşıldığı üzere yüksek mahkeme de baz istasyonlarının şehir içerisinde yer alması gereken cihazlar olduğunu ve somut bir tehlike olmadan TMK. m. 737 uyarınca bu cihazlara ilişkin olarak ta-

⁴¹ Yargıtay 14 HD., E. 2016/16860, K. 2019/3441, 16.04.2019. Yargıtay'ın benzer yönde kararları için bkz. Yargıtay 14 HD., E. 2016/16669, K. 2019/2852, 28.03.2019; Yargıtay 14 HD., E. 2016/13640, K. 2019/4949, 29.05.2019; Yargıtay 14 HD., E. 2016/16669, K. 2019/2852, 28.03.2019; Yargıtay 14 HD., E. 2016/10487, K. 2019/3252, 09.04.2019; Yargıtay 14 HD., E. 2016/16669, K. 2019/2852, 28.03.2019; Yargıtay 14 HD., E. 2016/6469, K. 2018/6698, 15.10.2018. Yargıtay bu kararlarında baz istasyonlarının yönetmelikte belirlenen değerlere ve güvenlik mesafelerine uygun olarak kurulup kurulmadığına ilişkin olarak ancak ilgili yönetmelik ve tebliğname uyarınca ölçüm sertifikası almış bilirkişilerce rapor alınarak, karar verilebileceğini de belirtmektedir.

lepte bulunulmayacağını belirtmiş ve ancak kanunda belirlenen sınırlamalara aykırı istasyonların bu bağlamda değerlendirilebileceği sonucuna varmıştır.

C) Yapı Malikinin Sorumluluğu

1) Genel Olarak

Türk hukukunda kabul edilen diğer bir kusursuz sorumluluk türü, yapı malikinin sorumluluğudur. TBK. m. 69 uyarınca; “(1) Bir binanın veya diğer yapı eserlerini maliki, bunların yapımındaki veya bakımındaki eksiklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. (2) İntifa ve oturma hakkı sahipleri de binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan malikle birlikte müteselsilen sorumludur”. Düzenleme, bir binadan veya yapıdan en üst düzeyde yararlanan kişinin, bunların yapımındaki veya bakımındaki eksikliklerden sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Sorumluluğun doğması için kusur şartı gerekmediği gibi gerekli tedbirlerin alındığı ve özenin gösterildiğinin ispat edilmesiyle bu sorumluluktan kurtulmak da mümkün değildir.

Bina ve diğer yapı kapsamına girmeyen imal edilmiş şeyler, TBK. m. 69 kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle, “diğer yapı” kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması, sorumluluğun sınırlarının çizilmesi için önemlidir. Öğretideki hâkim görüş, sadece toprağa bağlı, sabit ve insan tarafından yapılmış şeylerin, “diğer yapı” olarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir⁴². Ancak, bir yapının toprağa bağlılığının tarzı önem arz etmemektedir. Diğer bir ifadeyle, bir obje ister doğrudan toprağa bağlı olsun isterse dolaylı yani toprağa bağlılık bir aracı vasıtasıyla sağlanmış olsun TBK. m. 69 uyarınca yapı olarak kabul edilecektir. TBK. m. 69 kapsamında yapı olarak nitelendirilebilmesi için bir objenin eşya hukuku anlamında taşınmaz olmasına da gerek yoktur. Toprağa bağlılığın / sabitliğin süreklilik arz etmemesi de TBK. m.

⁴² Simge Saraçoğlu, *Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 64 vd.; Nevzat Koç, *Bina ve Yapı Eseri Malikinin Hukukî Sorumluluğu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1990, s. 64 vd.

69’da düzenlenen sorumluluk açısından önem taşımamaktadır. Yani belirli bir amacı gerçekleştirmek için belli bir süre için inşa edilen yapılar da yapı malikinin sorumluluğunu doğurabilmektedir⁴³.

TBK. m. 69 uyarınca sorumluluğun doğabilmesi için bina veya diğer bir yapıda, yapılış bozukluğu veya bakım eksikliği bulunmalı ve bu bozukluk veya eksiklik bir kişiye zarar vermelidir. Sorumluluk hukukunun temel kaidesi gereği, zarar ve uygun illiyet bağıını ispat yükü mağdur taraf üzerindedir. Mağdurun ispat yükünün yerine getirememesi durumunda, yapı malikinin herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.

2) Baz İstasyonlarının TBK. m. 69’dan Doğan Sorumluluğun Kapsamına Girip Girmediği Hususu

Baz istasyonlarının TBK. m. 69’dan doğan sorumluluğun kapsamına girip girmediğinin tespiti için açıklığa kavuşturulması gereken nokta, bu tesislerin TBK. m. 69 uyarınca “diğer yapı” kavramı içerisinde değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Baz istasyonları her ne kadar genellikle bir bina üzerinde konumlandırılırsalar da toprağa sabitlenmiş tesislerdir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, baz istasyonlarının toprağa olan bağlantısının dolaylı yani bir aracı vasıtasıyla gerçekleşmesi, onların TBK. m. 69 bağlamında yapı olma özelliklerini ortadan kaldırmamaktadır⁴⁴. Yine baz istasyonlarının sadece belli bir süreyle sınırlı olarak kurulması da (örneğin; kiralananın bir bina üzerinde sadece kira süresiyle sınırlı olarak bir baz istasyonu kurulması durumunda) baz istasyonu sahibinin TBK. m. 69’dan doğan sorumluluğunu sona erdirmemektedir. Şu hâlde, baz istasyonu sahibi olan GSM

⁴³ Diğer yapı kavramına ilişkin bizimle benzer görüşte yazarlar için bkz Eren, *Genel Hükümler*, s. 741vd; Antalya, s. 412; Saraçoğlu, s. 65; Zahit İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İsmail Akgün Matbaası, 1949; s. 172; Tandoğan, s. 170-172; Ali Erten, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000, s. 106-107; Koç, s. 64.

⁴⁴ Elektronik Haberleşme Cihazları Güvenlik Sertifikası Yönetmeliği’nin “Tanımlar ve Kısaltmalar” başlıklı 3. maddesinin ö bendinde de baz istasyonları, sabit elektronik haberleşme cihazı olarak kabul edilmektedir.

operatörleri TBK. m. 69 uyarınca, bu baz istasyonlarının inşası ve bakımındaki bozukluk veya eksiklikler sonucu meydana gelen zararlardan herhangi bir kusurları bulunmasa dahi sorumludurlar. Ancak, bu sorumluluğun söz konusu olabilmesi için mağdurların uğramış oldukları zarar ve bu zararın baz istasyonunun inşası veya bakımındaki bozukluk veya eksiklikten meydana geldiğini ispat etmesi gereklidir. Bu bağlamda, baz istasyonunun mevcut düzenlemeye aykırı olarak inşa edilmesi (örneğin; güvenlik mesafesine veya cihazın anten boyuna ilişkin mevcut düzenlemeye uyulmaması) durumunda, mağdurların zararlarını ispat etmeleri halinde TBK. m. 69 uyarınca talepte bulunabilmeleri mümkündür.

D) Haksız Fiil (Kusur) Sorumluluğu

1) Genel Olarak

Hukukumuzda haksız fiil sorumluluğu TBK. m. 49 vd.'nda düzenlenmiştir. TBK. m. 49 uyarınca; *“kusurlu ve hukuka aykırı bir fille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür”*. Bu düzenlemeden hareketle haksız fiilin şartları; hukuka aykırı fiil, bu fille bir başkasına zarar verilmesi ve failin kusurlu olması şeklinde sıralanabilir.

Hukuka aykırılık, fiilin bir hukuk kuralına aykırı olması anlamına gelir. Özellikle bir kişinin, diğerinin mutlak hakkını ihlal eden davranışları herhangi bir hukuka uygunluk sebebi yoksa hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda; bir kişinin vücut bütünlüğüne ve mülkiyet hakkına zarar veren davranışlar kural olarak hukuka aykırıdır. Bazı hallerde ise her ne kadar mutlak hak ihlali söz konusu olsa da bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması nedeniyle, zarar verici fiil hukuka aykırı olmayabilir. TBK. m. 63'te *“hukuka aykırılığı kaldıran haller”* başlığı altında, hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir. Buna göre; mağdurun rızası, kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması, özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması, haklı savunma, ıztırrar hali, hakkını kendi gücüyle koruma, üstün kanu yararı ve üstün özel yarar bulunması kanunda hukuka aykırılığı kaldıran haller olarak sayılmıştır. Konumuzda bağlantılı olmaları nedeniyle, hukuka uygunluk sebeplerinden, özel huktan doğan yetkinin kullanılması ve üstün nitelikli kamu yararının üzerinde özel olarak durulması isabetli olacaktır.

Başkasına zarar veren kişinin davranışı özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması ise fiil hukuka aykırı değildir. Bu nedenle, bir kişinin maliki olduğu veya kiraladığı taşınmaz üzerinde mevzuata uygun şekilde inşa ettiği yapı, her ne kadar etrafındaki taşınmazların manzarasını kapatsa veya bozsa dahi hukuka aykırı olarak kabul edilemez⁴⁵.

Üstün nitelikli kamu yararının bulunması da bir fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Gerçekleştirilen fiille kamunun önemli bir ihtiyacının giderilmesi durumunda, kamunun menfaati, özel menfaate üstün tutulmakta ve özel menfaat hukuki koruma görmemektedir.

Haksız fiil sorumluluğunun diğer bir şartı, hukuka aykırı fiil sonucunda bir zararın oluşmasıdır. Diğer bir ifadeyle sorumluluğun oluşabilmesi için hem bir zarar mevcut olmalı hem de bu zarar ve hukuka aykırı fiil arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Hem zararın hem de zarar ve fiil arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ispat yükü ise mağdur üzerindedir.

Haksız fiil sorumluluğunun son şartı, failin kusurlu olmasıdır. Kusur yapısı gereği insan davranışlarına özgü bir kavram olduğundan, tüzel kişilerin kusurlu olup olmadığının tespiti, TMK. m. 50 uyarınca fiili işleyen organı meydana getiren gerçek kişiler dikkate alınarak belirlenmektedir. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bir kararında ifade ettiği üzere; bazı hallerde organ sıfatını taşımasalar dahi tüzel kişi adına karar alma yetkisi bulunan kişilerin kusurlarının da tüzel kişinin kusuru olarak kabul edilebilmesi mümkündür⁴⁶.

2) Baz İstasyonlarının Haksız Fiil Sorumluluğu Doğurmasının Mümkün Olup Olmadığı Hususu

GSM şirketlerinin kira vb. bir hukuki ilişki nedeniyle kullanma hakkına sahip oldukları bir taşınmaz üzerinde mevzuata uygun olarak inşa etmiş oldukları baz istasyonları her ne kadar komşu taşınmazların manzarasını kapatarak veya bozarak bu taşınmaz sahiplerinin mülkiyet hakkına müdahale etse veya baz istasyonu çevresinde yaşayan insanlarda psikolojik olarak rahatsızlık yaratsa da ortada TBK. m. 49 uyarınca bir

⁴⁵ Benzer yönde bkz Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler*, C. II, s. 27.

⁴⁶ Karar için bkz. BGE 87 II 187.

haksız fiilin olduğu söylenemez. Zira, her ne kadar bu olaylarda mülkiyet vb. bir mutlak hakka müdahale varmış gibi gözükse de burada hem özel hukuktan doğan bir yetkinin kullanılması söz konusudur hem de mevcut düzenlemeye uyararak baz istasyonu işleten GSM operatörünün kusurlu bir davranışı bulunmamaktadır. Bu nedenle, bir haksız fiil söz konusu değildir. Şu hâlde, çevredeki bina malik veya kullanıcılarının, kanuna uygun inşa edilmiş bir baz istasyonu nedeniyle manzaralarının kapandığı veya psikolojik olarak etkilendikleri gerekçesiyle TBK. m. 49 uyarınca herhangi bir talepte bulunabilmeleri mümkün görünmemektedir.

Baz istasyonları için söz konusu olabilecek diğer bir hukuka uygunluk sebebi de üstün nitelikli kamu yararadır. İletişim hakkı, ifade özgürlüğüyle de bağlantılı temel bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Günümüzde insanlar arasındaki iletişimin büyük ölçüde GSM operatörlerinin sağladığı servis ile gerçekleştirildiği açıktır. Bu durumda, GSM operatörleri sadece baz istasyonları aracılığıyla bu iletişim imkânını topluma sağlayabildiklerinden, baz istasyonu işletilmesinin üstün nitelikli bir kamu yararı taşıdığı sonucuna varılabilir. Bunun yanında, baz istasyonları sadece iletişim değil, herhangi bir acil durum anında acil servis, polis ve itfaiyenin ücretsiz olarak aranması, deprem sel vb. doğal afetlerde kayıpların bulunması gibi çeşitli kamu hizmetlerinin görülmesini de sağlamaktadır. Bu da baz istasyonlarının üstün kamu yararı taşıyan işletmeler olduğu savını güçlendirmektedir. Üstün kamu yararı TBK. m. 63 uyarınca hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olduğundan, haksız fiil sorumluluğunun oluşmasını da engellemektedir.

Baz istasyonlarının üstün kamu yararı taşıdığına kabul edilmesi ihtimalinde ise bu tesislerin mevzuata aykırı olarak inşa edilmesi ve bu durumun üçüncü kişilere zarar vermesi halinde, GSM operatörlerinin TBK. m. 49 uyarınca haksız fiil sorumluluğunun doğma ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda ilk olarak incelenmesi gereken husus, mevzuata aykırılığın GSM şirketine yüklenebilecek bir kusurdan kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Şirkete kusur yüklenebilmesi için baz istasyonunun mevzuata aykırı inşa edilmesine ilişkin kusurun, şirketin yetkili organına (bu organı oluşturan gerçek kişilere) ait olması gerekir. Ne var ki, İsviçre Fe-

⁴⁷ Şen/Şen, s. 127.

deral Mahkemesi'nin de bir kararında belirttiği gibi kusurun şirket adına yetki kullanabilen mühendis vb. bir teknik elemana ait olması durumunda da her ne kadar bu kişi şirket organı olmasa da tüzel kişi de kusurlu sayılabilir⁴⁸.

Baz istasyonu işletilmesi nedeniyle haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli olan diğer bir şart ise mağdur tarafından zararın ve bu zarar ile baz istasyonu işletilmesi arasındaki uygun illiyet bağının ispatlanmasıdır. Aksi halde, her ne kadar mevzuata aykırı olarak inşa edilmiş bir baz istasyonu söz konusu olsa da karşı tarafın herhangi bir tazminata hak kazanabilmesi mümkün olmayacaktır.

E) Sözleşmesel Sorumluluk

GSM operatörleri genellikle kira vb. sözleşmelerle kullanma hakkı elde ettikleri taşınmazlar üzerinde baz istasyonları inşa etmektedir. Bu sebeple, baz istasyonu işletilmesi nedeniyle GSM operatörlerinin sözleşmesel bir sorumluluğun doğmasının mümkün olup olmadığı da incelenmesi gereken önemli bir husustur.

Sözleşmeler nisbi etkili hukuki işlemlerdir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeler sadece hukuki işlemin tarafları için bağlayıcıdır. Şu hâlde, baz istasyonu işletilmesi için kira vb. bir sözleşmenin kurulması durumunda, işleme taraf olmayan üçüncü kişilerin GSM operatöründen sözleşmeye dayalı herhangi bir talepte bulunması mümkün değildir.

Gerçekleşmesi muhtemel durum baz istasyonunun inşa edildiği bina veya arazi malikinin taşınmazında baz istasyonu işletilmesi nedeniyle üçüncü kişilere herhangi bir nedenle tazminat ödemesi durumunda, bu meblağı aralarındaki sözleşmeye dayanarak GSM operatöründen talep etmesinin mümkün olup olmadığıdır. Örneğin; bina sahibinin TMK. m. 737 veya TBK. m. 69 uyarınca, baz istasyonu işletilmesi nedeniyle üçüncü kişilerin zararını karşılamak durumunda kaldığı bir olayda, ödemiş olduğu bu meblağı sözleşmeye dayanarak GSM operatöründen talep edip edemeyeceği açıklığa kavuşturulması gereken bir husustur.

⁴⁸ Karar için bkz. BGE 87 II 187.

TBK. m. 112 uyarınca, *“borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”*. Görüldüğü üzere, sözleşme taraflarından birinin sorumluluğunun doğabilmesi için kusurlu olarak sözleşmeden doğan borcuna aykırı davranması gerekir. Bu durumda GSM operatörü firmanın kiraladığı taşınmazı sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun şekilde kullanması halinde, bina malikinin üçüncü kişilere karşı TMK. m. 737 veya TBK. m. 69 uyarınca herhangi bir (kusursuz) sorumluluğu doğsa dahi malik ödemiş olduğu bu meblağı aralarındaki sözleşmeye dayanarak GSM operatörüne rücu edemez. Zira firmanın sözleşmesel sorumluluğu ancak taşınmazın kusurlu olarak sözleşmede kararlaştırılan şartlara aykırı şekilde kullanması durumunda söz konusu olacaktır.

SONUÇ

Mobil iletişimin gelişmesi ve cep telefonlarının kullanımındaki artışa bağlı olarak gerekli altyapının sağlanması adına özellikle kalabalık yerleşim yerlerinde gün geçtikçe daha fazla baz istasyonu kurulmaktadır.

Baz istasyonlarının kurulması sıkı denetim şartlarına bağlı tutulmuş olsa da baz istasyonuna yakın yerlerde yaşayan kişiler çevrelerinde baz istasyonu bulunmasının sağlıklarını tehdit ettiği gerekçesiyle tedirgin olmakta ve bu kapsamda baz istasyonunu işleten GSM operatörlerinin sorumluluğuna başvurmaktadır. Bu sebeple, GSM operatörlerinin baz istasyonu işletilmesinden kaynaklı hukuki sorumluluklarının neler olduğunun tespiti önem taşımaktadır.

İlk olarak TBK. m. 71 bağlamında tehlike sorumluluğu bakımından bir değerlendirme yapıldığında baz istasyonu işletenlerin baz istasyonlarının faaliyetinden dolayı sorumluluklarının gündeme gelebileceği sonucuna varılmaktadır. Alanında otorite olarak kabul edilen Dünya Sağlık Örgütü belirtmiş olduğu limit değerlerin altında faaliyet gösteren baz istasyonlarının sağlık açısından tehlikeli olduğuna dair somut bir verinin bulunmadığını kabul etmektedir. Ülkemizde mevzuatta belirlenen limit değerler ise (ihtiyatlılık ilkesi uyarınca) Dünya Sağlık Örgütü'nün belirlediği limit değerlerin de altındadır. Bu durumda, tehlike sorumluluğu için aranan “işletmenin faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz etmesi” şartının, elektronik haberleşme mevzuatı kapsamında belirlenen

kurallara uygun olarak faaliyet gösteren baz istasyonları açısından mevcut olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda, Yargıtay'ın baz istasyonlarının faaliyetleri sebebiyle tehlike sorumluluğunun varlığını değerlendirdiği geçmiş tarihli kararlarında yaptığı zarar görenin zararın varlığını ispat etmesine gerek olmadığına ilişkin tespiti hatalıdır. Zira Borçlar Kanunu'nda tehlike sorumluluğuna ilişkin zararın ispatında genel kuraldan ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Zararın varlığını ispat etmekle yükümlü olan zarar gören taraf yani mağdurdur.

Bir başka kusursuz sorumluluk hali olan komşuluk hukuku (TMK. m. 737) bakımından bir değerlendirme yapıldığında ise iki unsur sorumluluğun doğması bakımından belirleyicidir. Bunlardan ilki baz istasyonu işletmecisi olan GSM operatörlerinin baz istasyonunun üzerinde kurulduğu taşınmazın maliki olup olmadıkları veya bu taşınmazı sınırlı bir ayni hakka dayanarak kullanıp kullanmadıklarıdır. Bizim de katıldığımız öğretideki hâkim görüş sadece taşınmaz malikinin veya taşınmazı bir sınırlı ayni hakka dayanarak kullananların TMK. m. 737 bağlamında sorumlu olacakları yönündedir. Bu durumda, GSM operatörlerinin sadece bir kişisel hakka (örneğin; kira sözleşmesine) dayanarak taşınmaz üzerinde baz istasyonu işletmeleri durumunda, üçüncü kişilerin bu operatörlere karşı TMK. m. 737 kapsamında doğrudan bir talepte bulunmalarının mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır. TMK. m. 737 açısından dikkate alınması gereken ikinci unsur, sorumluluğun doğması için gereken taşkın kullanımının varlığıdır. Bu kapsamda, baz istasyonlarının konumlandırıldığı taşınmazın durumu, koşulları ve oradaki yerel adetler göz önünde bulundurularak her somut olay için ayrıca değerlendirilmelidir. Fikrimizce özellikle yoğun şehir merkezlerinde baz istasyonu kurulmasının taşkın kullanım olarak değerlendirilmemelidir.

TBK. m. 69'da yer alan yapı malikinin sorumluluğunun açısından konuya yaklaşıldığında ise baz istasyonları maddede yer alan "diğer yapı" kapsamı içerisinde değerlendirilebilecektir. Bu nedenle, baz istasyonlarının yapımındaki bir bozukluk veya bakımındaki bir eksiklik sonucu meydana gelen zararlardan dolayı baz istasyonu işletmecisinin sorumluluğunun doğma ihtimali bulunmaktadır.

Dar anlamda haksız fiil açısından bakıldığında GSM operatörlerinin sorumluluğunun doğma ihtimali ancak mevzuata aykırı olarak faali-

yet gösterilmesi durumunda mümkündür. Zira mevzuata uygun olarak faaliyet gösteren baz istasyonları bakımından haksız fiilin hukuka aykırılık şartı gerçekleşmemiştir. Mevzuata aykırı olarak faaliyet gösteren baz istasyonları bakımından işletmecinin sorumluluğuna gidebilmek için ise baz istasyonlarının verdiği zararın varlığı ve bu zarar ile baz istasyonu işletilmesi arasındaki uygun illiyet bağının zarar gören tarafından ortaya konulması gereklidir.

Son olarak GSM operatörlerinin sözleşmesel sorumluluğu bakımından, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereğince, baz istasyonu işletilmesi için yapılan kira vb. sözleşme ilişkisine dayanılarak üçüncü kişilerin baz istasyonu işletmecisinden herhangi bir talepte bulunmaları mümkün değildir. Ancak, GSM operatörünün sözleşmeden doğan yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı hareket etmesi ve sözleşmenin tarafı olan taşınmaz malikinin bu nedenle üçüncü kişilere tazminat ödemesi durumunda, ödenen tazminatın sözleşme kapsamında rücu edilmesi söz konusu olabilecektir.

ZUSAMMENFASSUNG

Mobile Kommunikationsmittel sind aus unserem Leben nicht mehr wegzudenken. Durch die Entwicklung des Mobilfunks und die zunehmende Nutzung von Mobiltelefonen werden vor allem in dicht besiedelten Siedlungen immer mehr Basisstationen errichtet, um die notwendige Infrastruktur bereitzustellen.

Obwohl die Errichtung von Basisstationen strengen Kontrollauflagen unterliegt, sind Menschen, die in unmittelbarer Nähe der Basisstation leben, besorgt, weil sie denken, dass die Anwesenheit einer Basisstation um sie herum ihre Gesundheit gefährdet, und wenden sich in diesem Zusammenhang an die Verantwortung des Mobilfunkanbieter, die die Basisstation betreiben. Aus diesem Grund ist es wichtig, die rechtlichen Verantwortlichkeiten der Mobilfunkanbieter aufgrund des Betriebs von Basisstationen zu ermitteln.

Zunächst einmal wird laut Art. 71 des türkischen Obligationengesetzbuches eine Bewertung hinsichtlich der Gefahrenhaftung im Rahmen von 71 geschlossen, dass die Verantwortlichkeiten der Basisstationsbetreiber im Zusammenhang mit der Aktivitäten der Basisstationen nicht in den Vordergrund treten können. Die Weltgesundheitsorganisation (WHO), die auf ihrem Gebiet als Autorität anerkannt ist, akzeptiert, dass es keine konkreten Daten gibt, die darauf hindeuten, dass Basisstationen, die unterhalb der Grenzwerte betrieben werden, gesundheitsgefährdend sind. Die in der Gesetzgebung in unserem Staat festgelegten Grenzwerte (gemäß dem Vorsorgeprinzip) liegen auch unterhalb der von der Weltgesundheitsorganisation festgelegten Grenzwerte. In diesem Fall wird gefolgert, dass die Bedingung „der Betrieb des Unternehmens stellt eine erhebliche Gefahr dar“ für die Gefahrenhaftung im Zusammenhang der Basisstationen, die nach den im Anwendungsbereich des elektronischen Kommunikationsgesetzes festgelegten Regeln arbeiten, nicht gegeben ist. Die Feststellung, dass der Geschädigte das Vorliegen des Schadens in seinen bisherigen Entscheidungen nicht beweisen muss, ist falsch, weil es im Obligationenrecht keine von der allgemeinen Regel abweichende Regelung zum Nachweis der Gefahrtragung gibt. Der Geschädigte ist verpflichtet das Vorliegen des Schadens nachzuweisen.

Bei einer Bewertung im Sinne des Nachbarschaftsrechts (Art. 737 des türkischen Zivilgesetzbuches), die eine weitere Gefährdungshaftungssituation darstellt, sind zwei Faktoren für die Entstehung von Verantwortlichkeit ausschlaggebend. Die erste davon ist, ob die Mobilfunkanbieter, die Anbieter der Basisstation, Eigentümer des Grundstücks sind, auf dem die Basisstation installiert ist, oder ob sie dieses Grundstück aufgrund eines eingeschränkten Grundrechts

nutzen. Die vorherrschende Meinung in der Lehre, der wir auch zustimmen, ist, dass nur der Eigentümer der Immobilie oder diejenigen, die die Immobilie aufgrund eines beschränkten dinglichen Rechts nutzen, werden im Rahmen von Art. 737 des türkischen Zivilgesetzbuches verantwortlich sein. Betreiben die Mobilfunkanbieter in diesem Fall eine Basisstation auf der Liegenschaft nur aufgrund eines Persönlichkeitsrechts (z.B. Mietvertrag), stehen den Dritten gegenüber diesen Betreibern keinen unmittelbaren Anspruch nach Art. 737 des türkischen Zivilgesetzbuches zu. Das zweite zu berücksichtigende Element für die Entstehung Haftung aufgrund des Art. 737 des türkischen Zivilgesetzbuches ist das Vorhandensein einer Hochwassernutzung. Dabei sollten die Lage und Beschaffenheit der Liegenschaft, in der sich die Basisstationen befinden, für jedes konkrete Ereignis unter Berücksichtigung der dortigen örtlichen Gepflogenheiten gesondert bewertet werden. Die Errichtung einer Basisstation, insbesondere in stark frequentierten Innenstädten, sollte unserer Meinung nach nicht als überstrapaziert gelten.

Wird das Thema im Sinne der Eigenverantwortung des Bauherrn laut Art. 69 des türkischen Obligationengesetzes angegangen, können Basisstationen im Rahmen des Artikels „Sonstiges Bauen“ bewertet werden. Aus diesem Grund besteht die Möglichkeit, dass der Anbieter der Basisstation für Schäden haftet, die infolge einer Fehlfunktion im Aufbau der Basisstationen oder mangelnder Wartung entstehen.

Aus deliktischer Sicht im engeren Sinne ist eine Haftung der Mobilfunkanbieter nur dann möglich, wenn sie gesetzeswidrig handeln. Denn bei gesetzeskonform betriebenen Basisstationen ist die Bedingung der Rechtswidrigkeit des Fehlverhaltens nicht erfüllt. Um gegenüber dem Anbieter für rechtswidrig betriebene Basisstationen haftbar zu machen, muss das Vorliegen des durch die Basisstationen verursachten Schadens und der entsprechende Kausalzusammenhang zwischen diesem Schaden und dem Betrieb der Basisstation von der Geschädigte.

Schließlich gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Verträge ist eine Geltendmachung von Ansprüchen Dritter an die Basisstationsbetreiber im Sinne der vertraglichen Verantwortlichkeit der Mobilfunkanbieter aufgrund des Vertragsverhältnisses wie Mietverträge etc. für den Betrieb der Basisstation nicht möglich. Verletzt der Mobilfunkanbieter jedoch irrtümlicherweise seine vertraglichen Pflichten und leistet das vertragsgegenständliche Grundstück aus diesem Grund Schadenersatz an Dritte, kann der gezahlte Schadenersatz im Rahmen des Vertrages regresspflichtig werden.

KAYNAKÇA

- AKİPEK Jale , "Gayrimenkul Malikinın Mesuliyetinin Hukukî Neticeleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, 1955.
- ANTALYA O. Gökhan , *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V: 1, 2, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- BAYSAL Başak , *Haksız Fiil Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- BREHM Roland , "Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 -61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht", *Berner Kommentar*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, 2013.
- BUDZINSKI Bernd Irmfried /HUTTER Hans-Peter Hutter , "Mobilfunkschäden Ansichtssache?" *NVwZ* (2014), 418-422.
- BÜYÜKSAĞIŞ Erdem , "Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2006) 8(1) 1-20.
- CANBOLAT Ferhat/ ZORLUOĞLU YILMAZ Ayça , 'Baz İstasyonlarının Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği' (2020) (42) TAAD 409-448.
- ÇEKİN Mesut Serdar , *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu- Yürürlük Kanunu C. I*, 71. Madde (3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019).
- ÇEKİN Mesut Serdar , *Tehlike Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık, 2016).
- DALCI Nurcihan , "TBK. Md. 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2014, S: 114, 49-78.

- EISENSCHMID Norbert , "BGB § 535 Inhalt und Hauptpflichten des Mietvertrags" in Schmidt-Futterer, *Mietrecht Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts*, 14. Auflage, C.H. Beck, 2019.
- EREN Fikret , *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Bası, Yetkin Yayınları 2020.
- EREN Fikret , *Mülkiyet Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, 2011.
- ERTEN Ali , *Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşaa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000.
- HAVUTCU Ayşe , *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*, Ankara 2005.
- İMRE Zahit , *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri* İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- KATZENMEIER Christian , "BGB § 823 Schadensersatzpflicht", *Nomos Kommentar* (Ed.) Barbara Dauner-Lieb/Werber Langen, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2021
- KOÇ Nevzat , *Bina ve Yapı Eseri Malikinin Hukukî Sorumluluğu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1990.
- KORKUSUZ Refik , "Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, 147-209.
- KORKUSUZ Refik/
KORKUSUZ Halit , "Baz İstasyonlarının Yayıdığı Elektromanyetik Zararlardan Doğan Hukuki

- Sorumluluk”, *Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C: 1, S: 1, 105-126.
- OCAKTAN M. Esin/AKDUR Recep , M. Esin Ocaktan ve Recep Akdur, “Cep Telefonu Teknolojisi ve Sağlık”, *Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi*, 2008, C: 28, S: 1, 58-65.
- OFTİNGER Karl / STARK Emil W. , *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band II/2, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989
- OĞUZMAN M. Kemal/
ÖZ M. Turgut , *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020).
- OĞUZMAN M. Kemal/
ÖZ M. Turgut , *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020.
- OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ
Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe , *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2020.
- ÖZEL Kadir Can , “Hukuki Boyutuyla Baz İstasyonları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2018.
- ÖZSUNAY Ergun , *Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu (Amerikan ve Alman Çözümleri ile “Strasbourg Sözleşmesi” ve “AET Yönerge Önerisi”nin Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler ve “Oluşacak Hukukumuz”un Yönlendirilmesine İlişkin Öneriler*, BATTİDER, Haziran 1979, C. X, Sayı: 1, s. 97-158.
- PETEK Hasan , *Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu* (Yetkin Yayınları, 2005).
- ROBERTO Vito , *Haftpflichtrecht*, Stämpfli Verlag, 2013.

- SARAÇ Senem , *Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık, 2013).
- SARAÇOĞLU Simge , *Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- ŞEN A. Fulya/ŞEN Y. Furkan , "Sosyal Medya, İletişim Hakkı ve İfade Özgürlüğü", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2015, C: 17, S:2, 122-136.
- TANDOĞAN Haluk , *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* Turhan Kitabevi, 1981.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi , *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri*, Filiz Kitabevi, 1988.
- ULUSAN İlhan , *Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2012.
- YÜCEL Özge , *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- WİDMER Pierre , "Produktehaftung - Konzept und Umsetzung" in *Produktsicherheit und Produkthaftung - Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen* (Ed.) Walter Fellmann/Andreas Furrer, Stämpfli Verlag AG, 2011, 101-119.
- WİDMER Pierre / WESSNER Pierre , *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, Erläuternder Bericht, Bern, 2000.
- ZEVKLİLER Aydın , *İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

Türk Borçlar Kanunu'nun 158. Maddesinin Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Bewertung von Artikel 158 des türkischen Obligationenrechts im Hinblick auf das Zivilprozessrecht

Araş. Gör. Makbule Serra Korkut*

ÖZ

Türk Borçlar Kanunu'nun 158. maddesi özel bir düzenlemedir. Bu hükme göre, alacaklının davasını görevsiz ve/veya yetkisiz bir mahkemede açmış olması sebebiyle davasının usûlden reddedilmesi hâlinde alacağına zamanaşımına uğraması veya hak düşürücü sürelerin dolmasına karşı borçluya yönelik dava hakkını kullanabilmesini sağlamak için ek bir süre tanınmıştır. Söz konusu ek süre, her ne kadar maddî hukuk hükümleri arasında "zamanaşımı" başlığı altında düzenlenmiş olsa da, bu sürenin hukukî niteliğinin, doğuracağı etkinin ve sonuçlarının açıklığa kavuşturulması önemlidir.

Anahtar Kelimeler: *zamanaşımı, hak düşürücü süre, usûli süre, ek süre, davanın reddi.*

Evaluation of Article 158 of the Turkish Code of Obligations in Terms of Civil Procedure Law

ABSTRACT

Article 158 of the Turkish Code of Obligations is a special regulation. This provision provides an additional period of time in order to the plaintiff to exercise his right of action against to debtor regardless of his claim is barred by limitation. Art. 158 provides plaintiff with an extra limitation time period in case of rejection of an action according to grounds of lack of material and/or local jurisdiction. Although this additional period of time in question is regulated among substantive law provisions, the determination of the legal nature of this period of time is important in order to clarify some issues related to its impact and consequences in the ambit of civil procedure law.

* Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (korkut@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-2655-9438.

Keywords: *limitation of time, foreclosure, procedural time, additional period of time, rejection of action.*

GİRİŞ

Zaman kavramı, gerek şekli hukuk bakımından gerekse maddî hukuk bakımından önemli bir anlama sahiptir. Tarafların kendi aralarında kararlaştırdıkları, kanun tarafından tanınan yahut bir yargılama sırasında hâkimce tanınan zaman dilimlerini ifade eden “sürelerin”, doğduğu kaynak gibi doğurduğu sonuçlar da birbirinden farklıdır¹.

Maddî hukukta süre kavramı kural olarak zamanaşımı ve hak düşürücü süreler olmak üzere ikiye ayrılır. Bu sürelerin yargılama hukukundaki yansımalarına değinmeden önce, temel farklılıklarından söz etmek gerekir. Zira bu iki süre yalnız doğurdukları sonuçlar bakımından değil, aynı zamanda açılmış olan bir davada veya bir çekişmesiz yargı işinde ileri sürülme ve incelenmeleri bakımından da farklıdır. Zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin maddî hukuk boyutuna ayrıntılı olarak yer vermek ve bu kavramlardaki tüm teorik tartışmalardan bahsetmek makale boyutunu geçen bir çalışma gerektirmektedir ve çalışmamızın kapsamını aşacak düzeydedir. Bu nedenle özellikle usûl hukuku açısından da önem arz eden bu sürelerin yargılama esnasında ileri sürülmeleri ve Türk Borçlar Kanunu’nun² (TBK) “Davanın reddinde ek süre” başlıklı 158. maddesi bağlamında inceleme yapılacaktır.

Aynı doğrultuda, maddî hukuk süreleri ile usûl hukukundan doğan süreler de birbirinden farklı amaçlara hizmet eder³. Bu çalışmada m. 158 hükmünde öngörülmüş olan “ek süre” kavramı, maddî hukukta ve usûl hukukundaki sürelerin göstermiş olduğu özellikler kapsamında da değerlendirilecektir.

¹ Ejder Yılmaz, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Özel Sayı - Prof. Dr. Aydın Zevkiler’e Armağan, C. III, İzmir, 2013, s. 3167; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018 s. 586, N. 1900.

² RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

³ Anıl Köroğlu, *Medeni Usul Hukukunda Sürelere İlişkin Esaslar*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014 s. 4 vd.

I. Genel Olarak Zamanaşımı (*Verjährung*) ve Hak Düşürücü Süre (*Ausschlußfrist*) Ayırımı

TBK'nın 146. maddesinde düzenlenen zamanaşımı, kanunun öngördüğü süreler içerisinde ifanın yerine getirilememesi hâlinde "ifadan kaçınma" hakkı tanır⁴. Dolayısıyla zamanaşımı süresinin geçmesiyle birlikte alacaklının alacağına sona erdiğinden söz edilemez⁵. Borç ilişkisi varlığını korur. Çünkü artık borcun yerine getirilmesi hususunda borçlunun iradesi ve vicdanî sorumluluğu ön plana geçer⁶.

Hak düşürücü süreler ise, dolmasından sonra kullanılmayan hakkın sona ermesini⁷ yani o hakkın kullanımını ortadan kaldırmayı amaçlar⁸. Bu bakımdan hak düşürücü sürenin geçmesi hakkı kullanımını adeta felce uğratacağından artık herhangi bir iradeden de söz edilemez. Bu nedenle, zamanaşımı bakımından kanun koyucu kesilme ve durma şeklinde

⁴ Heinz-Peter Mansel, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, 18. Aufl., Beck, 2021, BGB §194 Rn.4; Laurent Killas/Matthias Wiget, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, 3. Aufl., Schulthess, Basel 2016, OR 127 N.1, s. 814; N. Feyzi Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969, s. 422; Selahattin S. Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Attilâ Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 1030 vd.; Oğuzman/Öz, s. 586 vd, N. 1903; Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 5 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 1102; Ergin Akçay, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 8 vd. Bu başlık altında incelenen zamanaşımı "kaybedici/auslöschende Verjährung/prascriptio extinctiva" zamanaşımıdır. Bkz. Helmut Grothe, *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., Beck, 2018, Rn. 1-5; Kazandırıcı zamanaşımı aynı hak kazanımıyla ilgili olduğundan bu ayrıma sadece değinmekle yetiniyoruz. Zamanaşımının doğurduğu sonuç sebebiyle doktrinde farklı şekillerde kavramsallaştırıldığı görülmektedir. "Kaybettirici", "söndürücü", "düşürücü" gibi; Oğuzman/Öz, s. 586, N. 1901.

⁵ Grothe, MüKoBGB § 214 Rn. 1- 2; Mansel, BGB § 194 Rn. 4; Feyzioğlu, s. 423; Akçay, s. 8.

⁶ Akçay, s. 10.

⁷ Mansel, BGB § 194 Rn. 5.

⁸ Grothe, MüKo BGB, vor § 194 Rn. 22; Feyzioğlu, s. 424; Oğuzman/Öz, s. 586, N. 1902; Erdem, s. 25 vd.

alacaklıyı koruyucu iki olanak sağlamışken, hak düşürücü sürelerin kesilmesi yahut durması diye bir durum söz konusu değildir⁹.

II. TBK m. 158 Hükümünün Amacı ve Kapsamı

a. Hükümün Getiriliş Amacı

TBK m. 158¹⁰ alacaklıyı koruyucu bir hükümdür. Kanun koyucu davanın kanunda sayılan hâllerde reddi hâlinde alacaklının davasını ikinci kez mahkeme önüne taşıyabilmesine olanak sağlamak ve maddî hukuka ilişkin sürelerin dava hakkının kullanımının önüne geçmesini engellemek istemiştir¹¹.

Burada davasını görevli veya yetkili mahkemede açmamış ya da diğer usûli eksiklikler nedeniyle davası usûlden reddedilmiş olan alacaklıya neden bu hakkın tanındığı sorgulanabilir. Mülgâ 818 sayılı Borçlar

⁹ Feyzioğlu, s. 424; Oğuzman/Öz, s. 587, N. 19074; Hak düşürücü sürelerin ve zamanaşımı süresiyle madde madde karşılaştırıldığı çalışmalar için bkz. Necmettin M. Berkin, "Adalet Mahkemesi Kararları- Zamanaşımı (MK. m. 513; HUMK. m. 187)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 41, S. 3-4, s. 424; Feyzioğlu, s. 424; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1031 vd.

¹⁰ TBK m. 158 (mülgâ BK m. 137) hükmü, asıl olarak İsviçre Borçlar Hukuku'ndan iktisap edilmiş idi. 2010 değişikliğinden önce İsv. OR Art. 139 şu şekildeydi: "*Ist die Klage oder die Einrede wegen Unzuständigkeit des angesprochenen Richters oder wegen eines verbesserlichen Fehlers angebrachtermassen oder als vorzeitig zurückgewiesen worden, so beginnt, falls die Verjährungsfrist unterdessen abgelaufen ist, eine neue Frist von 60 Tagen zur Geltendmachung des Anspruches.*" (Bu hüküm, 19 Aralık 2008 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış olan ZPO değişikliğiyle 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırıldı. Bkz. AS 2010 1739; BBl 2006 7221) Yürürlükten kaldırılmadan önce hükmün oldukça geniş bir kullanım alanı olduğu görülmektedir. Özellikle İsviçre Medeni Kanunu'nun miras, aile, kıymetli evrak ilişkilerinden doğan davalar bakımından da bu madde hükmünün uygulanacağı ifade edilmiştir; Hermann Becker, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Band VI, I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-183, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1941, Art. 139, N. 5. İsviçre Borçlar Kanunu'nda anılan hüküm karşılayan herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

¹¹ Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Beta, İstanbul 2020, s. 474, N. 215. 14; Serkan Ayan, *Zamanaşımının Durması ve Zamanaşımının Kesilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 191 vd.

Kanunu'nun¹² 137. maddesine karşılık gelen bu hüküm doktrinde tartışılmıştır¹³. Özellikle Kanun tarafından usûlî eksikliğin giderilmesi için davacıya ek süre tanındığı hâllerde davacının bu sürede de eksikliği tamamlamamasına rağmen yine de bu hükümden yararlanabilmesi eleştirilmiş; usûlî sürelerin üzerine getirilen bu ek sürenin tanınması uygun görülmemiştir¹⁴.

TBK'nın 158. maddesinin dili mülgâ BK. 137 hükmüne göre sadeleştirilmiş olup, aynı zamanda madde metnine 137. maddede olmayan "hak düşürücü süreler" de dâhil edilmiştir¹⁵. Mülgâ Kanun düzenlemesinde öngörülen ek süre yalnızca zamanaşımı sürelerin dolmasına ilişkin iken, kanun koyucu arada geçen sürede hak düşürücü sürelerin dolması hâlinde de bu ek süreden faydalanılmasını uygun görmüştür¹⁶. Gerçekten de, özellikle açılması hak düşürücü süreye bağlanan davalar bakımından bu sürelerin korunması ayrı bir önem arz etmektedir¹⁷.

TBK m. 158 hükmünün (mülgâ BK m. 137) hakkaniyeti sağlamak

¹² RG. T. 29.04.1926, S. 359.

¹³ Mine Akkan, *Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, C. I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 254; Ayan, s. 212.

¹⁴ Ayan, s. 212.

¹⁵ Hak düşürücü sürelerin eklenmesine karşı çıkan Umar'a göre, davanın açılmasının hak düşürücü sürelerin kesilmesi şeklinde bir etkisinden bahsedilemeyeceğinden madde metnine dahil edilmesi hatalıdır. Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 99.

¹⁶ Nitekim Kanun'un Adalet Komisyonu Raporu'nda bu hususun "düzeltmesi mümkün bir hata sebebiyle davanın usûlden reddinde zamanaşımı için tanınan fırsatın hak düşürücü süre için dahi tanınmasının hem hakkın doğası ve hem de adil yargılanma hakkının doğal gereği olması, ayrıca maddedeki ifade bütünlüğünün sağlanması amacıyla" kabul edildiği ifade edilmiştir. Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı 12/1/2009 tarihli Adalet Komisyon Raporu, TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama yılı 3, Sıra Sayısı, 321, s. 274. Yargıtay'ın kanun değişikliğinden önceki uygulaması hak düşürücü süreler bakımından ek sürenin uygulanmayacağı yönündeydi; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 1324.

¹⁷ Akkan, Pekcanıtez Usûl, s. 254; Ayan, s. 195.

gerekçesiyle kabul edildiği ifade edilmektedir¹⁸. Kanımızca, bu hükmün kabul edilmesinin temel sebebi, davanın tekrar görülebilmesinin önüne geçen engelleri kısa bir süreliğine kaldırmak suretiyle usûl hukukunun da amaçlarından birisi olan sübjektif hakların gerçekleştirilmesinin sağlanmasının, maddî hukuka ilişkin süreler üstün tutulmasıdır. Çünkü alacaklı, mahkemede dava açarak alacağına kavuşmak konusunda bir adım atmıştır. Alacaklının bu davranışının bir tür ödülü olarak kanun koyucunun bu imkânı tanıdığı söylenebilir.

b. Hükmün Uygulama Alanı

Dava açmak suretiyle alacağını talep eden alacaklının, davanın sonuçlanmasına kadar geçen sürede hak kaybına uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalmaması için zamanaşımı kesilir, davanın devamı süresince de her bir usûl işlemiyle yeniden işlemeye başlar¹⁹ (TBK m. 154). Zamanaşımının kesilmesi Kanun'dan kaynaklanır. Dolayısıyla zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin korunması açısından önemli olan davanın doğru yerde ve eksiksiz açılması değil, davanın açılmasıdır²⁰.

TBK m. 158 hükmü, birçok başlığı içermektedir. Şöyle ki, davanın görevsiz veya yetkisiz mahkemede açılması hâlinde, davanın giderilebilecek bir usûli eksikliğin varlığı sebebiyle reddinde yahut davanın vaktinden önce açılması sebebiyle usûlden reddinde bu hüküm uygulanacaktır. Davanın giderilebilecek bir eksiklik sebebiyle reddiyle kastedilen, davanın açılırken tam olması gereken unsurlarında eksiklik olması sebebiyle reddedilmesidir. Bunun en önemli örneği dava şartlarında eksiklik bulunmasıdır.

¹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1068 vd.; Umar, s.99; Erdem, s. 313; Akçay, s.139.

¹⁹ Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 1170; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 376; Seda Özmumcu, "Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 19, S. 2, 2012, s. 194; Kılıçoğlu, s. 1137.

²⁰ Özmumcu, s. 194.

Dava açıldığı sırada dava şartlarının tam olması, davanın esasına girilebilmesi için bir ön şarttır²¹. Eğer davacı davasını Hukuk Muhakemeleri Kanunu²² (HMK) m. 114 hükmünde öngörülen dava şartlarını yerine getirilmeden açmış ise, bu durumda iki olasılık söz konusu olur. Eksik olan dava şartı süre verilerek tamamlanabilecek nitelikteyse, mahkeme davacıya süre tanıyarak bu eksikliğin giderilmesini isteyebilir. Davacı süresi içinde bu eksikliği giderir ise dava devam eder²³. Davacı verilen sürede eksik dava şartını yerine getirmez ise dava usûlden reddedilir. TBK m. 158 hükmü bu durumda uygulama alanı bulur²⁴. Burada dava şartının tamamlanabilir olması önem taşır²⁵.

TBK m. 158 hükmündeki “düzeltilbilir yanlışlık” kavramının bununla sınırlı olmadığı doktrinde ifade edilmekte ve bu duruma örnek olarak dava dilekçesinde eksiklik bulunması hâli gösterilmektedir²⁶. HMK’nın 119. maddesinde²⁷ düzenlenen dava dilekçesindeki unsurların

²¹ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 136 vd.; Süha Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku*, C. I, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.636; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 927 vd.; Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 190; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 317.

²² RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

²³ Tamamlanabilir dava şartları hakkında bkz. Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 952 vd.

²⁴ Karşı görüş için bkz. Erdem, s. 291, Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 1176. (Yazarlara göre, davanın usûlden reddi ile zaman aşımı hiç kesilmemiş gibi olacağından davacı alacaklı da ek süreden yararlanamayacaktır. Lakin biz bu görüşe TBK m. 158 lafzı ve ruhu yönünden katılmıyoruz.)

²⁵ Ayan, s. 210; Örneğin dava şartı olan “hukuki yararın” sonradan tamamlanması mümkün değildir. Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 953.

²⁶ Ayan, s. 216; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 377.

²⁷ (1) *Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:*

a) *Mahkemenin adı.*

b) *Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri.*

c) *Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.*

ç) *Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.*

d) *Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri.*

eksik olması hâlinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiği her bir unsur bakımından değerlendirilir. HMK m. 119 hükmünün 2. fıkrasında açıkça, bazı unsurlardaki eksikliğin hâkimin vereceği kesin sürede tamamlanmaması hâlinde davanın açılmamış sayılacağını ifade edilmektedir. Bunların dışında kalan unsurlar bakımından ise ayrı ayrı her bir unsur özelinde değerlendirme yapmak gerekir. Dava dilekçesinin unsurlarından olan vakıaların gösterilmemiş olmasının yaptırımı somutlaştırma yükünün²⁸ yerine getirilmemesi sebebiyle davanın usûlden reddi iken, hukukî sebebin gösterilmemesi hâlinde kural olarak davanın reddi gerekmez, tamamlanması için süre tanınmaz²⁹.

e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.

f) İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.

g) Dayanılan hukuki sebepler.

ğ) Açık bir şekilde talep sonucu.

h) Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası.

(2) Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır.

²⁸ Cemil Simil, "Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 1364. Somutlaştırma yükü için bkz. Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 3 vd.

²⁹ Muhammet Özekes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 289 vd.; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1146; Tanrıver, s. 650; Karş. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 359; Özekes, haklı olarak hukuki sebebin dava dilekçesinde gösterilmesinin talep sonucunun ne şekilde temellendirildiğinin önemli bir parçası olarak görmekte ve eksikliğin somutlaştırma yükü bağlamında düşünülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Fakat bu tartışmalara çalışmanın konusunu oluşturmadığından ayrıntılı yer verilmeyecektir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammet Özekes, "Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara 2009, s. 745- 781.

TBK m. 158 hükmü başlığı ve metni açıkça “*davanın reddinden*” bahsetmektedir. Zira davanın esasın reddi hâlinde bu hükmün uygulanamayacağı açıktır³⁰. Davanın esasına girilerek hüküm kurulduğu hâllerde artık kesin hüküm etkisinden de söz etmek gerekir ki, bu durumda artık zamanaşımı süresinin dolması yahut borçlu tarafından daha sonra ileri sürülmesi tehlikesi nihai biçimde sona ermiş olur³¹. Davanın usûlden reddi bakımından da şu ayrıma girmek gerekir; Davanın TBK m. 158’de yer alan sebeplerden biri nedeniyle usûlden reddi hâlinde hüküm uygulanacak, ancak hükümde sayılmayan diğer usûlden red hâlleri bakımından bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır³². Yargıtay’ın ise bu konuda farklı görüşleri olduğunu söylemek mümkündür³³.

³⁰ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 377; Nomer, s. 474, N. 215.14; Kılıçoğlu, s. 1137; Ayan, s. 209.

³¹ Kesin hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. H. Özden Özkaya-Ferendeci, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009 s. 21 vd.; Efe Dırenisa, *Die materielle Rechtskraft im deutschen und türkischen Zivilverfahrensrecht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2012, s. 94 vd. ve 127 vd.

³² Atalı/Ermenek/Erdoğan’a göre davanın usûlden reddi hâlinde TBK m. 158 hükmünün uygulanması olanaklı olmadığı gibi gerekli de değildir s. 377; Kılıçoğlu ise davanın usûlden reddi hâlinde bu hükmün uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Kılıçoğlu, s. 1137; Aynı yönde, Oğuzman/Öz, s. 601, N.1947; Feyzioğlu, eski düzenleme zamanında yaptığı değerlendirmesinde sadece madde metninde belirtilen hâllerle sınırlı olarak (tahdidi) TBK m. 158’in uygulanabileceğini, maddenin geniş algılanmaması gerektiğini belirtmiştir. Feyzioğlu, s. 452-453.; Ayan ise davanın usûlden reddi ile davanın açılmamış sayılmasının arasındaki temel farkın zamanaşımının geriye dönük olarak kesilip kesilmediği meselesi olduğunu, bu sebeple de her usûlden ret bakımından TBK m. 158 hükmünün uygulanamayacağını ifade etmektedir. Ayan, s. 222.

³³ Yargıtay, tüm usûlden ret kararları bakımından ek sürenin uygulanması yönünde kararlar vermektedir. Örneğin, “818 sayılı Mülga Borçlar Kanununun 137. maddesi ve 6098 sayılı TBK’nın 158. maddesindeki düzenlemeye göre, “Dava veya def’i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir.” Bu hüküm uyarınca davacı, yargılama aşamasında zamanaşımı süresi ya da hak düşürücü süre dolmuşsa uzamış ek süreden yararlanır. Dava,

hakkın esası tetkik edilmeksizin usule ilişkin sonradan da olsa giderilebilecek bir nedenle sona erdiğinden davacının yeni bir dava açma hakkı bulunmaktadır. Çünkü dava konusu şey yargılama aşamasında zamanaşımına ya da hak düşümüne uğramıştır. Bu nedenle TBK'nın 158. maddesi altmış günlük ek süre içinde dava açılmasına imkan vermektedir. Somut olayda; davacı tarafından ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde 2014/678 Esas sayılı dava dosyasıyla, eldeki dava aynı hukuksal nedene dayalı olarak 26.12.2014 tarihinde açıldığından, mahkemece 15.09.2015 tarihinde davanın hasım eksikliği nedeniyle usulden reddine karar verildiğinden, eldeki davanın ise 27.01.2016 tarihinde TBK'nın 158. maddesi kapsamında altmış günlük ek süre içerisinde yeniden açılmış olduğu anlaşılmıştır.(...)Bu durumda davalılar arasında menfaat çatışması bulunduğundan davalı ...'a kayyım tayini ile davanın kayyım tarafından devam ettirilmesi ve gösterdiği takdirde delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle davanın reddi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir." Y. 14. HD, T. 07.12.2020, E. 2016/18207, K. 2020/8130 (Kazancı); Öyle ki Yargıtay tamamlanabilir nitelikte olmayan hukuki yarar dava şartının TBK m. 158 anlamında "düzeltilebilir yanlışlık" olarak ele almış ve ek sürenin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. "Hukuki yarar 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/1-h maddesi gereğince dava şartıdır. Diğer taraftan ayrıntıları Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2016/482-2018/1047 esas-karar sayılı ilâmında da belirtildiği üzere, hukuki yarar tamamlanamayacak ve düzeltilemeyecek nitelikte bir dava şartıdır. Dairemizin yerleşik uygulaması da bu yöndedir. Bu noktada, belirsiz alacak davası olarak açılan davada, davanın belirsiz alacak davası olarak açılmayacağı gerekçesi ile usulden reddinin, 6098 Sayılı Kanun'un 158. maddesinde düzenlenen "düzeltilebilir bir yanlışlık" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. Kanun maddesinde yetkisizlik veya görevsizlik sebebi ile verilen ret kararları ayrıca düzenlenmiş olup "düzeltilebilir bir yanlışlık" kavramı, yalnızca yetkisizlik ve görevsizlik sebebi ile verilen ret kararları anlamında yorumlanamaz. Düzeltilebilmesi mümkün bir hata sebebi ile dava usulden reddedildiğinde tanınan ek süre hakkı, hakkın doğası ve adil yargılanma hakkının doğal gereğidir. Bazı usul hataları sebebi ile davanın reddi halinde doğabilecek adaletsizliğin önüne geçmek amacı ile 6098 Sayılı Kanun'un 158. maddesindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Hukuki yarar yokluğu sebebi ile dava şartının eksik olması, yeni açılacak bir dava ile düzeltilebilir. Hukuki yarar yokluğu sebebi ile reddedilen davadan sonra aynı taleplerle açılacak davada, önceki dava maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Görev ve yetki de hukuki yarar gibi dava şartı olup görev ve yetki bakımından dava şartı eksikliği sebebi ile verilen ret kararından sonra altmış günlük ek süre tanınmasına imkan veren Kanun'un, aynı kapsamda sayılan hukuki yarar yokluğu sebebi ile ret halini "düzeltilemez bir yanlışlık" olarak kabul ettiğini söylemek adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz. Davayı belirsiz alacak davası olarak açmakta

Davanın açılmamış sayılmasının sonuçları ise davanın usûl ve esastan reddinden farklıdır. Davanın açılmamış sayıldığı hâllerde, davanın açılmasıyla birlikte doğan bazı sonuçlar, hiç doğmamış gibi tamamen ortadan kalkar. Davanın açılmamış sayılmasıyla zamanaşımı davanın açıldığı tarihte hiç kesilmemiş gibi, hak düşürücü sürelerse hiç korunmamış gibi işlemiş sayılır³⁴. Davanın açılmamış sayılması sonucu kanun gereği kendiliğinden doğar, hâkimin kararına ihtiyaç yoktur³⁵. Burada arada geçen sürelerin korunmasına ilişkin sonucu ortadan kaldırılmak, bir nevi en başa dönülmek istenmektedir.

Davanın her açılmamış sayıldığı hâl bakımından TBK m. 158 hükmünün uygulanacağını söylemek de mümkün olmamalıdır³⁶. Örneğin,

hukuki yararı bulunmadığı halde belirsiz alacak davası olarak açılan davanın hukuki yarar yokluğu sebebi ile usulden reddedilmesi durumunda, bu hatanın " düzeltilebilir bir yanlışlık " olduğunun kabulüyle sonradan aynı taleplerle açılan davada davacının 6098 Sayılı Kanun'un 158. maddesinde düzenlenen ek süreden faydalanması gerektiği kabul edilmelidir." Y. 22 HD, T. 24.10.2019, E. 2019/7815, K. 2019/19996 (Kazancı).

³⁴ Özmumcu, s. 202-203; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1175; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 377.

³⁵ Emre Kıyak, "Yargıtay Kararları Işığında Dava Dilekçesinde Yer Alan Unsurların Eksik Olması Halinde Uygulanacak Hükümler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 1, 2014, s. 146 vd.

³⁶ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 377. Ayan, s. 219; Yargıtay da önüne gelen ihbar ve kıdem tazminatlarına ilişkin bir dava bakımından, "*Davacı, söz konusu zaman aşımı süresinin geçtiğini kabul etmekle birlikte Borçlar Kanununun 137. maddesinde öngörülen 60 günlük munzam süre içinde bu davayı açtığını belirtmiş bulunmaktadır. Ancak, Borçlar Kanununun anılan maddesinde hangi hallerde munzam müddetten yararlanılacağı sınırlı bir biçimde sayılmış, ayrıca sayılan hususlardan dolayı daha önce davanın reddedilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Bu düzenlemede davanın açılmamış sayılma ile sonuçlanması haline yer verilmemiştir. Böyle olunca davanın süresinde açıldığını kabul etmek mümkün değildir.*" şeklinde karar vermiş, davanın açılmamış sayılmasının TBK m. 158 hükmü kapsamında saymamıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, Yargıtay'ın bu kararında davanın hangi sebeple açılmamış sayıldığına açıklık getirilmemiştir. Y. 9. HD, T. 02.11.1999, E. 1999/13634, K. 1999/16586 (Legalbank); Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1176.

HMK m. 119 hükmünde sayılan dava dilekçesinin tüm unsurları bakımından aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün olmayacağından, yalnızca eksikliği davanın usûlden reddini gerektirenler bakımından söz konusu maddenin uygulanabilir olduğunu söylemek mümkündür³⁷. HMK m. 119/2’de belirtilen ve kesin süre içerisinde tamamlanmadığı takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilen eksiklikler de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Kanaatimizce, TBK m. 158 hükmünün amacı, her ne kadar alacaklı yönünden hakkaniyeti alacaklı sağlamak olsa da, zamanaşımı süresi dolmuş bir alacağı yeniden dava konusu edilebilmesi hakkı tanıdığı ya da hak düşürücü süresi geçmiş bir davanın açılmasına olanak sağladığından bu hüküm istisnai niteliği haizdir ve uygulama alanı dar tutulmalıdır.

c. HMK m. 20 ve TBK m. 158 Arasındaki Bağlantı

TBK m. 158 hükmünde öngörülen ek sürenin en çok uygulama alanı bulduğu alan görevsizlik ve yetkisizlik kararları üzerine yapılması gereken işlemlerin düzenlenmiş olduğu HMK m. 20 hükmüdür.

7251 sayılı Kanun’la³⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 10.02.2016 tarihli kararı doğrultusunda değişikliğe uğrayan HMK m. 20 hükmüne göre, mahkemenin *görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermesi durumunda taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise tebliğ tarihinden, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurusu ve dosyanın görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi* gerekir. Bu iki haftalık süre içerisinde taraflardan birinin gönderme talebinde bulunmaması hâlinde mahkeme re’sen davanın açılmamış sayılacağına karar verir.

Doktrinde 60 günlük ek sürenin başlama zamanı konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, mahkemenin görevsizlik- yetkisizlik kararının kesinleşmesiyle birlikte ek sürenin başlaması gerektiğini ifade

³⁷ Her usûli eksikliğin TBK m. 158’in uygulama kapsamına girmeyeceği yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 1137.

³⁸ RG. T. 28.07.2020, S. 31199.

ederken³⁹, bazı yazarlar sürenin HMK m. 20 hükmünde öngörülen iki haftalık sürenin dolmasından itibaren başlayacağını ifade etmektedir⁴⁰.

İşaret edilen hükme göre, mahkemenin görevsizlik veya yetkisizlik şeklindeki usûle ilişkin nihai kararı zamanaşımının kesilmiş olması sonucunu ortadan kaldırmayacak, iki haftalık süre içerisinde davanın açılmasına bağlı sonuçlar korunmaya devam edecektir⁴¹. İki hafta içerisinde davacı başvurusunu usûlüne uygun yaparsa, gönderilen mahkemede açılan dava ilk davanın devamı sayılacaktır (HMK m. 20/I)⁴². Bu nedenledir ki, TBK m. 158 hükmünde yer alan 60 günlük ek sürenin görevsizlik veya yetkisizlik kararının kesinleşmesinden değil, taraflara tanınan iki haftalık sürenin dolmasından itibaren başlaması uygun olacaktır⁴³. Yargıtay'ın da uygulaması isabetli olarak bu şekildedir⁴⁴.

³⁹ Erdem, s. 314; Erdem, ek sürenin iki haftalık sürenin sonunda başladığının kabulü hâlinde alacaklı lehine kanunda düzenlenmemiş bir hak yaratıldığını ifade etmektedir. Erdem, s. 315; Üstündağ ise, davanın açılmamış sayılmasına bağlanan sonuçların HUMK m. 193'deki düzenlemeye göre on günden (HMK m. 20'deki hâliyle iki haftadan) sonra doğacağını kabul etmekle birlikte TBK m. 158'deki (BK m. 137) 60 günlük sürenin kesinleşmeye müteakip başlayacağını, on günlük süre içerisinde dava yeniden açılırsa bu davada harç ödenmesi bakımından bir fark olduğunu belirtmektedir. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 178.

⁴⁰ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, C. I, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 361 vd.; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1173; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 171; Ayan, s. 201-202; Emel Ş. Elgün, *Medenî Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması ve Sonuçları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 58.

⁴¹ Üstündağ, s. 178; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 169-170; Ayan, s. 197.

⁴² Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 169; Umar, s. 96.

⁴³ Bu yönde, Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1173. Benzer yönde görüş beyan eden Ayan, yine aynı eserinde davacı alacaklının iki haftalık süreyi elde olmayan sebeplerle kaçırmaması hâlinde eski hâle getirme kurumuna başvurabileceğini, bu imkan varken maddî hukuka ilişkin bir süre ile alacaklıya tekrar ek süre tanınmasının adil olmadığını da ifade ederek kanımızca kendi içinde çelişkili duruma düşmüştür. Ayan, s. 199-200 ve özellikle s. 202.

⁴⁴ “ Davacılar tarafından evvelce İstanbul 12. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne açılan dava, hasım tarafın iş alanına ilişkin itirazının mahkemece kabul edilmesi üzerine görevli

III. Usûlî Süreler ve TBK m. 158 Hükmünde Verilen Sürenin Niteliği

a. Genel Olarak Usûl Hukukunda Süreler ve Maddî Hukuka İlişkin Sürelerden Farkı

TBK m. 158'de belirtilen 60 günlük ek sürenin niteliğini belirlemeden önce, usûl hukukunda düzenlenen sürelerden kısaca bahsedilmelidir.

Usûl hukukunda düzenlenen süreler, Kanunun öngördüğü süreler - hâkim tarafından verilen süreler, kesin süreler- kesin olmayan süreler, mahkeme için öngörülen süreler- taraflar için öngörülen süreler şeklinde çeşitli ayrımlara tâbi tutulmuştur⁴⁵.

Bu süreler, çoğu zaman maddî hukuka ilişkin sürelerden farklıdır. Örneğin, mahkeme için düzenlenen süreler düzenleyici nitelikte olup, belirtilen sürede keyfi olarak süreye aykırı davranma dışında, mahkemece hareket edilmemesinin herhangi bir yaptırımı yoktur⁴⁶. Ancak HMK'da taraflar için düzenlenen süreler ise kural olarak kesin niteliktedir⁴⁷. HMK

İstanbul Ticaret Mahkemesi'ne tevdi edilmiştir. Tevdi kararı 19.12.1975 tarihinde taraf vekillerinin yüzlerine karşı tefhim edildiğine göre, HUMK. nun 193. maddesinin 3. fıkrasında yazılı on günlük sürenin 11.10.1976 tarih ve 976/5-976/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı icabı kararın verildiği 19.12.1978 tarihinden itibaren işlemeye başlaması gerekir. Ne var ki, davanın görevli Ticaret Mahkemesinde görülmesi için yapılması icap eden usuli muameleler tayin edilen bu süre zarfında yapılmamış ve bu nedenle de görevli Ticaret Mahkemesi davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir.

Mahkemece verilen bu karar niteliği itibarıyla, tamiri kabil bir noksanlık nedeniyle verilmiş bir karar olarak kabul edilebilir ve bu nedenle davacıların BK. nun 137. maddesinden faydalanabileceği söylenebilir ise de, anılan maddedeki 60 günlük munzam sürenin son kararın verildiği tarihten değil, ilk tevdi kararını müteakip işlemeye başlayan 10 günlük sürenin bittiği tarihten itibaren hesaplanması gerekir." Y. 11. HD, T. 03.04.1974, E. 1974/1196, K. 1974/1705 (Legalbank).

⁴⁵ Üstündağ, s. 438; Yılmaz, Süre, s. 3167 vd.

⁴⁶ Tanrıver, s. 447; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 286-287; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, C.I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 453-454.

⁴⁷ Üstündağ, s. 438; Tanrıver, s. 447; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 287; Feyzioğlu, s.

m. 94 hükmünün 3 fıkrasına göre, tarafların belirtilen kesin süre içerisinde gerekli işlemi yapmamasının yaptırımı, o işlemi yapma hakkını kaybetmesidir. Usûlî kesin süreler bakımından bu sonuç genellikle kandan doğar, bu hususta herhangi bir talep ya da işleme gerek yoktur⁴⁸. Dolayısıyla, usûlî kesin süreler bu bakımdan hak düşürücü sürelerle benzerlikteyse de, etki doğurduğu hukuk alanı medeni usûl hukukudur⁴⁹.

b. TBK m. 158 Hükmünde Öngörülen 60 Günlük Sürenin Niteliği Bakımından Değerlendirme

TBK m. 158’de öngörülen 60 günlük ek sürenin süreler bakımından yukarıda bahsettiğimiz ayrımlardan hangisine girdiği hâlâ tartışmalıdır⁵⁰. TBK m. 158 hükmünde düzenlenen 60 günlük sürenin bir usûl hükmü olduğu kabul edilirse, bu durumda belirtilen sürenin kesin ve HMK m. 94 gereği hakkın kaybına yol açan nitelikte olduğunun da kabulü gerekir. Doktrinde bir görüş, bu ek sürenin bir maddî hukuk hükmü olduğu da ileri sürülmektedir⁵¹. Bu durumda 60 günlük sürenin hak düşürücü mü yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu tartışması doğar. Doktrinde çoğunluk yazar, bu sürenin maddî hukuka ilişkin bir hak düşürücü süre olduğunu ifade ederken⁵², bazı yazarlar zamanaşımı süresi olduğunu ifade etmektedir⁵³.

428. *Feyzioğlu*, Borçlar Hukuku kitabının usûlî süreler ile zamanaşımının farklarını incelediği kısımda, zamanaşımının geçmesi hâlinde alacak hakkının dava yoluyla istenebilmesinin engellendiğinin, usûlî sürelerin geçirilmesinin ise usûlî hakkın kaybına yol açacağını ifade etmiştir. Benzer yönde, *Kılıçoğlu*, s. 1105.

⁴⁸ Üstündağ, s. 438.

⁴⁹ Bu yönde bkz. *Köroğlu*, s. 8.

⁵⁰ Umar, s. 99.

⁵¹ Ayan, s. 212.

⁵² Erdem, s. 317; Ayan, s. 196 ve özellikle 215; Erarslan Özkaya, *Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler*, Seçkin Hukuk, Ankara 2016, s. 918.

⁵³ *Kılıçoğlu*, bu konuda bir belirsizlik olmakla beraber ek sürenin zamanaşımı süresi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmekte, ek sürenin zamanaşımını uzatmak amaçlı olduğu için yine zamanaşımı olması gerektiğini ileri sürmektedir. *Kılıçoğlu*, s. 1139; *Akçay*’a göre, ek süre bir defa hakkı tanır ve alacaklı

Yukarıda da ayrıntılı olarak bahsedildiği üzere usûl hukukuna ilişkin sürelerin amacı yargılamanın devamını sağlamak ve usûl ekonominin gereği olan makul sürede yargılamayı tamamlamaktır⁵⁴. Zamaşaşımı ise bir maddî hukuk kurumudur⁵⁵ ve alacağın talep edilebilirliğine ilişkindir⁵⁶. Bunun yanında süresinde kullanılmayan bir hakkın artık kullanılmayacağını düzenleyen sürelerse hak düşürücü olarak adlandırılır⁵⁷.

TBK m. 158 hükmünde düzenlenen ek sürenin zamaşaşımı süresi olmadığı söylenebilir. Zamaşaşımı süresi, def'i niteliğinde olduğundan hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaz, zamaşaşımı süresinin

tarafından ileri sürülmediği müddetçe mahkemece re'sen dikkate alınmaz. Akçay, s. 140.

⁵⁴ Tanrıver, s. 447.

⁵⁵ Yargıtay ise farklı görüştedir. "...2-Taraflar arasında, davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Zamaşaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamaşaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliğini ortadan kaldırır. Bu itibarla zamaşaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu incelemesi mümkün değildir. Zamaşaşımı, bir maddi hukuk kurumu değildir. Diğer bir anlatımla zamaşaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamaşaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da, yargılamayı yapan yargıç tarafından yürüttüğü görevinin bir gereği olarak kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasada öngörülen süre ve usul içinde ileri sürmesi zorunludur. Demek oluyor ki zamaşaşımı, borcun doğumu ile ilgili olmayıp, istenmesini önleyen bir savunma olgusudur. Şu durumda zamaşaşımı, savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır." Y. 9. HD, T. 23.12.2020, E. 2017/22143, K. 2020/19793 (Kazancı)

⁵⁶ Tanrıver, s. 655; Feyzioğlu, s. 427 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1032.

⁵⁷ Bkz. dn. 4 vd.

hâkimce değerlendirilebilmesi için davada ileri sürülmesi gerekir⁵⁸. Hâkim, kendiliğinden zamanaşımı süresinin geçip geçmediğini değerlendiremez, dava dosyasından zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşılabilirse bile bu husus yargılamada ileri sürülmedikçe hükmüne esas alamaz⁵⁹. Oysa TBK m. 158 hükmü alacaklıya bir şans vermekte, dava konusu talep hakkında zamanaşımı süresi dolsa ya da dava konusu hak zamanında ileri sürülmediğinden düşse bile, verilen ek sürede tekrar davasını mahkeme önüne getirebilme hakkı tanımaktadır. Ek süre TBK'da düzenlenen sebeplerle durmayacak, kesilmeyecektir⁶⁰. Dolayısıyla alacaklının 60 günlük ek sürenin sona ermesiyle bu hakkı kaybedeceği aşikârdır. Bu gerekçelerle, 60 günlük ek sürenin hakkın kaybına yol açan bir süre olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda bu sürenin maddî hukuk anlamında hak düşürücü süre mi yoksa usûl hukuku anlamında kesin usûli süre olarak mı kabul edileceği tartışması yapılabilir.

60 günlük ek sürenin usûli bir süre olduğunun kabulü hâlinde, eski hâle getirme kurumu da işlerlik kazanacaktır⁶¹. Nitekim HMK m. 96 ve devamında düzenlenen eski hâle getirme kurumuna sadece taraflara ilişkin kesin usûli sürelerin elde olmayan sebeplerle kaçırılması hâlinde başvurulabilir, maddî hukuk süreleri bakımında eski hâle getirme mümkün değildir⁶². Doktrinde, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin geçirilmesi hâlinde eski hâle getirme kurumuna başvurulamayacağı, bu durumda ancak maddî hukukun tanıdığı imkânlarla başvurulabileceği ifade edilmektedir⁶³. Ancak TBK m. 158'de düzenlenen 60 günlük sürenin ka-

⁵⁸ Zamanaşımının def'i olarak ileri sürülebileceği hakkında bkz. Berkin, s. 425; Kılıçoğlu, s. 1134.

⁵⁹ Feyzioğlu, s. 428.

⁶⁰ Erdem, s. 317; Ayan, s. 196.

⁶¹ Umar, bu sürenin TBK m. 158'de belirtilen maddî hukuka ilişkin hak düşürücü sürenin arkasına eklenmesi sebebiyle niteliğinin ayrılmasının zorlaştığını, ayrıncı bir ifadeye ihtiyaç olduğunu ifade etmekte ve usûli bir süreden bahsetmektedir; Umar, s. 99-100.

⁶² Tanrıver, s. 452.

⁶³ Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 474.

çırılması hâlinde bu yola başvurulmasının mümkün olup olmayacağı cevapsızdır⁶⁴.

Bu sorunun cevabının verilebilmesi için asıl olarak 60 günlük sürenin konu edildiği hakkın doğru tespit edilmesi gerekir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, eğer belirtilen süre etkisini hukuk yargılamasında gösteriyorsa bir usûl süresinden, eğer maddî hukukta gösteriyorsa maddî hukuka ilişkin bir süreden bahsedilmelidir⁶⁵. Nitekim HMK m. 20 hükmünde belirtilen süre içerisinde gönderme kararı verilemediği hâllerde davanın açılmamış sayılması sonucu kendiliğinden doğacaktır. Bu bakımdan HMK m. 20 hükmünde düzenlenen iki haftalık sürenin bir usûl hukuku süresi olduğunu söylemek mümkündür⁶⁶.

Maddede düzenlenen iki haftalık sürenin dolmasına bağlanan zamanlaşımı ve hak düşürücü sürelerin korunması sonucunun ortadan kalkmaması için TBK m. 158 hükmü ikinci bir imkân tanımaktadır. Bu durumda artık HMK m. 20 hükmündeki iki haftalık süreyi kaçıran alacaklının elde olmayan sebeple bile olsa eski hâle getirme kurumuna başvurmada hukuki menfaati bulunmamaktadır⁶⁷. Eski hâle getirme kurumuna başvurulabilme şartlarından birinin de başkaca bir yol öngörülmemiş olması olduğu düşünüldüğünde⁶⁸, TBK m. 158 hükmünün bu ihtiyacı karşıladığını söylemek mümkündür.

Söz konusu 60 günlük sürenin asıl amacı HMK m. 20 hükmü gereği davanın açılmamış sayılması veya davanın usûlden reddi hâllerinde

⁶⁴ Benzer bir tartışmayı Akkaya, hükmün tamamlanması müessesesi bakımından yapmıştır. Ayrıntı için bkz. Tolga Akkaya, "Medeni Usûl Hukukunda Hükmün (Nihai Kararların) Tamamlanması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 1, 2021, s. 45.

⁶⁵ Bkz. III, a.; Köroğlu, s. 8 vd.

⁶⁶ Doktrinde iki haftalık sürenin dolması durumunda hâkimin bu hususu re'sen dikkate alması dolayısıyla bu sürenin "hak düşürücü süre" olduğu yönünde bir görüş bulunmaktadır. Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 73.

⁶⁷ Eski hâle getirme kurumuna başvurunun şartları ve hukuki yarar şartı hakkında bkz. Erdal Tercan, *Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme – Hali Sabika İrca-*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 232 vd.

⁶⁸ Tercan, s. 234.

meydana gelebilecek hak kayıplarından davacıyı yani bu durumda alacaklıyı korumak olduğuna göre, sürenin adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından büyük önemi bulunduğunu söylemek doğru olur. Bu sürenin davanın görülebilmesi için alacaklının dava hakkının devam etmesini sağladığı söylenebilirse, bu hâlde 60 günlük sürenin bir usûl hukuku süresi olduğunun kabulü gerekecektir. İşte bu durumda 60 günlük sürenin elde olmayan bir sebeple kaçırılması hâlinde eski hâle getirme kurumuna başvurmanın önünde bir engel bulunmamaktadır.

SONUÇ

TBK m. 158 hükmünün, HMK dışında düzenlenmiş bir usûl hukuku kurumu olması, hükmün etkisini doğrudan usûl hukukunda doğurmasından kaynaklanmaktadır. Öyle ki, TBK m. 158 hükmü her ne kadar TBK'da zamanaşımı başlığı altında düzenlenmişse de, söz konusu düzenlemenin davanın açılmamış sayılması yahut usûlden reddiyle sıkı bir bağlantısı vardır. Hüküm sonuçlarını ancak madde metninde düzenlenen usûl hukukuna ilişkin bazı durumların ortaya çıkması hâlinde meydana getirir. Dolayısıyla, TBK m. 158 hükmünde düzenlenen 60 günlük ek sürenin bir usûli kesin süre olduğunu söylemek doğru olacaktır. Bu kabul, 60 günlük sürenin kaçırılmasının yaratacağı olumsuz durumun, şartları varsa eski hâle getirme kurumuna başvurularak önlenmesi anlamına gelir.

TBK m. 158 hükmünde, sadece zamanaşımı süresinin değil, hak düşürücü sürelerin de yargılamada henüz ileri sürülemeden usûli sebeplerle dolması hâlinde ek sürenden yararlanılabileceği düzenlenmiştir. Bu durum, hükmün Kanun'da sistematik olarak bulunduğu yerden ziyade, usûli bir sebeple davacının hak kaybına uğramasının önüne geçme amacının göstergesidir.

Tüm bu sonuçlarla birlikte, TBK m. 158 hükmünün gerek maddî hukuk bakımından gerekse usûl hukuku bakımından benzeri olmayan önemli bir düzenleme getirdiği belirtilmelidir.

ZUSAMMENFASSUNG

I. Im ersten Titel der Arbeit wurde zunächst auf den Zeitbegriff und die Bedeutung von Rechtsfristen eingegangen und die Unterscheidung zwischen Verjährung und Ausschlussfrist, die aufgrund des Kontextes des Themas die Grundbegriffe des materiellen Rechts sind, kurz erwähnt.

II. Der zweite Teil der Arbeit befasst sich mit 158 des türkischen Obligationenrechts (TBK), das das Hauptthema des Beitrags ist. Nachdem die Klage des Klägers aus prozessualen Gründen, z. B. wegen fehlender Zuständigkeit oder fehlendem Gerichtsstand, abgewiesen wurde, kann die Frist für die Verjährung der Klage bis zur Wiederaufnahme des Verfahrens ablaufen, oder die Ausschlussfrist seines Rechts kann ablaufen. Aus diesem Grund räumt Artikel 158 dem Gläubiger das Recht ein, das Klagerecht innerhalb einer zusätzlichen Frist von sechzig Tagen erneut geltend zu machen.

Die Bestimmung des Artikels findet in begrenzten Fällen Anwendung, in denen der Fall prozessual abgelehnt wird. Im Text des Artikels werden eindeutige Entscheidungen über die Unzuständigkeit und den Mangel an Gerichtsstand erwähnt. Darüber hinaus sollte der Ausdruck "korrigierbarer Fehler" in dem Artikel als korrigierbare Mängel bei den Prozessvoraussetzungen verstanden werden.

III. Es besteht ein Zusammenhang zwischen der Regelung in Artikel 20 der türkischen Zivilprozessordnung (HMK) und Artikel 158 des türkischen Obligationenrechts. In der Tat werden in HMK Art. 20 nennt die Schritten, die bei der Entscheidung über die Unzuständigkeit und den fehlenden Gerichtsstand zu befolgen sind. Gemäß Artikel 20 muss im Falle einer Entscheidung über die Unzuständigkeit oder den fehlenden Gerichtsstand eine der Parteien innerhalb von zwei Wochen, wie in diesem Artikel festgelegt, bei dem Gericht, das die Entscheidung erlassen hat, die Übertragung der Rechtsfall an das zuständige Gericht beantragen. In diesen Situationen stellt sich die Frage, wann die zusätzliche Frist von sechzig Tagen beginnt. Der Beginn dieser zusätzlichen Frist muss mit dem Ende der Zwei-Wochen-Frist, der in Artikel 20 des HMK genannten Antragsfrist, zusammenfallen.

IV. Im letzten Teil des Artikels wird erörtert, ob es sich bei der zusätzlichen Sechzigtagesfrist um eine materiell-rechtliche Frist oder um eine prozessuale Frist handelt. Wird diese Frist als prozessuale Frist akzeptiert, wird auch die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wirksam.

KAYNAKÇA

Akçay, Ergin, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Akkan, Mine, *Pekantez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, C. I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

Akkaya, Tolga, "Medeni Usûl Hukukunda Hükümün (Nihai Kararların) Tamamlanması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 1, 2021, s. 19-60.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil M./Deren Yıldırım, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul 2009.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, *Medeni Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2020.

Ayan, Serkan, *Zamanaşımının Durması ve Zamanaşımının Kesilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Becker, Hermann, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Band VI, I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-183, Verlag von Stämpfli&Cie., Bern 1941.

Berkin, Necmettin M., "Adalet Mahkemesi Kararları- Zamanaşımı (MK. m. 513; HUMK. m. 187)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 41, S. 3-4, s. 423-435.

Direnisa, Efe, *Die materielle Rechtskraft im deutschen und türkischen Zivilverfahrensrecht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2012.

Elgün, Emel Şeyda, *Medenî Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması ve Sonuçları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Erdem, Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Erdönmez, Güray, *Pekantez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, C. I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Feyzioğlu, N. Feyzi, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, C. II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969.

Grothe, Helmut, *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., Beck, 2018.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

Kıyak, Emre, "Yargıtay Kararları Işığında Dava Dilekçesinde Yer Alan Unsurların Eksik Olması Halinde Uygulanacak Hükümler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 1, 2014, s. 127-158.

Killas, Laurent/Wiget, Matthias, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, 3. Aufl., Schulthess, Basel 2016.

Köroğlu, Anıl, *Medeni Usul Hukukunda Sürelere İlişkin Esaslar*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.

Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, C. I, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul 2001.

Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Mansel, Heinz-Peter, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, 18. Aufl., Beck, 2021.

Nomer, Halûk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Beta, İstanbul 2020.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Özekes, Muhammet, "Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara 2009, s. 745-781.

Özekes, Muhammet, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 263-300.

Özkaya-Ferendeci, H. Özden, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

Özkaya, Erarslan, *Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler*, Seçkin Hukuk, Ankara 2016.

Özmumcu, Seda, "Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 19, S. 2, 2012, s. 183-206.

Pekcanitez, Hakan, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

Simil, Cemil, "Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 1351- 1376.

Tanrıver, Süha, *Medeni Usûl Hukuku*, C. I, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Tekinay, Selahattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Alttop, Atillâ, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Tercan, Erdal, *Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme – Hali Sabıka İrca-*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2000.

Yardımcı, Taner Emre, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Yılmaz, Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Özel Sayı- Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. III, İzmir 2013, s. 3167-3190.

Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda Uzaktan Çalışmanın Temel Esasları

Grundprinzipien der Telearbeit im türkischen und deutschen Recht

Dr. Öğr. Üyesi Esra YİĞİT*

ÖZ

Uzaktan çalışma, klasik iş ilişkisinden farklı olarak işçinin işyeri dışında iş görmesine dayanan bir çalışma modelidir. Özellikle Covid-19 döneminde bu çalışma biçiminin birçok yerde uygulanmak zorunda kalması, bu modele dair pek çok soruyu da beraberinde getirmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine 2016 yılında eklenen uzaktan çalışmanın ayrıntıları ise yakın tarihte çıkarılan Yönetmelikte düzenlenmiştir. Buna karşılık Alman Hukukunda bu çalışma biçimine dair özel bir düzenleme bulunmamakta, konu genellikle öğreti görüşleri çerçevesinde şekillenmektedir. Bu çalışmada uzaktan çalışmanın temel esasları hem Türk Hukuku hem de Alman Hukuku çerçevesinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Uzaktan çalışma, tele çalışma, uzaktan çalışmada veri güvenliği, Alman hukukunda uzaktan çalışma, evden çalışma*

Basic Principles of Teleworking in Turkish and German Law

ABSTRACT

Teleworking is a working model based on the employee's work outside the workplace, unlike the classical employment relationship. The fact that this way of working has to be applied in many places, especially during the Covid-19 period, has brought many questions about this model. The details of teleworking, which were added to Article 14 of the Labor Law No. 4857 in 2016, were regulated in the recently issued Regulation. On the other hand, there is no special regulation regarding this employment model in German Law, and the subject is

* Doktor Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, yigit@tau.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8312-7941>.

generally shaped within the framework of doctrinal views. In this study, the basic principles of teleworking are discussed within the framework of both Turkish Law and German Law.

Key Words: *Teleworking, distance working, working at home, data protection in teleworking, teleworking in German law*

Giriş

4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde 2016 yılında yapılan değişiklik ile uzaktan çalışma kavramı mevzuatımıza girmiş ve yakın tarihte de konuya ilişkin Uzaktan Çalışma Yönetmeliği¹ yayınlanmıştır. Çalışmamızda hem Türk Hukukundaki bu düzenlemeler uyarınca uzaktan çalışmanın temel esasları incelenecek, hem de bu çalışma biçiminin Alman Hukukunda nasıl değerlendirildiği açıklanacaktır.

I. Uzaktan Çalışmanın Tanımı

4857 sayılı İş Kanunu md. 14'e göre uzaktan çalışma, "*işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir*"². Aynı tanım Yönetmeliğin 4. maddesinde de tekrar edilmiştir³.

¹ RG 10.03.2021/31419.

² Öğretideki benzer nitelikteki tanımlar için bkz.: Murat Kandemir, *Tele Çalışma*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 41; Mustafa Alp, "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, İstanbul, 2011, 795-851, s. 795; Emine Tuncay Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 10. Bası, Gazi Yayınevi, Ankara, 2019, s. 107; Ufuk Aydın, "Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2020, Cilt 6, Sayı 2, 181-214, s. 203.

³ Kanunda ve Yönetmelikte yapılan tanımın aslında hem evde çalışmayı hem de tele çalışma olarak nitelendirilen çalışmayı bir arada düzenlediği yönünde: Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 33. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 228; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, 25. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 46; Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 162.

Alman Hukukunda uzaktan çalışma (Telearbeit) teriminin kullanıldığı ilk ve tek düzenleme ise, Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV)'un 2. maddesidir⁴. Aslında ArbStättV'un amacı, çalışma yerlerinin tamamında iş kazası ve meslek hastalığına dair önlemleri belirlemektir. ArbStättV'un kapsamına uzaktan çalışanları da dahil etmek amacıyla 2016'da yapılan değişiklikle, tanımlar başlıklı 2. maddede "uzaktan çalışma yeri (Telearbeitsplatz)"nin tanımı yapılmıştır. Yani bu Kanun aslında uzaktan çalışmanın değil, bu çalışmanın yapıldığı yerin tanımını içermektedir⁵. Dolayısıyla Alman Hukukunda doğrudan ve özel olarak uzaktan çalışma ilişkisini tanımlayan bir düzenleme bulunmamaktadır⁶.

Ancak ArbStättV § 2/7'de yer alan uzaktan çalışma yerinin tanımından yola çıkarak Alman Hukukunda uzaktan çalışmanın; "işçinin kendi özel alanında, teknolojik bir araç yoluyla ve haftalık çalışma saati belirlenerek iş gördüğü bir çalışma biçimi" olduğu söylenebilir. Önemli olan, işin en azından bir kısmının işyeri dışında teknolojik bir araç ile görülüyor olmasıdır⁷. İşçinin tamamen uzaktan çalışacağı kararlaştırılabileceği gibi, bazı günlerde veya saatlerde uzaktan çalışma yapacağı da kararlaştırılabilir.

Görüldüğü üzere uzaktan çalışmada öne çıkan, işyeri dışında görülen işin teknolojik bir araç yoluyla yürütülmesi unsurudur⁸. Uzaktan çalışmanın teknolojik araçlar ile yürütülme özelliği, bu çalışma biçimini evden çalışmadan ayıran özellik olarak kabul edilmektedir⁹.

⁴ Bu düzenlemeden önceki öğretiyi değerlendirmeleri hakkında detaylı bilgi için bkz.: Peter Wedde, *Tele-Arbeit*, Bund Verlag, Frankfurt am Main, 1994, s. 30 vd.; Marita Körner, "Telearbeit - neue Form der Erwerbsarbeit, alte Regeln?", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Sayı 22, Yıl 1999, 1190-1194, s. 1190.

⁵ Stefan Müller, *Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis*, 2. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden 2020, n. 1; Wolfgang Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 7. Bası, Bund Verlag, Frankfurt am Main, 2020, s. 409, n. 3.

⁶ Konuya ilişkin özel bir düzenlemenin yapılması gerektiği sıkça dile getirilse ve bu kapsamda bir tasarı hazırlansa da ilgili tasarı bu çalışmanın hazırlandığı tarihte henüz yasalaşmamıştır.

⁷ Marcel Isabella/Andrea Panzer-Heemeier, *Stichwortkommentar Arbeitsrecht*, 3. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2021, n. 1.

⁸ Thomas Lammeyer, *Telearbeit*, Alma Mater Verlag, Saarbrücken 2007, s. 18.

⁹ Senyen-Kaplan, s. 107; Orhan Ersun Civan, "İş Hukukunda Uzaktan Çalışma

Uzaktan çalışmadaki teknolojik araç işin niteliğine göre farklılık gösterebilir. Söz gelimi bilgisayar ve telefon gibi iletişim araçları uzaktan çalışma aracı olabileceği gibi, özel bir çalışma masası veya bir mimarın kullanacağı çizim masası da bu kapsamda değerlendirilebilir.

Ancak işçinin işyeri dışında zaman zaman bir teknolojik araç yoluyla iş gördüğü her çalışma ilişkisi uzaktan çalışma olarak da nitelendirilemez. Örneğin işçinin zaman zaman evde veya bir tren yolculuğu esnasında bilgisayarı aracılığıyla bir süre çalışması, tek başına çalışma ilişkisini uzaktan çalışma modeline dönüştürmüş olmaz¹⁰. Çünkü buradaki teknolojik araç kullanımı süreklilik arz etmemektedir.

II. Uzaktan Çalışmanın Türleri

Türk Hukuku öğretisinde henüz yer tutmasa da, Alman Hukuku öğretisinde uzaktan çalışma modeli farklı türlere ayrılmıştır. Hemen belirtelim ki; bu ayrımlar aslında Alman Hukuku mevzuatından değil, uygulamada görülen farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Bu doğrultuda uzaktan çalışmanın üç türe ayrıldığı söylenebilir.

1. Alternatifli Uzaktan Çalışma

Uzaktan çalışmanın ilk türü, işçinin bazı günler işyerine gideceğinin, bazı günler ise uzaktan çalışma yapacağını kararlaştırılmasıdır¹¹. Bu çalışma modeli, “alternatifli uzaktan çalışma (alternierende Telearbeit)” olarak nitelendirilmektedir.

2. Mobil Uzaktan Çalışma

Uzaktan çalışmanın diğer bir türü ise, işçinin teknolojik aracı yanında gezdirerek dışarıda çalışabildiği tür olan “mobil uzaktan çalışma (mobiles Arbeit)”tır¹².

(Evde Çalışma/Tele Çalışma”, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 26, Sayı 7, Yıl 2010, legalbank.net, Erişim Tarihi 29.06.2021; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 227-228.

¹⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 230; Kandemir, s. 41-42; Alp, s. 799.

¹¹ Lammeyer, s. 16; Grobys/Panzer-Heemeier, n. 1; Müller, n. 2.

¹² Lammeyer, s. 16; Grobys/Panzer-Heemeier, n. 1; Müller, n. 2.

3.Klasik Uzaktan Çalışma

İşçinin sadece evinden bu çalışmayı yürütmesi halinde ise klasik bir uzaktan çalışma söz konusu olur¹³. Bu da “klasik uzaktan çalışma (Teleheimarbeit/Ausschließliche Telearbeit)” olarak adlandırılmaktadır. Uygulamada en çok görülen uzaktan çalışma türü de budur.

Aslında uzaktan çalışma türleri arasındaki ayrımın çok belirgin olduğunu veya pratikte bir fark yarattığını söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte; tek bir çalışma ilişkisinde tüm türlerin bir arada görülmesi de mümkün olabilir. Örneğin işçinin hem taşınabilir telefonu ile hem de evdeki bilgisayarını ile çalıştığı durumda, mobil uzaktan çalışma ve klasik uzaktan çalışma iç içe geçmiş olur.

III. Şekil Şartı

İşK. md. 14 ve Yönetmelik md. 5 uyarınca uzaktan çalışma sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. Aynı durum Alman Hukuku bakımından da söz konusudur. ArbStättV uyarınca uzaktan çalışma biçimi yazılı bir iş sözleşmesinde açıkça kabul edilebileceği gibi, bir “işletme sözleşmesi (Betriebsvereinbarung)” yoluyla da kararlaştırılabilir (ArbStättV § 2/7)¹⁴.

Burada kastedilen yazılı şekil, adi yazılı şekildir.

IV. Uzaktan Çalışmanın Yapılamayacağı İşler

Yönetmelik bazı işlerde uzaktan çalışma yapılmasını yasaklamıştır. Madde 13 uyarınca bu işler;

- Tehlikeli kimyasal madde ve radyoaktif maddelerle çalışılan işler,
- Bu maddelerin işlenmesi veya söz konusu maddelerin atıkları ile çalışılan işler ve
- Biyolojik etkenlere maruz kalma riski bulunan çalışma işlemlerini içeren işlerdir.

Bununla birlikte, kamu kurum ve kuruluşlarınca ilgili mevzuatına

¹³ Lammeyer, s. 16; Grobys/Panzer-Heemeier, n. 1; Müller, n 2.

¹⁴ Däubler, s. 414, n. 12 vd.

göre hizmet alımı suretiyle gördürülen işler ile milli güvenlik açısından stratejik önemi haiz birim, proje, tesis veya hizmetlerden hangilerinde uzaktan çalışma yapılamayacağı birim, proje, tesis veya hizmetten sorumlu olan veya hizmeti alan kamu kurum ve kuruluşunca belirlenir (Yön. md. 13/2).

Alman Hukukunda ise uzaktan çalışmaya dair özel bir düzenleme yer almadığı için, bu çalışma biçimine dair yasaklar da belirlenmiş değildir.

V. Çalışma Süresinin Belirlenmesi

Yönetmelik md. 9'e göre; uzaktan çalışmanın yapılacağı zaman aralığı ve süresi iş sözleşmesinde belirtilir. Bununla birlikte; taraflar, mevzuatta öngörülen sınırlamalara bağlı kalmak koşuluyla çalışma saatlerinde değişiklik yapabilirler.

Fazla çalışma ise işverenin yazılı talebi üzerine, işçinin kabulü ile mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılır.

Alman Hukukunda uzaktan çalışmaya dair özel bir düzenleme bulunmadığından, çalışma süresi bakımından genel kurallar geçerlidir¹⁵. Bununla birlikte, bu çalışma biçiminin önemli bir sakıncası olarak iş ve özel hayat zamanlarının birbirine karışması ve uzaktan çalışan işçinin yasal sınırların üzerinde ve sürekli olarak çalıştırılması gösterilmektedir¹⁶. Bu dezavantajların önlenmesi amacıyla, aslında iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olan bir düzenleme olan ArbStättV'de "çalışma süresinin belirlenmesi" şartı yer almıştır. Bu nedenle, iş sözleşmesinde işçinin haftalık çalışma süresinin de belirlenmesi gerekir¹⁷.

Hatta haftalık çalışma süresinin dışında işverenlere, iş sözleşmelerine işçinin günlük planına dair de hükümler koymaları önerilmektedir¹⁸. Örneğin işçi için günlük "yapılacaklar listesi" oluşturulması, işçinin cep telefonu kullanmasının yasak olduğu zamanların ve mola zamanları-

¹⁵ Müller, n. 222.

¹⁶ Wedde, s. 127; Müller, n. 222.

¹⁷ Däubler, s. 409, n. 3.

¹⁸ Müller, n. 222.

nın belirlenmesi bu çalışma biçimindeki çalışma süresinin belirlenmesini kolaylaştıracaktır.

Çalışma sürelerinin belirlenmesine ve fazla çalışmaya ilişkin diğer konularda ise genel hükümlerin uygulanacağı Alman Hukukunda da kabul edilmektedir¹⁹.

VI. Çalışma Ortamının/Araçlarının Temini ve Masraflar

Uzaktan çalışmanın teknolojik araçlar yoluyla ve işyeri dışında yapıyor olması, bu araçların veya işçinin çalışacağı ortamın kim tarafından ve nasıl temin edileceği veya hazırlanacağı sorusunu gündeme getirir. Bu konuda Türk Hukukundaki düzenleme ile Alman Hukukundaki durumun bazı noktalarda farklılık gösterdiği söylenebilir.

1. Türk Hukuku Bakımından

Türk Hukukunda bu hususlar Yönetmeliğin 6. ve 7. maddelerinde düzenlenmiştir. Çalışma mekanının düzenlenmesi başlıklı 6. maddeye göre; gerekli olması halinde, uzaktan çalışmanın yapılacağı mekan ile ilgili düzenlemeler iş yapılmaya başlamadan önce tamamlanır. Bu düzenlemelerden kaynaklanan maliyetlerin karşılanma usulü, uzaktan çalışan ile işveren tarafından birlikte belirlenir.

Görüldüğü üzere Yönetmelik, uzaktan çalışma yerinin organizasyonundan kaynaklanan masrafların işverence karşılanacağı yolunda genel bir kural öngörmemiştir. Dolayısıyla taraflar, bu maliyetlerin işverence ya da işçi tarafından veyahut birlikte karşılanacağını kararlaştırabilirler.

Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca ise; uzaktan çalışanın mal ve hizmet üretimi için gerekli malzeme ve iş araçlarının iş sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa işveren tarafından sağlanması esastır. Bu malzeme ve iş araçlarının kullanım esasları ile bakım ve onarım koşulları açık ve anlaşılır bir şekilde uzaktan çalışana bildirilir.

Özetle, uzaktan çalışanın iş görmesi için gereken malzeme ve araçların kural olarak işverence karşılanacağı, ancak aksine anlaşmanın da

¹⁹ Müller, n. 225.

mümkün olduğu düzenlenmiştir. Bu malzeme ve araçların kullanımında dikkat edilecek kuralları belirleme yetkisi ise işverene aittir.

Şayet iş araçları işveren tarafından sağlanıyor ise, bunların işçiye teslim edildiği tarihteki bedellerini belirten iş araçları listesi, işveren tarafından yazılı olarak işçiye teslim edilir (Yön. md. 7). İşçiye teslim edilen belgenin işçi tarafından imzalı bir nüshası ise işveren tarafından işçi özlük dosyasında saklanır. İş araçlarının listesi iş sözleşmesi içerisinde veya sözleşme tarihinde iş sözleşmesine ek olarak düzenlenirse ayrıca yazılı belge düzenlenmesi şartı aranmaz.

2. Alman Hukuku Bakımından

Alman Hukukunda ise genel kabul, uzaktan çalışma ortamının ve çalışma esnasında kullanılacak malzeme ve araçların işverence veya işveren tarafından görevlendirilmiş kişilerce sağlanması veya indirilmesidir²⁰. Zira ArbStättV’de uzaktan çalışma yerinin tanımı yapılırken, bu çalışma yerinin organizasyonunun ve gerekli araçların işverence sağlanacağı ifadesi kullanılmıştır.

Alman Hukuku bakımından dikkat çeken bir husus, ArbStättV’de uzaktan çalışma araçlarının “indirilmesi” kavramının da yer almasıdır. Bu isabetli tercihin sebebi, şayet uzaktan çalışma bilgisayar veya telefon aracılığıyla yapılıyorsa, uzaktan çalışmanın bilgisayara/telefona indirilen bir program ile yürütülmesinin gerekebilmesidir.

Uzaktan çalışmada kural, ilgili araçların ve malzemelerin işverence temin edilmesi olduğundan, bu araç ve malzemelerin masraflarının da işverence ödenmesi gerekir²¹. Dolayısıyla işveren, işçinin ihtiyaç duyduğu mobilya, dolap, masa, telefon, kağıt, toner vb. tüm ihtiyaçların masraflarını üstlenmekle yükümlüdür²². Ancak işin görülmesi için gereken aracın (örneğin bilgisayarın) zaten işçide var olması durumunda veya uzaktan çalışma malzemelerini işçinin satın alması halinde işçinin bu kullanım veya satın alma karşılığında uygun bir bedel talep etme hakkı bu-

²⁰ Müller, n. 250.

²¹ Müller, n. 250.

²² Müller, n. 250.

lunmaktadır²³. Bununla birlikte, aşağıda değinileceği üzere, özellikle veri güvenliği bakımından uzaktan çalışmada işçinin şahsi araçlarının değil, işverence sağlanan özel araların kullanılması daha yerinde olur.

Ayrıca işverenlerin işçiye teslim ettikleri uzaktan çalışma malzemelerinin bir listesini (Inventarliste) yapmaları ve hatta ilgili malzemeleri etiketlemeleri (Inventaretiketten) ve bunu işçiye bildirmeleri önerilmektedir²⁴. Dolayısıyla Türk mevzuatında yer alan listeleme yükümlülüğünün, açık bir düzenleme olmasa da Alman öğretisinde kabul gördüğü söylenebilir.

Alman hukuku öğretisinde uzaktan çalışmadaki masraflara dair tartışılan bir husus da, işçinin evinden çalışıyor olması halinde kira ve fatura bedellerinin ödenmesidir. Zira işçi uzaktan çalışma için evinin bir bölümünü ayırdığında, artık evin o kısmını özel hayatı için kullanamamaktadır. Aynı şekilde evindeki internet bağlantısını ve kotasını da gün içinde özel amaçları için değil, iş amaçlı kullanması söz konusu olmaktadır. İşte bu gibi masrafların da karşılanma usulünün iş sözleşmesinde kararlaştırılabileceği, ancak kararlaştırılmamış ise işçinin bu masrafları talep edebileceği belirtilmektedir²⁵.

VII. İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümleri

Yönetmelik md. 12 uyarınca işveren, uzaktan çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda;

- (i) Çalışanı bilgilendirmekle,
- (ii) Gerekli eğitimi vermekle,
- (iii) Sağlık gözetimini sağlamakla ve
- (iv) Sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla

yükümlüdür.

²³ Müller, n. 251.

²⁴ Müller, n. 253.

²⁵ Müller, n. 262.

Bunların yanı sıra işverenin uzaktan çalışmanın yapıldığı araçlara göre farklı önlemler alması gerekebilir. Örneğin işçi ekranlı bir araçla uzaktan çalışma yapıyorsa, işveren, Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik'teki²⁶ yükümlülükleri de yerine getirmelidir²⁷.

Alman Hukukunda ise uzaktan çalışma modeline dair iş sağlığı ve güvenliği önlemleri ArbStättV'de yer almıştır²⁸. Nitekim yukarıda değindiğimiz üzere bu Kanunun amacı aslında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini düzenlemektir.

Bu doğrultuda işveren;

- (i) Çalışma başlangıcında risk değerlendirmesi yapmakla ve
- (ii) Risk değerlendirmesinin sonuçlarını, çalışma yerindeki iş sağlığı güvenliği önlemleri hakkındaki bilgileri, alınacak önlemleri ve özellikle ekranlı aletlere dair önlemleri, işçinin anlayacağı şekilde aktarmakla yükümlüdür.

ArbStättV'de özellikle ekranlı araçlarla ilgili alınması gereken önlemlere dair oldukça ayrıntılı hükümler göze çarpmaktadır. Bu çalışmalarda ekranın büyüklüğü, parlaklığı, işçinin masasının ergonomisi gibi hususlar ilgili Kanunda ayrı bir bölüm halinde düzenlenmiştir²⁹.

VIII. Uzaktan Çalışmaya Geçiş

1. Türk Hukukundaki Düzenleme

Bir iş ilişkisi doğrudan uzaktan çalışma sözleşmesi ile kurulabileceği gibi, halihazırda işyerinde çalışan işçinin iş sözleşmesi uzaktan çalışma sözleşmesine de dönüştürülebilir. Yönetmelik uyarınca ikinci durum için kural olarak işçinin ve işverenin anlaşması gerekir. Dolayısıyla işçinin veya işverenin diğer tarafı tek taraflı olarak uzaktan çalışmaya zor-

²⁶ RG 16.04.2013/28620.

²⁷ Akyiğit, s. 163.

²⁸ Bu düzenleme öncesindeki değerlendirmeler için bkz.: Wedde, s. 116 vd.; Lammeyer, s. 146 vd.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Müller, n. 379 vd.

laması mümkün değildir. Ancak zorlayıcı nedenlerle uzaktan çalışmaya geçiş halinde durum farklıdır.

a. İşçinin Talebi ile Uzaktan Çalışmaya Geçilmesi

Yönetmelik uyarınca işçi uzaktan çalışmaya geçmek istiyorsa, yazılı şekilde talepte bulunmak zorundadır.

İşçinin talebi işyerinde belirlenen usul doğrultusunda işverence değerlendirilir. Talep değerlendirilirken, işin ve işçinin niteliği gereği uzaktan çalışmaya uygunluğu ile işverence belirlenecek diğer kıstaslar kullanılır.

Talebe ilişkin değerlendirme sonucunun otuz gün içinde işçiye talebin yapıldığı usulle bildirilmesi esastır. Talebin kabul edilmesi halinde uzaktan çalışma sözleşmesi yapılır.

Uzaktan çalışmaya geçen işçi şayet işyerinde çalışmaya dönmek isterse, tekrar yazılı şekilde talepte bulunmalıdır. İşveren, söz konusu talebi öncelikli olarak değerlendirir.

Görüldüğü üzere aslında işçinin tek taraflı olarak işvereni uzaktan çalışmaya geçişe zorlaması mümkün değildir. İşverenin bu geçişi uygun bulması gerekir.

b. Zorlayıcı Nedenlerle Uzaktan Çalışmaya Geçilmesi

Yönetmelik uyarınca, uzaktan çalışmanın mevzuatta belirtilen zorlayıcı nedenlerle işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması halinde ise uzaktan çalışmaya geçiş için işçinin talebi veya onayı aranmaz. Bu durumda işveren, tek taraflı olarak işçinin uzaktan çalışmaya geçmesini isteyebilir.

2.Alman Hukukundaki Durum

Alman Hukukunda işyerinde çalışmaya dayalı olarak kurulan bir iş ilişkisinden uzaktan çalışmaya geçişe dair bir düzenleme bulunmamaktadır³⁰. Dolayısıyla taraflar, iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine

³⁰ Müller, n. 55.

hangi koşullarda uzaktan çalışmaya geçileceğine dair hükümler koyabilirler veya bir iş sözleşmesi direkt olarak uzaktan çalışma üzerine kurulabilir³¹.

Şayet böyle bir kararlaştırma yoksa, işverenin yönetim hakkı kapsamında çalışma yerini belirleyebileceği ve bu kapsamda işçinin evden çalışmasını da isteyebileceği kabul edilir³². İşçinin işverenin bu talebini kabul etmemesi halinde ise değişiklik feshi prosedürünün işletilebileceği belirtilmektedir³³. Ancak işçinin işvereni uzaktan çalışmaya geçmek konusunda zorlaması, bu yönde açık bir mevzuat hükmü olmadığından, mümkün değildir³⁴.

Bununla birlikte, başlangıçta uzaktan çalışma modeli üzerine kurulmuş olmayan bir iş ilişkisinde daha sonra uzaktan çalışmaya geçilmesi konusunda taraflar anlaşabilirler³⁵. İşçi uzaktan çalışma yapıyorken işyerinde çalışmaya dönmek isterse, tarafların bu hususta tekrar anlaşmış olmaları gerekir³⁶.

Her ne kadar zorlayıcı nedenlerle uzaktan çalışmaya dair özel bir düzenleme olmasa da, özellikle Covid-19 sebebiyle tüm Dünyada olduğu gibi Almanya’da uzaktan çalışma tercih edilmiştir.

IX. İletişim ve Veri Güvenliği

Yönetmelik uyarınca uzaktan çalışmada iletişimin yöntemi ve zaman aralığı uzaktan çalışan ile işveren tarafından belirlenir (md. 10).

Verilerin korunması konusu ise Yönetmeliğin 11. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işveren; uzaktan çalışanı, işyerine ve yaptığı işe dair verilerin korunması ve paylaşımına ilişkin işletme kuralları ve ilgili

³¹ Lammeyer, s. 106; Wedde, s. 106.

³² Ingo Schöllmann, “Mobile Working, Telearbeit, Desksharing”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Sayı 2, Yıl 2019, 81-86, s. 82. İşverenin bu hakkının yalnızca iş sözleşmesinde işin yapılacağı yer kesin olarak belirlenmemiş ise bulunduğu dair: Wedde, s. 107; Lammeyer, s. 117; Däubler, s. 410, n. 5.

³³ Däubler, s. 410, n. 5a.

³⁴ Grobys/Panzer-Heemeier, n. 3.

³⁵ Wedde, s. 106.

³⁶ Däubler s. 413, n. 10.

mevzuat hakkında bilgilendirir ve bu verilerin korunmasına yönelik gerekli tedbirleri alır.

İşveren, korunması gereken verinin tanım ve kapsamını sözleşmede belirler. Verilerin korunması amacıyla işveren tarafından belirlenen işletme kurallarına uzaktan çalışanın uyması zorunludur.

Alman Hukukunda uzaktan çalışma halinde işveren verilerinin güvenliği ile ilgili tedbirler mevzuatta açıkça yer almasa da, bu konuda BFDI (der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit) tarafından Temmuz 2020’de yayınlanan “Telearbeit und Mobiles Arbeiten” isimli rehber oldukça açıklayıcıdır³⁷. Bu rehberde yer alan öneriler Türk uygulaması bakımından da önem arz edeceğinden, en önemli olanlarına aşağıda yer vermeyi uygun buluyoruz.

1. İlk adım olarak, evden çalışmaya “uygun” bir ortamın oluşturulması gerekir. Bu doğrultuda mümkünse işçinin sadece çalışma alanı olarak kullanabileceği bir odanın sağlanması, bu mümkün değilse de işçiye muhakkak kilitlenebilir bir dolap verilmesi düşünülmelidir. Aynı durum bilgisayar için de geçerlidir. Evden çalışmalarda işçiye işverence bir bilgisayar sağlanması ve böylece işçinin özel bilgisayarını iş için kullanmasının önlenmesi tercih edilmelidir. Zira işyeri verilerini işçinin özel bilgisayarında korumak daha zordur.

2. Eğer işçinin özel bilgisayarının kullanılması zorunlu ise, o bilgisayarda iş için kullanılacak şifrelenmiş ayrı bir oturumun oluşturulması ve işçinin bu oturum üzerinden çalışması, çalışma bitince de bu oturumu kapatıp kendi özel oturumuna geçmesi sağlanmalıdır.

3. İşçinin evden çalışırken kullandığı bilgisayar/telefon ekranının dizaynı da veri güvenliği bakımından önem arz eder. Bu ekranların işverence üçüncü kişilerin göremeyeceği şekilde dizayn edilmesi ve korunması gerekir. Bu kapsamda Almandada “Blickschutzfilter” olarak adlandırılan filtreler kullanılabilir. Bu filtreler ekrana bakış açısına göre ekranın görünürlüğünü engelleyebilmektedirler. Örneğin işçi bilgisayar ekranını görebilirken,

³⁷ Rehberine www.bfdi.bund.de adresinden erişilebilir.

sağ taraftan bakan biri aynı bilgisayarın ekranını bu filtre sayesinde görememektedir. Buna benzer başka bir önlem olarak, işçinin bilgisayar başından kalktığı zaman hemen ekranın kapanacağı ve şifreleneyeceği bir ekran koruyucu da tercih edilebilir.

4. İşçinin iş için kendisine sağlanan bilgisayara, özel amaçlı bir aleti (Usb-stick gibi) takmaması ve kullanmaması muhakkak işçiye bildirilmeli, hatta uzaktan çalışmaya dayalı iş sözleşmesine bu husus yazılmalıdır.

5. İşçinin evinden ofise veya tam tersi şekilde taşınması gereken kağıtlar muhakkak güvenli bir şekilde taşınmalıdır.

6. İşçinin işyeri verilerinin çıktısını alarak fiziki evrak şeklinde saklaması mümkün olduğunca talep edilmemelidir. Eğer işçi bir evrakın çıktısını aldıysa da işi bitince bu evrakı nasıl yok edeceği öncesinde belirlenmeli ve işçiye bildirilmelidir.

7. İşçinin işle ilgili kağıtları ev çöpüne atmaması hatırlatılmalıdır. İşçinin evinde bu verileri yok edeceği kağıt öğütücü vb. bir alet işverence temin edilebilir. Şayet bu mümkün değilse, işverenler bu kağıtların işyerine güvenli şekilde taşınmasını ve işyerinde yok edilmesini sağlayabilirler.

8. İşçinin işverenin bilgilerini içeren e-postaları kesinlikle kendi özel e-posta adresine iletmemesi (forward etmemesi) gerektiği işçiye açıkça bildirilmelidir.

9. İşçinin kullandığı telefon vb. aletlerde kişilerin sesini algılayan ve kaydedebilen teknolojiler varsa, bunların devre dışı bırakılması işçiden istenmelidir.

10. İşçinin evde kullandığı kablosuz ağın şifresi güçlü bir şifre olarak belirlenmeli, dışarıdan sızıntıları önleyecek tedbirler işverence alınmalıdır.

X. İşverenin İşçinin Çalıştığı Yeri Kontrol Etme Yetkisi

Uzaktan çalışmanın akla getirdiği sorulardan biri de, işverenin işçinin çalıştığı yere -ki bu genellikle işçinin evi olmaktadır- kontrol amaçlı

ziyarete bulunup bulunamayacağıdır. Zira işverenin, uzaktan çalışan işçinin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini öğrenmekte ve iş sağlığı ve güvenliği bakımından çalışma yerini görmekte menfaati olduğu söylenebilir³⁸.

Alman Hukukunda kural olarak işverenin işçinin evine giderek kontrollerde bulunması konut dokunulmazlığını ihlal ettiği için hukuka aykırı kabul edilmektedir³⁹. Bununla birlikte, işçi ve işverenin belirli sınırlar içermesi kaydıyla ve özel durumlar için bu şekildeki kontrolleri sözleşmede kararlaştırabilecekleri belirtilmektedir⁴⁰. Ancak bu durumda sözleşmede bu kontrolün sınırlarının ve zamanlarının açık ve kesin şekilde yer alması gerekir⁴¹. Yani işverenin kontrol yetkisi işçinin özel hayat alanına taşmamalı, yalnızca işin gerektirdiği kontrollerle sınırlı kalmalıdır⁴². Zira sözleşmede işverenin sınırsız şekilde ve her zaman işçinin evine erişebileceği yolunda bir hüküm geçersiz kabul edilir⁴³. Aynı şekilde iş sözleşmesinde kontrol ziyaretleri kararlaştırma serbestisi, örneğin gece zamanı işverenin işçinin evine kontrol amaçlı gelebileceği şeklinde kullanılamaz.

Bahsi geçen sınırlara uygun bir kontrol yetkisi kararlaştırıldığında işçi işverenin bu kontrolleri gerçekleştirebilmesi konusunda gerekli kolaylığı sağlamalıdır⁴⁴. Aksi halde iş sözleşmesine aykırılık söz konusu olur⁴⁵.

Nihayet, işverenin sağlık gözetimi yaptırma yükümlülüğünün bir sonucu olarak işyeri hekiminin işçiyi ziyaret edebilmesini mümkün kabul

³⁸ Günther Wiese, "Personale Aspekte und Überwachung der häuslichen Telearbeit", *Recht der Arbeit*, Yıl 2009, Sayı 6, 344-353, s. 349; Körner, s. 1191; Müller, n. 275.

³⁹ Wedde, s. 120; Grobys/Panzer-Heemeier, n. 6; Müller, n. 273.

⁴⁰ Wedde, s. 121-122; Lammeyer, s. 143; Grobys/Panzer-Heemeier, n. 6; Wiese, s. 349; Müller, n. 275.

⁴¹ Wedde, s. 123; Klaus, Hümmerich/Martin Reufels, *Gestaltung von Arbeitsverträgen*, 4. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2019, n. 3562.

⁴² Wedde, s. 125; Wiese s. 349-350; Müller, n. 275.

⁴³ Lammeyer, s. 143; Wiese, s. 349.

⁴⁴ Wiese, s. 350.

⁴⁵ Wiese, s. 350.

etmek gerekir⁴⁶. İşverenlerin, bu şekildeki kontrollerin ne kadar aralıklarla yapılacağına iş sözleşmesinde yer vermeleri ve bu sayede bu kontrollerin zamanlarını işçiye de bildirilmiş olmaları önerilmektedir⁴⁷.

Sonuç

Özellikle Covid-19 döneminde güncellik kazanan uzaktan çalışma modeli, işin teknolojik araçlarla işyeri dışında görülmesi unsuru ile klasik iş ilişkisinden ayrılmaktadır.

Türk Hukukunda konuya dair ayrıntılar Uzaktan Çalışma Yönetmeliği ile düzenlenmiş iken, Alman Hukukunda uzaktan çalışma modeline dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum da Alman Hukukunda konunun öğreti görüşleriyle ve genel kurallar çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Her iki hukuk sisteminde aslında uzaktan çalışmanın temel esasları birbiri ile örtüşmekle birlikte, özellikle uzaktan çalışmada veri güvenliği ve işverenin işçinin evine erişim hakkının Alman Hukuku öğretisinde daha detaylı şekilde incelendiği görülmektedir. Kanaatimizce bu hususlardaki genel kabuller Türk Hukuku bakımından da kabul edilebilir niteliktedir. Özellikle işverenin uzaktan çalışma ilişkisinde veri güvenliğini sağlaması işyerindeki çalışmaya göre daha zor olduğundan, çalışmada değindiğimiz rehberde yer alan tavsiyeler ülkemizdeki işverenler bakımından da faydalıdır.

Aynı şekilde işverenin işçiyi uzaktan çalışma yerinde kontrol edebileceğine dair hükümlerin de uzaktan çalışma sözleşmesinde yer alması isabetli olur. Şüphesiz ki bu kontrol sınırsız bir yetkiyi içeremez. Çalışmada bahsettiğimiz sınırlar dahilinde bu kontrollerin iş sözleşmesi ile somutlaştırılması hem işçi hem de işveren bakımından faydalı olacaktır.

⁴⁶ Müller, n. 281.

⁴⁷ Müller, n. 281.

ZUSAMMENFASSUNG

Telearbeit ist ein Arbeitsmodell, das auf der Arbeit des Arbeitnehmers außerhalb des Arbeitsplatzes basiert, im Gegensatz zum klassischen Arbeitsverhältnis. Die Tatsache, dass diese Arbeitsweise gerade in der Covid-19-Zeit vielerorts angewendet werden muss, hat viele Fragen zu diesem Modell aufgeworfen. Die Einzelheiten der Telearbeit, die 2016 in Artikel 14 des Arbeitsgesetzes Nr. 4857 aufgenommen wurden, wurden in der kürzlich erlassenen Verordnung geregelt. Andererseits ist dieses Beschäftigungsmodell im deutschen Recht nicht gesondert geregelt und das Thema wird im Allgemeinen im Rahmen der Lehrmeinung geprägt.

Telearbeit ist ein Arbeitsverhältnis, das auf dem Grundsatz beruht, dass der Arbeitnehmer die Arbeitshandlung im Rahmen der vom Arbeitgeber geschaffenen Arbeitsorganisation zu Hause oder außerhalb des Arbeitsplatzes mit technologischen Kommunikationsmitteln ausführt.

Das technologische Instrument der Telearbeit kann je nach Art der Tätigkeit unterschiedlich sein. Kommunikationswerkzeuge wie Computer und Telefone können beispielsweise Werkzeuge für die Telearbeit sein, aber auch ein spezieller Schreibtisch oder ein Zeichentisch, der von einem Architekten verwendet wird.

Nicht jedes Arbeitsverhältnis, in dem der Arbeitnehmer von Zeit zu Zeit über ein technologisches Werkzeug außerhalb des Arbeitsplatzes arbeitet, kann jedoch nicht als Telearbeit qualifiziert werden. Arbeitet der Arbeitnehmer beispielsweise von Zeit zu Zeit zu Hause oder während einer Zugfahrt über seinen Computer, macht dies aus dem Alleinarbeitsverhältnis kein Telearbeitsmodell. Denn der Einsatz von technologischen Werkzeugen ist hier nicht kontinuierlich.

Gemäß Artikel 14 des Arbeitsgesetzes Nr. 4857 muss der Telearbeitsvertrag schriftlich abgeschlossen werden. Gleiches gilt für das deutsche Recht.

Nach türkischem Recht werden, falls erforderlich, Vorkehrungen für den Ort getroffen, an dem Telearbeit stattfindet, bevor die Arbeit beginnt. Die Art und Weise der Deckung der aus diesen Vereinbarungen entstehenden Kosten wird von Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam festgelegt. Es ist unbedingt erforderlich, dass der Arbeitgeber die erforderlichen Materialien und Arbeitsmittel zur Verfügung stellt, um Waren und Dienstleistungen für den Arbeitnehmer

herzustellen, sofern im Arbeitsvertrag nichts anderes vereinbart ist. Die Grundsätze der Verwendung dieser Materialien und Arbeitsmittel sowie die Wartungs- und Reparaturbedingungen werden dem Mitarbeiter klar und verständlich vermittelt.

Im deutschen Recht ist es jedoch allgemein anerkannt, dass die Remote-Arbeitsumgebung und die während der Arbeit zu verwendenden Materialien und Werkzeuge vom Arbeitgeber oder den vom Arbeitgeber beauftragten Personen bereitgestellt oder heruntergeladen werden. Da bei der Telearbeit die Regel ist, dass die entsprechenden Werkzeuge und Materialien vom Arbeitgeber gestellt werden, müssen auch die Kosten für diese Werkzeuge und Materialien vom Arbeitgeber getragen werden. Daher liefert der Arbeitgeber die Möbel, Schränke, Schreibtische, Telefone, Papier, Toner usw., die der Arbeitnehmer benötigt. Verfügt der Arbeitnehmer jedoch bereits über das zur Ausführung der Arbeit erforderliche Werkzeug (z. B. einen Computer) oder kauft der Arbeitnehmer die Fernarbeitsmaterialien, hat der Arbeitnehmer das Recht, einen angemessenen Preis für diese Nutzung oder den Kauf zu verlangen.

Nach türkischem Recht kann ein Arbeitsverhältnis direkt mit einem Telearbeitsvertrag begründet oder der Arbeitsvertrag eines derzeit am Arbeitsplatz beschäftigten Arbeitnehmers in einen Telearbeitsvertrag umgewandelt werden. Für den zweiten Fall ist in der Regel die Zustimmung des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers erforderlich. Daher ist es dem Arbeitnehmer oder Arbeitgeber nicht möglich, die andere Partei zu zwingen, einseitig aus der Ferne zu arbeiten. Anders verhält es sich jedoch beim Übergang zur Fernarbeit aus zwingenden Gründen.

Der Übergang von einem arbeitsplatzbezogenen Arbeitsverhältnis zur Telearbeit ist im deutschen Recht nicht geregelt. Daher können die Parteien in den Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag Bestimmungen über die Bedingungen aufnehmen, unter denen Fernarbeit durchgeführt wird. Oder es kann direkt ein Arbeitsvertrag über die Fernarbeit geschlossen werden. Fehlt eine solche Vereinbarung, wird akzeptiert, dass der Arbeitgeber den Arbeitsort im Rahmen des Leitungsrechts bestimmen kann. Und in diesem Rahmen muss der Arbeitnehmer die Telearbeit akzeptieren. Es wird darauf hingewiesen, dass das Verfahren zur Beendigung des Wechsels durchgeführt werden kann, wenn der Arbeitnehmer dieser Aufforderung des Arbeitgebers nicht nachkommt. Es ist jedoch nicht möglich, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber zum Wechsel zur Telearbeit erzwingt, da

es diesbezüglich keine klare gesetzliche Regelung gibt. In einem Arbeitsverhältnis, das ursprünglich nicht auf einem Telearbeitsmodell aufgebaut war, können die Parteien jedoch später auf Telearbeit umsteigen.

Obwohl die Maßnahmen zur Sicherheit der Arbeitgeberdaten bei Telearbeit nicht explizit in der Gesetzgebung im deutschen Recht enthalten sind, ist der vom BFDI (der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit) im Juli 2020 herausgegebene Leitfaden „Telearbeit und mobiles Arbeiten“ recht erläuternd.

Nach deutschem Recht gilt es als rechtswidrig, wenn der Arbeitgeber die Wohnung des Arbeitnehmers aufsucht und diese überprüft, da dies die Immunität des Wohnsitzes verletzt. Es wird jedoch festgehalten, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber solche Kontrollen im Vertrag beschließen können, wenn sie bestimmte Grenzen enthalten. In diesem Fall sollten jedoch die Grenzen und Zeiten dieser Kontrolle im Vertrag klar und genau festgelegt werden. Mit anderen Worten, die Kontrollbefugnis des Arbeitgebers sollte sich nicht auf das Privatleben des Arbeitnehmers erstrecken und sollte sich nur auf die berufsbedingten Kontrollen beschränken. Denn eine vertragliche Bestimmung, dass der Arbeitgeber uneingeschränkten Zugang zur Wohnung des Arbeitnehmers hat, gilt immer als unwirksam. Ebenso kann die arbeitsvertragliche Entscheidungsfreiheit für Kontrollbesuche nicht genutzt werden, beispielsweise dass der Arbeitgeber nachts zu Kontrollzwecken in die Wohnung des Arbeitnehmers kommen kann.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT Ercan, *İş Hukuku*, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ALP Mustafa, "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", *Prof. Dr. Sarper Süzek' e Armağan*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, 795-851.
- AYDIN Ufuk, "Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, Yıl 2020, 181-214.
- CİVAN Orhan Ersun, "İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, legalbank.net, Erişim Tarihi 29.06.2021, Cilt 26, Sayı 7, Yıl 2010, 525-573.
- ÇELİK Nuri/CANIKLIOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, *İş Hukuku Dersleri*, 33. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- DÄUBLER Wolfgang, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 7. Bası, Bund Verlag, Frankfurt am Main, 2020.
- GROBYS Isabella/PANZER-HEEMEIER Andrea, *Stichwortkommentar Arbeitsrecht*, 3. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2021.
- HÜMMERICH Klaus/REUFELS Martin, *Gestaltung von Arbeitsverträgen*, 4. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2019.
- KANDEMİR Murat, *Tele Çalışma*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KÖRNER Marita, "Telearbeit - neue Form der Erwerbsarbeit, alte Regeln", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Sayı 22, Yıl 1999, 1190-1193.
- LAMMEYER Thomas, *Telearbeit*, Alma Mater Verlag, Saarbrücken, 2007.
- MÜLLER Stefan, *Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis*, 2. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2020.
- SCHÖLLMANN Ingo, "Mobile Working, Telearbeit, Desksharing", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Sayı 2, Yıl 2019, 81-85.
- SENYEN-KAPLAN Emine Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, 10. Bası, Gazi Yayıncılık, Ankara, 2019.
- SÜMER Haluk Hadi, *İş Hukuku*, 25. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- WEDDE Peter, *Tele-Arbeit*, Bund Verlag, Frankfurt am Main, 1994.
- WIESE Günther, "Personale Aspekte und Überwachung der häuslichen Telearbeit", *Recht der Arbeit*, Sayı 6, Yıl 2009, 344-353.

Elektronik Kaynaklar

www.beckonline.de
www.bfdi.bund.de
www.turcademy.com.tr
<https://legalbank.net>

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN

Ceza Hukukunda Suçun Kanuni Unsuru Olarak “Eşya”*

Yazar/Autor: Doç. Dr. Joachim KRETSCHMER**

Çev./Übersetzt von: Kazım Furkan AĞKUŞ*** / Can Eralp ELİBOL****

Giriş

Alman Medeni Kanunu'nun (“AlMK” *Bürgerliches Gesetzbuch*) 90. maddesi uyarınca eşya, maddi varlığa sahiptir. Bu, temelde eşya teriminin bir medeni hukuk kavramı olduğunu göstermektedir. Medeni hukuk ile olan bu ilişki suçun diğer kanuni unsurlarında da görülmektedir. Eşya terimi, [hırsızlık suçunda] yer alan “başkasına ait” ifadesini akla getirmektedir¹. Farazi olaylarda ve hatta gerçek vakalarda kolay görünen bu durum, bu çalışmada daha yakından incelenecek belirli hukuki sorunları barındırmaktadır. Medeni hukuk yönünden AlMK'nin 90a maddesi uyarınca hayvanların eşya olmadığı görülmektedir. 90a maddesinin 3. cümlesi eşyalar için geçerli olan hükümlerin uygun olduğu sürece hayvanlara da uygulanabileceğini düzenlemektedir. Ancak bu düzenleme ceza hukukçularının aklına doğrudan ceza hukukunda geçerli olan kıyas yasağını getirmektedir. Peki, hayvanlar Alman Ceza Kanunu'nun (“AlCK” *Strafgesetzbuch*) 242. maddesi veya 303. maddesi kapsamında da değerlendirilemez mi? Bunun haricinde içinde ceset bulunan bir tabut mezar-

* Metnin orijinali için bkz. Joachim Kretschmer, "Das Tatbestandsmerkmal „Sache“ im Strafrecht", *Juristische Arbeitsblätter*, Cilt 2, 2015.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Freie Universität Berlin.

*** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: agkus@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9670-7363.

**** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: can.elibol@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5866-2224.

¹ Bu konuda bkz. Kudlich/Noltensmeier JA 2007, 863; Schramm JuS 2008, 678 (680).

lıktan alındığında kişi ceza hukuku bakımından nasıl sorumlu tutulabilir? Nitekim 2008 yılında Friedrich Karl Flick'in cesedinin bulunduğu tabut Kärnten'de bulunan aile mezarlığından "çalınmıştı".

A. Kavram

Suçun konusu olarak eşya, çeşitli suç tiplerinde yer almaktadır: AICK m. 242, 246, 249, 259, 289, 303, 306a/2, 315b, 315c, 324a, 325. Alışıl-gelmiş olarak meselenin can alıcı noktası, hırsızlık suçundadır. Şüphesiz böyle olmasının nedeni, hırsızlık suçunun istatistiki olarak en sık karşılaşılan suç olması ve dolayısıyla hem uygulamada hem de sınavlarda hırsızlık suçunun sıklıkla gündeme gelmesidir. 2012 yılına ait polis istatistikleri uyarınca işlenen toplam 5.997.040 suçtan 1.281.299'u hırsızlık suçunun temel hâli (AICK m. 242, 247, 248a-c), 1.098.426'sı ise nitelikli hâlidir (AICK m. 243-248a). AIMK'nin 90. maddesindeki geçerli tanıma göre eşya, maddi varlığı olan maldır². Bir görüşe göre medeni hukuk kavramları ile olan bağlantı, sadece eşyaların üzerinde mülkiyetin tesis edilebileceği esas ile kurulur³. Karşı görüş ise AIMK m. 90'a yapılan atfı tamamen bilinçli bir şekilde yadsıyarak eşyaların maddi varlığı olan mallar olduğunu ve ceza hukukunda eşyanın medeni hukuktan ayrı, otonom bir kamu hukuku kavramı olduğunu vurgulamaktadır⁴. Eşya kavramının kapsamı belirlenirken maddenin hâlinin önemsiz olduğu hususunda mutabık kalınmıştır⁵. Sadece katı maddeler değil, aynı zamanda sıvı veya gaz

² Bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge, StGB, 3. Aufl. 2013, § 242 Rn. 4; MüKoStGB/Schmitz, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2013, § 242 Rn. 25; Rengier, Strafrecht BT I, 16. Aufl. 2014, § 2 Rn. 4; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, StGB, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 9; Schramm JuS 2008, 678 (679).

³ Bu yönde bkz. Schramm JuS 2008, 678 (679).

⁴ Otonom bir kavram olduğu görüşü için bkz. BeckOK StGB/Wittig, Beck'scher Online-Kommentar StGB, Ed. 24, Erişim Tarihi: 22.7.2013, § 242 Rn. 4; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 242 Rn. 3; Kindhäuser, Strafrecht BT II, 7. Aufl. 2012, § 2 Rn. 8; Satzger/Schmitt/Widmaier/Kudlich, StGB, 2009, § 242 Rn. 5; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 36. Aufl. 2012, Rn. 18; Aynı yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 4; Zopfs ZJS 2009, 506.

⁵ Bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 5; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 25; Rengier (Fn. 2) § 2 Rn. 4; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 9.

hâldeki maddeler de eşya olabilir. Veri, düşünce, istem ya da enerji gibi gayri maddi “mallar” eşya olmadığından bunları fikri hırsızlık, veri hırsızlığı yahut çalınmış verinin ticaretini yapma şeklinde nitelendirerek amiyane tabirle düşünce hırsızlığından bahsedilebilir. Ancak bir düşünce nasıl bulunduğu yerden alınabilir veya bir düşünceye nasıl zarar verilebilir? Bu tarz hareketler için AİCK m. 202a, 303a ve 303b ile Haksız Rekabete Karşı Kanun (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) m. 17 veya telif hakkına ilişkin düzenlemeler gibi özel hükümler mevcuttur. Özel düzenlemelerin olmadığı durumlarda ise yasal boşluk söz konusu olur. Buna karşılık, gayri maddi “mallar”ın veri taşıyıcısı (CD, DVD, USB disk) veya belge niteliğini haiz kâğıt gibi maddi taşıyıcılarda yer alması hâlde bunların eşya niteliğinde olduğundan söz etmek gerekir⁶.

B. Doğa ve Eşya

Nehirden su çekildiği veya Ren nehrine yağ döküldüğü varsayımında suçun konusundaki değişimden dolayı hırsızlık ve mala zarar verme suçu söz konusu olmaz mı? Tartışma bu noktada başlamaktadır. Bir görüşe⁷ göre maddi malın hacmen sınırlanabilir olması gerekmekte iken, diğer görüşe⁸ göre hacimsel sınırın varlığı gerekli değildir. Su, daha dar bakış açısına göre yalnızca bir şişenin içinde iken eşyadır. Doğa; hava ve su, yağmur veya kar olarak başlı başına eşya vasfına sahip değildir. Bu nitelendirme, hacimsel sınırı olmayan kayak pisti için de geçerlidir⁹. Karşı görüş de AİCK m. 242 veya m. 303 uyarınca cezai sorumluluğa gitmemektedir. Bu geniş bakış açısınca¹⁰ serbestçe akan suyun (Suların İdaresi Kanunu m. 4/2) veya atmosferdeki havanın başkasına ait olmaması nede-

⁶ Bu konuda bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 4, 6; Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 10; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 9.

⁷ Bu doğrultuda bkz. BayObLG NJW 1980, 132; AnwK-StGB/J.Kretschmer, Anwalt-Kommentar StGB, 2011, § 242 Rn. 5; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 25; SSW-StGB/Kudlich (Fn. 4) § 242 Rn. 5; Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 18.

⁸ Bu doğrultuda bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 5; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 9.

⁹ Bu doğrultuda bkz. BayObLG NJW 1980, 132; Karşı görüş için bkz. Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 18.

¹⁰ Bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 5; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 9.

niyle ilgili suçlardan dolayı cezai sorumluluk söz konusu değildir. Bu da çevre ceza hukukunda yer alan özel hükümler (AICK m. 324, 325) kapsamındadır. AICK m. 248c'deki özel hüküm, elektrik enerjisinin eşya vasfına sahip olup olmadığı hususundaki tartışmayı olumsuz cevap vererek sona erdirmiştir.

C. Hayvanlar

Olay: Komşusunun köpeğinin havlamasından rahatsız olan bir kişinin köpeği zehirlediği varsayımında AICK m. 303 gündeme gelir mi?

Hayvanlar maddi maldır ve dolayısıyla eşyadır. Bu kabul hem doğru hem de yanlıştır. Sınavda bir köpek, kuş, inek veya daha doğrusu AICK m. 242, 249 veya 303 uyarınca bir hayvan ile karşılaşıldığında "hayvan ve eşya" meselesinin AIMK m. 90a kapsamında tartışılması gerekir. Ancak uzun uzadıya sayfalarca bir incelemeden ziyade kısa bir değerlendirme yapılmalıdır¹¹. AIMK m. 90a uyarınca hayvanlar medeni hukuk bakımından eşya değildir fakat eşyalara ilişkin hükümler hayvanlara da uygulanır. Bu, Alman Anayasası (*Grundgesetz*) m. 20a uyarınca hayvanların korunması sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. Ulaşılabilecek sonuç açıktır: Şüphesiz hayvanlar, önceden olduğu gibi ceza hukuku koruması altında olmaya devam edecek, bu kapsamda hırsızlık suçunun ve hatta AICK m. 303 kapsamında mala zarar verme suçunun da konusunu oluşturacaktır. Bu bağlamda AIMK m. 90a'nın varlığı, ceza hukukunda kabul edilen bu esaslı değiştirmemektir. Ceza hukukunda kıyas yasağının olması varılan bu sonuç ile çelişmemektedir, zira AIMK 90a maddesinin 3. cümlesi kıyas ile ilgili olmayıp geçerli bir kanuni atıf içerir¹². Buna karşılık eşya kavramının medeni hukuktan ve bilhassa AIMK m. 90a'dan bağımsız yorumlanabileceği, bu bakımdan bütün maddi mallar ve dolayısıyla hayvanların eşya olduğu ve hatta diğer hukuk dallarında da çeşitli eşya tanımlarının benimsenebileceği de savunulabilir¹³. Kavram, Alman Ceza

¹¹ Bu konu ile ilgili güzel bir örnek için bkz. Graul JuS 2000, 215 (220).

¹² Bu yönde bkz. Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 9; SSW-StGB/Kudlich (Fn. 4) § 242 Rn. 7.

¹³ Bkz. OLG Hamburg NJW 2001, 2488; AnwK-StGB/J.Kretschmer (Fn. 7) § 242 Rn. 6; BeckOK StGB/Wittig (Fn. 4) § 242 Rn. 4.2.; Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 6; Fischer (Fn. 4) § 242 Rn. 3; Graul JuS 2000, 215;

Kanunu'nun amacı dâhilinde yorumlanmalıdır. Hukuk düzeninin bütünlüğü 1990 yılında eklenen AIMK m. 90a ile bozulmuştur. Ancak ceza hukukunun bu değişikliklerle getirilen esasa uyma zorunluluğu yoktur. Medeni hukuktaki eşya kavramının kapsamından hayvanların çıkarılmasının ceza hukukuna etkisi yoktur¹⁴. Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesi (*Oberlandesgericht*) de AIMK m. 90a hükmü yürürlüğe girdikten sonra dahi hayvanların ceza hukuku bakımından eşya kavramının kapsamında olduğuna hükmetmiştir¹⁵. Dahası, hayvanların AICK m. 242'deki eşya unsuru bağlamında değerlendirilmesi yapılırken AIMK m. 90 ve 90a'nın hiç dikkate alınmaması önerilmektedir¹⁶. Ancak bu önerinin üniversite öğrencileri tarafından uygulanması, sınavlarda sınavı hazırlayan kişilerin suçun unsuru olarak hayvanlara ilişkin kısa (!) bir değerlendirme beklemesi nedeniyle tavsiye edilmez. AICK 324a maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde de eşya olarak hayvandan bahsedilmektedir. Gerek 1990 yılına kadar bütün hukuk düzeni için geçerli olan ceza hukukuna özgü kavramsal anlam, gerekse AIMK 90a maddesinin 3. cümlesindeki kanuni atıf olsun, her iki çözüm de hayvanların eşya olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre hayvanların telef edilmeleri yahut bunların zarara uğramaları AICK m. 303 uyarınca mala zarar verme suçunu oluşturur.

D. İnsan ve Eşya

İnsan eşya değildir. Bu, yaşayan insanlar için geçerlidir. Peki, cesetler bakımından da geçerli midir? "İnsan ve eşya" sorunsalı söz konusu olduğunda yaşayan ve ölmüş insan arasındaki ayrım ortaya konulmalıdır. Ayrıca bu durumlarda ayrılmış yahut kopmuş doğal uzuvlar veya vücut parçaları ve protez, kalp pili, bağışlanmış organ ile takma diş gibi vücuda eklenen suni parçalar arasında da ayrım yapılmalıdır. Bu, kulağa kısmen korkunç gelebilir. Ancak cesedin "çalınması" ile ilgili olan "Flick" olayı, meselenin uygulamayı da ilgilendirdiğini göstermektedir. Ayrıca pek çok mahkeme, bir krematoryum çalışanının mevtanın küllerinden

MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 26; Rengier (Fn. 2) § 2 Rn. 4; Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 18; Zopfs ZJS 2009, 506.

¹⁴ Bu yönde bkz. Fischer (Fn. 4) § 242 Rn. 2.

¹⁵ OLG Hamburg NJW 2001, 2488.

¹⁶ Bu yönde bkz. Mitsch, Strafrecht BT 2, 2. Aufl. 2002, § 1 Rn. 12.

arta kalan altın dişi alıp satmasının hırsızlık suçu teşkil edip etmeyeceği sorusuna cevap aramıştır. Bunun haricinde bağışlanan kanın “çalınması” hırsızlık suçu kapsamında veya polis tarafından kişinin kanındaki alkol oranının tespiti yahut doping kontrolü için alınmış kan örneğinin tahrip edilmesi mala zarar verme suçu kapsamında düşünülebilir.

1. Yaşayan İnsan

Yaşayan insan eşya değildir¹⁷. Yaşayan insan hukukun objesi değil, süjesidir. Bu esas, Alman Anayasası m. 1’de hüküm altına alınmıştır. İnsan embriyosunun hukuki mahiyetinin ne olduğunun tespiti daha zordur. Ana rahmindeki insan embriyosu eşya olmayıp – müstakbel – insandır¹⁸. Cenin AlCK m. 218 vd. hükümleri uyarınca korunmaktadır. Peki, suni olarak döllenmiş yumurtalık ana rahmine konulmadan önce insan mı, yoksa eşya mıdır? Hukukun vereceği cevap hukuk felsefesinin, etiğin ya da dinin etkisi altındadır. Kanaatimce ana rahmi dışında döllenmiş yumurtalıkların hukuki kaderi, suni döllenmede kullanılan ve insan vücudunun dışında mevcut olan yumurtalıklar ve spermiler ile aynıdır. Elbette bunlar da eşyadır¹⁹. Embriyonun Korunması Hakkında Kanun (*Embryonenschutzgesetz*) hem hukuki hem de cezai koruma sağlamaktadır. Kanun’un 2. maddesi, diğer sağladığı korumaların yanında, vücut dışında yaratılmış insan embriyosunun satılmasını da cezalandırmaktadır. Bu da embriyonun eşya niteliğinde olduğunu kanıtlamaktadır, zira hukuk düzenimiz sadece eşyaların satışını tanımakta, insanların satılabileceğini kabul etmemektedir. Buna etik veya dini açıdan karşı çıkılabilir ve ana rahmi dışındaki insan embriyosunun hukuken gerçek kişi olduğu ve insan gibi yaşam sürdüğü savunulabilir²⁰. Ancak sahip olduğumuz seküler

¹⁷ Bu yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 7; Mitsch (Fn. 16) § 1 Rn. 13; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 27; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10; Schramm JuS 2008, 678 (679).

¹⁸ Bu yönde bkz. Mitsch (Fn. 16) § 1 Rn. 13; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 27.

¹⁹ Bkz. AnwK-StGB/J.Kretschmer (Fn. 7) § 242 Rn. 17; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 27.

²⁰ Bu yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10.

hukuk düzeninde böyle bir görüşün özel hukuk ve ceza hukuku bakımından savunulması mümkün değildir.

a. Doğal Vücut Parçaları

Yaşayan insan, bir bütün olarak eşya niteliğinde kabul edilmediği için doğal vücut parçaları ile kan, yumurta hücresi ve sperm gibi vücut bileşenleri; vücuttan kopma veya ayrılma ile eşya niteliğini kazanırlar. Bu nitelik, söz konusu parçaların vücuttan ayrılma anında hak sahibinin rızası uyarınca vücutla yeniden birleştirmenin mümkün olup olmadığından veya bunun istenip istenmediğinden bağımsızdır.

Olay²¹: Hasta P ağır bir ameliyat geçirecektir. Ameliyata hazırlık amacıyla doktorlar, ameliyat sırasında ve sonrasında P'ye verilmek üzere P'den birkaç litre kan alırlar. P'ye zarar vermek isteyen hemşire K kanı döker.

Olay²²: Kaza nedeniyle şoför A'nın sol ön kolu kopar. Yolun üstüne düşen kol hâlâ iyi durumdadır. Kazaya neden olan U, kaza yerinden kamyonu ile kaçmak ister. Olay yerinden hızla uzaklaşmak için U, yolun üzerinde bulunan A'nın kolunun ezileceğini kabullenerek aracıyla kolun üzerinden geçer. Ambulans, kopmuş kolun soğutulup yeniden hastaya nakledilebilmesini mümkün kılacak süre içerisinde olay yerine gelir. Ancak kolun üzerinden geçildiği için bu işlem gerçekleştirilemez.

İhtimal: Kol tamamen kopmaz, A'nın vücuduna ince bir deri ile bağlı kalır.

Mağdurdan alınan kan ve yukarıda verilen kaza örneğinde mağdurun kolu, AİCK m. 303 uyarınca mala zarar verme suçunun konusunu oluşturabilecek eşya olarak kabul edilebilir mi? Belirtmek gerekir ki varılan bu sonuç kaza örneği bakımından ürkütücü görünmektedir. Öte yandan, kopan kol insan vücudunun bir parçası olarak kabul edilirse kaza örneğinde, özellikle yukarıdaki ihtimalde AİCK m. 223 uyarınca kasten yaralama suçunun gündeme gelmesi daha mantıklı değil midir?

²¹ Olay tamamen şu kaynaktan alınmıştır: Hardtung JuS 2008, 864 (865). Bu çalışmada, insan vücudundan alınan kana zarar verilmesi ihtimalinde, bunun AİCK m.223 kapsamında insan olarak mı yoksa eşya olarak mı değerlendirilmesi gerektiği tartışılmaktadır. Teşekkürler Bernhard!

²² Olay tamamen şu kaynaktan alınmıştır: Hardtung JuS 2008, 864 (865).

Vücut parçaları vücuttan ayrıldıklarında eşya niteliğini kazanır²³. Bunlar vücutundan ayrıldıkları veya söküldükleri kişinin mülkiyetine girer²⁴. Bu ALMK'nin 953. maddesinde kabul edilmiş hukuki esastır. Vücut dokunulmazlığına karşı suçlar ise vücuttan ayrılmış parçaların kişinin iradesine aykırı olarak kullanılmasına karşı değil, parçaların vücuttan ayrılmamalarına karşı koruma sağlar²⁵. Ancak vücut parçalarının taşıyıcısı, bu parçaların vücutundan ayrılması ile sağlanan bu hukuki korumayı kaybetmemelidir.

Olay²⁶: Böbrek donörü N'nin iki sağlıklı böbreğinden biri alınır. Böbrek, kendisine organ nakli yapılacak K'ye götürülürken şoför F birasını soğutmak için böbreği soğutucudan çıkarır ve bunun sonucunda böbrek kullanılamaz hâle gelir.

Bağışlanmak üzere alınmış böbrek ceza hukuku bakımından eşyadır. Böbreğin organ bağışçısının vücutundan ayrılmasıyla kendisine organ bağışlanan kişi böbreğin maliki olur. Bununla birlikte, Organ Nakli Kanunu (*Transplantationsgesetz*) kapsamında organ donörü, organın mülkiyetini nakil merkezi veya hastaneye devredebilir. Ceza hukuku kapsamında hukuki koruma AICK m. 303 uyarınca sağlanır. Ancak belirli durumlarda vücuttan geçici olarak ayrılan ve kişinin isteği üzerine yeniden vücuda eklenebilen vücut parçaları, vücuttan bağımsız bir eşya olarak değil, vücudun parçası olarak görülür²⁷. Bu durumda hukuki koruma AICK m. 303 maddesi uyarınca değil, m. 223 uyarınca sağlanır. Vücuttan alınan kan ve kopan kol bu duruma örnek teşkil ederken, böbrek bu kapsamda

²³ Bu yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8; Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 24; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 28; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10; Schramm JuS 2008, 678 (679); Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 76; Zopfs ZJS 2009, 506.

²⁴ Bu yönde bkz. Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 24; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 28; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 20; Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 76.

²⁵ Bu yönde bkz. MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 28.

²⁶ Bu olay da tamamen şu kaynaktan alınmıştır: Hardtung JuS 2008, 864 (865).

²⁷ Bu yönde bkz. Hardtung JuS 2008, 864 (865); Ayrıca bkz. SSW-StGB/Kudlich (Fn. 4) § 242 Rn. 8.

yer almaz²⁸. Bununla birlikte, bu bakış açısıyla, bağışlanan böbreğin neden Organ Nakli Kanunu uyarınca belirlenen kişinin vücudunun bir parçası olarak kabul edilmediğinin sorulması gerekir. Bu görüş bütüncül olarak değerlendirildiğinde tatmin edici değildir ve medeni hukukun etkisi altındadır. Karşı görüş savunanlar tarafından sürekli dile getirilen Alman Yargıtayı'nın (*Bundesgerichtshof*) kararında²⁹ mülga AIMK'nin 847. maddesi, AIMK'nin ise 253. maddesi uyarınca manevi tazminata hükmedilebilmesi için yaralamanın oluşması gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay: "Vücut parçaları, hak sahibinin isteği ile vücut fonksiyonlarının korunması veya gerçekleştirilmesi için vücut parçalarının tekrar birleştirilmesi amacıyla vücuttan ayrıldığında, AIMK m. 823/1 uyarınca fiziksel bütünlüğün korunmasından bahsedilemez. Zira AIMK m. 823 uyarınca hak sahibinin hür iradesinin kapsamlı bir şekilde korunması amacıyla fiziksel bütünlüğünün korunduğu düşüncesi hâkimdir. Sonuç olarak normun koruma amacı göz önünde bulundurulduğunda bu vücut parçaları vücuttan ayrılmaları sırasında fonksiyonel bir birliktelik oluşturmaya devam eder. Bu nedenle bu ayrılan parçalara zarar verilmesi veya bunların yok edilmesi AIMK m. 823/1 ve m. 847/1 anlamında yaralama olarak değerlendirilmesinin öngörüldüğü düşünülebilir."

Medeni hukuka ilişkin bu karar istisnaidir. Ceza hukuku ve medeni hukuk ortak terimleri kullanmakla birlikte, bu terimler ve korunan hukuksal değerler ceza hukukunda kendine özgü anlama sahiptir. Ceza hukukunda eşya kavramının kapsamı, genel kişilik haklarının korunması amacıyla sınırlandırılmamalıdır³⁰. Kaza sonucunda organ, sperm veya kan nakli ile doğal olarak vücuttan ayrılan parçalar, ayrılmaları ile birlikte her hâlükârda eşya niteliğini kazanırlar. İnsan vücuduna yeniden dâhil edildiklerinde ise ayrıldıkları vücudun veya eklendikleri yeni vücudun parçası hâline gelirler. Mala zarar verme suçundaki "eşya" veya kasten yaralama suçundaki "başkası" ifadelerine rağmen vücuttan ayrılan vücut parçasının veya önceki vücut bileşeninin insanın fonksiyonel bir parçası olarak görülmesi zordur. Bu parça veya bileşen, maddi bir varlık olarak

²⁸ Bu yönde bkz. Hardtung JuS 2008, 864 (865).

²⁹ BGH (Z) NJW 1994, 127.

³⁰ Bu yönde bkz. Zopfs ZJS 2009, 506; Ayrıca bkz. Wessels/Hillenkamp (Fn. 4) Rn. 65.

eşya niteliğine sahiptir. Hatta bunlar, vücut parçasının önceki vücuda yeneden eklenmesinin mümkün veya zorunlu olmasının istenmesi yahut öngörülmesi ile bağlı olmaksızın bu niteliğe sahiptir. Eşya niteliği, kanın aynı kişiden mi alındığı veya kan bağışısı mı olduğu gibi tesadüfi durumlara bağlı olamaz. Bu bağlamda bütüncül bir yaklaşım hukuki güvenliği sağlar. AİCK m. 303 ile yeterli bir ceza hukuku koruması sağlanır.

b. Suni Vücut Parçaları

Suni vücut parçası olarak vücudun bir parçasının yerine ikame edilen ve vücuda eklenip vücut fonksiyonlarını yerine getiren veya onu destekleyen implantlar, insan vücuduna sıkıca bağlı olup vücuttan kolayca ayrılmadıkları takdirde eşya niteliğini kaybederler³¹. Buna kalça eklemi implantları ile bağışlanmış böbrek örnek olarak verilebilir. Sıklıkla verilen bir başka örnek ise kalp pili. Ancak bu örnek, kısmen farklılık arz eder. Bir vücut parçasını ikame eden implantlar vücudun bir parçası olur iken, vücuda eklenip onu destekleyen implantlar ise sadece destekleyici bir fonksiyon icra ettiklerinden vücut parçasına eklenseler de eşya niteliğini ve buna bağlı olarak üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilebilme imkânını muhafaza ederler³². Kalp pili de vücuda eklenen destekleyici implantlardandır. Destekleyici implantların vücuda nakli veya vücuttan alınmaları ile eşya niteliğini kaybedeceğinden veya yeniden kazanacağından bahisle destekleyici implantlara farklı bir açıdan yaklaşmak gerektiği ileri sürülmektedir³³. Kanaatimce bu görüş isabetli değildir. Zira bir vücut parçasını ikame eden implantlarda olduğu gibi, vücut parçalarının eşya niteliği de bunların vücuda nakledilmeleri veya vücuttan alınmaları ile belirlenmektedir. Bu esas neden destekleyici implantlar için de geçerli olmasın? İkame implantlar da vücudun esaslı parçalarındandır ve bu durumda AİMK m. 93 ile m. 947/2'deki hukuki esas uygulanır. Aynı zamanda burada da bütüncül bir değerlendirme hukuk güvenliğini sağlar.

³¹ Bu yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8; Hardtung JuS 2008, 864 vd.; AnwKStGB/ J.Kretschmer (Fn. 7) § 242 Rn. 16; Safferling/Menz Jura 2008, 382 (383).

³² Bu yönde bkz. Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 26; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 29; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10.

³³ Bu yönde bkz. MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 29.

Bu, kendisini kalp pilinin kısmen³⁴ vücut parçasını ikame eden implant olarak sınıflandırıldığı durumda gösterir. Sonuç itibarıyla, vücuda dâhil edilmiş bütün suni vücut parçalarına verilen zarar yaralama kapsamında değerlendirilir. Bu parçalar vücuttan ayrılmalariyla birlikte eşya olurlar ve doğal parçalarda olduğu gibi sahibinin mülkiyetindedirler. Ancak bu durum, bazı istisnai hâllerde farklı olabilir. Kalp pili gibi tekrar kullanılabilen suni parçaların üreticilerinin bu parçalar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu kararlaştırılabilir. Her ne kadar üreticilerin hukuki menfaati bulursa da destekleyici implantlar vücudun içinde bulunduğu süreçte eşya niteliğinde değildir. Ancak kalp pillerinin ödünç veya kiraya vermek suretiyle devredilmesi mümkündür. İnsan vücudunun bütüncül değerlendirilmesi bunu önünde durmaktadır³⁵. Mütemediyen insan vücuduna bağlı olmayan suni vücut parçaları eşya olarak kalmaya devam etmektedir³⁶. Takma diş, bacak protezi ve peruk bu kapsamda sayılabilir.

2. Ceset

Olay: 2008 yılında Friedrich Karl Flick'in tabutu, tabutun içindeki cesedi ile birlikte Kärnten'de bulunan aile mezarlığından kimliği belirlenemeyen kişiler tarafından şantaj yapmak amacıyla çalındı. Bir yıl sonra tabut yeniden ortaya çıktı.

Ceset, hukuki anlamda bir süje değil, eşyadır³⁷. Ölümünden sonra kişilik hakları ceza hukuku bakımından önem taşımaz. Cesedin doğal veya suni her türlü vücut parçası, eşya niteliğindedir. Eşya niteliğindeki bu parçalar ve defnedilmesi öngörülen ceset sahihsizdir³⁸. Hukuki koruma

³⁴ Bu yönde bkz. Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8.

³⁵ Bu yönde bkz. Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 26; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10, 20.

³⁶ Bkz. Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 26; Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8; Hardtung JuS 2008, 864 vd.

³⁷ Bu yönde bkz. OLG Hamburg NJW 2012, 1601; Jahn JuS 2008, 457 (458); Dölling/Duttge/Rössner/Duttge (Fn. 2) § 242 Rn. 8; Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 25; Kudlich JA 2010, 226; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 30; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 10; Schramm JuS 2008, 678 (679).

³⁸ Bu yönde bkz. OLG Hamburg NJW 2012, 1601; OLG Bamberg NJW 2008, 1543 (1547); Jahn/Ebner JuS 2008, 1086 (1087); Sınavda sorulan bir olay için bkz.

AlCK'nin 168. maddesi uyarınca sağlanmaktadır. Diğer taraftan müzelerde bulunan mumyalar veya plastine edilmiş cesetler üçüncü kişilere ait eşyalardır. Ceset ve her türlü vücut parçası, AlMK'nin 958. maddesi uyarınca iktisaba konu olabilir³⁹. Bununla birlikte, ölünün hatırası göz önünde bulundurulmalıdır. Buna özellikle kişinin hayatta olduğu sırada (organ bağışçısı kartı!) veya ölümünü takiben akrabaları tarafından (Organ Nakli Kanunu m. 3 ve 4) kişisel organlarının bağışlanmasında dikkat edilmelidir. Bununla birlikte, AlMK m. 1922 uyarınca cesedin veya onun vücut parçaları ile implantlarının külliyen devrinin söz konusu olamayacağı hususunda fikir birliği vardır⁴⁰.

Olay⁴¹: Bir krematoryum çalışanı, yakılan cesetlerin küllerinde bulunan altın dişleri satmak amacıyla almıştır.

Bu tarz olaylar son dönemde birçok yüksek eyalet mahkemesini meşgul etmiştir⁴². Ancak hiçbir yüksek eyalet mahkemesi hırsızlık suçunun oluştuğuna hükmetmemiştir. Bunun nedeni, cesedin yakılıp kül hâline getirilmesinden sonra arta kalan altın dişlerin sahipsiz eşya olmasıdır. Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesi altın dişin öncelikle hayatta kalanlar, özellikle mirasçılar⁴³ tarafından iktisap edilebileceğine hükmetmiştir. Ayrıca krematoryumu işletenlerin de yalnızca hayatta kalanların rızası ile altın diş iktisap edebileceğini ifade etmiştir. Defin işlemleri için krematoryumla anlaşılması, ölünün yakınlarının altın diş üzerinde sahip oldukları haktan krematoryumların işletmecileri yararına vazgeçtikleri anlamına gelmez. Yakınları şüphesiz, mevtanın bir bütün olarak defnedilmesini isterler. Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesine göre kül haline

MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 36; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 21.

³⁹ Bkz. MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 37; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 21; Schramm JuS 2008, 678 (680).

⁴⁰ Bu yönde bkz. Jahn JuS 2008, 457 (458); MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 38; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 21.

⁴¹ OLG Bamberg NJW 2008, 1543.

⁴² OLG Hamburg NJW 2012, 1601; OLG Nürnberg NJW 2010, 2071; OLG Bamberg NJW 2008, 1543.

⁴³ Mirasçılarının da bu kapsamda olduğu görüşü için bkz. MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 38.

getirilmiş altın diş, kül kavramı kapsamında yer aldığından; mahkeme, AİCK m. 168 uyarınca kişinin hatırasına hakaret suçundan cezaya hükmetmiştir⁴⁴. Bu nedenle cesedin veya cesedin vücut parçalarının alınması kural olarak hırsızlık değildir. Bunların iktisap edilerek mülkiyet hakkının kullanılmasına kanunen izin verilen hâller saklıdır.

E. Taşınır veya Taşınmaz

Alman Ceza Kanunu belli suçları, konularının taşınır veya taşınmaz mal olmasına göre ayırmaktadır. Maddenin lafzına dikkat etmek gerekmektedir. Fiziksel olarak hareket ettirilebilen tüm eşyalar taşınır⁴⁵. Hırsızlık suçu özelinde aslen taşınmaz olan bir malın bulunduğu yerden alınarak taşınır yapılması cezai sorumluluk için yeterlidir. Ceza hukuku burada AİMK m. 90 vd. hükümlerinden ayrılmaktadır. Taşınmaz malların bir kısmı, bütünden ayrılıp taşınır yapıldıklarında taşınır mal olarak addedilebilir. Bir çobanın, koyunlarını başkasına ait bir taşınmazın üzerinde otlattığı olay buna örnek verilebilir⁴⁶. Bu olayda mahkeme, "Koyunların otları yerden koparıp ağızlarına almalarıyla sanık, hareketi kendisi gerçekleştirirse de koyunları tıpkı uzatılmış bir kol gibi araç olarak kullandığından koyunların otlar ve yoncalar üzerindeki hâkimiyetinden bizzat sorumlu olmaktadır." diyerek kararını garip bir şekilde ifade etmiştir.

F. Sonuç

Eşyanın maddi varlık olarak genel tanımı ilk bakışta sorunsuzdur ve uygulama ile sınavlarda nadiren detaylı bir inceleme gerektirir. Hayvan, doğa ve insan gibi bazı özel durumlarda tespitinin ve ayırımın nasıl yapılması gerektiği tartışmasını da beraberinde getirmektedir. Bu meseleler, mutlak anlamda medeni hukuk unsurlarının savunulması veya ceza hukukuna özgü bir eşya kavramını edilmesiyle bağlı değildir

⁴⁴ Aksi yöndeki içtihat için bkz. OLG Nürnberg NJW 2010, 2071.

⁴⁵ Bkz. Kindhäuser (Fn. 4) § 2 Rn. 11; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 2) § 242 Rn. 44 vd.; Rengier (Fn. 2) § 2 Rn. 3; Sch/Sch/Eser/Bosch (Fn. 2) § 242 Rn. 11; Schramm JuS 2008, 678 (680); Zopfs ZJS 2009, 506.

⁴⁶ LG Karlsruhe NStZ 1991, 543.

ÖZGÜRLÜK VE ANAYASA

Hegel'den Gans'a*

Yazar/Autor: Norbert Waszek

Çev./Übersetzt von: Buğrahan Fertellioglu**

*“Özgürlük derken yalnızca temel bir unsurdan değil,
bu kitabın biricik konusundan bahsediyoruz.”*

(Hegel'in *Hukuk Felsefesinin Anahatları*)

Eduard Gans

Hegel için özgürlük ne dolaysız, verili bir durum, ne de yarı otomatik bir gelişimin sonucudur. Özgürlük daha ziyade uzun mücadelelerin o çok istenen neticesidir. Öyle mücadeleler ki bünyelerinde yalnızca her neviden gerileme barınmaz, burada tüm zaferler de her an için tehlike altında ve korunmaya muhtaçtır. Hegel, kendi Tarih Felsefesinde dünya tarihinin spekülâtif kavrayışını “özgürlük bilincinde ilerleme” olarak görür (TWA 12, 32). Bu tasarım, Hegel felsefesinin, bir yandan akla uygun olanı açıklayıp bu sayede güçlendirerek, diğer yandan ise çoktan kuşatıl-

* Norbert Waszek, Freiheit und Verfassung. Von Hegel zu Gans, ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1992, Cilt. 78, No. 4 (1992), s.: 460-471.

Burada ifade edilenler ilkin Oxford Üniversitesi Pembroke College'da Hegel'in Hukuk Felsefesi konusunda gerçekleşen bir Alman-İngiliz kolokyumunda sunulmuşlardır. Kongrenin organizatörlüğünü üstlenen Hans-Christian Lucas'a (Bochum), Zbigniew Pelczynski'ye (Oxford) ve de Fritz-Thyssen Vakfına teşekkürlerimi sunuyorum. Hegel'in eserlerine başvururken editörlüğünü E. Moldenhauer ve K.M. Michel'in yaptığı 20 ciltten oluşan Theorie Werkausgabe (TWA) (Frankfurt 1969-1971) metnini kullanacağım.

** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, (bfertelli@gmail.com), ORCID: 0000-0003-1238-9888.

muş akıldan arta kalan ne varsa damgalayarak, özgürlüğün gerçekleştirilebilir olmasına sunduğu etkili katkıyı ihtiva eder. Dolayısıyla gelecek Hegel için açıktır: Özgürlük bilincinde başkaca ilerlemeler gerçekleştirilebilir, fakat ayrıca özgürlüğün baskı ya da tehdit altında olduğu durumlar da meydana gelebilir. Başka bir deyişle, özgürlük, tehlike altındaki bir kazanımdır, kazanılmış olan ne varsa aynı şekilde kaybedilebilir. Bu nedenle ister filozof isterse yurttaş olsun, Hegelci olan bitenin dışında kalmaz. Bilakis o, çağının politik tartışmalarına ve anlaşmazlıklarına müdahil olacaktır.

Hegel, kazanımları takdir edip, henüz gerçekleştirilmemiş şeylerden makul bulduklarını önererek bizzat Prusya siyasi yaşamındaki müphemliğe¹ yanıt vermiştir –bir yanda büyük reformların kazanımları, diğer yanda restorasyonun gerilemeleri-. Hegel’in ölümünü (1831) izleyen on yıllar politik çerçeve bakımından açıkça hissedilir gerilemeler getirmiştir. Hegel’in özgürlüğün bilinci ve gerçekleşmesi dediği şeyler arasında bir yarık meydana gelmiş ve bu yarık zamanla genişlemiştir. Bu nedenle “Hegel Okulu”² çok geçmeden karşıt siyasi gelişmelerle yüz yüze gelmiştir. Tıpkı ağacın meyvesi yoluyla tanındığı gibi³, Hegel’in öğrencilerinin

¹ Bu dönemin Prusya tarihi için Reinhard Kosseleck’in eserleri hâlen daha temel niteliktedir, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung, Stuttgart 1967, (3)1981; Staat und Gesellschaft in Preußen 1815-1848, Moderne deutsche Sozialgeschichte* ed. H.U. Wehler içinde, Königstein/Düsseldorf (6) 1981, 55-84. Hegel’in çağdaş Prusya ile bağlantısı için karşıt: Rolf Grawert, Otto Pöggeler ve Wolfgang Bosiepen’in şu çalışmada sunmuş olduğu katkılar: *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, ed. Hans-Christian Lucas/Otto Pöggeler, Stuttgart-Bad Cannstatt 1986. [Kısa başlık: Lucas/Pöggeler, *Rechtsphilosophie*].

² Hegel okuluna genel bir bakış için bkz: Jürgen Gebhardt, *Politik und Eschatologie. Studien zur Geschichte der Hegelschen Schule in den Jahren 1830-1840*, München 1963; Hermann Lübke, *Politische Philosophie in Deutschland. Studien zu ihrer Geschichte*, München (2)1974, 27-82 [Kısa başlık: Lübke, *Politische Philosophie*]; John Edward Toews, *Hegelianism. The path toward dialectical humanism, 1805-1841*, Cambridge 1980; Norbert Waszek, *Die Hegelsche Schule, Pipers Handbuch der politischen Ideen* içinde, 5 Bde., ed. Iring Fetscher/Herfried Münkler, 4. Bd., München/Zürich 1986, 232-246, 252-254.

³ Matta 7, 15-20; Hegel bu bölümü Ansiklopedisinde alıntılar: TWA 8, 34.

de bu değişen siyasi duruma karşı gösterdikleri tepki ve davranışlar Hegel'in özgürlük öğretisi için bir sınav vazifesi görecektir. Hegel'in salt niyetlere yönelik o çok bilinen küçümseyici tavrına baktığımızda onun bu türden bir sınavı adil bulacağını söyleyebiliriz⁴: Ona göre ilkelerin değerini yalnızca neticeler ve sonuçlar ispat eder.

Bu çalışma 1830'lu yıllara, daha doğru bir deyişle Hegel'in ölümünden IV. Friedrich Wilhem'in tahta çıkmasına (1840) kadar olan döneme odaklanmaktadır. Hegel Okulu'nun bu dönemdeki gelişiminin karakteristik niteliği güçlü bir temsilci yoluyla gösterilmelidir: Bu kişi, bu türden bir çalışma için ideal bir aday olarak görünen Eduard Gans'dan başkası değildir (1797-1839). Birçok başka şeyin yanı sıra Gans'ın çağdaşları tarafından Hegel'in pratik felsefesi alanında önemli bir otorite olarak görüldüğü şuradan da anlaşılabilir: Gans, 1832 ve 1845 yıllarında yayınlanan ve "Freundesvereinsausgabe"⁵ olarak anılan serinin Hukuk ve Tarih Felsefesi bölümleri (sırasıyla 1833 ve 1837) için editör olarak belirlenmiştir. Bize göre Gans'ın yazıları ve vermiş olduğu dersler, onun Hegel'den doğrudan ders alanlar arasında en yetenekli kişi olduğunu göstermektedir.⁶ Gans'ın 1830'lu yıllarda şiddetlenen "toplumsal meseleye"

⁴ Hegel'in bu tavrına ilişkin ana örnek Kant'a yönelik eleştirisi olabilir. Aynı zamanda ünlü "dünya mahkemesi olarak dünya tarihi" (Hukuk Felsefesinin Anahatları p. 340, TWA 7, 503 [G. W. F. Hegel, Anahatlarda Tüze Felsefesi ya da Doğal Hak ve Politik Bilim, çev. Aziz Yardımlı, İdea, 2006.) deyişi de bu bağlamda anımsanmalıdır. Bu deyiş için karşı: : Hans-Christian Lucas, Die Weltgeschichte als das Weltgericht. Zur Modifikation von Hegels Geschichtsbegriff in Heidelberg, in: *Hegel-Jahrbuch* 1981/82, Rom 1986, 82-96.

⁵ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Werke*. Vollständige Ausgabe durch einen Verein von Freunden des Verewigten (Philipp Marheineke, Johannes Schulze, Eduard Gans, Leopold von Henning, Heinrich Gustav Hotho, Karl Ludwig Michelet, Friedrich Förster), 18 Bd., Berlin 1832-45.

⁶ Gans üzerine yapılan daha önceki çalışmalar arasında şunlar özellikle öğretici görünmektedir: Hanns Günther Reissner, *Eduard Gans*. Ein Leben im Vormärz, Tübingen 1965 [Kısa başlık: Reissner, *Gans*], Manfred Riedel, Hegel und Gans, in: *Natur und Geschichte*. Karl Löwith zum 70. Geburtstag, ed. Hermann Braun/Manfred Riedel, Stuttgart 1967, 257-273; Kurt Rainer Meist, Altenstein und Gans. Eine frühe politische Option für Hegels Rechtsphilosophie, içinde: *Hegel-Studien*, 14 (1979), 39-72 [Kısa başlık: Meist, *Altenstein und Gans*], Johann

karşı Hegel Okulu içerisinde bir farkındalık geliştirmiş olduğunu hatırlamak, onun Hegel'in öğrencileri arasında sahip olduğu özel önemi göstermesi bakımından oldukça önemlidir.⁷ Tam da Gans'ın Hegel'in politik felsefesi konusunda tanınmış bir uzman olması sebebiyle, onun kendi çalışması, Hegel Okulu'nda idrak edilen özgürlük bilincinde ilerleme kavramına yönelik daha ileri bir gelişme için mükemmel bir temel ve ayrıca Hegel öğretisinin sınavdan geçmesi için de hakiki bir fırsat sunmuştur.

“Özgürlük bilincinde ilerleme” bir yandan Hegel'in tarih felsefesinin çok geniş bir konusunu bildirirken, bu deyiş bir yandan da Hegelciler için o dönemde güncel bir siyasi noktaya da işaret etmekteydi: Prusya anayasa tartışmaları. Gans'ın mesleki yaşamına genel bir bakıştan sonra (I) bu çalışmada Hegel'in anayasa meselesine dair görüşlerinin Gans tarafından nasıl geliştirildiği incelenecektir (II). Gans'ın Hegel'in anayasa öğretisini aştığı, onun ötesine geçtiği örneklerin sunulmasının ardından, Gans tarafından yapılan geliştirmenin dayandığı felsefi ilkeler sunulacaktır.

I

Gans'ın yaşadığı dönemde sahip olduğu şöhrete⁸ karşın düşüncesi kısa zaman içerisinde ve uzun bir süre boyunca unutulmaya mahkûm oldu. Bu haksız ihmalden ötürü ilkin yaşamındaki en önemli

Braun, Die, Lex Gans' - ein Kapitel aus der Geschichte der Judenemanzipation in Preußen, içinde: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 102 (1985), 60-98 [Kısa başlık: Braun, .*Lex Gans*']. Gans'a yönelik çalışmaların daha kapsamlı bir bibliyografyası için editörlüğünü yazarın yaptığı şu metne bkz.: *Eduard Gans (1797 1839): Hegelianer - Jude - Europäer*, Frankfurt/Main 1991 (Hegelianica. Quellen und Studien zu Hegel und zum Hegelianismus, Nr. 1).

⁷ Bununla karşı: Norbert Waszek, Eduard Gans on Poverty. Between Hegel and Saint-Simon, içinde: *The Owl of Minerva*. Biannual Journal of the Hegel Society of America, 18 (1987), 167-178; değiştirilmiş Almanca versiyonu için: Eduard Gans und die Armut: Von Hegel und Saint-Simon zu frühgewerkschaftlichen Forderungen, içinde: *Hegel-Jahrbuch* 1988, Bochum 1988, 355-363.

⁸ Gans'ın yaşadığı dönemde sahip olduğu şöhrete bir örnek olması bakımından şuna işaret edilebilir: Gans, Schelling'in Berlin'de verdiği açılış dersinde tezleriyle ilgilendiği tek Hegel öğrencisi olmuştur.

uğrakları anımsamak gerekmektedir. Eduard Gans, 23.03.1797'de asimile edilmiş bir Yahudi ailesinin bir ferdi olarak Berlin'de dünyaya geldi. Sırasıyla Berlin, Göttingen ve nihayet 1819 yılında bir hukuk tarihi çalışmasıyla⁹ doktorasını alacağı Heidelberg Üniversitelerinde eğitim gördü. Gans, Heidelberg'de Hegel'den bizzat ders alma şansına sahip olmasa da burada hâlihazırda Hegel felsefesinin tesiri altında kalmış gibi görünmektedir. Hegel'in de bir önceki yıl taşınmış olduğu Berlin'e geri döndüğünde Gans, Hegel'in eserleri üzerinde yoğun bir çalışma yapmaya başladı ve çok geçmeden filozofla iletişim kurdu. Bu iletişim, sonrasında yakın bir dostluğa dönüşecekti.¹⁰ "Yüksek onur"¹¹ dereceli doktorasıyla birlikte Gans'a akademik öğretim yeterliliği olan "doçent" unvanı verildi. Bunun ardından Gans, anavatanı olan Berlin'de profesörlük çalışmalarını yürütmeye niyetlendi, ancak bu safhada Prusya'daki Yahudilerin hukuki durumu ilk kez Gans için kişisel bir problem haline geldi.¹² Her ne kadar 11.03.1812 tarihli ferman¹³ Yahudilerin "uzmanlaştıkları alanlarda akademik öğretim faaliyeti" (§ 8) icra etmelerine izin verse de "diğer kamu hizmetleri ve devlet memuriyetleri" (§ 9) bu iznin dışında bırakılmıştı. Esasen bir "Spruchkollegiums"¹⁴ üyesinin yargı işlevleri hukuk profesörlüğüyle bağlantılı olduğundan, bu hüküm yasa koyucu tarafından ileriki bir düzenleme ile çözülmeye bırakılmış yoruma muhtaç bir çelişki içer-

⁹ Doktora çalışması kısa süre sonra yayınladığı ilk büyük çalışmaya dâhil edilmiştir: Eduard Gans, *Über römisches Obligationenrecht*, Heidelberg, 1819.

¹⁰ Şu çalışmada yer alan belgeler Gans ve Hegel'in kurduğu yakın temasa dair sayısız tanıklık içermektedir: *Hegel in Berichten seiner Zeitgenossen*, ed. Günther Nicolin, Hamburg 1970.

¹¹ Ç.n.: *summa cum laude* "yüksek onur derecesi" olarak tercüme edilmiştir.

¹² Karş.: Reissner, *Gans*, özellikle 49, 55-57,65 f., 91-93; Monika Richarz, *Der Eintritt der Juden in die akademischen Berufe*, Tübingen 1974, özellikle 206-210 ve burada; Braun, *Lex Gans*.

¹³ "Prusya Devletindeki Yahudilerin Medeni Koşullarına İlişkin Ferman. V. 11. März 1812" içinde: *Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1806 bis 1865. Erste Abtheilung: Justiz Gesetzgebung, II. Band, dritte neu bearbeitete und vervollständigte Auflage* (Berlin 1866), 28-30

¹⁴ Ç.n.: 19'uncü yüzyıl Prusya'sında hukuk fakültesi öğretim üyeleri aynı zamanda yargılama süreci içinde yer alan bir danışmanlık kurulunda da görev yapabilmektedirler. *Spruchkollegiums* bu kurulları ifade etmek için kullanılmaktadır.

mekteydi. Bu dönemde politik durum 1812 yılından itibaren, fakat özellikle 1815 sonrasında gözle görülür şekilde kötüleşti: Hardenberg'in çevresindeki reform politikacıları etkilerini yitirdi ve savunmaya çekilmek zorunda bırakıldılar. Her ne kadar o dönemde görevde olan eğitim bakanı Altenstein'ı bir oportünist olarak tanımlamak mümkün olmasa da önemli yerlerde reform programına sadık kalmıştır¹⁵-, özellikle hukuk fakültesinde büyük bir etkiye sahip olan F.C. von Savigny'nin Gans'ın aleyhinde konuştuğu bir ortamda Gans lehine kendini ortaya atması da pek olası değildi. Bu nedenle Altenstein ilkin Gans'ın adaylığını resmi yollarla erteledi. Nihayet, Hardenberg'in müdahale etmesinden sonra ilave bir gecikmenin olanaksız hale gelmesiyle birlikte, fakültenin III. Friedrich Wilhelm'den görüş almak yönündeki teklifini kabul etmek durumunda kaldı. 18.08.1822 tarihli kabine kararında Kral, bahse konu fermanı ancak mevcut imtiyazın iptali olarak anlaşılabilir şekilde "yorumladı". Karar, Gans'ın atamasını açıkça dışarıda bırakıyordu. Bu nedenle dava, Yahudilerin öğretim görevlerine girmelerinin yeniden kanunen yasaklanması adına bir fırsata dönüştü. Kabine kararı "Gans Yasası" adıyla kötü bir şöhrete sahip oldu. Bir teselli olarak ise Gans'a-yaklaşık bir yıllık gecikmeyle beraber- "kişisel durumunun kendisine engel olmayacağı başka bir alanda kendini uygun bir şekilde eğitmesi"¹⁶ adına iki yıl boyunca her yıl için 500 Talerlik bir seyahat bursu verildi.

Uzun süren mesleki güvensizlik zor günlere¹⁷ neden olsa da Gans belirsizliklerle dolu yılları farklı etkinliklerle iştiğal ederek geçirdi. Bilimsel çalışmalarını ilerletti ve ilkin Gajus Şerhi'ni¹⁸ ardından ise "Dünyata-rihsel Gelişim Sürecinde Miras Hukuku" (1824-25) adlı ana eserinin ilk iki bölümünü yayınladı. Bu eserde Gans, Hegel'in hukuk ve tarih felsefesinin

¹⁵ Altenstein hakkında, özellikle daha sonraki Gans desteği konusunda şu ufuk açıcı makaleye bkz: Meist, *Altenstein und Gans*.

¹⁶ Minister von Altenstein an Gans, 6 Haziran 1823, bildiren Joseph Lehmann, içinde: *Magazin für die Literatur des Auslandes*, Bd. 37, Nr. 12 (21.3.1868), 170.

¹⁷ Çaresizlik içerisinde Altenstein'a şunları yazmıştır: "Ben, eğitimsiz oldukları için nefret edilen ve eğitim gördükleri için mağdur edilen o mutsuz insanlar grubuna dâhilim." Max Lenz, *Geschichte der Königlichen Friedrich Wilhelms-Universität zu Berlin*, 4 in 5 Bdn, Halle/Saale 1910-1918, Bd. IV, 452 (Kısa başlık: Lenz, *Universität Berlin*).

¹⁸ Ç.n.: Çalışmanın Almanca orijinal başlığı "Scholien zum Gajus" şeklindedir.

temel ilkelerini bir hukuk tarihi kavramı örneğinde somut olarak açlayarak bunlara ilişkin derinlikli argümanlarını ortaya koymuştur. Hegel etkisiyle yürütülen hukuk tarihi ve hukuk felsefesi çalışmalarının yanında Gans bu yıllarda “Yahudi Kültür ve Bilim Birliği”nin ortak kurucusu, aktif bir üyesi ve geçici süreli başkanıydı.¹⁹ İlk bakışta bu ilgi alanları farklı yönlerde işaret ediyor gibi görünebilir, fakat Gans için tüm bunlar bağlantı halindeydi: Yahudi özgürleşmesi Hegel için açık mesele iken, Gans’ın etrafındaki genç entelektüeller de Hegel’in politik felsefesinde, içinde Yahudiler olarak dışarıya itilmedikleri, özgür bir devlette özgür bir yurttaş vizyonu bulmuşlardı.

Gans büyük çalışması Miras Hukuku’nun ikinci bölümünü tamamladıktan sonra, Anılarının (1836) ilk denemesinde tasvir ettiği uzun bir Paris seyahati (1825 Mayıs-Aralık arası) için seyahat bursunu kullandı. Bu seyahat Gans’ın Fransa’yla sonrasında daha da geliştireceği sıkı bir iletişim kurmasına önayak oldu. Bu vesileyle çağdaşları nazarında Fransız Ruhunun temsilcisi olarak ünlendi. Gans’ın seyahati esnasında, 1825 yılında Le Globe ve Thémis dergilerinin editörleriyle kurduğu ilişki, ona Bilimsel Eleştiri Yıllıkları’nın (*Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*) kurulması konusunda ilham vermiş gibi görünmektedir.²⁰ Yıllıklar, Hegel Okulu’nun mühim meselelerdeki organı oldu. İçsel bütünlüğü güçlendirirken aynı zamanda dışarıya açılan bir kapı görevi de gördü. Bununla birlikte Gans için mesleki açıdan 1825 Fransa’sında da işler pek yolunda gitmedi. Aynı yılın Aralık ayında akademik kariyere “giriş bileti” (Heine’nin deyişiyle) olacak hamleyi yaptı ve Hıristiyan oldu.

¹⁹ Bu birlik ve Yahudi tarih yazımındaki farklı yorumlar için karşı.: Alfred Abraham Greenbaum, The 'Verein für Cultur und Wissenschaft der Juden' in Jewish Historiography, içinde: *Taxis and Responses*. Studies Presented to Nahum Norbert Glatzer, ed. M. A. Fishbane/P. R. Flohr, Leiden 1975, 173-185.

²⁰ Yıllıkların kuruluşuna dair Gans’ın kendi açıklaması için bkz: *Rückblicke auf Personen und Zustände* (Berlin 1836), 215-256 ve: Fritz Schlawe, Die Berliner Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik. Ein Beitrag zur Geschichte des Hegelianismus, içinde: *Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte*, 11 (1959), 240-258, 343-356; Hans-Christian Lucas, Das Entstehen der Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik', içinde: *Hegel in Berlin*, Katalog, ed. von Otto Pöggeler (Wiesbaden 1981), 104-112

Hıristiyan Gans'ın Miras Hukuk'u eserinde açıkça görünür olan Hegel bağlılığı, onun Hegel okuluna ayrı bir sempati duyan Altenstein'in desteğini almasını sağladı. Savigny'nin güçlü muhalefetine karşın Gans, ilkin 1826 yılında doçent olarak atandı, akabinde ise 1828 yılında uluslararası hukuk, Prusya hukuku ve ceza hukuku alanlarında profesör oldu. Burada oldukça hızlı bir şekilde kendi devrinin en başarılı hocalarından birisi haline geldi. Bu oldukça etkili öğretim faaliyetlerinin yanında Gans-ki Strauß, Marx ve Cieszkowski gibi gelecek neslin huzursuz zihinleri oditoryumda oturmaktaydı- yayınlar yapmaya devam etti. Kırk iki yaşında bir felç neticesinde yaşama gözlerini yumduğunda hâlen çeşitli meşguliyetlerin ortasındaydı.

Hegel sisteminin mahirce tasviri ve geliştirilmesinin yanında, Gans'ın bir hukuk filozofu olarak ünlenmesine neden olan başka bir husus daha vardı: Gans, "tarihin bütünlüğünü" ihmal edip yalnız "belirli bir halk ve belirli bir zamana" odaklandığı²¹ için yeterince tarihsel bulmadığı "tarihsici hukuk okulunun"²² başında yer alan F.C. Savigny'e (1779-1861) muhalefet etmekteydi. Bilimsel başarılarından ayrıca Gans'ın politik tutumu da oldukça ilgi çekicidir: Bu politik tutum yalnızca eserlerinde yahut derslerinde ifade bulmakla kalmaz ayrıca örn. "Göttingen Yedilisi"ne vermiş olduğu destekte de kendini gösterir.²³

²¹ Eduard Gans, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, Bd. 1, Berlin 1824, XVIII

²² Bununla karşı: Johann Braun, 'Schwan und Gans'. Zur Geschichte des Zerwürfnisses zwischen Friedrich Carl von Savigny und Eduard Gans, içinde: *Juristenzeitung*, 34 (1979), 769-775.

²³ Gans'ın Göttingen Yedilisini nasıl desteklediğine örnek vermek için Varnhagen'in günlüğündeki şu bölüme bakılabilir: Markiz Arconati'ye gönderdiği bir mektupta Profesör Gans, Göttingen Yedilisi için biriktirdiği paradan bahsederek yetkililerin buradaki durumu bilmesini kendine mahsus bir yoldan sağlamış oldu. Birkaç gün önce, Bakan von Rochow, şimdi üniversitenin rektörü olan Meclis Üyesi Boeckh'e şunları söyledi: Şimdi sorunun ne olduğunu tam olarak biliyorlar, Gans kesinlikle hoş olmayan bir şey yaptı, ancak bir şekilde zarar görmeyecek. Gans'ın kendi sözleriyle: Çok kurnazsın Gans!, "Karl August Varnhagen von Ense, *Tagebücher*, (Eintrag vom Freitag, den 12. Januar 1838), Bd. 1, Leipzig 1861,127 [Kısa başlık: Varnhagen, *Tagebücher*].

II

Gans, anayasa meselesine dair yapmış olduğu yorumlarla birlikte kendisini büyük politik sonuçları olan bir tartışmaya cesurca dâhil etmiştir. Bu tartışmanın iyi bilinen tarihsel arka planında, III. Friedrich Wilhelm'in Prusya'ya bir anayasa verme ve bu sayede onu bir anayasal monarşiye döndürme yönündeki yerine getirilmemiş vaadi yer alır. Hegel'in kendisinin bu meseleye ilişkin vermiş olduğu yanıt ise kararsız bir niteliğe sahiptir: Bir tarafta, politik felsefesinde anayasal monarşiyi akli ve çağa uygun olarak sunmuş; diğer tarafta ise verilen sözün yerine getirilmesi konusunda sesini yükseltmek yerine pasif ve sabırlı bir bekleyiş sürdürmüştür. Hegel'in, dönemin Prusya'sının bilinç ve özgürlüğün gerçekleşmesine yakın olduğuna yönelik inancı, bu kararsızlığın nedeni olmuştur. Hegel en azından Berlin Üniversitesi'ne geçmeyi düşündüğü Heidelberg günlerinden itibaren, Prusya'da politik özgürlüğün zımnen de olsa mevcut olduğuna ve bunun açık bir şekilde gerçekleştirilmesinin yani anayasa yapımının yakın bir zamanda mümkün olduğuna inanıyordu.

Peki, Gans Hegel'in anayasal özgürlük hakkındaki fikirlerini nasıl yorumlamış ve geliştirmiştir? Bu sorunun yanıtı için şu üç kaynağa bakılabilir: (a) Hegel'in *Hukuk Felsefesinin Anahatları* adlı eserinin 2. Baskısına Gans tarafından yazılan önsöz²⁴; (b) ilk yarısı Hegel'in Hukuk Felsefesine dayanan ve birçok kez icra edilen "Doğal Hukuk ve Evrensel Tarih" konulu dersler; ve son olarak (c) Gans tarafından yayınlanan *Prusya Yasasının Tashihine Katkı* adlı derginin son sayısı (Berlin 1830-1832). Bu metinlerde dikkatli okurun gözünden kaçmayacak ilk şey, Gans'ın Hegel'i ön görüş sahibi ve ilerici bir düşünür olarak sunmak yolundaki ciddi çabasıdır. Örneğin, *Hukuk Felsefesine* yazmış olduğu ön söze Hegel'i "bugünün şartlarında orta çağa biat eden gericilerden ve çağa uygun olmayan bir hareketten" ayrı tutarak başlar (Gans, *Hegel'in Hukuk Felsefesi*). Akabinde Hegel'in devlet felsefesinin çağdaş Prusya'da henüz hayata geçmemiş unsurlarının altını çizer ("Jürili mahkemeler" ve "mahkemelerin ve de duruşmaların aleniliği" gibi). Son olarak ise, Hegel'in anılan unsurları

²⁴ Eduard Gans, Vorwort, içinde: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. E. Gans, Berlin 1833, [Kısa başlık: Gans, *Hegels Grundlinien*-tercüme metinde 'Hegel'in Hukuk Felsefesi' olarak alıntılanmıştır]

“zor bir zamanda”(adı geçen eserde), kuşkusuz Restorasyon’a atıf yaparak ve onu üstü kapalı eleştirerek savunduğunu vurgular.

Fakat Gans kendini Hegel’i ilerici bir filozof olarak yorumlamakla sınırlanmamıştır. Onun ülkenin gelişimine dair Hegelci iyimserlikten pay almasına mâni olan şey Prusya’daki mevcut durumun bizatihi kendisi olmuştur. Gans, Hegel’in müphem tavrının yerine daha kararlı bir tavır takınmak zorunda kalmıştır. Zira Kralın, vermiş olduğu anayasa vaadini yerine getirmek konusundaki isteksizliği zamanla daha da belirgin hale gelmiştir. Bu durum Hegel’in öğrencilerinin ustalarının “görelî siyasi uzlaşısını” sürdürmelerini zorlaştırmıştır.²⁵ Prusya statükosuna kaçınılmaz olarak muhalefet etmek durumunda kalmışlardır. Otto Pöggeler’in yakın zamanda K. G. Von Griesheim ve Leopold von Henning örneklerine başvurarak ikna edici şekilde gösterdiği gibi²⁶, Hegel öğrencilerinin bireysel olarak 1848 devrimine karşı çıktıkları ve restorasyona uyum sağladıkları inkâr edilemez. Fakat pek tabii bu örneklerle bahse konu isimlerin Hegel Okulunda işgal ettikleri konumları da eklemek gerekir. Von Griesheim Prusya ordusundaki görevine rağmen Hegel Okulu için pek de önemli bir figür değildi.²⁷ Yine von Henning, Hegel’e kişisel olarak oldukça yakın ve hatta Berlin günlerinden kalma en eski öğrencilerinden biri olmasına karşın, ne ortalama üstü yeteneklere ne de öğretim konusunda özel başarılarla sahip olmadığı için okulun gerçek ana figürlerinden biri olarak sayılmazdı. Restorasyona uyum ve Henning ile Griesheim tarafından sergilenen tutum, burada Gans örneğinde yakından incelenecek olan, muhalefete dönük tam ihtiyatlı ve tedrici yakınlaşmalara nazaran Hegel Okulu’nu daha az temsil edici görünmektedir.

Fikirsî gelişimi yeniden inşa edilmeye çalışılırsa²⁸, Gans’ın ilk kez

²⁵ Karş.: Hermann Lübbe, *Politische Philosophie in Deutschland*. Studien zu ihrer Geschichte, 2. Auflage, München, 1974, 93.

²⁶ Otto Pöggeler, Hegels Begegnung mit Preußen, içinde: Lucas/Pöggeler, *Rechtsphilosophie*, 311-351

²⁷ Hegel Araştırmasının önemli derslerin notlarını von Griesheim’a borçlu olması, onun o dönemdeki çok sayıda Hegel dinleyicisinden yalnızca biri olduğu gerçeğini değiştirmez.

²⁸ Gans’ın fikirsî gelişiminin eksiksiz bir şekilde ortaya konması için mirasının

1828/1829²⁹ yılında verdiği Doğal Hukuk dersinde açık bir “muhalefet öğretisi” ortaya koymuş olduğu söylenebilir (*GPhS* 135 ff.)³⁰ Gans, dersin bu bölümüne muhalefetin beklenmedik yahut rastlantısal bir süs olmaktan ziyade her devletin zorunlu bir unsuru olduğunu göstererek başlamıştır.³¹ Ardından ise dinleyicilerini muhalefetin yokluğunda ortaya çıkabilecek olumsuz neticeler konusunda uyararak bahsettiği hususu daha da vurgulamıştır: “devlet, muhalefetle uğraşmazsa, tembellik başlar”. (*GPhS* 136).

Gans'ın muhalefet tartışması bağlamında ilgilendiği diğer hususlar arasında, burada yalnızca en önemlilerine değinilecektir. Bunlardan ilki (a) Gans'ın meclislere yüklediği ödevlerdir (*GPhS* 136):

incelenmesi gerekmektedir. Ne yazık ki bu miras Nazi yöneticilerinin Gans ailesine ait tüm mülkü kamulaştırmasıyla birlikte yitirilmiştir. Bununla karş.: Reissner, *Gans* 21f., 160

²⁹ Bu derslerin transkripsiyonunu içeren bir eser: Gans, *Philosophische Schriften*, ed. ve haz. Horst Schröder, Glashütten im Taunus 1971, 37-154. [Bu edisyon “GPhS” olarak alıntılanacaktır].

³⁰ Bununla birlikte Hegel'in 1817/18 yılında vermiş olduğu derslerin yeni keşfedilmiş notlarında- G. F. W. Hegel, *Vorlesungen über Naturrecht und Staatswissenschaft*, ed. (Hegel Arşivi Çalışanları) ve bir giriş yazısıyla birlikte Otto Pöggeler, Hamburg, 1983-muhalefet konusunda (özellikle 149 ve 146'ıncı paragraflarda) karşılaştırılabilir mahiyette açıklamaların olması da dikkate değerdir. Gans'ın Hegel'in Heidelberg derslerine ait bir kitapçıkla tanışıklığının olduğunu varsaymak makul olsa da-Johann Braun bu konuda iyi argümanlar sunmaktadır. Die Gewalt der Vernunft. Ein neues Hegel Manuskript, içinde: *FAZ* (30.03.1982), 21-, Hegel'in muhalefet konusundaki iptidai yorumları ile Gans'ın açık “Muhalefet Öğretisi” arasında hâlen daha büyük bir fark vardır. 1817/18 dersleri ile Hukuk Felsefesi metni arasındaki farklar konusunda, bu farkı Hegel'in anayasa konusundaki görüşlerinde esaslı bir değişiklikten ziyade bir tür esneklik işareti olarak değerlendiren Ludwig Siep'e katılıyorum. Ludwig Siep, *Hegels Theorie der Gewaltenteilung*, içinde: Lucas/Pöggeler, *Rechtsphilosophie*, 387-420, burada 401-404.

³¹ Gans 1832/33 derslerinde, muhalefetin “sistemik olması gerektiğini, zira olumsuzlamanın rastlantısal olamayacağını” vurgulamaktadır. Eduard Gans, *Naturrecht und Universal rechtsgeschichte*, ed. Manfred Riedel, Stuttgart 1981, 102 [bu çalışmada „NU” olarak alıntılanacaktır].

“Ne senatonun ne de temsilciler meclisinin hükûmet konusunda yaptığı hiçbir şey yoktur. Yalnızca yasaların yürürlüğe girmesi ve de vergi koyma konularında bilgilendirmeleri gerekmektedir. Hükûmet, yasa tasarılarını meclislere sunmalıdır.”

İkincisi ise (b) meclislerin toplantılarının ve tartışmalarının kamuya açıklığına yöneliktir: “Bu açıklık yalnız yararlı ve iyi değil aynı zamanda gereklidir de. Halk bu sayede kamu yararına dair bir fikir edinir ve de devlet hakkında malumat sahibi olur.” (GPhS 136f.). 1832/33 yılında vermiş olduğu derslerde Gans bu meseleye ilişkin yeni bir argüman daha ortaya koymuştur. Meclisler eğer kapalı bir şekilde toplanırlarsa, bu durumda hükûmet tarafından baskı altına alınmaları yahut bir başka şekilde etkilenmeleri daha kolay olacaktır. Bu son fikrin önemini vurgulamak için Gans açık olmayan meclisleri “kuşatılmış/kilitlenmiş” meclisler olarak adlandırmıştır; Üçüncü ise (c) Kamuoyunun varlığının zorunlu bir neticesi olarak basın özgürlüğüdür (NU 104). Her ne kadar basın özgürlüğü istenmeyen neticelere yol açabilecek olsa da –Basın kamuoyunu manipüle edebilir-, Gans yine de nihayetinde hakikatin galip geleceğine olan inancıyla aydınlanmanın³² iyimserliğini paylaşmış ve netice olarak şunu vurgulamıştır: “Devlet basına tahammül edemezse zayıf bir devlet olur. Sansür, muhtevasında rahatsız edici şeyler barındırır.” (GPhS 137).

Böylece Gans 1828/29 güz döneminde verdiği derslerde, akla uygun olmasına karşın henüz gerçekleşmemiş olan şeyleri sunarak statükoyu zımnen eleştiren Hegel’in yöntemini tatbik etmeyi sürdürmüştür. Diğer yandan bu henüz gerçekleşmemiş şeyler konusunda, açık ve hatta zamanın şartlarında kışkırtıcı bir “muhalefet doktrini” özetlemesi bakımından Hegel’in ötesine geçmiştir (bkz. 27’inci dipnot). Bu provokasyonu daha da özel yapan şey, Gans’ın derslerini önde gelen kamu görevlilerinin eğitimi aldığı Prusya’nın başkentindeki hukuk fakültesinde vermiş olmasıdır.³³

³² “Meclis toplantılarının aleniyeti basın özgürlüğü öğretisini de beraberinde getirir. Basın özgürlüğü iyidir. Kötü olan batarken, çekirdek muhafaza edilir” (GPhS, 137)

³³ Bununla karşı: Norbert Waszek, Die Staatswissenschaften an der Universität Berlin im 19. Jahrhundert, ve, o dönemde hukuk fakültesi ve devlet memuru

Üç yıl sonra, 1832 yılında yayınlanan *Prusya Yasamasının Tashihine Katkı* adlı eserinde Gans eleştirilerini daha açık bir şekilde ifade etmiştir. Burada Hegel'in örtük şekilde yapmış olduğu eleştirileri tam olarak açıklamış ve şu soruları sorup yanıtlayarak Prusya statükosunu tam olarak gün yüzüne çıkartmıştır:

"... Peki, Prusya devletinin karakteristiği ve ayırt edici özelliği nedir? Hangi biçim ve şekle sahiptir? Onu nasıl adlandırabiliriz? Bir mutlak devlet mi, paternalist devlet mi yahut anayasal devlet midir?" (*GPhS* 305)

Gans'ın kendi tanımına göre dönemin Prusya'sı ne bir mutlak devlet –zira içeriğinde belirli bir bağımsızlığa sahip alanlar mevcuttu-, ne de bir paternalist devletti – çünkü içeriğinde "hukuki, akli ve kanuni olana dair düşünceler (*GPhS* 307)" mevcuttu-. Buna karşın "anayasal devlet" kavramı da Gans'a pek uygun gelmiyordu zira iki önemli özellik mevcut değildi: Bunlar "yönetilenlerin vergi konusunda söz sahibi olması/icazet etmesi" hakkı ve de bunların yasama faaliyetine katılmalarıydı. Gans bu nedenle Hegelci devlet öğretisine yeni bir kavram dâhil etmiş ve de Prusya'yı bir "vesayet devleti" (*vormundschaftlichen Staat*) olarak tanımlamıştır. Gans bu kavramı "başlangıçta birbiriyle çelişen iki taraf" arasındaki bağlantı olarak açıklamaktadır; vesayet altına alınanın bağımsızlığı bir yanda dururken diğer yanda devletin harici kuvveti durur. Gans'ın yapmış olduğu bir diğer tanım, bize yalnızca iyi eğitilmiş bir hukukçunun kavramsal netliğini değil, aynı zamanda onun Heinrich Heine ile kurmuş olduğu gençlik dönemi arkadaşlığını hatırlatacak türden zarif bir ironi duygusunu da sunmaktadır:³⁴ "Vesayet altına alınmış olan kendinde özgürdür-fakat gerçekte pek de öyle değildir. Düzgün bir şekilde

eğitiminin iççeliği hakkında daha fazla literatür için, bkz: Bibliographie zur Geschichte der Staats- und wirtschafts wissenschaftlichen Lehre in Deutschland, her ikisi de içinde: *Die Institutionalisierung der Nationalökonomie an deutschen Universitäten*, ed. N. Waszek, St. Katharinen 1988, 266-301, 354-358.

³⁴ Gans ve Heine 1822 yılında Berlin'de tanışmışlar ve çok geçmeden arkadaş olmuşlardır. Heine'nin 1823 Mayısında Berlin'i terk etmesine kadar "Yahudi Kültür ve Bilim Birliğinde" (karş. Dipnot no:19) beraber çalışmışlardır. Gans Mayıs 1825'te, uzun bir süre kaldıktan sonra vaftiz olacağı ve böylece bundan sonraki kaderinin belirleneceği –karş.: Norbert Waszek, Eduard Gans' Briefe

beceremeyeceği düşünüldüğü için, yapabileceği ve yapması gereken ne varsa bir başkası tarafından neticelendirilmektedir.”(GPhS 308 f.) Gans, tartışmasını vesayet devletini mutlak devlet ve despotik devletten ayırarak sürdürmektedir. Despotik devletin keyfi ve kaprisli davranışlarına karşın vesayet devleti “her zaman genel gerekçelere sahip olmalı, ya da en azından bunlara dayanmalıdır” (GPhS 309); Vesayet devleti bir amaca hizmet ettiğini göstermek zorundadır.

Dönemin politik bağlamı içerisinde Prusya Devleti’nin bu şekilde karakterize edilmesi fevkalade kritik görünse de Gans bununla yetinmez; Hegel’in daha büyük bir özgürlüğü yönelik zorunlu bir gelişime dair yaklaşımını mevcut duruma uygulayarak daha da ileriye gitmiştir.

“Bir vesayet devleti tıpkı vesayetın kendisi gibi her zaman ancak belirli bir süre için geçerlidir. Daha özgür ve yüksek bir duruma doğru evrilmek onun doğasında vardır: Bir süreliğine bu doğayı reddedip erteleyebilir, fakat onun nihai neticesinden kaçamaz. Yakın bir zamanda bu çiraklık devrimizin sona ereceği ve de Almanya’yı hareketlendirip mevcut işleyişe karışan fikir ve tasarımlara Alman anavatanının başında durmaya çağrılan devletin de daha fazla yabancı kalamayacağı tahmin edilebilir.” (GPhS 313)

an Athanase Jourdan, içinde: *Hegel-Studien*, 22 (1987), 25-44, 27-Paris’e giderken, Göttingen’de Heine’yi ziyaret etmiştir. Haklı olarak tahmin edebiliriz ki bu ziyarette “kariyer ve din sorunları hararetle bir tartışmaya konu edilmiştir” (Reissner, *Gans*, 108). Heine'nin şiiri Einem Abtrünnigen ve onun Denkworten Ludwig Marcus'unda (bununla karşı: Michel Espagne, *Der König von Abyssinien. Leben und Werk des .kleinen Marcus'*, içinde: *Heine-Jahrbuch* 1986,112-138) anlatılan arkadaşlar arasında yaşanan gerilimler, başka şeylerin yanında, tam da 1825'te her ikisinin de vaftiz edilmeleri (Heine 25 Haziranda, Gans ise 12 Aralıkta) ve bunun sonucunda ortaya çıkan kendini suçlamalardan kaynaklanmaktadır. Gans-Heine ilişkisi için karşı: Reissner, *Gans*, 108 f., 114-117.; 7; Hanns Günther Reissner “ Heinrich Heine an Eduard Gans: .Quand Mème...”, içinde: *Zeitschrift für Religions-und Geistesgeschichte*, 10 (1958), 44-50; ve de özellikle ustaca bir sunum için Siegbert Prawer, *Der Komet als Licht des Exils. Heines Porträt seines Zeitgenossen Eduard Gans*, içinde: *Goethezeit. Studien zur Erkenntnis und Rezeption Goethes und seiner Zeitgenossen*. Festschrift für Stuart Atkins, ed. Gerhart Hoffmeister, Bern und München 1981, 347-367.

Bu alıntı Gans'ın sabırsızlığını açıkça göstermektedir. Yeni bir anayasayı daha fazla beklemek ve umut etmek bir yana, o, bu anayasa hedefinin mevcut politik düzen karşısında bile propagandasını yapmaya başlamıştır. Her ne kadar bu alıntı pek göze çarpmayan bir yerde yer alsada (bir hukuk çalışmasının tenkidi kapsamında³⁵) Prusya hükûmetinin gözünden kaçmamış ve Gans "sansürün rahatsız ediciliği" dediği şeyi bizzat tecrübe etmiştir (*GPhS* 137): *Prusya Yasamasının Tashihine Katkı* adlı eserini durdurması önerilmiştir.³⁶ Özgürlüğün bilinci ve gerçekleşmesi arasındaki yarık bu sayede Hegelcilikle Hükûmet arasındaki bir yarığa dönüşmüştür.³⁷ Gans, hükûmetin meydan okumasını kabul etmiş ve Hegel'in özgürlük kavramının şu hususa ilham verdiğini savunmuştur: Her devlet, özgürlüğün gelişimi yolunda bir adım olarak kendini meşrulaştırmak zorundadır. Anayasayı kabule yanaşmama konusunda gösterdiği dik başlı tavırla birlikte Prusya monarşisi ve hükûmeti Gans nazarında zamana uygun olan özgürlük düzeyinin gerisinde kalmıştır.

Gans, kendine mahsus bir şekilde, yeni yayınlar ve verdiği dersler yoluyla, arzulanan değişikliğin gerçekleştirilmesine katkıda bulunma çabalarını sürdürmüştür. Bu çaba verdiği derslerin elde ettiği şaşırtıcı başarının en azından bir bölümünü açıklamaktadır.³⁸ Gans dikkatli hükûmet casuslarının mevcudiyetine karşı derslerini son derece mahir bir şekilde formüle etmiştir:³⁹ Bir yandan, sansürün müsaade ettiği çerçevede kalmış;

³⁵ Şunun hakkında: Gustav Friedrich Gaertner, *Kritik des Untersuchungsprincips des Preußischen Civilprocesses*, Berlin 1832.

³⁶ Gans'ın dergiyi bırakmasına neden olan şeyin sansür olduğu önsözünden anlaşılabilir: Gans, *Beiträge*, iii f. karşı: Reissner, *Gans* 144 f., Lucas/Pöggeler, *Rechtsphilosophie*, 330 f.

³⁷ Karş.: Lübke, *Politische Philosophie*, 60.

³⁸ Halka açık derslerinden bazılarını-bunlar için ücret ödemek gerekmiyordu-yaklaşık 1000 kişi takip etmiştir. Bu sayı o dönemde Berlin'de üniversite öğrencisi olanların yarısına tekabül etmektedir. Karş.: Lenz, *Universität Berlin*, Bd. II, 496.

³⁹ Bununla karşı: Heinrich Laube, Gans und Immermann (1841), içinde *Heinrich Laubes gesammelte Werke*. In 50 bdn., ed. Heinrich Hubert Houben, Leipzig, 1909, 50, 127: "...Çoğunlukla tehlikeli bir konuya korkutucu derecede cesur bir cümleyle başladılar. Herkes sessizce dinler, huzursuz bir dost, tıpkı tetikte bir düşman gibi münasiplik sınırının geçilmesini beklerdi. Fakat sözün sahibi, o

diğer yandan ise meraklı öğrencilerin (bunlar arasında genç Marx da yer almaktaydı⁴⁰) eleştirel imaları açıkça aradan çekip çıkarabilmeleri mümkün olmuştur. Gans'ı etkisi altına alan politik koşullar düşünüldüğünde Varnhagen'in Gans'a atfettiği şu ifade akla uygun görünmektedir: "Hükûmet korkuyorsa, bu ilerleme demektir." (Varnhagen, *Tagenbücher* I, 97) Gerçekliğine inandığımız takdirde bu alıntı Ruge ve Marx'ın jenerasyonun sahip olduğu radikalliğin bir kısmını öngörmektedir. Esasen Gans, ömrünün son yılında Ruge'ye *Halle Yıllıkları*'na katkı sağlaması adına bir mektup yazmıştı.⁴¹ Fakat yine de, Gans'ın bu tutulmamış anayasa vaadi nedeniyle radikallerle işbirliği yapmış olması, onun önemli noktalarda⁴² kendisi tarafından "Aristotelesçi Orta" olarak adlandırılan bizim ise uyumlu sağ kanat ve radikal sol kanadın karşısında "Hegelci Orta" olarak tanımlamayı tercih ettiğimiz tavra sadık kaldığını gözden kaçırmamıza neden olmamalıdır.⁴³ Ölümünden sonra *Halle Yıllıkları*'nda yayınlanan ve bu nedenle bir bakıma onun son sözü ve de vasiyeti olarak

olağanüstü eskrimci, kaybı öyle bir örterdi ki, sözün sonunda her şey yapılmış fakat yine de her şey gizli kalmış olurdu."

⁴⁰ Marx'ın Gans'ın derslerine katılımı için karşı: Franz Mehring, *Karl Marx. Geschichte seines Lebens* (1918), Berlin 1960, 16; Auguste Cornu, *Karl Marx und Friedrich Engels. Leben und Werk*, Bd I, Berlin 1955, 81; Sepp Miller/Bruno Sawadzki, *Karl Marx in Berlin. Beiträge zur Biographie von Karl Marx*, Berlin 1956,40-42,84 f., 101 f., 113; Günther Rose, *Karl Marx und Friedrich Engels an der Berliner Universität, içinde: Forschen und Wirken. Festschrift zur 150-Jahr-Feier der Humboldt-Universität zu Berlin*, 2 Bde., Berlin 1960, Bd. I, 133-16, burada 138 f.

⁴¹ Gans' Brief vom 15. Juli 1838 ist in der Standardausgabe - *Arnold Ruges Briefwechsel und Tagebuchblätter aus den Jahren 1825-1860*, ed. Paul Nerrlich, Bd. I, Berlin 1866,169 f. – kısaltılmış versiyonu. Eksiksiz baskı için bkz: *Die Hegelsche Linke. Dokumente zu Philosophie und Politik im deutschen Vormärz*, ed. Heinz und Ingrid Pepperle, Frankfurt/Main 1986, 768.

⁴² Örneğin, Saint-Simonculuğa 1830'dan itibaren göstermiş olduğu tüm ilgiye rağmen, Hegelci kişi ve özel mülkiyet doktrinini bu okulun kolektivist ütopyalarına karşı savunmuştur. Karşı: Norbert Waszek, *La réception du Saint-Simonisme dans l'école hégélienne: l'exemple d'Eduard Gans*, içinde: *Archives de Philosophie*, 52 (1989), 581-587, burada 584 f.

⁴³ Bu ayrımın tarihsel ve aynı zamanda sistematik bir açıklaması için: Henning Ottmann, *Individuum und Gemeinschaft bei Hegel*, Berlin/New York 1977.

değerlendirilebilecek bir otobiyografik notta Gans şunları kaleme almıştır:

“Politik Görüşlerim. Ben, çağındaki ilerlemelere sempati duyan, temsili monarşi isteyen, ortaçağa mahsus geriliklerden rahatsız olan, fakat yine de anarşi koşullarına pek de sıcak bakmayan o insanlardanım. Ortayı, yani hakiki Aristotelesçi ortayı yalnızca sevmekle kalmadım aynı zamanda onu hakikatin kendisi olarak da telakki ettim” (Halle Yıllıkları 113 (1840), 903)

III

Bu çalışmada, Hegel Okulu'nun politik gelişmeler karşısındaki yazgısı temsil kabiliyeti yüksek bir örnek üzerinden ele alınmıştır. Burada, Eduard Gans'ın yerine Hegel Okulu'ndan bir başka kimseyi (Örn.: Rosenkranz, Michelet, Hinrichs, Oppenheim veya Strauß) incelemiş olsa idim sonuç pek de farklı görünmezdi. Sonuç olarak, Hegel Okulu'nun çekirdeğinin, Prusya Hükûmetinin “özgürlük bilincinin” gerilemesine yol açmasına müsaade etmeyip en azından onun durağan kalmasını sağladığı ve de Hegel'in anayasal monarşi ve anayasayla korunan özgürlükler seçeneğine sıkıca tutunarak Marx, Bauer ve diğerlerinin radikalizminin gerçekte ilk yaratıcısı olduğu da saptanabilir. Hegelciliğin, Hegel'in ölümünü takip eden on yılda Prusya tarihinde karşılaşmak durumunda kaldığı sınav işte bu şekilde verilmiştir.⁴⁴

⁴⁴ Son olarak özellikle şu makaleye atıfta bulunmak istiyorum: Johann Braun, Die Lehre von der Opposition bei Hegel und Gans, içinde: *Rechtstheorie*, 15 (1984), 343-383. İçeriği bu yazıyla benzer olan bu makaleden, yayınlandığı 1986 yılında haberdar değildim.

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

A. Yayın İlkeleri

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TA-ÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), "Hakemli Dergi" statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca'dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirimleri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve yazarları tarafından

en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

B. Yazım Kuralları

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

3. Yazar/Yazarlar: Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

4. Öz ve Özet: Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, 'Zusammenfassung' başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir "Özet" in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

5. Anahtar Kelimeler: Öz kısımlarının altında Türkçe "Anahtar Kelimeler" e ve İngilizce "Keywords" e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

6. Çalışma Metni: Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

7. Çalışma Metnindeki Başlıklar: Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

8. Kısaltmalar: Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez

içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

10. **Dipnot Gösterimi:** Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

a) Kitaplar İçin:

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

b) Makaleler İçin:

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Güner-Özbek, Yolcu Hakları, s. 1205.)

11. Kaynakça Gösterimi: Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

c) Makaleler İçin:

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben

A. Publikationsrichtlinien

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechtsinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in dem der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse tauhfd@tau.edu.tr oder ztdr@tau.edu.tr im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

B. Redaktionsvorgaben

1. **Titel:** Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

2. **Autor/Autoren:** Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

3. **Kurzfassung und Zusammenfassung:** Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in

türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung"; wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

4. Schlüsselwörter: Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

5. Text: Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

6. Fußnotenanzeige: Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

a) Für Bücher:

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.

Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als "Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer" zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

b) Für Aufsätze:

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Matthias Mahlmann, "Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?", in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als "Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer" zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, Menschenwürde, s. 270.)