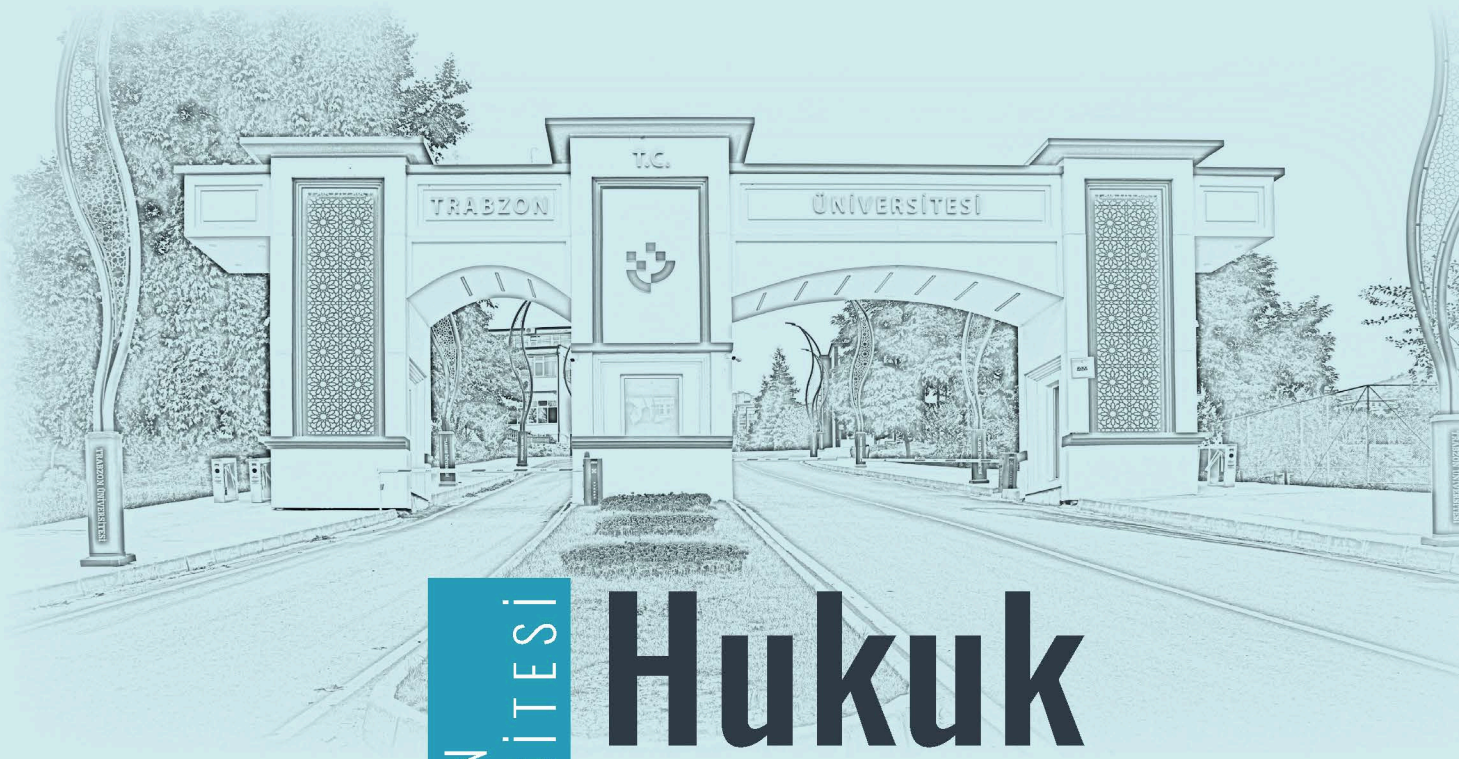




TRABZON
ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

(TRÜHFD)

Cilt: 3 • Sayı: 2 • Yıl: 2025

e-ISSN:3023-4700





TRABZON ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(TRÜHFD)

TRABZON UNIVERSITY
Faculty of Law Review
(TRUFLR)

Cilt: 3 | Sayı: 2
EYLÜL 2025

Volume: 3 | Issue: 2
SEPTEMBER 2025

e-ISSN: 3023-4700

Sahibi | Owner

Prof. Dr. Saim OCAK

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU, İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Prof. Dr. Murat TOPUZ, Marmara Üniversitesi

Prof. Dr. Recep NARTER, İzmir Bakırçay Üniversitesi

Doç. Dr. Ercan SARICAOĞLU, Trabzon Üniversitesi

Doç. Dr. Hüseyin Melih ÇAKIR, Marmara Üniversitesi

Doç. Dr. Mustafa ALIOĞLU, Trabzon Üniversitesi

Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU, İzmir Bakırçay Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Sevda KESKİN, Piri Reis Üniversitesi

Baş Editör | Editor in Chief

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR

Özel Hukuk Alan Editörü | Private Law Editor

Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN

Kamu Hukuku Alan Editörü | Public Law Editor

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ARIKAN

Dil Editörleri | Language Editors

Doç. Dr. Soner DEMİRTAŞ

Dr. Öğr. Üyesi Hilal YENER KULBAY

Dr. Özge ATIL KAYA

Editör Yardımcıları | Associate Editors

Arş. Gör. Dr. Miraç Şamil PEKŞEN

Arş. Gör. Halil KÖKCÜ

Arş. Gör. Talha GENÇ

Arş. Gör. Aslıhan Asena KOÇ

Arş. Gör. Servet KANTARCIOĞLU

İletişim | Contact

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kanuni Kampüsü

61080, Ortahisar / TRABZON

Tel: 0 462 455 2016

E-posta | E-mail: truhfd@trabzon.edu.tr

İnternet Adresleri | Web Addresses:

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/truhfd>

<https://truhfd.trabzon.edu.tr>

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TRÜHFD), Şubat ve Eylül ayları olmak üzere yılda iki sayı şeklinde elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan eserlerin tüm yayın hakları Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Yazarlar, tüm yayın haklarının ve mali hakların Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergide yayımlanan çalışmalardaki görüşler/değerlendirmeler Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni ve dergi kurullarını bağlamaz.

Dergide yer alan eserlerin bir kısmı ya da tamamı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın, ticari amaçlarla elektronik veya mekanik bir kayıt sistemi kullanılarak kopyalanamaz, çoğaltılamaz ve yayımlanamaz.

Trabzon University Faculty of Law Review (TRUFLR) is a peer-reviewed review published electronically twice a year, in February and September.

The publication rights for all works published in the review belong to Trabzon University Faculty of Law. The authors agree that all publication and financial rights are vested in Trabzon University Faculty of Law.

Any responsibility arising from the opinions presented in the works published in the review rests with the authors. The opinions and evaluations expressed in the works published in the review do not bind Trabzon University Faculty of Law or the editorial boards.

None of the works in the review, in whole or in part, may be copied, reproduced, or published using any electronic or mechanical recording system for commercial purposes without the written permission of the Trabzon University Faculty of Law Dean's Office, in accordance with Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works.

TRABZON ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ETİK İLKELER ve YAYIN POLİTİKASI

I. Genel Bilgiler

1. Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **ULUSAL HAKEMLİ** bir dergidir.
2. Dergi, Şubat ve Eylül aylarında olmak üzere yılda **iki sayı** olarak **e-dergi formatında** yayımlanmaktadır.

II. Etik İlkeler

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yayın politikasında akademik ilke ve etik değerlere bağlıdır. Etik ilke ve değerlere ilişkin ulusal ve uluslararası standartlara uygun olarak hareket etmektedir. Bu kapsamda, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; “Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi”nde belirlenen esasları ve COPE (Committee on Publication Ethics) tarafından belirlenen Editör ve Yazarlar için Uluslararası Standartları dikkate almaktadır. Ayrıca, bilimsel çalışma değerlendirme sürecinde kabul edilen araştırmada yayın etiği standartlarına aykırılık tespit edilmesi durumunda eserlerin yayın talebi reddedilir. Eserin yayımlanmasından sonra söz konusu aykırılığın tespit edilmesi halinde eser yayından kaldırılır. Bu bağlamda, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, “Yayın Etiği”, “Araştırma Etiği” ve “Yasal/Özel İzin Belgesi Alınması” ile ilgili yukarıda anılan ulusal ve uluslararası kurallara uymakta olduğunu taahhüt eder.

A. Yazarların Sorumlulukları

1. Çalışmaların bilimsel ve etik kurallara uygun şekilde hazırlanması yazarın sorumluluğundadır. Birden fazla yazar tarafından yapılan çalışmalarda tüm yazarların, gönderilen ve yayımlanan çalışma üzerinde eşit sorumluluğu bulunmaktadır.

2. Dergiye gönderilen çalışmaların daha önce yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir dergiye gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar yayına kabul edilen çalışmalarını daha sonra başka bir yerde yayımlatmamayı da taahhüt ederler.

3. Dergiye gönderilen çalışmaların aşağıda belirtilen kurallara uygunluğu yazar/yazarların sorumluluğundadır:

- Çalışmada yararlanılan tüm kaynaklar için doğru ve uygun bir şekilde kaynak göstermek,
- Çalışmaya fikren katkıda bulunmayan kişileri yazar olarak belirtmemek,
- Çalışmaya fikren katkıda bulunan kişileri yazar olarak belirtmek,
- Çalışmaya ilişkin çıkar çatışmalarını belirtmek,
- Çalışmanın yüksek lisans/doktora tezinden ya da bir projeden üretildiğini belirtmek,
- Çalışmanın niteliğinin gerektirdiği hallerde etik kurullardan ya da komisyonlardan izin almak,
- Çalışmalarda kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uymak,
- Çeviriler için ilgili eserin hak sahibinden/sahiplerinden izin almak.

4. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

5. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, hakem atanmasından önce eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini editörler kuruluna iletmek zorundadır.

6. Çalışmalar, **iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın** ya da **hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yapılmaksızın** yayımlanmaz.

7. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu hâliyle basılabileceği kabul olunur.

B. Hakemlerin Sorumlulukları

1. Çalışmayı, bilimsel içerik açısından değerlendirmek,
2. Yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din veya siyasi görüş gibi özelliklerinden bağımsız bir değerlendirme yapmak,
3. Çalışmanın bilimsel alanı ile uyumsuzluğunun, intihal ya da telif hakkı ihlali içerdiğinin ya da yayımlanmasına engel bir hâl bulunduğunun tespiti hâlinde Editör Kurulu'na bilgilendirerek söz konusu çalışmaya ilişkin hakemliği reddetmek,
4. Değerlendirme süreci ve sonrasında gizlilik ilkesine uygun hareket etmek, çalışma ile ilgili bilgileri üçüncü kişiler ile paylaşmamak,
5. Değerlendirme yaparken nesnel ve yapıcı bir üslup kullanmak (küçük düşürücü ya da düşmanca bir dil kullanımından kaçınmak),
6. Yazar ile olan çıkar çatışmasını gecikmeksizin Editör Kurulu'na bildirmek.
7. Hakemlerin makaleleri objektif şekilde ve akademik etik ilkeleri gözeterek değerlendirmeleri esastır. Hakemlerce çalışmalar değerlendirilirken,
 - Makalenin konu itibarıyla literatüre katkı sağlama niteliği,
 - Konu itibarıyla bir dergide yayımlanmaya uygunluk derecesi,
 - Dergi yazım kurallarına uygunluk, anlatım ve dili kullanım düzeyi,
 - Konuyu ele alıştaki bütünlük ve sistematik anlatım düzeyi,
 - Konuya ilişkin literatürün tüketilmiş olma özelliği,
 - Makalenin özgünlük derecesi,
 - Makalenin bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususlarının dikkate alınması beklenir.

C. Editörlerin Sorumlulukları

1. Derginin yayın politikasına uygun olan özgün çalışmaları kabul etmek,
2. Çalışmaların kabulü veya reddine ilişkin değerlendirmede yazarların cinsiyet, etnik köken, ırk, din veya siyasi görüş gibi özelliklerinden bağımsız şekilde karar vermek,
3. Gizlilik ilkesine uygun hareket etmek,
4. Gönderilen çalışmaların en az iki hakem tarafından çift taraflı kör hakemlik sistemine göre değerlendirilmesini sağlamak.

III. Yayın Politikası

A. Ön Değerlendirme Aşaması

1. Yayımlanması talep edilen çalışmalar dergiye yalnızca DergiPark sistemi üzerinden gönderilmelidir. Hakem incelemesi dâhil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülmektedir.
2. Dergiye gönderilen çalışmalar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergiye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş çalışmalar orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi, dergi kapsamıyla uyumluluk ve yazım kurallarına uyum açısından incelenir.

4. Yazarlar ayrıca “Etik Beyan Formu”nu, “Telif Hakkı Devir Sözleşmesi”ni ve “Etik Kurul İznine Gerek Yoktur Beyan Formu”nu imzalayarak DergiPark sistemi üzerinden dergiye göndermelidir. Ayrıca, çeviri yazılarda eserin yazarından/yazarlarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yayın izni alındığını gösteren yazılı bir izin belgesinin de sisteme yüklenmesi gerekmektedir.

5. Yazarlar, çalışmalarının dergimize gönderdikleri hâliyle yazım bakımından yayına hazır olduğunu kabul etmiş sayılır. Yazarlar, eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermekle derginin etik ilkelerini, yayın politikasını ve yazım kurallarını kabul etmiş sayılır.

6. Ön değerlendirme aşamasında çalışmalar intihal incelemesinden geçirilir. Yayın Kurulu tarafından belirlenen azami %20 benzerlik oranını (kaynakça, alıntılar ve beş kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç) aşan çalışmalar yazar tarafından gerekçelendirmek kaydıyla editörler tarafından kabul edilebilir.

7. Ön değerlendirmede; etik ilkelere veya dergi yayın ilkelerine uyulmayan yahut olağanın üzerinde yazım yanlışları tespit edilen çalışmalar editörler tarafından geri çevrilir.

8. Ön değerlendirmede; OSCOLA 4. Edisyon atıf sistemine veya yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen çalışmalar ise hakeme gönderilmeden önce, düzeltilmesi için yazara iade edilir. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editörler tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editörler eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

9. Ön değerlendirme süreci en fazla 1 ay içerisinde tamamlanır.

B. Değerlendirme Aşaması

1. Ön değerlendirme aşaması tamamlanan çalışmalar, çift taraflı kör hakem usulü gereğince yazarların bilgileri çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere değerlendirme için 1 ay süre verilir. Gerekli görülmesi hâlinde süre 1 ay daha uzatılabilir.

2. Hakemler, çalışmanın yayına uygun olup olmadığına, değişiklik yapılması gerekip gerekmediğine ilişkin görüşlerini, “Kabul”, “Ret”, “Majör Revizyon” ve “Minör Revizyon” şıklarından birini seçerek belirtebilirler. Hakem raporunun “Minör Revizyon” yönünde görüş içermesi halinde - değerlendirme formunda aksi yönde bir beyan olmadıkça- çalışma incelenmesi için hakeme tekrar gönderilir. “Majör Revizyon” seçeneğinde ise çalışma yazarın öngörülen değişiklikleri yapmasının ardından tekrar hakeme gönderilir.

3. Hakemlerin raporlarında düzeltme vermesi hâlinde çalışma yazara düzeltmeleri yapması için iade edilir. Yazar yalnızca hakemlerin belirttiği değişiklikleri yapabilir. Hakemlerden birinin olumlu, birinin olumsuz görüş bildirmesi hâlinde çalışma üçüncü bir hakeme gönderilir.

4. İki hakemin ret yönünde görüş bildirdiği makale yayımlanmaz. Bir makale için atanan hakemlerden biri ret yönünde görüş bildirdiğinde üçüncü hakemin atanması ve iki hakemce majör revizyon yönünde rapor verildiğinde makalenin yayımlanması konusunda takdir yetkisi Editörler Kuruluna aittir.

5. Hakem değerlendirmesine göre yayımlanmayan çalışmalar yazara geri gönderilmez. Yazar, kendisine olumsuz hakem raporları iletilerek durum hakkında bilgilendirilir.

6. Değerlendirme raporunda verilen düzeltmelerin yapılması için yazara 15 gün süre verilir. Düzeltmelerin süresinde tamamlanmaması hâlinde editörler yazar ile iletişime geçmeksizin çalışmayı reddetme hakkına sahiptir.

C. Yayına Hazırlama Aşaması

1. Yayımlanmak üzere kabul edilen eserlerin tüm yayın hakları Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne ait olur. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, tüm yayın haklarının ve mali hakların Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne ait olduğunu kabul ederler.

2. Editör Kurulu yoğunluk durumuna göre eserin ilk sayıda veya bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir.

3. Dizgi sırası editörce eserin yayımlanmak üzere kabul edildiği tarihinə göre belirlenir.

TRABZON ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAZIM KURALLARI

I. Eser Gönderim Şekli

1. Bilimsel çalışmalar DergiPark üzerinden gönderilmelidir:

(<https://dergipark.org.tr/tr/pub/truhfd>).

2. Gönderide yazar veya yazarların iletişim bilgilerine (unvanları, kurumları, kurumsal elektronik posta adresleri, ORCID numaraları) tam olarak yer verilmelidir.

II. Gönderilecek Eserde Bulunması Gereken Hususlar

1. Derginin yazı dili Türkçe, Almanca ve İngilizcedir.

2. Dergiye gönderilen bilimsel çalışmalar, hukuk ve hukuk ile ilişki kuran bilim alanlarına dâhil olmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş bulunmalıdır.

3. Çalışmanın başlığı sayfa ortalanarak **Her Kelime Büyük Harfle** başlayacak şekilde, Türkçe ve Almanca veya İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır. Almanca veya İngilizce başlık 10 punto ve italik olmalıdır.

4. Dergiye gönderilecek çalışmalarda ayrıca **Sadece İlk Harfi Büyük** olacak şekilde, Türkçe ve Almanca veya İngilizce olarak “Öz” (en az 150, en çok 300 kelime) ile “Anahtar Kelimeler” (beş adet) yer almalı ve anahtar kelimelerde yer alan sözcüklerin de yine **Sadece İlk Harfleri Büyük** olmalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır.

5. Metinde içeri doğru girintili paragraflara yer verilmemeli, **tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.**

6. Dergiye gönderilecek makalelerde, ilk sayfada makale başlığının altında **yazarın ad ve soyadına yer verilmeli**, soyadın yanında (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla **yazarın unvanı, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü ile yazarın kurumsal e-posta adresi ve ORCID numarasına** yer verilmelidir.

7. Dergiye gönderilecek yazılar, “.doc” veya “.docx” dosya uzantıları veya bu dosya uzantılarını yürütebilen kelime işlemcisi yazılımlarla desteklenen bir formatta hazırlanmalıdır. Yazıların gövde metni **Times New Roman** yazı tipinde **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**; dipnotlar sayfanın altında sıralı numaralar halinde gösterilecek biçimde, **Times New Roman** yazı tipinde **tek satır aralığında** ve **10 punto** olacak şekilde **iki yana yaslı** biçimde kaleme alınmalıdır. **Tüm kenar boşlukları 2,5 cm** olmalıdır.

8. Dergiye yayımlanması talebi ile gönderilen araştırma makalesinin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en az 4.000 en fazla 20.000 kelimeden oluşması gerekir. Belirtilen sınırlar dışında kalan çalışmaların yayımı hususu editörlerin takdirindedir. Araştırma makaleleri dışındaki çalışmalar belirtilen kelime sınırlarına tabi değildir.

9. Yazılarda dil bilgisi kurallarına uyulmalıdır.

10. Yazılarda kullanılacak başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde oluşturulmalıdır:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (A, B)

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (1, 2)

a. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (a, b)

aa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aa, bb)

aaa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aaa, bbb)

aaaa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aaaa, bbbb)

11. “**GİRİŞ**” ve “**SONUÇ**” başlıkları numaralandırılmamalıdır.
12. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Soyadları aynı olan farklı yazarlara ait kaynakların sıralanması ilk adların baş harflerine göre alfabetik olarak yapılır. Aynı yazarın farklı eserleri ise eski tarihliden başlayarak sıralanır.
13. “**KAYNAKÇA**” başlığı metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.
14. Metin içerisinde içindekiler bölümü yer almamalıdır.
15. Metin içerisinde yapılacak kısaltmalar için kısaltmalar cetveli kullanılmamalı; kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan yazılarak, yanında parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

III. Atıf, Dipnot ve Kaynakça Yazımında İzlenmesi Gereken Kurallar

1. Atıf ve dipnotlar, **OSCOLA 4. Edisyon** atıf sistemine uygun şekilde yapılmalıdır. OSCOLA 4. Edisyon atıf sistemi için ayrıca bkz.
<https://truhfd.trabzon.edu.tr>
https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf
2. Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
3. Dipnot ve kaynakçalarda yapılacak kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
4. Atıflarda supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra kısaltmaları kullanılmamalıdır.

İÇİNDEKİLER | CONTENTS

Araştırma Makaleleri | Research Articles

Escrow Sözleşmesinin Eşya Hukuku Açısından İncelenmesi

Examination of the Escrow Agreement in Terms of Property Law

Sinan USTA.....212

Koruma Altındaki Doğal Alana Zarar Verme Suçu (Milli Parklar Kanunu m.21)

Crime of Damaging Protected Natural Areas (Article 21 of the National Parks Law)

İlhan POLAT.....241

İş Güvencesi Hükümleri Dışında Kalan Feshe Karşı Koruma Normları

Norms of Protection Against Dismissal Beyond the Employment Security Framework

Elif KESKİN ŞAHİN.....260

Ekosentrik ve Antroposentrik Yaklaşımlar Doğrultusunda Uluslararası Çevre Hukukuna Yeniden Bakış

Looking at International Environmental Law through the Ecocentric and Anthropocentric Approaches

Ebru DEMİR.....298

The Right to be Forgotten in the European Union Public Sector: Balancing Individual Privacy and Public Interest

Avrupa Birliği Kamu Sektöründe Unutulma Hakkı: Bireysel Gizlilik ile Kamu Yararı Arasındaki Dengenin Sağlanması

Ahmet KÜÇÜK.....321

Escrow Sözleşmesinin Eşya Hukuku Açısından İncelenmesi

Examination of the Escrow Agreement in Terms of Property Law

Sinan USTA *

Öz

Escrow sözleşmesi, bir temel sözleşmeye ilişkin borçların teminat altına alınması amacıyla, bu sözleşme ile ilgili taşınırın veya maddi değeri olan diğer hakların, sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan tarafsız ve yansız bir escrow aracı tarafından, sözleşmede belirlenen koşullar gerçekleşinceye kadar muhafaza edilmesi ile oluşur. Koşulların gerçekleşmesi ile escrow aracı kendisine teslim edilen escrow konusunu sözleşmenin taraflarından birine geri vermeyi üstlenmektedir. Böylece temel sözleşmede yer alan edimlerin teminat altına alınması sağlanmaya çalışılmaktadır.

Escrow sözleşmesinin eşya hukuku yönü çalışmamızın esas konusunu teşkil etmektedir. Bu kapsamda ilk olarak escrow sözleşmesinin özelliklerine ilişkin genel konular üzerinde durulmuştur. Bir escrow ilişkisi kurulduğunda, eşya hukuku açısından çeşitli hukuki sonuçlar ortaya çıkabilir. Aşağıda, ayrıntılı olarak ele alındığı üzere escrow konusunun kimi durumlarda zilyetliğinin ve kimi durumlarda ise mülkiyetinin devri söz konusu olur. Tüm escrow sözleşmeleri, escrow konusu nesne üzerindeki tasarruf yetkisinin borçludan nitelikli zilyetlik şeklinde escrow aracısına devredilmesiyle karakterize edilirken, yalnızca istisnai nitelikteki belirli escrow ilişkilerinde tasarruf yetkisi mülkiyetin devrini de içerir. Bu kapsamda, mülkiyetin escrow aracısına devredildiği escrow ilişkileri ile mülkiyet devri olmayan escrow ilişkileri çalışmada ayrı ayrı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Escrow Sözleşmesi, Eşya hukuku, Teminat, Mülkiyet, Zilyetlik

Abstract

Escrow agreement is an agreement used as a form of security where one or more parties in a transaction place or deposit something, usually property or other assets, with a neutral, disinterested third party until some specific conditions occurrence. With the occurrence of the conditions, the escrow agent undertakes to return the property, which has been delivered to him, to one of the parties of the contract. Thus, it is aimed to ensure that the obligations in the main contract are secured.

The property law aspect of the escrow agreement constitutes the main subject of our study. In this context,

Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 03.12.2024 – **Makale Kabul Tarihi:** 06.03.2025.

Atıf: Sinan Usta ‘Escrow Sözleşmesinin Eşya Hukuku Açısından İncelenmesi’ (2025) 3(2) TRÜHFD 212-240.

* Arş. Gör. Dr., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, sinanusta@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1605-720X.

firstly, general issues regarding the characteristics of the escrow agreement were examined. All escrow relationships are characterized by the fact that the power of disposal over the collateral object in the form of qualified possession is withdrawn from the debtor, while only in certain escrow relationships does the withdrawn power of disposal also include ownership. In this sense, the following analysis will treat escrow relationships with transfer of ownership to the escrow agent and those without transfer of ownership separately.

Keywords

Escrow Agreement, Property law, Guarantee, Ownership, Possession

GİRİŞ

Günümüzde birçok hukuki ilişkide edimlerin ifasının teminat altına alınması ve taraflar arasındaki güven unsurunun artırılması amaçlarıyla escrow sözleşmesi akdedilmektedir. Teknolojik gelişmelerle birlikte, ülkemizde ve diğer hukuk sistemlerinde escrow sözleşmesinin uygulama alanı genişlemeye devam etmektedir.

Escrow sözleşmesinin akdedilmesi ile bir temel ilişki çerçevesindeki tarafların ifa yükümlülüklerinin teminat altına alınması amaçlanmaktadır. Escrow işleminde temel ilişkinin tarafları dışında üçüncü bir kişi taraf olarak escrow aracısı bulunmaktadır. Temel ilişkinin taraflarının, bu hukuki ilişki kapsamındaki edim yükümlülüklerinin teminat altına alınması için escrow sözleşmesi ile belirlenen ve escrow konusu olarak adlandırılan para, kıymetli evrak, kaynak kod (*source code*) gibi şeyleri tevdi etmekle yükümlü olduğu escrow sözleşmesinde kararlaştırılmaktadır. Escrow aracısı, kendisine teslim edilen escrow konusunu sözleşmede belirlenen koşullar yerine getirilinceye kadar muhafaza etmeye devam etmekle yükümlüdür. Escrow sözleşmesinde belirlenen koşullar ise genellikle temel sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmemesi durumuna yöneliktir. Escrow konusunun escrow aracısına teslim edilmesiyle temel sözleşme taraflarının escrow konusu üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır; sözleşmede belirlenen koşulların gerçekleşip gerçekleşmemesine göre escrow aracısı escrow konusunu temel sözleşme (temel işlem) taraflarından birisine iade etmekle yükümlü kılınmaktadır. Belirtilen mekanizmaya dayalı olarak borcun ifası konusunda teminat sağlanmaya çalışılmaktadır.

Çalışmamızda ilk olarak escrow sözleşmesine ilişkin genel açıklamalar yapılmıştır. Geniş bir uygulama alanı bulunan escrow sözleşmesinde, escrow aracısına tevdi edilen escrow konusunun zilyetlik ve mülkiyet durumu, söz konusu şey üzerinde ileri sürülebilecek haklara dayalı olarak teminat amacını tehlikeye sokabilir. Escrow sözleşmesinin tüm özelliklerinin ayrıntılı olarak incelenmesi bu çalışmanın kapsamını oldukça aşacağından, sözleşmeye ilişkin

genel açıklamaların ardından çalışmamızda temel olarak, teminat amacı açısından oldukça önemli nitelikte bulunan escrow sözleşmesinin eşya hukuku yönleri incelenmiştir.

Escrow sözleşmesi kurulduğunda, eşya hukuku açısından çeşitli hukuki sonuçlar ortaya çıkabilir. Özellikle taraflardan birinin iflas etmesi, escrow konusu üzerinde escrow aracısı tarafından yetkisiz olarak tasarrufta bulunulması, escrow konusu üzerinde üçüncü bir kişinin aynı hak iddiası gibi durumlarda escrow konusu üzerindeki mülkiyet ve zilyetlik durumu gibi hususlar önem kazanmaktadır. Escrow sözleşmelerinin çoğunda escrow konusunun mülkiyetinin devri söz konusu olmayıp nitelikli zilyetlik şeklinde borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması ile teminat amacının sağlanması söz konusuyken, uygulamada mülkiyet devrinin kararlaştırıldığı sözleşmelere de rastlanılmaktadır. Bu nedenle escrow sözleşmesinin eşya hukuku yönlerine ilişkin kesin ve bağlayıcı bir açıklama yapmak mümkün değildir; zira bu hususların her bir escrow sözleşmesinde temel işlemle bağlantılı olarak ayrı ayrı analiz edilmesi gerekmektedir. Uygulamada yer alan escrow sözleşmelerinin çoğunluğu, eşya hukuku yönleri dikkate alınmadan hazırlandığı için, düzenleme bulunmayan hallerde somut olayın özelliklerine göre uygulanacak kurallar belirlenmelidir.

Çalışmamızda, escrow sözleşmesinde escrow konusu üzerinde zilyetlik ve mülkiyet durumuna bağlı olarak ortaya çıkabilecek hukuki sorunlara odaklanılmıştır. Uygulamada akdedilen escrow sözleşmeleri göz önünde bulundurularak, escrow konusunun mülkiyetinin devredilip devredilmediği kriteri dikkate alınarak sözleşmenin devamı sırasında ve escrow konusunun iadesi durumunda zilyetlik ve mülkiyet durumları ayrı başlıklar halinde incelenmiştir.

I. ESCROW SÖZLEŞMESİ HAKKINDA TEMEL BİLGİLER

Kökeni Anglo-Sakson hukuk sistemine dayanan¹ escrow sözleşmesinin eşya hukuku yönüne değinmeden önce sözleşmenin diğer sözleşmelerden ayırt edilmesine yönelik olarak sözleşmenin tanımı, hukuki niteliği, özellikleri, unsurları ve türleri gibi temel konularda bu başlık altında bilgi verilmiştir.

A. Escrow Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Escrow sözleşmesinin tanımına, gerek 818 Sayılı Borçlar Kanunu gerekse de 6098 Sayılı

¹ İsmail Kırca, 'Escrow Sözleşmesi', 1997 19(1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 45, 59; Sinan Usta, *Escrow Sözleşmesi* (Yetkin Yayınevi 2024) 21; Ingraham Andrew William, 'Escrow Agreements Elements of an Escrow' (1953) 8(1) University of Miami Law Review 75, 75; Şerafettin Ekici, *Escrow Sözleşmesi* (Adalet Yayınevi 2019) 16 vd.

Türk Borçlar Kanununda yer verilmemiştir. Hukukumuzda herhangi bir özel kanun veya ilgili mevzuatta bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Ülkemizdeki durumun aksine kimi ülkelerde mevzuatta escrow sözleşmesinin tanımının ve özelliklerinin düzenlendiği görülmektedir². Escrow sözleşmesi ile alakalı doktrinde birçok tanım önerisine yer verilmiştir³.

Doktrinde Gerster'e göre⁴; escrow sözleşmesi, bir temel işlemin taraflarınca bir eşyanın teminat amacıyla, üçüncü bir kişi tarafından muhafaza edilmesinin kararlaştırıldığı hukuki işlemlere ilişkin sözleşme olarak tanımlanabilir.

Doktrinde Eisenhut ise escrow sözleşmesini, sözleşmenin bir tarafında temel işlemin borçlusu ile (çoğu işlemde alacaklı da taraf olur), sözleşmenin diğer tarafında tarafsız ve temel işleme göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısı⁵ arasında kurulan, temel işlemde belirlenen amaçların yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, bir taşınırın escrow aracısına devredildiği hukuki ilişki, şeklinde tanımlamıştır⁶.

Doktrindeki tanımlar dikkate alınarak, taraflar arasında daha önceden yapılmış olan bir temel sözleşmedeki borçların ifasını teminat altına almak amacıyla, ifaya konu olan eşya veya malvarlığı değerlerinin (belge, cd, taşınır gibi), sözleşmeye taraf olmayan, tarafsız ve güvenilir üçüncü bir kişiye devredilerek, üçüncü kişinin sözleşmede belirlenen şartın veya belli durumun gerçekleşmesine kadar ifa konusu şeyi (escrow konusunu) muhafaza etmesini, böylelikle tarafların bunlar üzerinde tasarrufta bulunmaları engellenerek ifaya ilişkin teminat oluşturmalarının amaçlanıldığı sözleşme, olarak tanımlanabilir⁷.

² Bkz. California Financial Code Section 17003, https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=17003.&lawCode=FIN Erişim Tarihi 10 Kasım 2024.

³ Bkz. Stefan Gerster, *Das Escrow Agreement als Obligationenrechtlicher Vertrag* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1991) 5; Ayşe Dilşad Keskin, 'Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi' (2012) 0(10) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 95, 96; Usta (n 1) 22 vd. Çalışmanın kapsamının genişlememesi adına bu tanımlardan yalnızca birkaçına çalışmamızda yer verilmiştir.

⁴ Gerster (n 3) 4.

⁵ Doktrinde yazılan eserlerde escrow konusunu muhafaza eden üçün kişi için "escrow tutan, escrow ajansı, escrow aracısı, escrow müdürü gibi" ifadeler kullanılmıştır. Ancak çalışmamızda "escrow aracısı" ifadesi tercih edilmiştir (Karen Lee Jacobsen, 'California Escrow Agents: A Duty to Disclose Known Fraud?' (1986) 17(1) Pacific Law Journal 309, 312; Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary* (10th Edition, Thomson Reuters 2014) 662; William (n 1) 78; Ekici (n 1) 41).

⁶ Stefan Eisenhut, *Escrow-Verhältnisse* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2009) 13.

⁷ Bkz. Kurt Blickenstrofer, 'Der Sourcecode-Escrow'in Felix Thomann and Georg Rauber (eds) *Softwareschutz* (Stämpfli 1998) 217; Matthias Kuster, 'Das Escrow Agreement im Bankgeschäft am Beispiel des Verkaufs nicht kotierter Aktien' (1996) SZW, 68; Prozesky Kuschke, 'Depositum and Escrow: Their Current Application in Computer Source Code in South African Law' (2003) 36(1) De Jure, 278, 281-282; Halil Berk Erdoğan, 'Escrow Sözleşmeleri' (2022) 17(186), Terazi Hukuk Dergisi 36, 38; Usta (n 1) 24; Ekici (n 1) 22;

Escrow sözleşmesi temel sözleşmedeki edimlerin ifası konusunda teminat oluşturulması amacıyla akdedilmektedir. Escrow aracısına teslim edilen escrow konusu üzerindeki tasarruf yetkisi, temel sözleşmenin taraflarının ortak iradesine dayalı olarak belirledikleri bir şart gerçekleşinceye kadar sözleşmeye taraf olmayan, güvenilir ve tarafsız üçüncü bir kişiye (escrow aracısı) bırakılmaktadır⁸.

B. Escrow Sözleşmesinin Özellikleri

Escrow sözleşmesinin özelliklerine ve unsurlarına, Türk Borçlar Kanunu veya herhangi bir özel mevzuatta yer verilmediği için bu sözleşme, sözleşme özgürlüğü kapsamında oluşturulan isimsiz sözleşmeler sınıflandırması kapsamında olduğu değerlendirilmektedir⁹. İsimli sözleşmelerden olan escrow sözleşmesi, hukuki niteliği ve özelliklerinden dolayı bazı sözleşmelerle (genel saklama sözleşmesi, güvenilir kişiye bırakma sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi gibi) benzerlik göstermektedir¹⁰. Escrow aracısı, taraflardan birinin veya her ikisinin vereceği ücret karşılığında, genel saklama sözleşmesinin unsuru olan saklama edimini, vekâlet sözleşmesinin unsuru olan iş görme edimlerini ve yine sözleşmede kararlaştırılan farklı sözleşmelere ait diğer edimleri üstleniyorsa oluşacak sözleşme; karma sözleşmelerin türlerinden biri olan kombine sözleşme olarak değerlendirilmelidir¹¹. Escrow sözleşmesine uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde, “kıyasen uygulama ve yaratma” görüşü benimsendiğinden, bu sözleşmelere ilişkin hukuki uyumsuzluklarda, benzer sözleşmelere (genel saklama sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, teminat için tevdi sözleşmesi gibi) ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır¹².

Escrow sözleşmesinin temel amacı, temel sözleşme adı verilen sözleşmenin tarafları arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan borçların ifasının teminat altına alınmasıdır¹³. Teminat amacı, temel sözleşmenin taraflarının sözleşme konusu üzerinde tasarruf işleminde

Kırca (n 1) 45.

⁸ Usta (n 1) 25; Kırca (n 1) 50; Keskin (n 3) 96; Ekici (n 1) 22.

⁹ Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (17. Baskı Yetkin Yayınevi 2024) 79-80; Gerster (n 3) 92; Eisenhut (n 6) 93; Keskin (n 3) 118; Kırca (n 1) 59; Usta (n 1) 33; Ekici (n 1) 92-93; Erdoğan (n 7) 39.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Usta (n 1) 50 vd.; Aral/Ayrancı (n 9) 76.

¹¹ Usta (n 1) 34; Erdoğan (n 7) 50; Ekici (n 1) 93.

¹² Saibe Oktay Özdemir, ‘İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması’ (1995-1996) 55(1-2) İÜHF 263-296; Aral/Ayrancı (n 9) 89-90; Kırca (n 1) 80; Keskin (n 3) 118. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, E 2016/5065 K 2017/4098, 12.07.2017; Yargıtay HGK., E 2009/13-393 K 2009/452, 21.10.2009 (www.kazanci.com).

¹³ Eisenhut (n 6) 24; Keskin (n 3) 96; Usta (n 1) 40 vd.

bulunmalarının engellenmesi yoluyla sağlanmak istenilmektedir¹⁴.

Uygulamada akdedilen escrow sözleşmelerinin çoğunda, sözleşmenin bir tarafında escrow aracı yer almaktayken; diğer tarafında temel ilişkinin tarafları bulunur¹⁵. Sözleşmenin alacaklı kısmında, temel ilişkinin tarafları olarak birden fazla kişi taraf sıfatıyla; borçlu kısmında ise escrow aracı taraf olarak yer almaktadır. Belirtilen şekilde akdedilen escrow sözleşmelerinin üç taraflı sözleşme ilişkisi olduğu ifade edilebilir¹⁶. Uygulamada, escrow aracı ile temel sözleşmenin tarafları arasında iki ayrı sözleşme yapılarak da escrow sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu ilişkilere rastlanılmaktadır¹⁷. Ayrıca escrow sözleşmesi, temel ilişkinin taraflarının ikisinin birden sözleşmenin kurulmasına katılmayıp; escrow aracı ile temel ilişkinin taraflarından yalnızca birisi arasında kurulan hukuki ilişki şeklinde üçüncü kişi yararına sözleşme biçiminde de akdedilebilir¹⁸.

Escrow sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulmaktadır. Sözleşme, escrow konusu şeyin tesliminden önce kurulmuş olur ve teslim, sözleşmenin unsuru olarak değerlendirilemez. Bu açıdan sözleşmenin rızai nitelikte olduğu ifade edilebilir¹⁹.

Escrow sözleşmesinde tarafların yükümlülükleri; taraflardan birisi ücret ödeme ve escrow sözleşmesine konu olan şeyin (escrow konusunun) teslimi borcu altına girerken; sözleşmenin diğer tarafı olan escrow aracı, teslim edilen escrow konusunu sözleşmeyle belirlenen durumların gerçekleşmesine kadar muhafaza borcunu üstlenmektedir. Escrow konusunun escrow aracısına teslimi durumundaki eşya hukuku yönünden sonuçları çalışmamızın esas konusunu oluşturmaktadır.

Escrow sözleşmelerinde, escrow aracısının muhafaza yükümlülüğü bulunduğu ve bu muhafaza faaliyeti devam ettiği “süre içinde” edim sonucu gerçekleştiği için sözleşmelerin zamana göre sınıflandırılması açısından sürekli edimli bir sözleşme niteliğinde olduğu söylenebilir²⁰.

¹⁴ Kırca (n 1) 45; Usta (n 1) 40; Ekici (n 1) 24.

¹⁵ Usta (n 1) 44.

¹⁶ Gerster (n 3) 53; Kuschke (n 7) 284; Eisenhut (n 6) 21; Usta (n 1) 44; Ekici (n 1) 34.

¹⁷ Keskin (n 3) 109; Gerster (n 3) 6; Usta (n 1) 45.

¹⁸ Gerster (n 3) 7; Eisenhut (n 6) 21. Üçüncü kişi yararına escrow sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Usta (n 1) 45 vd.

¹⁹ Usta (n 1) 42; Ekici (n 1) 117.

²⁰ Gerster (n 3) 125; Eisenhut (n 6) 125; Kırca (n 1) 111; Usta (n 1) 43. Sürekli borç ilişkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976) 7.

C. Escrow Sözleşmesinin Unsurları

Doktrindeki hâkim görüşe göre; isimsiz sözleşmelerin unsurları; tipik sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmenin anlamlı bir bütün oluşturması için gereken ve sözleşmeye tipini veren unsurlardır²¹. Tarafların uygulamada yaptıkları sözleşmelerdeki unsurlar, süreç içerisinde yerleşik bir uygulamaya dönüşür. Bu uygulamalar dikkate alınarak, sözleşmelerin unsurları belirlenmektedir. Uygulamada akdedilen escrow sözleşmeleri dikkate alınarak sözleşmenin esaslı unsurları belirlenebilir. Yani geçerli bir escrow sözleşmesinin kurulması için; tarafların özel olarak belirlenen escrow konusunun teslimi, muhafaza edilmesi ve geri vermeye ilişkin koşullar konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunması gerekli ve yeterlidir²².

İsimsiz sözleşmelerden olduğu ifade edilen escrow sözleşmesinde; bir temel sözleşmenin taraflarının, sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifasının teminat altına alınması amacıyla, sözleşmede belirlenen şart gerçekleşinceye kadar sözleşme konusu şeylerin tarafsız ve sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısı tarafından muhafaza edilmesi öngörülmektedir. Buna göre escrow sözleşmesinin unsurları; temel sözleşme, escrow konusunun escrow aracısına devri, teminat amacı, koşullar, ücret ve anlaşma şeklinde belirlenebilir²³.

Escrow sözleşmesi akdedilebilmesi için öncelikle ortada “temel sözleşme” adı verilen bir hukuki ilişki bulunması gerekmektedir. Temel sözleşme, teminat altına alınmak istenen yükümlülüğün kaynaklandığı sözleşmedir²⁴. Taraflar arasında ayrı haklar ve borçlar doğuran iki çeşit sözleşme bulunur²⁵. Temel sözleşmenin tarafları bu sözleşmede, belirli haklar ve yükümlülükler kararlaştırmaktadır. Escrow sözleşmesinde, sözleşmenin bir tarafında escrow aracısı diğer tarafında temel sözleşmenin tarafları veya taraflarından biri yer almaktadır. Escrow aracısı, sözleşme konusu şeyi muhafaza edip, tarafların tasarrufta bulunmasını engelleyerek; temel sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerin ifa edilmesi konusunda teminat sağlamaktadır.

Temel sözleşmeye bir “escrow klozu” eklenerek, sözleşmenin taraflarına escrow

²¹ Walter Schluep, *Innominatvertraege* (Separatdruck aus “Schweizerisches Privatrecht” 1979) 799; Aral/Ayrancı (n 9) 99.

²² Gerster (n 3) 114; Usta (n 1) 80.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Usta (n 1) 69 vd.

²⁴ Keskin (n 3) 100; Kırca (n 1) 51; Usta (n 1) 69.

²⁵ Gerster (n 3) 32; Eisenhut (n 6) 159.

sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilebilir²⁶. Ayrıca escrow sözleşmesinin tamamının temel sözleşmenin maddeleri arasında yer alması da mümkündür²⁷. Temel sözleşmede kararlaştırılmasa da taraflar arasında sonradan escrow sözleşmesi akdedilmesi de mümkündür²⁸.

Teminat amacının escrow sözleşmesini karakterize eden ve diğer sözleşmelerden ayırt edilmesini sağlayan en önemli özellik olduğu söylenebilir²⁹.

Escrow sözleşmesindeki koşullar, escrow konusu ile aynı derecede önemli olup; bu koşullar olmaksızın escrow aracısının teminat fonksiyonunu yerine getirmesi mümkün değildir³⁰. Temel sözleşmenin türüne göre, taraflar arasında farklı ve kapsamlı koşulların belirlenebilir. Örneğin; kaynak kod escrow sözleşmesinde bilgisayar programcısının güncelleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi, temel sözleşmenin tarafının iflas etmesi, temel sözleşmenin tarafının yükümlüklerini ifa edemeyecek duruma gelmesi gibi koşulların uygulamada kararlaştırıldığı görülmektedir³¹. Sözleşmede kararlaştırılan koşulların gerçekleşmesi halinde; escrow aracısının geri verme (iade etme) yükümlülüğü doğmaktadır. Bu sebeple koşullar, escrow sözleşmesi açısından olmazsa olmaz bir konuma sahiptir³².

Uygulamada akdedilen escrow sözleşmelerinin neredeyse tamamında, escrow aracısının faaliyetine karşılık bir ücret ödenmesi kararlaştırılmaktadır. Temel sözleşmenin her iki tarafının da katıldığı escrow sözleşmelerinde ücretin taraflar arasında eşit olarak paylaşıldığı görülmektedir. Sözleşme ile kararlaştırılan ücret; taraflardan birisine veya her ikisine birden farklı oranlarda yüklenebilir³³. Escrow sözleşmelerinde genellikle ücret kararlaştırılmakta olup; sözleşmenin ücretsiz olarak akdedilmesi istisnai durumlarda söz konusu olabilmektedir³⁴.

²⁶ Örneğin; “*Ek olarak, her iki tarafın da onayladığı, bu sözleşmeye göre bağımsız ve tarafsız konumda olan üçüncü bir kişi ile, bu sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin teminat altına alınması için bir escrow sözleşmesi yapılacaktır. Escrow sözleşmesinin detayları ayrı bir sözleşme ile düzenlenecektir.*”, şeklinde bir escrow kızı kararlaştırılabilir (Gerster (n 3) 33).

²⁷ Kırca (n 1) 51; Ekici (n 1) 50. Uyuşmazlık ve anlaşmazlıkları azaltmak için temel sözleşmede sadece ana noktaların bulunmasıyla yetinilmesi gerektiği ifade edilmelidir.

²⁸ Temel sözleşme ile escrow sözleşmesi arasındaki ilişkinin birbirine bağımlı (fer’i) nitelikte mi yoksa bağımsız nitelikte mi olduğu konusunda bkz. Usta (n 1) 71-72.

²⁹ Kırca (n 1) 50; Keskin (n 3) 102; Eisenhut (n 6) 79; Usta (n 1) 76.

³⁰ Helen Aaremae, Alvo, Kivar and Sirli Pettai, *Legal Status and Liability of The Software Escrow Agent* (IT Lab Task: an innovative study 2018) 19; Gerster (n 3) 114.

³¹ Edward Freeman, ‘Source Code Escrow’ (2004) 13 (1) Information Systems Security 8, 9; Aaremae/Kivar/Pettai (n 30), 19-20; Keskin (n 3) 111; Kuschke (n 7) 283.

³² Usta (n 1) 78.

³³ Usta (n 1) 79.

³⁴ Usta (n 1) 79.

Escrow sözleşmesinde, eğer ücret ödeme borcu bulunuyorsa ve bu borç, şartın gerçekleşmesiyle kendisine escrow konusu teslim edilecek olan temel sözleşme tarafına aitse; bu taraf ücret ödeme borcunu yerine getirmedeği sürece escrow aracısı muhafaza faaliyetini sürdürebilecek olup, escrow konusunun iadesini reddedebilecektir. Bu durumda escrow konusu, giderleri ve zararları ödeme borcu olan tarafa geri verilecekse; bu masrafların ödenmemesi halinde escrow aracısının hapis hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.³⁵

Escrow sözleşmesinde, escrow aracısına devredilecek olan şey için “escrow konusu” ifadesi kullanılmaktadır³⁶. Escrow konusu, temel sözleşmenin taraflarının yerine getirmekle yükümlü oldukları edimlerin ifasını teminat altına almak amacıyla, temel sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısına tevdi edilmektedir. Bir şeyin escrow konusu olduğunun söylenebilmesi için temel sözleşmede kararlaştırılan tarafların edimlerinden her ikisinin veya taraflarca kararlaştırılan edimin, escrow aracısına tevdi edilmesi konusunda anlaşılması gereklidir³⁷. Temel sözleşmeden doğan alacakların konusunu oluşturan eşyalar dışındaki sözleşmeye yabancı edimlerin, escrow sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün değildir³⁸.

Escrow sözleşmesine escrow aracısına teslim edilmesi kararlaştırılan escrow konusunun, kural olarak bir taşınır eşya (elektronik aletler, para, mobilya vb.) niteliğini taşıması gerektiği belirtilmektedir³⁹. Taşınmazların escrow sözleşmesine konu olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Ancak mortgage sisteminde alınan gayrimenkullerin, emlak vergisi ve sigorta primlerinin ödenmesi için, escrow hesabı açılarak; escrow sözleşmesi akdedildiği uygulamada görülmektedir⁴⁰. Burada belirtilen hukuki ilişkide de escrow konusu para olarak belirlenmiş olup; escrow aracısına gayrimenkulün teslimi öngörülmemektedir⁴¹. Gelişen teknoloji ile birlikte; escrow sözleşmelerinin internet ortamında kullanımı, oldukça yaygın olarak tercih edilmektedir. Uygulamada görülen internet alan adlarının (domain names), kaynak kodun, bitcoinin devredilmesi durumunda da escrow sözleşmesi yapılmaktadır. Belirtilen şekilde bulut (cloud) sistemi üzerinde saklanan alan adları fikrî, sınai ve ticari mülkiyet kavramı içerisinde değerlendirilmelidir⁴². Burada belirtildiği gibi taşınır niteliğinde olmasa da maddi değeri olan

³⁵ Ekici (n 1) 176; Usta (n 1) 123.

³⁶ Bkz. Usta (n 1) 73.

³⁷ Kuster (n 7) 74-75; Kırca (n 1) 45; Keskin (n 3) 103.

³⁸ Usta (n 1) 73.

³⁹ Keskin (n 3) 103; Kırca (n 1) 45; Usta (n 1) 73.

⁴⁰ Usta (n 1) 74.

⁴¹ Usta (n 1) 74; Ekici (n 1) 223.

⁴² Bkz. Nurullah Bal, ‘İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla

diğer hakların da escrow sözleşmesine konu olması mümkün olabilir.

D. Escrow Sözleşmesinin Türleri

Günümüzde gelişen teknoloji ve iletişim, ulaşım araçlarının gelişmesiyle escrow sözleşmelerinin uygulama alanı genişlemeye devam etmektedir. Temel sözleşmenin türüne göre farklı biçimlerde escrow sözleşmeleri oluşturulabilmesi mümkündür.

Escrow sözleşmesi türlerinden en çok karşılaşılanlarından birisi olan kaynak kod escrow sözleşmesi akdedilerek, bilgisayar programcısının temel sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmemesi, programa olan; onarım, güncelleme, geliştirme gibi desteğini sağlamaya devam etmemesi, mali güçlükler içerisinde bulunması gibi durumlarda müşterinin korunması amaçlanmaktadır⁴³. Temel sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan bir escrow aracısına, kaynak kodun bir kopyasının teslim edilmesi ile bu amaca erişilmeye çalışılmaktadır. Kaynak kodun bir kopyasının muhafaza edilmek üzere escrow aracısına verilmesi nedeniyle, çeşitli sorunlar ortaya çıkabileceği düşünülebilir. Örneğin; aracıya teslim edilen kaynak kod başka bir programa ait olabilir veya derleme işlemi sonucu hatalar ortaya çıkabilir. Belirtilen örnekler gibi hususların ortaya çıkması durumunda, escrow sözleşmesi yapmanın herhangi bir anlamı bulunmamaktadır. Kaynak kodun yürütülebilir olup; müşteriye verilen programa ait olduğu konusunda escrow sözleşmelerinde doğrulama (verification) prosedürü kararlaştırılmaktadır⁴⁴. Doğrulama faaliyetini, escrow aracısı yapabileceği gibi, sözleşmede kararlaştırılması durumunda; bu konuda uzman kişiler de yerine getirebilir. Bir diğer önlem olarak da ülkeler tarafından lisans verilmiş olan internet siteleri escrow aracısı olarak tercih edilmelidir⁴⁵.

Uygulamada temel sözleşmenin türüne göre; online escrow sözleşmesi, bitcoin escrow

Çözümlemesi' (2013) 17(1-2) GÜHFD 315-351; Fusun Nomer Ertan, 'İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Ünvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar', *Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt-I* (Beta Basım Yayın 2001) 395-418.

⁴³ Kaynak kod escrow sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Walter Denson, 'The Source Code Escrow: A Worthwhile or Worthless Investment' (2002) 1(1), *Rutger Bankruptcy Law Journal* 3 vd.; Kaan Deviren, *Yazılım Projelerinde Kaynak Kod Escrow Sözleşmesi* (Seçkin Yayınevi 2024) 28 vd.; Keskin (n 3) 97 vd.; Usta (n 1) 85 vd.

⁴⁴ Grid Neumann and Jürgen Neumann, *The Escrow E-Book* (Security Advice from Experts for Decision Makers 2018) 33; Denson (n 43) 15-16; Gerster (n 3) 28; Usta (n 1) 90.

⁴⁵ Usta (n 1) 96; Ekici (n 1) 28. Amerika'da çeşitli eyaletlerde escrow aracısı olabilmek için lisans alınması gerekmektedir ve bu lisans genellikle kurumsal firmalara verilmektedir. Böylelikle tarafların büyük meblağlar harcayarak kurdukları temel ilişkideki edimlerinin teminat altına alınması konusunda güven sağlanmış olur (Ekici (n 1) 48; Usta (n 1) 96).

sözleşmesi, satış sözleşmesi hususunda düzenlenen escrow sözleşmesi ve escrow hesabı gibi escrow sözleşmesi çeşitlerine rastlanılmaktadır⁴⁶.

II. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN EŞYA HUKUKU YÖNÜ

Escrow sözleşmesinde, escrow aracısına devredilecek olan şey için “escrow konusu” ifadesi kullanılmaktadır⁴⁷. Escrow konusu, temel sözleşmenin taraflarının yerine getirmekle yükümlü oldukları edimlerin ifasını teminat altına almak amacıyla, temel sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısına tevdi edilmektedir. Bir şeyin escrow konusu olduğunun söylenebilmesi için temel sözleşmede kararlaştırılan tarafların edimlerinden her ikisinin veya taraflarca kararlaştırılan edimin, escrow aracısına tevdi edilmesi konusunda anlaşılması gereklidir⁴⁸. Temel sözleşmeden doğan alacakların konusunu oluşturan eşyalar dışındaki sözleşmeye yabancı edimlerin, escrow sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün değildir⁴⁹.

Escrow sözleşmesinde escrow aracısına teslim edilmesi kararlaştırılan escrow konusunun, kural olarak bir taşınır eşya (elektronik aletler, para, mobilya vb.)⁵⁰ niteliğini taşıması gerektiği belirtilmektedir⁵¹. Taşınmazların escrow sözleşmesine konu olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir⁵². Ancak mortgage sisteminde alınan gayrimenkullerin, emlak vergisi ve sigorta primlerinin ödenmesi için, escrow hesabı açılarak; escrow sözleşmesi akdedildiği uygulamada görülmektedir⁵³. Burada belirtilen hukuki ilişkide de escrow konusu para olarak belirlenmiş olup; escrow aracısına gayrimenkulün teslimi öngörülmemektedir.

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde eşya hukukunda sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi geçerlidir⁵⁴. Escrow sözleşmesinde escrow konusu üzerinde kanunda yer alan düzenlenenler dışında bir aynı hak oluşumu söz konusu olmadığı için bu ilkeye aykırılık teşkil etmemektedir⁵⁵.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Usta (n 1) 85 vd.; Erdoğan (n 7) 45 vd.

⁴⁷ Bkz. Usta (n 1) 73.

⁴⁸ Kuster (n 7) 74-75; Kırca (n 1) 45; Keskin (n 3) 103.

⁴⁹ Usta (n 1) 73; Kırca (n 1) 58.

⁵⁰ Taşınır eşya, TMK 762'ye göre özüne zarar vermeden bir yerden bir yere taşınabilen eşyadır (M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Bası Filiz Kitabevi 2021) 13; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (4. Baskı Yetkin Hukuk Yayınları 2016) 11.

⁵¹ Keskin (n 3) 103; Kırca (n 1) 45; Usta (n 1) 73; Eisenhut (n 6) 87.

⁵² Aksi yönde görüşler için bkz. Eisenhut (n 6) 293 vd.

⁵³ Usta (n 1) 74.

⁵⁴ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 69 vd.

⁵⁵ Usta (n 1) 42; Eisenhut (n 6) 96.

Escrow sözleşmesinde alacaklının borçlar hukuku kapsamında bir talep hakkı bulunmaktadır⁵⁶.

Gelişen teknoloji ile birlikte; escrow sözleşmelerinin internet ortamında kullanımı, oldukça yaygın olarak tercih edilmektedir. Uygulamada görülen internet alan adlarının (domain names), kaynak kodun, bitcoinin devredilmesi durumunda da escrow sözleşmesi yapılmaktadır⁵⁷. Belirtilen şekilde bulut (cloud) sistemi üzerinde saklanan alan adları fikrî, sınai ve ticari mülkiyet kavramı içerisinde değerlendirilmelidir⁵⁸. Burada belirtildiği gibi taşınır niteliğinde olmasa da maddi değeri olan diğer hakların da escrow sözleşmesine konu olması mümkün olabilir⁵⁹.

A. Escrow Konusunun Mülkiyetinin Devredildiği Sözleşmeler

Escrow sözleşmesinin tanımından da anlaşılacağı üzere, escrow aracısının escrow konusu üzerinde tasarrufta bulunma ve kontrol hakkı bulunmaktadır⁶⁰. Bu husus ya mülkiyetin devredilmesiyle ya da nitelikli zilyetliğin devri ile sağlanabilir⁶¹. Zilyetliğin devri yöntemlerinden birisi kullanılarak escrow konusu escrow aracısına devredilebilir⁶². Yalnızca escrow konusunun zilyetliğinin devredilmesi hususuna dayanılarak, escrow aracısının escrow konusu üzerinde zilyetlik hakkına mı yoksa zilyetlikle birlikte mülkiyet hakkına mı sahip olacağı tespit edilemez⁶³. Bu durumun aksine escrow konusunun zilyetliğinin veya zilyetlikle birlikte mülkiyetinin devri, temel sözleşmenin taraflarının iradesine bağlı olarak belirlenir.

Sebebe bağıllık ilkesine göre, mülkiyet ancak geçerli bir işleme dayalı olarak (borçlandırıcı işlem) devredilebilir ve böyle bir sebebin bulunmaması durumunda mülkiyetin geçerli olarak devredilmediği ifade edilebilir⁶⁴. Escrow aracısı, yasal olmayan bir işlem yoluyla, tarafların rızası olmaksızın, yani geçerli bir hukuki sebep bulunmaksızın, escrow konusunun mülkiyetini elde edebilir⁶⁵. Örneğin; escrow konusu olarak kendisine teslim edilen parayı kendi

⁵⁶ Kırca (n 1) 58-59.

⁵⁷ Deviren (n 43) 28 vd; Keskin (n 3) 95 vd.; Usta (n 1) 85 vd.

⁵⁸ Bkz. Bal (n 42) 315-351; Nomer Ertan (n 42) 395-418.

⁵⁹ Gökhan Antalya, Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku (Cilt: IV/1) (4. Baskı, Seçkin 2021) 57 vd.

⁶⁰ Tanım için bkz. yukarıda Başlık I-A.

⁶¹ Eisenhut (n 6) 197. Nitelikli zilyetlik, zora ve şiddete dayalı olarak ortaya çıkmayan, mahiyeti konusunda şüphe bulunmayan zilyetliktir. Temel sözleşme tarafının escrow konusunu münhasır olarak fiili egemenliğinden çıkartarak, escrow aracısına escrow konusu üzerinde fiili egemenliğini kullanmasını sağlayacak bir fiili iktidarın sağlanmasıyla oluşur (Bkz. Sirmen (n 50) 78).

⁶² Zilyetliğin devri yöntemleri için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 69 vd.

⁶³ Eisenhut (n 6) 197.

⁶⁴ Taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğu konusunda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 112 vd.; Sirmen (n 50) 483 vd.

⁶⁵ Eisenhut (n 6) 197.

parasıyla karıştırırsa paranın maliki olur. Diğer misli eşyaların karışması durumunda ise escrow aracısı ile birlikte malik sıfatına haiz olur (TMK m. 776/ZGB Art. 727)⁶⁶. Bu durumda, escrow aracısı temel sözleşmenin taraflarının iradesine aykırı olarak hareket ettiği için, escrow sözleşmesindeki yükümlülüklerini ihlal etmiş olur⁶⁷.

Escrow konusunun nitelikli zilyetliğinin yanı sıra mülkiyetinin escrow aracısına devredilip devredilmediği sorusu, tarafların iradesiyle akdedilen sözleşmenin türüne veya sözleşme için seçtikleri isme göre cevaplanmamalıdır; belirleyici olan tarafların gerçek ve ortak iradeleridir (TBK m. 19/OR Art. 18)⁶⁸. Örneğin; tarafların misli bir eşyayı escrow konusu olarak belirlemesi ile usulsüz tevdi üzerinde anlaştıklarına inandıkları için, escrow konusunun mülkiyetinin fiilen escrow aracısına geçtiği sonucuna varılamamalıdır. İrade beyanlarının yorumlanması, tarafların iradesine göre misli eşya yerine özel bir türün bulunduğu ve bunun escrow aracısının mülkiyetine geçmemesi gerektiğini gösteriyorsa, mülkiyetin devri söz konusu olmamaktadır. Bu durum, taraf iradesinin veya sebebin yokluğundan kaynaklanmaktadır⁶⁹. Başka bir örnek vermek gerekirse, taraflar, misli olmayan parça borcu niteliğinde bir eşyaya ilişkin teminat ilişkisini bir escrow sözleşmesi olarak tanımlıyorlarsa, escrow aracısına escrow konusunun mülkiyeti olmadan yalnızca nitelikli zilyetlik verilmesi gerektiği sonucuna kesin olarak varılamaz⁷⁰. Bunun yerine mülkiyetin devri sorununun, sözleşmeye ne ad verilirse verilsin, tarafların gerçek iradesine dayalı olarak sözleşmenin yorumu yoluyla tespit edilmesi gerekmektedir⁷¹.

Aşağıdaki incelemeler, escrow sözleşmesinin türünün, diğer hususların yanı sıra escrow aracısına devredilen tasarruf yetkisinin türüne bağlı olarak nitelendirilebileceğini ve diğer escrow ilişkilerinden farklılaştırılabileceğini göstermektedir.

Üç taraflı olduğunu ifade ettiğimiz escrow ilişkilerinde, para veya kıymetli evrakın escrow konusu olarak belirlenmesi durumunda, zorunlu olarak escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısına devredilmektedir.

⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 866 vd.

⁶⁷ Gerster (n 3) 68.

⁶⁸ Eisenhut (n 6) 198; Gerster (n 3) 14.

⁶⁹ Eisenhut (n 6) 198.

⁷⁰ Eisenhut (n 6) 198.

⁷¹ Bkz. Nurcihan Dalcı Özdoğan, 'Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti' (2017) 8(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-55; Eisenhut (n 6) 198.

1. Kural: Escrow Konusunun Mülkiyetinin Devredende Kalması

Escrow sözleşmesinde genel saklama sözleşmesinde olduğu gibi kural olarak escrow konusunun mülkiyeti, escrow konusunu devreden tarafta kalmakta; mülkiyet durumunda değişiklik olmamaktadır⁷². Tarafların sözleşmenin akdedilmesindeki amacı mülkiyet değişikliği olmayıp, temel ilişkideki borçların ifasının sağlanması amaçlanmaktadır. Kira sözleşmesi örneğinde mülkiyetin kiraya verende veya malikte kaldığı gibi, escrow sözleşmesinde escrow konusunun mülkiyeti sözleşmenin akdedilmesinden önce kimdeyse onda kalmaya devam eder.

Escrow sözleşmesinde mülkiyetin devrine ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa; escrow konusunun mülkiyetinin escrow aracısına devredilmediği ve mülkiyet üzerinde bir değişiklik bulunmadığı kabul edilmelidir⁷³. Aksi durum sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi sözleşme hükümlerinin yorumlanmasıyla da bu sonuca varılabilir.

2. İstina: Escrow Konusunun Mülkiyetinin Devri

Usulsüz tevdi sözleşmesinde olduğu gibi escrow sözleşmesinin tarafları, escrow konusunun muhafaza edilerek sözleşmede belirlenen şartın gerçekleşmesiyle, sözleşmede escrow konusu olarak belirlenen aynı kalemlerin değil, aynı tür ve nitelikteki, eşit miktardaki eşyanın iadesi konusunda anlaşılabilir⁷⁴. Bu durumda escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısına geçer⁷⁵.

Escrow konusu olarak misli eşya dışında bir şeyin kararlaştırılması durumunda, mülkiyetinin escrow aracısına geçmesi taraflar arasında kararlaştırılabilir⁷⁶. Bu durumda escrow konusu, escrow aracısına teslim edildiğinde escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısına geçer ve taraflar arasında inançlı işlem söz konusu olur⁷⁷. İnançlı işlem ilişkisinde; escrow aracısı “inanılan” konumunda olup; inananın (temel sözleşmenin tarafları) menfaatine uygun olarak hareket etmeyi ve escrow sözleşmesi ile belirlenen şartlar gerçekleştiğinde escrow konusunun mülkiyetini sözleşme ile belirlenen inanan tarafa devretmeyi yükümlülüğü

⁷² Eisenhut (n 6) 199; Usta (n 1) 74.

⁷³ Gerster (n 3) 72; Eisenhut (n 6) 31.

⁷⁴ Gerster (n 3) 75; Usta (n 1) 75.

⁷⁵ Doktrinde Ekici escrow konusunun mülkiyetinin temel ilişkinin taraflarında kalacağını; escrow aracısına mülkiyet devrinin hiçbir durumda söz konusu olmayacağını ifade etmiştir (Bkz. Ekici (n 1) 169). Ancak çalışmamızın genelindeki ifadelerden anlaşılacağı üzere uygulamada escrow konusunun mülkiyetinin devredildiği sözleşmelerin de akdedildiği dikkate alınmalıdır.

⁷⁶ Usta (n 1) 75; Eisenhut (n 6) 116; Keskin (n 3) 104.

⁷⁷ Eisenhut (n 6) 35; Gerster (n 3) 75; Usta (n 1) 75.

altındadır⁷⁸. Uygulamada bu tür escrow sözleşmelerine rastlanırsa da bu sözleşmeler çok fazla tercih görmemektedir.

Escrow konusunun mülkiyetinin escrow aracısına devri durumunda, temel ilişkinin tarafları yalnızca sözleşmeden doğan escrow konusunu geri isteme hakkına sahip olur⁷⁹. Escrow konusunun aynısı değil, kalite ve miktar olarak benzerinin iade edilmesi escrow aracısının yükümlülüğü kapsamındadır. Mülkiyetin devri için zilyetliğin devri işlemine ek olarak sebebe bağlılık ilkesine göre geçerli bir borç ilişkisi (temel ilişki(causa)) gerektirir. Bu durum eşya hukukunda geçerli olan sebebe bağlılık prensibinden doğmaktadır⁸⁰. Burada bahsedilen temel ilişki borçlandırıcı bir işlemdir. Escrow ilişkilerinde yalnızca belirli zilyetlik devir türleri mümkündür⁸¹. Escrow aracısı yalnızca temel ilişki kapsamında belirlenen escrow konusu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olur. Örneğin; kaynak kod escrow sözleşmesinde kaynak kodun kopyası ile gerekli olan teknik belgelerin mülkiyeti escrow aracısına devredilir. Bu durum telif hakkını etkilememektedir. Aksi kararlaştırılmadıkça, kaynak kod üzerindeki telif hakkı yazılım tedarikçisinde kalır.

Escrow hesabı söz konusu olduğunda, escrow aracısına oldukça büyük miktarda meblağların tesliminden kaçınılarak, escrow aracısının tasarruf yetkisine sahip olduğu bir banka hesabı açılması tavsiye edilir. Bu durumda escrow aracısı bankadaki paranın ne zilyetliğine ne de mülkiyetine sahip olur⁸². Escrow aracısı, banka hesabındaki escrow konusu olarak kararlaştırılan paranın iadesi için bankaya karşı bir talep hakkına sahip olur. Escrow hesabı açılarak taraflara müşterek tasarruf yetkisi verilmesi durumunda ise escrow konusunun iadesi zorlaşmaktadır.

3. Escrow Konusu Üzerindeki Zilyetlik Durumu

Mülkiyetin escrow aracısına devredildiği escrow ilişkileri söz konusu olduğunda, escrow aracısı, escrow konusunun nitelikli zilyetliğine sahip olmakla birlikte nesnenin malik sıfatıyla zilyeti haline gelir⁸³.

Escrow konusunun mülkiyeti üçüncü bir tarafa devredilirse, genellikle bu taraf nesnenin

⁷⁸ Hüseyin Altaş ve Leyla Müjde Kurt, 'İnançlı İşlemler' (2011) 2 (2) İnÜHFD, 1, 4; Eisenhut (n 6) 35; Gerster (n 3) 75; Usta (n 1) 75-76.

⁷⁹ Usta (n 1) 75.

⁸⁰ Eisenhut (n 6) 205.

⁸¹ Eisenhut (n 6) 205.

⁸² Gerster (n 3) 116; Usta (n 1) 76.

⁸³ Eisenhut (n 6) 206.

doğrudan zilyetliğine sahip olur. Bu durumda, dördüncü taraf malik sıfatıyla ve dolaysız zilyet olur⁸⁴.

Escrow aracısının, escrow konusu üzerinde fiili hâkimiyeti kendisi ya da başkası tarafından kullanımına bağlı olarak, kendisi dolaylı veya dolaysız zilyet sıfatına sahip olur. Escrow konusunu mülkiyet hakkını koruyarak başka bir kişiye tevdi ettiyse dolaylı zilyet olur.

Aşağıda açıklandığı üzere escrow sözleşmesinde, escrow aracısının zilyet yardımcısı sıfatına sahip olması sözleşmenin niteliğine uygun düşmemektedir⁸⁵.

4. Escrow Aracısına Karşı İleri Sürülebilecek Talepler

Escrow konusunun iadesinde escrow aracısıyla olan güven ilişkisi oldukça önemlidir. Escrow sözleşmesinde yalnızca belirlenen koşullar meydana gelince, escrow konusu escrow aracısı tarafından taraflardan birisine iade edilir. Alacaklıya erken teslim veya yetkisiz bir üçüncü kişiye teslim teminatın amacını zedelerken, geç teslim durumunda hak sahibi taraf zarara uğrayabilir. Bu nedenle temel sözleşmenin tarafları escrow aracısına karşı belli bir güven duyar; escrow aracısı onlar için güvenilir olmalıdır⁸⁶. Buna göre, temel sözleşmenin tarafları escrow aracısının teslim şartlarına sıkı sıkıya bağlı kalacağına güvenebilmelidir, aksi takdirde sözleşme şartları ne kadar dikkatli şekilde formüle edilmiş olursa olsun pratikte sorunlarla karşılaşılabilir⁸⁷.

Escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısına devredilirse; escrow konusu escrow aracısının iflas masasında yer alabilir ve hacze konu olabilir. Taraflar escrow aracısını seçerken bu hususu dikkate almalıdır ve güvenilir bir escrow aracısı belirlenmelidir⁸⁸. Escrow konusunu kaybetme olasılığı dikkate alınmalıdır.

Belirli istisnalar durumunda escrow konusunun iflas masasında yer almayacağı ifade edilebilir. Mülkiyetin devri bozucu şarta bağlandıysa, bu durum ortaya çıkarsa bir ayırma hakkı mevcut olabilir (TMK 683/ZGB Art. 641.2)⁸⁹. İcra İflas Kanunu m. 188'e göre, "sırf bedelini tahsil etmek için yahut tayin edilen ilerideki bir tediye karşılık olarak" devredilmiş olan hâmiline veya emre senetler söz konusu olması durumunda devredenlerin geri isteyebileceği

⁸⁴ Bkz. Sirmen (n 50) 50.

⁸⁵ Bkz. aşağıda Başlık II-B-2.

⁸⁶ Aaremäc/Kivar/Pettai (n 30) 14.

⁸⁷ Usta (n 1) 96.

⁸⁸ Eisenhut (n 6) 20.

⁸⁹ Eisenhut (n 6) 207.

düzenlenmiştir. Bu düzenleme istisnai bir karaktere sahiptir. Güvene dayalı inançlı işlem yoluyla mülkiyetin devrinde, her zaman inanan tarafından iflas masasından ayrılabilceği yönünde genel bir kural bulunduğu sonucuna varılamaz. İcra ve İflas hukukunda bu konuya yönelik tartışmalar şüphesiz çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Mülkiyetin escrow aracısına devredildiği escrow ilişkilerinde, escrow aracısı escrow konusunun mülkiyetini teminat amacıyla, yani kendi menfaati için değil, temel sözleşmenin taraflarının menfaati için elinde bulundurduğundan, escrow aracısı vekâlet sözleşmesindeki ilişkisindeki vekile benzer bir konuma sahip olarak kabul edilebilir⁹⁰. Buna göre, sözleşme hukukunda olduğu gibi aynı menfaatler ve değerlendirme durumu mevcuttur ve bu yasal hükmün gerekliliklerinin somut olayda karşılanması koşuluyla, vekilin iflasına ilişkin hükümler (TBK m. 509/OR Art. 401) escrow ilişkilerine benzer şekilde uygulanması uygun görünmektedir⁹¹. Vekilin iflası durumunda vekâlet veren, vekilin kendi adına vekâlet veren hesabına edindiği taşınırın iflas masasından ayrılarak iadesini talep edebilmelidir. Belirtilen durum escrow ilişkilerinde de niteliğine uygun düştüğü takdirde uygulanabilir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin bu hükmün yalnızca vekâlet sözleşmeleri söz konusu olduğunda uygulanabilir olduğu yönünde içtihadı söz konusudur⁹².

İflas durumunda escrow konusu escrow aracısının iflas masasından ayrılırsa, iflas idaresi temel ilişkinin taraflarına danışmalı ve özellikle escrow konusunun temel ilişkinin taraflardan birine mi yoksa yeni bir escrow aracısına mı teslim edileceği konusunda, açık ve tutarlı talimatlara uygun hareket etmelidir. Temel ilişkinin taraflarının çelişkili talimatları söz konusu olursa, escrow konusu TBK m. 107'deki düzenlemeye uygun olarak escrow konusu tevdi edilebilir⁹³. Tevdi yerini hâkim belirler.

Escrow aracısına yöneltilen hapis hakkı ve haciz durumlarında da yukarıda açıklanan hususlar geçerli olmalıdır.

5. Escrow Konusunun İadesi

Geri verme yükümlülüğü escrow aracısının en önemli borçlarından⁹⁴. Anglo-Sakson

⁹⁰ Ayırma hakkı konusunda Bkz. Ergun Özsunay, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968) 206 vd.; Furkan Özdemir, *İnanç Konusunun Üçüncü Kişilerden Elde Edildiği İnançlı İşlemler* (Onikilevha Yayınevi 2019) 193 vd.

⁹¹ Bu konudaki yaklaşımlar için bkz. Özdemir (n 90) 199-200.

⁹² Bkz. BGH 117 II 431.

⁹³ Eisenhut (n 6) 210.

⁹⁴ Usta (n 1) 121; Keskin (n 3) 104; Aral/Ayrancı (n 9) 555.

hukuk sisteminde escrow sözleşmelerinde escrow konusunun mülkiyetinin devri teslim veya tesellüme bağlanmamıştır. Hâkim görüşe göre; escrow konusunun mülkiyeti escrow sözleşmesinde belirlenen tüm koşulların yerine getirilmesiyle kendiliğinden (*eo ipso*) borçludan alacaklıya devredilmiş olur⁹⁵. Bunun aksine Kıta Avrupası hukuk sisteminde escrow ilişkilerinde teslim koşulları yerine getirilince escrow konusunun zilyetlik ve mülkiyetinin kendiliğinden devredilmesi genellikle söz konusu değildir. Escrow aracısı koşul gerçekleşince escrow konusunun zilyetliğini ve mülkiyetini yetkili tarafa devretmelidir. Bunun için zilyetliğin devri yöntemlerini kullanabilir⁹⁶. Doğrudan zilyetlik devredilebileceği gibi escrow konusu üzerinde fiili hâkimiyet sağlayacak araçların teslimi ile devir sağlanabilir (TMK m. 977)⁹⁷.

Zilyetliğin devriyle birlikte mülkiyetin devredilip devredilmeyeceği temel ilişkinin yapısına bağlı olarak belirlenir. Mülkiyetin devri için geçerli bir sebebin (*causa*) bulunması gereklidir; bu durum tıpkı teslimde olduğu gibi, mülkiyetin devri konusunda da taraf iradelerinin belirleyici olduğu anlamına gelmektedir⁹⁸. Nama veya emre yazılı senetlerde zilyetliğin devrine ek olarak yazılı devir beyanı veya ciro gerektiği unutulmamalıdır.

Kural olarak, tarafların Anglo-Sakson hukuk sistemindeki yasal duruma uygun olarak zilyetliğin ve varsa mülkiyetin otomatik olarak devrini teslimat koşullarının yerine getirilmesine bağlamaları mümkündür. Örneğin; sözleşmede belirlenen teslim koşulları yerine getirildiğinde yetkili tarafın dolaylı zilyet haline geleceği tedbirini içeren bir hüküm sözleşmede kararlaştırılabilir (TBK m. 766). Teslim koşulları gerçekleşmesine rağmen escrow aracısı escrow konusunu iade etmiyorsa; bu durumda haksız zilyet olarak değerlendirilmelidir⁹⁹.

Taraflar daha sonra escrow aracısına verilen yukarıda belirtilen zilyetlik havalesi talimatını, mülkiyetin hak sahibi tarafa geçici olarak devredilmesiyle birleştirebilir.

B. Escrow Konusunun Mülkiyeti Devredilmeden Akdedilen Sözleşmeler

1. Mülkiyet Devredilmeden Akdedilen Escrow Sözleşmelerinde Sınırlı Koruma

Escrow sözleşmelerinde escrow konusu muhafaza etmesi için teslim edildiğinde mutlaka

⁹⁵ Örnek için bkz. *Boatmen's Nat. Bank v. Dandy*; *Rushmore State Bank v. Kurylas, Inc.* 424 N.W.2d 649 (1988) (<https://casetext.com/case/boatmens-nat-bank-v-dandy> (Erişim Tarihi 11 Kasım 2024)).

⁹⁶ Zilyetliğin devri yöntemleri hakkında bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 69 vd.; Sirmen (n 50) 54 vd.

⁹⁷ Gül Okutan Nilsson, *Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık* (Onikilevha Yayınevi 2016) 84-85; Gerster (n 3) 72; Eisenhut (n 6) 31; Usta (n 1) 74.

⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 112 vd.

⁹⁹ Deviren (n 43) 111.

mülkiyetin devri gerekmemektedir¹⁰⁰. Aynı durum escrow konusunun misli eşya veya cins borcu niteliğinde olmasında da geçerlidir.

Escrow ilişkilerinde, escrow konusunun nitelikli zilyetliği her zaman escrow aracısına devredilir. Böylelikle mülkiyet devri olmaksızın escrow konusunu teslim edenin tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır. Escrow konusunun zilyetliği fiili olarak zilyetliğin devredilmesiyle veya diğer zilyetliğin devri yöntemleriyle escrow aracısına devredilmelidir. Zilyetlik anlaşması (*Constitutum possessorium*) veya uzun elden teslimde (*longa manu traditio*) nitelikli zilyetliğin devri söz konusu olmadığı için escrow sözleşmesinin niteliğine uygun düşmemektedir¹⁰¹.

Mülkiyetin devri söz konusu olmaksızın sadece nitelikli zilyetliğin escrow aracısına devredilmesine ilişkin anlaşma, taraflarca izlenen teminat amacının yerine getirilmesini tam olarak garanti etmeyebilir. Borçlar hukuku kapsamındaki tasarruf kısıtlamaları, escrow konusunun escrow aracısına teslim edilmesiyle güvence altına alınmamaktadır. Temel sözleşmenin tarafı yani escrow konusunun maliki, dolaysız zilyetliğe sahip olmaksızın, zilyetlik havalesi yoluyla (ZGB Art. 924) escrow konusunun zilyetliğini devredebilir¹⁰².

Escrow konusunun mülkiyetinin escrow aracısına devredilmediği durumlarda, temel sözleşmenin tarafının hakları kısıtlanmakla birlikte malik sıfatı korunur¹⁰³. Temel ilişkinin tarafının escrow sözleşmesinin akdedilmesiyle escrow konusu üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır. Eğer temel ilişkinin tarafı iflas ederse escrow konusu iflas masasında yer alır¹⁰⁴. Escrow aracısı iflas durumunda hacze karşı ne mülkiyet iddiasında bulunabilir ne de kişisel bir hak ileri sürebilir. Bu durumda escrow aracısı escrow konusunu teslim etmekle yükümlüdür (İİK m. 219/2-SchKG Art. 232). Belirtilen teslimatın söz konusu escrow ilişkisinin amacını ortadan kaldıracığı söylenebilir. Bütünlüğü sağlamak adına, alacaklının rehlin paraya çevrilmesi hakkı bulunan escrow ilişkilerinde dahi teminat altına alınan nesnenin (escrow konusunun) iflas masasına eklenebileceği, ancak haciz hakkının saklı kaldığı ifade edilebilir¹⁰⁵.

Borçlunun iflasında olduğu gibi haciz ve hapis hakkı için de aynı durum geçerlidir: Borçlu, teminat altına alınan nesnenin (escrow konusunun) mülkiyetini elinde tutuyorsa, bu,

¹⁰⁰ Usta (n 1) 75.

¹⁰¹ Eisenhut (n 6) 200; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 56.

¹⁰² Eisenhut (n 6) 203; Ekici (n 1) 221; Deviren (n 43) 115; Antalya (n 58) 275; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 62.

¹⁰³ Eisenhut (n 6) 203.

¹⁰⁴ Eisenhut (n 6) 203.

¹⁰⁵ Gerster (n 3) 106; Eisenhut (n 6) 203.

icraya esas teşkil etmeye devam eder¹⁰⁶.

Doktrinde kimi yazarlar, escrow sözleşmesinde temel sözleşmenin tarafının escrow konusunun mülkiyetinden mahrum bırakılması gerektiği, aksi takdirde borçlunun nesneyi istihkak davasıyla (TMK 683/ZGB Art. 641 Abs. 2) uyarınca istediği zaman (herhangi bir gerekçe göstermeksizin) escrow aracısından talep edebileceği görüşündedir¹⁰⁷. Bu görüş kabul edilecek olursa, tüm escrow sözleşmeleri, temel sözleşmenin tarafı escrow konusunun mülkiyet hakkına sahip olmaya devam ettiği için (istisnai olarak, escrow konusu cins borcu niteliğinde bir taşınır olmadığı sürece) teminat amacını yerine getirmek konusunda tamamen başarısız olur¹⁰⁸. Bunun yerine, bugün genellikle escrow sözleşmeleri olarak akdedilen teminat işlemleri, her zaman escrow konusunun mülkiyetinin devrini sağlamalı, yani teminat yoluyla mülkiyetin üç taraflı devri şeklinde yapılandırılmalıdır¹⁰⁹.

Escrow konusunun temel sözleşmenin tarafının mülkiyetinde kaldığı escrow sözleşmelerinde, temel sözleşmenin tarafının escrow konusunun iadesini istihkak davası (TMK m. 992/ZGB Art. 641) yoluyla, istediği zaman escrow aracısından talep edip edemeyeceği veya veya elatmanın önlenmesi yoluyla escrow konusunun korunup korunamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Özellikle malik olan temel sözleşme tarafının zilyet olan escrow aracısına karşı ancak ve ancak zilyedin mülkiyet iddiasında bulunması, yani haksız zilyet olması halinde bir hak talebinde bulunabileceği tartışmasız olduğundan, bu görüş kesin olarak reddedilmelidir¹¹⁰. Yasa koyucunun kanundaki düzenlemede “*haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı*” ifadesinden bu sonuca varılabilir¹¹¹. Zilyetlik, aynı haklardan veya borçlar hukuku kapsamındaki şahsi haklardan doğabilir¹¹². Mülkiyetin devredilmediği escrow ilişkilerinde escrow aracısına escrow konusu üzerinde aynı bir hak tanınmasa bile, kira sözleşmesi, genel saklama sözleşmeleri örneklerinde olduğu gibi malikin rızasıyla kiralananın zilyetliğinin

¹⁰⁶ Eisenhut (n 6) 200. ABD’de escrow konusu escrow aracısında muhafaza edilirken, escrow konusunun hukuki olarak temel sözleşmenin tarafları arasında “askıda” olduğu ve temel sözleşmede belirlenen koşulun gerçekleşmesiyle geçmişe etkili bir şekilde sonuç doğuracaktır. Belirtilen görüş kabul edilirse, escrow konusunun escrow aracısına tesliminden itibaren hacze konu olamayacağı belirtilmektedir (Ekici (n 1) 61; Eisenhut (n 6) 195-197).

¹⁰⁷ Bkz. Josef Gellis, *Softwarelizenz: Die Stellung des Lizenznehmers bei Veräußerung des Schutzrechts durch den Lizenzgeber oder bei dessen Konkurs* (Schulthess 2005) 448; Blickenstrofer (n 7) 235.

¹⁰⁸ Blickenstrofer (n 7) 235.

¹⁰⁹ Eisenhut (n 6) 203.

¹¹⁰ Eisenhut (n 6) 204; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 326.

¹¹¹ Bkz. TBK m. 683/II ve ZGB Art. 641.2.

¹¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 60.

devrinde borçlar hukuku uyarınca (nitelikli) zilyetlik devredilir¹¹³. Bu durum, malik olan temel ilişkinin tarafının (en azından) escrow ilişkisinin devamı süresince mülkiyet iddiasını ileri süremeyeceği anlamına gelir. Belirtilen durumda malik, escrow aracısına karşı sözleşmede yer alan yükümlülüklerle aykırılıktan doğan davaları açabileceği gibi escrow konusunun zarara uğraması durumunda haksız fiil hükümleri kapsamında tazminat davası ve escrow aracısının fiilleri suç teşkil etmesi durumunda escrow aracısına karşı ceza davası açabilir¹¹⁴. Escrow konusu üzerinde malikin rızasıyla zilyetliğe sahip olan escrow aracısına karşı elatmanın önlenmesi davası açılmaz¹¹⁵.

2. Escrow Aracısının Zilyetlik Durumu

a. Escrow Aracısının Dolaysız-Fer'i Zilyet Olması

TMK m. 974 hükmünde; “*Zilyet, bir sınırlı aynî hak veya bir kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim ederse, bunların ikisi de zilyet olur. Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan aslî zilyet, diğeri fer'i zilyettir.*”, taşınırlarda zilyetlik hususu düzenlenmiştir. Ayrıca TMK m. 975'e göre; “*Bir şeyde fiilî hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir*”, şeklinde dolaylı ve dolaysız zilyetlik ayrımı yapılmıştır¹¹⁶.

Escrow sözleşmesi taraflarınca veya taraflardan birisince escrow konusunun fiziki olarak escrow aracısına teslim edilmesi durumunda; escrow aracısı genel saklama sözleşmesindeki saklayanın zilyetliğinde olduğu gibi escrow konusu üzerinde fiili hâkimiyet sahibi olur¹¹⁷. Bundan dolayı escrow aracısı, TMK m. 975'e göre (ZGB Art. 919.1) anlamında dolaysız (doğrudan) (*unmittelbarer Besitzer*) zilyettir¹¹⁸. Escrow aracısı, escrow konusunu temel ilişkinin bir tarafından teslim almaktadır ve TBK m. 974 (ZGB 920) anlamında fer'i zilyettir (*unselbstständiger Besitzer*)¹¹⁹. Teslim eden temel ilişkinin tarafının ise dolaylı-asli zilyet olduğu söylenebilir¹²⁰. Temel sözleşmedeki koşul gerçekleşinceye kadar bu zilyetlik devam

¹¹³ Zilyetliğin haklı olduğunun iddia edilmesi istihkak davasında davalı konumunda olan escrow aracısı açısından bir itiraz teşkil eder (Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 317).

¹¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 317.

¹¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 326.

¹¹⁶ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 319 vd.; Sirmen (n 50) 48 vd.

¹¹⁷ Sirmen (n 50) 40.

¹¹⁸ Sirmen (n 50) 48-65; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 59; Antalya (n 58) 217 vd.; Gerster (n 3) 72; Eisenhut (n 6) 200; Ekici (n 1) 46; Usta (n 1) 75; Keskin (n 3) 104.

¹¹⁹ Eisenhut (n 6) 200; Ekici (n 1) 46.

¹²⁰ Gerster (n 3) 72; Ekici (n 1) 220.

eder; koşulun gerçekleşmesi durumunda aslî zilyetliği kaybeder¹²¹.

Belirtildiği şekilde dolaysız fer'i zilyet olan escrow aracısı emin sıfatıyla zilyet sayılacağından escrow aracısından, escrow konusu üzerinde iyiniyetle aynı hak edinenin bu hakkı TMK m. 988 uyarınca korunur¹²².

b. Escrow Aracısının Zilyet Yardımcısı Niteliğinde Olmaması

Zilyet yardımcılığında eşya üzerindeki fiili iktidar başkası için kullanılır ve bir tabiiyet söz konusudur¹²³. Zilyet yardımcısının (*Hizmet zilyetliği-Besitzdienerschaft*) şey üzerinde aynı bir hakkı bulunmadığı gibi şahsi bir hakkı da bulunmamaktadır¹²⁴.

Escrow aracısının temel ilişkinin taraflarıyla bir bağımlılık ve emir talimat ilişkisi bulunmamaktadır¹²⁵. Bağımsızlık unsuru escrow aracısının zilyet yardımcısı olarak nitelendirilmesine engel olmaktadır¹²⁶.

Temel ilişkinin tarafları, yükümlülüklerinin yerine getirilmesi konusunda güvence oluşturulması amacıyla; escrow sözleşmesindeki hükümlere bağlı olan ve gerektiğinde sözleşmedeki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için savunma araçlarına sahip olan özerk-bağımsız bir escrow aracısının bulunmasını isterler¹²⁷. Escrow aracısı, escrow ilişkisine dayalı olarak escrow konusu üzerinde fiili hâkimiyete sahiptir. Zilyet yardımcısı olarak escrow konusunun escrow aracısına teslimi teminat amacının yerine getirilmesi açısından elverişli nitelikte olmadığından, escrow aracısının zilyet yardımcısı olmasının kararlaştırılması sözleşmenin niteliğine uygun düşmemektedir¹²⁸.

¹²¹ Ekici (n 1) 220.

¹²² Ekici (n 1) 46.

¹²³ Sirmen (n 50) 51 vd. Zilyet yardımcısının zilyet olmadığına ilişkin bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 123.

¹²⁴ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, Eşya Hukuku Cilt-I (5. Bası, Filiz Kitabevi 1989) 64. “Başkası için zilyet” ile “zilyet yardımcılığı” kavramları hakkındaki tartışmalar konusunda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 62 vd.; Antalya (n 58) 206.

¹²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 62.

¹²⁶ Gerster (n 3) 85; Kırca (n 1) 55.

¹²⁷ Gerster (n 3) 72; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop (n 120), 62-63. Zilyet yardımcılığında fiili hâkimiyetin ne şekilde kullanılacağı konusunda karar verme yetkisi zilyede aittir. Malı kullanma biçiminin zilyet olan tarafın talimatına göre belirlenir. Zilyet, zilyet yardımcısına her zaman malı kullanma biçimi konusunda talimat verme yetkisine sahiptir. Belirtilen niteliklerin escrow sözleşmesinin teminat amacına uygun olmadığı açıktır (Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 63; Antalya (n 58) 206 vd).

¹²⁸ Eisenhut (n 6) 201.

c. Zilyet Olarak Escrow Aracısının Yükümlülükleri

Genel saklama sözleşmesinde olduğu gibi escrow aracısı escrow konusunun zilyetliğine müdahale durumunda aktif bir biçimde TMK 981-983'te (*ZGB Art. 931-933*) düzenlenen zilyetliğin korunması yöntemlerine) başvurmakla yükümlüdür¹²⁹.

Escrow aracısına karşı istihkak davası açılmadığı veya escrow konusuna el konulmadığı sürece, escrow konusu üzerinde escrow aracısının zilyetliği devam eder¹³⁰. Escrow aracısının TMK m. 988 uyarınca emin sıfatıyla zilyet olması nedeniyle, escrow aracısından mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanılmış olunması veya kazandırıcı zamanaşımını ile mülkiyet ya da başka bir ayni hak kazanılmış olunması halinde, istihkak davası reddedilmelidir¹³¹.

d. Escrow Konusunun Escrow Sözleşmesi Dışında Üçüncü Bir Kişi Tarafından Muhafaza Edilmesi

Uygulamada kimi escrow sözleşmelerinde, escrow aracısı bankadan bir kasa kiralayarak escrow konusunu bu kasa içerisinde muhafaza eder. Bu durumda kasanın sahibinin escrow konusu üzerinde zilyetliği söz konusu olmamaktadır. Taraflar arasındaki zilyetlik ilişkisi belirtilen durumdan etkilenmemektedir¹³².

3. Escrow Konusunun Sözleşme Dışında Bir Tarafça Muhafaza Edilmesi

Temel sözleşmenin taraflarının, escrow aracısına escrow konusunun muhafaza edilmesi ile bağlantılı olarak bunu aralarındaki ilişki dışında dördüncü bir tarafa tevdi etmesi konusunda talimat vermesi mümkündür¹³³. Örneğin; escrow konusu olarak kıymetli evrak kararlaştırıldığında bunun tasarruf yetkisine sahip tek yetkili olarak escrow aracısı adına bankada muhafaza edilerek, yalnızca escrow aracısının bankaya karşı teslim talebinde bulunabilmesi hakkına sahip olduğu sözleşmeler kararlaştırılmaktadır¹³⁴. Bu durumda, escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısı yerine sözleşme dışındaki üçüncü bir tarafa devredilmektedir. Escrow aracısı belirtilen tarafa karşı borçlar hukuku kapsamında bir alacak hakkına sahip olur. Uygulamada escrow aracısı escrow konusunu bir bankaya göndermekte veya temel ilişkinin taraflarından banka hesabına gönderilmesini istemektedir. Escrow

¹²⁹ Gerster (n 3) 72.

¹³⁰ Ekici (n 1) 169.

¹³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 318.

¹³² Gerster (n 3) 73; Sirmen (n 50) 51.

¹³³ Eisenhut (n 6) 200. Bankada kasada paranın saklanması durumunda bankanın zilyetliğinin niteliği ve zilyetliğe ilişkin hükümlerin uygulanmasına ilişkin tartışmalar hakkında bkz. Antalya (n 58) 212-213.

¹³⁴ Eisenhut (n 6) 200; Usta (n 1) 67.

aracısının escrow konusunu muhafaza edilmesi için harici bir saklayıcıya devredip devredemeyeceği ve bu durumda tarafların zilyetliklerinin değişip değişmeyeceği somut olay özelinde değerlendirilmelidir.

Temel ilişkinin tarafları ile banka veya sözleşme dışındaki taraf arasında doğrudan bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin tarafları doğrudan bankaya veya sözleşme dışındaki tarafa karşı talepte bulunamaz¹³⁵. Taleplerini escrow aracısına karşı ileri sürebilir.

Söz konusu durumda, alt kira sözleşmesi ve intifa hakkı verilmesine ilişkin sözleşme örneğine benzer şekilde escrow ilişkisi dışındaki escrow konusunu muhafaza eden taraf, escrow konusu üzerinde dolaysız fer'i zilyetliğe sahipken; escrow aracısı dolaylı zilyet konumundadır¹³⁶.

Escrow aracısı hangi tarafa, neyin ve ne zaman teslim edileceği konusunda yetkilendirilmelidir.

C. Escrow Konusunun İadesinden Sonra Zilyetlik ve Mülkiyet Durumu

Escrow sözleşmesinde belirlenen koşul gerçekleştiğinde, escrow aracısı escrow sözleşmesinde belirlenen tarafa (genellikle temel ilişkinin bir tarafına) escrow konusunu devretmelidir. Böylelikle escrow aracısı escrow konusu üzerindeki zilyetlik ve mülkiyeti kaybeder.

Uygulamada akdedilen bilgisayar programlarına ilişkin escrow sözleşmesinde bu konuda bir istisna belirlendiği görülmektedir. Bilgisayar programında bir sorunla karşılaşılması durumunda sorun çözülene kadar kaynak kod temel sözleşmenin taraflarından birine verilmektedir. Kaynak kod kullanılarak sorunun çözülmesinden sonra temel sözleşmenin tarafı kaynak kodu escrow aracısına iade etmekle yükümlü kılmaktadır¹³⁷. Escrow aracısına muhafaza etmesi için verilecek olan eşyalar, sadece kaynak koddan ibaret değildir. Depolanan şeyler; kullanım kılavuzu, programın fonksiyonları ile ilgili açıklamalar, kaynak kodun depolandığı araçlar (cd, dvd gibi), kaynak koda erişim için gerekli olan parola ve şifreler, şemalar, kaynak kodun derlenmesi ile nesne kodu oluşumunu sağlayacak olan derleyici (compile) programları, derleyici programının nasıl kullanılacağını açıklayan belgeler vb. olmak

¹³⁵ Eisenhut (n 6) 206; Usta (n 1) 74.

¹³⁶ Eisenhut (n 6) 200; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 318.

¹³⁷ Bkz. Kamil Mehdiyev, 'Kaynak Kod Escrow Sözleşmesi' iç Bilgehan Çetiner ve Abdullah Furkan Korkmaz (edr) *Teminat Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023) 1365-1391; Usta (n 1) 88.

üzere; programın desteklenmesi, değiştirilmesini ve sürdürülebilmesini sağlamak üzere sayılanlar çoğaltılabilir¹³⁸. Belirtildiği şekilde usb, cd, dvd gibi cisimlendirilerek devredilen nesneler zilyetlik ve mülkiyete konu olabilirken; program içeriği fikri mülkiyet konusudur¹³⁹.

Escrow konusunun mülkiyetinin hangi tarafa geçeceği temel işlemdeki şartın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre belirlenir. Şart gerçekleşmesine ve zilyetliğin temel sözleşme taraflarından birine devri mecburiyeti doğmasına rağmen escrow aracısı tarafından geri verilmiyorsa; istihkak davası açılabilir bile escrow sözleşmesinde düzenlenen hükümler uygulanmalı veya sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda benzer sözleşmelerdeki hükümler (genel saklama sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi gibi) uygulanmalıdır¹⁴⁰.

Escrow sözleşmesi sona erince escrow aracısının, escrow konusunu geri verme borcu bulunmaktadır. Bu durumda malik olan temel sözleşme tarafının zilyet olan escrow aracısına karşı istihkak talebi ile aralarındaki escrow sözleşmesinden doğan geri verme talebi yarışır. Belirtilen talepler bağımsız olarak doğarak varlıklarını sürdürmektedir¹⁴¹.

SONUÇ

İsimsiz sözleşme niteliğinde olan escrow sözleşmesi, taraflar arasında daha önceden yapılmış olan bir temel sözleşmedeki borçların ifasını teminat altına almak amacıyla, ifaya konu olan eşya veya malvarlığı değerlerinin, sözleşmeye taraf olmayan, tarafsız ve güvenilir üçüncü bir kişiye (escrow aracısına) devredilerek, üçüncü kişinin sözleşmede belirlenen şartın veya belli durumun gerçekleşmesine kadar ifa konusu şeyi (escrow konusunu) muhafaza etmesini, böylelikle tarafların bunlar üzerinde tasarrufta bulunmalarını engellenerek ifaya ilişkin teminat oluşturmalarının amaçlanıldığı sözleşme, olarak tanımlanabilir. Escrow sözleşmesinin temel amacı, temel sözleşme adı verilen sözleşmenin tarafları arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan borçların ifasının teminat altına alınmasıdır. Uygulamada temel sözleşmenin türüne göre; kaynak koda escrow sözleşmesi, online escrow sözleşmesi, bitcoin escrow sözleşmesi, satış sözleşmesi hususunda düzenlenen escrow sözleşmesi ve escrow hesabı gibi escrow sözleşmesi çeşitlerine rastlanılmaktadır.

¹³⁸ Usta (n 1) 89-90.

¹³⁹ Eisenhut (n 6) 5; Usta (n 1) 90; Gerster (n 3) 59 vd.

¹⁴⁰ Zilyedin, eşya üzerinde hâkimiyet kurmasını sağlayan bir hukuki ilişki içinde yani önceki zilyedin iradesi ile zilyetliği kazanan bir kimse ise ve kazanmaya yol açan hukuki sebebin sona ermesi sebebiyle zilyetliği geri verme mecburiyetinde kalırsa TMK m. 993-995 hükümlerinin uygulanmayacağı konusunda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 130.

¹⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 320.

Çalışmamızın esas konusunu escrow sözleşmesinin eşya hukuku açısından incelenmesidir. Escrow sözleşmesine escrow aracısına teslim edilmesi kararlaştırılan escrow konusunun, kural olarak bir taşınır eşya niteliğini taşıması gerektiği belirtilmekteyse de günümüzde bulut teknolojisi kullanılarak taşınır niteliği bulunmayan nesnelerin de escrow sözleşmesine konu olması mümkündür. Taşınmazlar ise istisnai hallerde (örneğin; mortgage sistemi gibi) escrow sözleşmesine konu olabilir.

Escrow sözleşmesinde, escrow aracısının escrow konusu üzerinde tasarrufta bulunma ve kontrol hakkı bulunmaktadır. Bu husus ya mülkiyetin devredilmesiyle ya da nitelikli zilyetliğin devri ile sağlanabilir. Escrow konusunun nitelikli zilyetliğinin yanı sıra mülkiyetinin escrow aracısına devredilip devredilmediği tarafların gerçek ve ortak iradelerine göre belirlenmelidir. Escrow sözleşmesinde kural olarak escrow konusunun mülkiyeti, escrow konusunu devreden tarafta kalmakta; mülkiyet durumunda değişiklik olmamaktadır. Sözleşmesinde mülkiyetin devrine ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa; escrow konusunun mülkiyetinin escrow aracısına devredilmediği ve mülkiyet üzerinde bir değişiklik bulunmadığı kabul edilmelidir.

Escrow konusunun, escrow aracısına teslim edildiğinde mülkiyetinin escrow aracısına geçeceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde taraflar arasında inançlı işlem söz konusu olur. Bu sözleşmelerde, escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısına devredilirse; escrow konusu escrow aracısının iflas masasında yer alabilir ve hacze konu olabilir. Taraflar escrow aracısını seçerken bu hususu dikkate almalıdır ve güvenilir bir escrow aracısı belirlenmelidir. Mülkiyetin escrow aracısına devredildiği escrow ilişkilerinde, escrow aracısı escrow konusunun mülkiyetini teminat amacıyla, yani kendi menfaati için değil, temel sözleşmenin taraflarının menfaati için elinde bulundurduğundan, escrow aracısı vekâlet sözleşmesindeki ilişkisindeki vekile benzer bir konuma sahip olduğundan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler bu sözleşmelere kıyasen uygulanabilir. Escrow konusunun mülkiyeti escrow sözleşmesinde belirlenen tüm koşulların yerine getirilmesiyle kendiliğinden (eo ipso) borçludan alacaklıya devredilip devredilemeyeceği tartışmalıdır. Uygulamada bu tür escrow sözleşmelerine rastlanırsa da bu sözleşmeler çok fazla tercih görmemektedir.

Escrow ilişkilerinde, escrow konusunun nitelikli zilyetliği her zaman escrow aracısına devredilir. Böylelikle mülkiyet devri olmaksızın escrow konusunu teslim edenin tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır; temel ilişkinin tarafının malik sıfatı korunur. Borçlu, teminat altına alınan nesnenin (escrow konusunun) mülkiyetini elinde tutuyorsa, bu, icraya esas teşkil etmeye devam eder. Malik olan temel ilişkinin tarafının escrow ilişkisinin devamı süresince mülkiyet iddiasını

ileri süremeyecektir. Belirtilen durumda malik, escrow aracısına karşı sözleşmede yer alan yükümlülüklerle aykırılıktan doğan davaları açabileceği gibi escrow konusunun zarara uğraması durumunda haksız fiil hükümleri kapsamında tazminat davası ve escrow aracısının fiillerinin suç teşkil etmesi durumunda escrow aracısına karşı ceza davası açabilir. Bu durumda, escrow aracısı dolaysız fer'i zilyettir. Escrow aracısı escrow konusunun zilyetliğine müdahale durumuna karşı zilyetliğin korunması yöntemlerine başvurmakla yükümlüdür. Escrow aracısının zilyet yardımcısı olmasının kararlaştırılması sözleşmenin niteliğine uygun düşmemektedir. Temel sözleşmenin taraflarının, escrow aracısına escrow konusunun muhafaza edilmesi ile bağlantılı olarak bunu aralarındaki ilişki dışında dördüncü bir tarafa (örneğin; banka) tevdi etmesi konusunda talimat vermesi mümkündür. Bu durumda zilyetlik durumlarının değişip değişmediği somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir.

Escrow konusunun mülkiyetinin hangi tarafa geçeceği temel işlemdeki şartın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre belirlenir. Şart gerçekleşmesine ve zilyetliğin temel sözleşme taraflarından birine devri mecburiyeti doğmasına rağmen escrow aracısı tarafından geri verilmiyorsa; istihkak davası açılrsa bile escrow sözleşmesinde düzenlenen hükümler uygulanmalı veya sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda benzer sözleşmelerdeki hükümler uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Aaremäe H, Kivar A and Pettai S, *Legal Status and Liability of The Software Escrow Agent* (IT Lab Task: an innovative study 2018).

Altaş H ve Kurt LM, 'İnançlı İşlemler' (2011) 2 (2) İnÜHFD 21-29.

Antalya G, Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku (Cilt: IV/1) (4. Baskı, Seçkin 2021).

Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (17. Baskı Yetkin Yayınevi 2024)

Bal N, 'İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi' (2013) 17(1-2) GÜHFD 315-351.

Black HC, *Black's Law Dictionary* (10th Edition, Thomson Reuters 2014).

Blickenstrofer K, 'Der Sourcecode-Escrow'in Felix Thomann and Georg Rauber (eds) *Softwareschutz* (Stämpfli 1998).

Dalcı Özdoğan N, 'Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti', (2017) 8(1) 33-55

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-55

Denson W, 'The Source Code Escrow: A Worthwhile or Worthless Investment' (2002) 1(1), Rutger Bankruptcy Law Journal 1-16.

Eisenhunt S, *Escrow-Verhältnisse* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2009).

Ekici Ş, *Escrow Sözleşmesi* (Adalet Yayınevi 2019).

Erdoğan HB, 'Escrow Sözleşmeleri' (2022) 17(186) Terazi Hukuk Dergisi 36-52.

Freeman E, 'Source Code Escrow' (2004) 13 (1) Information Systems Security 8-12.

Gellis J, *Softwarelizenz: Die Stellung des Lizenznehmers bei Veräußerung des Schutzrechts durch den Lizenzgeber oder bei dessen Konkurs* (Schulthess 2005).

Gerster S, *Das Escrow Agreement als Obligationenrechtlicher Vertrag* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1991).

Jacobsen KL, 'California Escrow Agents: A Duty to Disclose Known Fraud?' (1986) 17(1) Pacific Law Journal 309-326.

Keskin AD, 'Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi' (2012) 0(10) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 95-128.

Kırca İ, 'Escrow Sözleşmesi' 1997 19(1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 45-62.

Kuschke P, 'Depositum and Escrow: Their Current Application in Computer Source Code in South African Law' (2003) 36(1) De Jure 278-289.

Kuster M, 'Das Escrow Agreement im Bankgeschäft am Beispiel des Verkaufs nicht kotierter Aktien' (1996) SZW 68-75.

Mehdiyev K, 'Kaynak Kod Escrow Sözleşmesi' iç Bilgehan Çetiner ve Abdullah Furkan Korkmaz (edr) *Teminat Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023) 1365-1391.

Neumann G and Neumann J, *The Escrow E-Book* (Security Advice from Experts for Decision Makers 2018).

Nilsson GO, *Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık* (Onikilevha Yayınevi 2016).

Nomer Ertan F, 'İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Ünvanı Gibi

Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar', *Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt-I* (Beta Basım Yayın 2001) 395-418.

Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Bası Filiz Kitabevi 2021).

Özdemir F, *İnanç Konusunun Üçüncü Kişilerden Elde Edildiği İnançlı İşlemler* (Onikilevha Yayınevi 2019).

Özdemir SO, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması' (1995-1996) 55(1-2) İÜHFM 263-296.

Özsunay E, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968).

Seliçi Ö, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976).

Schluep W, *Innomatvertraege* (Separatdruck aus "Schweizerisches Privatrecht" 1979).

Usta S, *Escrow Sözleşmesi* (Yetkin Yayınevi 2024).

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Eşya Hukuku Cilt-I* (5. Bası, Filiz Kitabevi 1989).

William IA, 'Escrow Agreements Elements of an Escrow', (1953) 8(1) University of Miami Law Review 75-84.

Yazar Beyanı	
Yazarların Katkıları	Bu çalışma tek yazarlıdır.
Mali Destek	Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı Beyanı	Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi	Yazar, makalenin tüm süreçlerinde TRÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyulduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde TRÜHFD'nin, yayın ve editör kurullarının hiçbir sorumluluğunun olmadığını beyan etmektedir.

Koruma Altındaki Doğal Alana Zarar Verme Suçu (Milli Parklar Kanunu m.21)

Crime of Damaging Protected Natural Areas (Article 21 of the National Parks Law)

İlhan POLAT*

Öz

Çalışmamızda, çevreye karşı suçlardan biri olan ve 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu'nun 21'inci maddesinde düzenlenen, "koruma altındaki doğal alanlara zarar verme suçu" olarak ifade edebileceğimiz, suç incelenmiştir. Milli Parklar Kanunu'nun 14'üncü maddesinde koruma altına alınan bir alan veya bu alana bu özelliğini veren (ekolojik ve tabii ekosistem gibi) unsurlar üzerinde doğrudan etkisi olan ve bu alanların bu özelliğini yitirmesine neden olabilecek çeşitli eylemler sayılmak suretiyle cezalandırılabilir tipik bir fiil olarak tespit edilmiştir. Kanun'un 21'inci maddesinde ise 14'üncü maddede sayılan yasak fiillerin işlenmesi yaptırım altına alınmıştır. Böylece kanun koyucu, milli ve milletlerarası düzeyde değerlere sahip milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma şeklindeki koruma altına alınan doğal alanların ve bu alanların niteliği için belirleyici olan unsurların tahrip edilmesini veya bunlara zarar verilmesini yaptırım altına alarak bu alanları korumayı amaçlamaktadır. Çalışmada incelemeye konu bu suç tipi, temel hatlarıyla, suç tipi inceleme sistematığına ve tekniğine uygun olarak değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda bahse konu suç; suçla korunan hukuki değer, suçun maddi unsurları, manevi unsuru, hukuka aykırılık unsuru ve suçun özel görünüş şekilleri başlıkları altında incelemeye tabi tutulmuş ve açıklamalar sırasında ilgili yerlerde mahkeme kararlarından örnekler verilerek konu aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Korunan doğal alan, Milli Park, Çevre, Zarar verme, Suçun unsurları

Abstract

In our study, the crime, which is one of the crimes against the environment and regulated in Article 21 of the National Parks Law No. 2873, which can be expressed as "the crime of damaging protected natural areas", is examined. Article 14 of the National Parks Law lists various acts that can have a direct impact on a protected area or the elements that give this area its unique features (such as ecological and natural ecosystems), leading to the loss of these characteristics, as a typical punishable act. Article 21 of the Law sanctions the commission of the prohibited acts listed in Article 14. Thus, the legislator aims to protect these areas by sanctioning the destruction or damage to the protected natural areas such as national parks, nature parks, nature monuments and

Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 16.12.2024 – **Makale Kabul Tarihi:** 20.03.2025.

Atıf: İlhan Polat 'Koruma Altındaki Doğal Alana Zarar Verme Suçu (Milli Parklar Kanunu m.21)' (2025) 3(2) TRÜHFD 241-259.

* Arş. Gör. Dr., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ilhanpolat@trabzon.edu.tr, ORCID: 0009-0007-1584-0714.

nature conservation areas, which have national and international values, and the elements that are decisive for the quality of these areas. In this study, this type of crime subject to examination has been tried to be evaluated in accordance with the systematics and technique of crime type examination. In this context, the crime in question has been examined under the headings of the legal value protected, the material elements of the crime, subjective elements of the crime, the element of illegality and the special forms of appearance of the crime, and during the explanations, the subject was tried to be clarified by giving examples from court decisions where relevant.

Keywords

Protected natural area, National Park, Environment, Damage, Elements of the offense

GİRİŞ

Türkiye’de koruma altına alınan doğal alanların himaye edilmesine yönelik kabul edilen ceza normları Milli Parklar Kanunu’nda¹ düzenlenmiştir. Kanunun “Koruma” başlıklı 14’üncü maddesinde “*Bu Kanun kapsamına giren yerlerde; a) Tabii ve çevre dengesi ve tabii ekosistem değeri bozulamaz, b) Yaban hayatı tahrip edilemez, c) Bu sahaların özelliklerinin kaybolmasına veya değiştirilmesine sebep olan veya olabilecek her türlü müdahaleler ile toprak, su ve hava kirlenmesi ve benzeri çevre sorunları yaratacak iş ve işlemler yapılamaz, d) Tabii dengeyi bozacak her türlü orman ürünleri üretimi, avlanma ve otlatma yapılamaz, e) Onaylanmış planlarda belirtilen yapı ve tesisler ve Genelkurmay Başkanlığınca ihtiyaç duyulacak savunma sistemi için gerekli tesisler dışında kamu yararı açısından vazgeçilmez ve kesin bir zorunluluk bulunmadıkça her ne suretle olursa olsun hiçbir yapı ve tesis kurulamaz ve işletilemez veya bu alanlarda var olan yerleşim sahaları dışında iskan yapılamaz.*” şeklinde yasak fiiller gösterilmiş ve Kanunun 21’inci maddesinde de “*Bu Kanunda yazılı yasaklamalara ve mecburiyetlere aykırı hareket edenler hakkında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*” şeklinde “koruma altına alınan doğal alana zarar verme” olarak ifade edebileceğimiz suç tipine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Böylece kanun koyucu, korunan doğal alan olarak kabul edilen çevresel bir arazi veya alanı oluşturan ve bu alanların niteliği için belirleyici olan unsurların tahrip edilmesini veya bunlara zarar verilmesini yaptırım altına almış bulunmaktadır.

Kanun kapsamında kabul edilen bu düzenlemeler genel olarak değerlendirildiğinde inceleme konumuzu oluşturan ceza normunun tasarlanmasında farklı bir tipleştirme ile karşı karşıya olduğumuzu ifade etmek gerekir. Nitekim çevreye karşı işlenen suçlar ile

¹ Milli Parklar Kanunu, Kanun Numarası: 2873, Kabul Tarihi: 9.8.1983, RG 11.8.1983 / 18132.

karşılaştırıldığında bu suçun, tehlike suçu olarak değil; büyük ölçüde bir zarar suçu olarak tasarlanmış olması oldukça dikkat çekicidir².

Çevre ceza hukukuna ait ceza normlarının en belirgin özelliklerinden biri, bu ceza normlarının zarar (netice) suçu olarak değil, daha çok tehlike suçu olarak tasarlanmış olmalarıdır. Gerçekten de çevrenin tanımlayıcı unsurlarının, yüksek derecede zarara uğrama potansiyeline yatkın olmaları, zarar oluşuktan sonra değil, zarar doğmadan cezai müdahaleyi gerekli kılmaktadır³. Bu bağlamda çevreye karşı suçların bir tehlike suçu olarak düzenlenmesi yoluyla fiili gerçekleştiren kişilerin daha ön bir alanda cezalandırılması hedeflenerek, çevrenin ceza hukuku aracılığıyla korunmasının güçlendirilmesi amaçlanmaktadır⁴. Ayrıca bu yolla ispat ve delil güçlüklerini aşabilmek amacıyla tehlike suçları oluşturularak bu suçlarla mücadeleyle dair kovuşturma olanakları da geliştirilmek istenilmektedir⁵.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 181’inci maddesinde “çevrenin kasten kirletilmesi”, 182’nci maddesinde “çevrenin taksirle kirletilmesi” suçları yaptırım altına alınmıştır. TCK m.181 ve 182 kapsamında cezai sorumluluk için maddede suç olarak tanımlanan fiillerin, çevreye zarar verecek boyutta olması yeterli olup ayrıca çevrenin eylemden doğrudan zarar görmüş olması aranmamaktadır. Bu itibarla bu suçlar birer tehlike suçu olarak tasarlanmış olup, bu anlamda yaptırım altına alınmış olan fiillerin çevreye ve bu kapsamda bitki örtüsü, hayvan ve insanlara yönelik tehlike meydana getirmiş olması cezai sorumluluk için yeterli görülmektedir.

Hâlbuki inceleme konumuz olan suç, tehlike suçu niteliğinde değildir. Kanunun 21’inci maddesinde yaptırım altına alınan suçta, doğal koruma alanı veya bu alanın içeriğini oluşturan

² Genel kabule göre, suçların tasnifinde, hareketin suçun konusu üzerindeki meydana getirdiği etkiye göre suçlar zarar ve tehlike suçu olarak ikili bir ayırım çerçevesinde ele alınmaktadır. Zarar suçlarında tipe uygun fiilin işlenmesi ile suçun konusu zarara uğratılmaktadır. Başka bir deyişle bu suçlarda tipikliğin gerçekleşmesi için haksızlık teşkil eden fiilin işlenmesi sonucunda suçun konusu üzerinde bir zarar meydana gelmelidir. Tehlike suçlarında ise suçun konusu üzerinde gerçek anlamda bir zararın ortaya çıkması aranmaz. Bu suçlarda esas olan zararın ortaya çıkma ihtimali veya zarar tehdidinin varlığıdır. Bu anlamda tehlike suçlarında tipikliğin gerçekleşmesi için işlenen fiille suçun kanuni tanımında gösterilen hareketin konusu bakımından bir tehlikeye sebebiyet verilmesi yeterlidir. Zarar-tehlike suçu ayrımı konusunda detaylı bilgi için bkz. Soner Demirtaş, *Tehlike Suçları* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 146-174; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (20. Bası, Seçkin Yayıncılık 2024) 223-226; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2024) 118-120.; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Adalet Yayınevi 2023) 405-408.

³ Gülsün Ayhan Aygörmöz, *Çevre Ceza Hukuku Cilt-I* (1. Baskı, On İki Lehma Yayıncılık 2021) 53-54.

⁴ Demirtaş (n 2) 64; Osman Gazi Ünal, *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 186.

⁵ Aygörmöz (n 3) 54; Ünal (n 4) 186.

unsurların tehlikeye atılması değil, özel koruma altındaki doğal alanlara zarar verilmesi ve bu anlamda bu alanlara yönelik somut ve belirli bir “zarar” yaptırım altına alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla Kanun’un 14’üncü maddesinde gösterilen yasaklanmış faaliyetler ayrı ayrı değerlendirildiğinde, (c) bendindeki yasaklanmış faaliyet hariç olmak üzere, söz konusu suçun bir zarar suçu niteliği taşıdığını belirtmek gerekir.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Düşüncemize göre inceleme konumuzu oluşturan suçla korunan hukuki değer ile çevreye karşı işlenen suçlarla korunan hukuki değerler birbiriyle ilişkili ve hatta birçok durumda birbiriyle bağlantılıdır. Çevreye Karşı Suçlar, 5237 sayılı TCK’nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının, ikinci bölümünde yer almaktadır. Öğretide çevreye karşı işlenen suçlarda korunan hukuki değer ne olduğu konusunda ileri sürülen görüşler oldukça kapsamlı olup her zaman birbiriyle örtüşmemektedir. Bu konuda ileri sürülen görüşler “ekosentrik” yaklaşım ve “antroposentrik” yaklaşım olmak iki grupta tasnif edilebilir⁶.

İlk yaklaşımda, çevrenin kendi içinde başlı başına korunan bir değer olduğu ifade edilmekte ve bu anlamda çevrenin unsurlarının ve ekolojik değerlerin tek başına korunması gereken hukuksal bir değer olarak kabul edilmektedir⁷.

İkinci yaklaşımda, bu konuda ileri sürülen görüşler genellikle kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının korunması düşüncesi etrafında toplanmakta ve bu anlamda çevre suçlarıyla, çevrenin korunmasından ziyade insanların zarar ve tehlikeye maruz bırakılmaktan korundukları ifade edilmektedir⁸. Bu yaklaşıma göre, yaşam hakkı, ancak insanın maddi ve manevi varlığını geliştirebileceği, hayatını sağlıklı bir şekilde sürdürebileceği koşullara sahip bir çevrede anlam ifade eder ve bu bakımdan çevreye yönelik her tehdit aynı zamanda yaşam hakkını da tehdit eder. Öğretide hakim olan ve insan-merkezci bir yaklaşımla kişinin gelişimi için sağlıklı bir çevreden yararlanma hakkının korunduğunu ifade eden bu görüşün⁹ Anayasal

⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Aygörmez (n 3) 23-28.; Mahmut Kaplan, *İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu* (Seçkin Yayınevi, 2018) 34-36; Levent Emre Özgüç, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Çevrenin Kasten Kirlenmesi Suçu* (On İki Levha Yayıncılık, 2020) 103-110.

⁷ Kaplan (n 6) 34; Aygörmez (n 3) 27-28; Özgüç (n 6) 107.

⁸ Kaplan (n 6) 34; Aygörmez (n 3) 27-28; Özgüç (n 6) 106.

⁹ Özgenç’e göre bu suç ile korunan hukuki değer, kişilerin sağlıklı, ekolojik dengesi bozulmamış bir çevrede yaşama hakkıdır. Bkz. Özgenç (n 2) 223; Mehmet Emin Artuk, ‘Çevrenin Kasten Kirlenmesi Suçu (TCK m. 181)’ 2014 1(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 40; Mustafa Özen, ‘Çevreye Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 181, 182)’ 2010 18(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14-15; Gökhan Taneri, *Ne Bis İn İdem ve Kanunilik İlkesi’ne Göre Çevreye Karşı Suçlar* (Seçkin Yayınevi, 2021)

dayanağı da bulunmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 56'ncı maddesinde herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu vurgulanmış ve çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek bir ödev olarak Devlete ve vatandaşa yüklenmiştir.

İfade edelim ki çevreye karşı suçlarla hangi hukuki değerin korunduğu konusunda ileri sürülen görüşlerin birbiriyle ilişkili ve hatta birçok durumda birbiriyle bağlantılı olduğuna şüphe yoktur. Bununla birlikte inceleme konumuzu oluşturan suç ile korunan hukuki değer, çevresel yönüyle daha çok çevreye yönelik olup bu anlamda koruma altına alınan alanların kendine özgü doğal sistemlerini veya özel biyolojik veya ekolojik unsurlarını korumaktır. Bu bağlamda söz konusu suç ile korunan hukuki değer genelde çevrenin korunması ve özelde de korunan her bir doğal alanın dayandığı belirli doğal kaynakları veya unsurlarını korumaktır. Anayasa'nın 63'üncü maddesinde Devletin, tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlayacağı ve bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alacağı öngörülmüştür. Ayrıca Milli Parklar Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1'inci maddesinde de yurdumuzdaki milli ve milletlerarası düzeyde değerlere sahip milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanlarının özellik ve karakterleri bozulmadan korunmasının amaçlandığı vurgulanmıştır.

II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Genel Olarak

İnceleme konumuzu oluşturan suçun maddi unsurları bakımından özellik arz eden iki husus bulunmaktadır. İlk olarak, koruma altına alınan alan olarak sınıflandırılan belirli bir doğal alana veya çevreye bu niteliğini veren bir unsur bulunmalı ve ikinci olarak Kanunun 14'üncü maddesinde gösterilen fillerin işlenmesi sonucunda bu unsurlardan birinin zarara (Milli Parklar Kanunu m.14/1-a,b,d) veya zarar tehlikesine (Milli Parklar Kanunu m.14/1-c) maruz bırakılması gerekmektedir. Aşağıda yapılacak incelemede söz konusu suç bakımından özellik gösterdiği için öncelikle suçun maddi konusu üzerinde durulacak ve daha sonra suçun diğer maddi unsurları ayrı ayrı incelenecektir.

B. Suçun Konusu

Suçun konusunu, idare tarafından resmi olarak ilan edilen ve ilgili koruma altındaki unsurların (flora, fauna, su, tür çeşitliliği vb.) varlığına sahip koruma altına alınan bir alan

45. Öğretilde, çevreye karşı suçlarla hem ekolojik hem de yaşam, sağlık gibi insana ait değerlerin korunduğu yönündeki görüş için bkz. Aygörmes (n 3) 32; Süleyman Özdemir, 'Ceza Hukuku Bağlamında İklim Değişikliği İle Mücadele' iç Şükrü Karatepe (ed), *İklim Adaleti* (İdeal Kent Yayınları No:54 2023) 586.

(milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanları) oluşturmaktadır. Bu suç tipi idari mevzuata atıfta bulunan iki normatif unsuru içerir; bunlar koruma altına alınan doğal alan ve ayrıca bu alanların özel olarak korumasını gerektiren unsurlarıdır. İfade edelim ki, “koruma altına alınan doğal alan” ibaresi, doğal alanların koruma parametrelerini belirleyen veya bu alanları tanımlayan veya sınıflandıran Milli Parklar Kanunu’nda doğrudan kullanılmamış ise de bu çalışma kapsamında bu ibare suçun maddi konusunu genel olarak işaret etmek üzere kullandığımız kavramdır.

Kanunda milli park, tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve tabiat anıtı olmak üzere dört ayrı korunan alan statüsü tespit edilmiş ve alanlar tanımlanmıştır. Buna göre milli park, *“bilimsel ve estetik bakımından, milli ve milletlerarası ender bulunan tabii ve kültürel kaynak değerleri ile koruma, dinlenme ve turizm alanlarına sahip tabiat parçalarını”*; tabiat parkları, *“bitki örtüsü ve yaban hayatı özelliğine sahip, manzara bütünlüğü içinde halkın dinlenme ve eğlenmesine uygun tabiat parçalarını”*; tabiat anıtı, *“tabiat ve tabiat olaylarının meydana getirdiği özelliklere ve bilimsel değere sahip ve milli park esasları dahilinde korunan tabiat parçalarını”*; tabiatı koruma alanı, *“bilim ve eğitim bakımından önem taşıyan nadir, tehlikeye maruz veya kaybolmaya yüz tutmuş ekosistemler, türler ve tabii olayların meydana getirdiği seçkin örnekleri ihtiva eden ve mutlak korunması gerekli olup sadece bilim ve eğitim amaçlarıyla kullanılmak üzere ayrılmış tabiat parçalarını”* ifade etmektedir (Milli Parklar Kanunu m. 2).

Kanundaki düzenlemelere bakıldığında koruma altına alınan alanlar üzerinden milli parkların nitelendirildiği anlaşılmaktadır. Bu alanlar, doğa rezervi niteliğinde olup, doğal yaşamın bozulmadan sürdürülebilmesi, ekosistemin dengelerinin korunması ve biyolojik çeşitliliğin devamlılığının sağlanması gibi amaçlarla korunmaktadır¹⁰.

Milli parkların, tabiat parklarının, tabiat anıtlarının, tabiatı koruma sahalarının tayin ve tespit edilmesi ile buna ilişkin kriterler ve bu alanların korunmasına ilişkin iş veya işlemler ise Kanunun 3 ve devamı maddeleri ile Milli Parklar Yönetmeliği’nde¹¹ düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 6 ve 7’inci maddesinde milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanlarının bu belirlenmesine ilişkin kriterler¹² ile bu alanların içerdiği unsurlar tespit

¹⁰ Harun Yılmaz, ‘Milli Parkların Planlanması: Uzun Devreli Gelişme Planlarının İşlevi ve Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme’, (2023) 8(2) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 635, 641.

¹¹ Milli Parklar Yönetmeliği, RG 12.12.1986/ 19309.

¹² Bahse konu yönetmelikte bu alanların belirlenmesine ilişkin kriterler şu şekilde tespit edilmiştir:
“**Madde 6 - A)** Milli Park olarak ayrılacak yerlerde;

edilmiş bulunmaktadır. Bu kriterleri taşıyan alanların tayin ve tespit edilmesine ilişkin esaslar da Kanunun 3'üncü maddesinde¹³ belirlenmiştir. Buna göre alanların tespiti Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından yapılacak ve yapılan bu tespitin ardından ilgili alan Cumhurbaşkanı kararı ile milli park olarak belirlenecektir¹⁴. Yönetmeliğin 9'uncu maddesinde ise milli park,

1 - Tabii ve kültürel kaynak değeri ile rekreasyonel potansiyeli, milli ve milletlerarası seviyede özellik ve önem taşımaktadır.

2 - Kaynak değerleri, gelecek nesillerin miras olarak devralacakları ve sahip olmaktan gurur duyacakları seviyede önemli olmalıdır.

3 - Kaynak değerleri tahrip olmamış veya teknik ve idari müdahalelerle ıslah edilebilir durumda olmalıdır.

4 - Saha büyüklüğü, kaynak değerleri kesafeti yönünden, özel haller ve adalar dışında, en az 1000 hektar olmalı ve bu alan bütünüyle koruma ağırlıklı zonlardan meydana gelmelidir. İdari ve turistik amaçlı geliştirme alanları bu asgari saha büyüklüğünün dışındadır.

B) Tabiat parkı olarak ayrılacak yerlerde;

1 - Milli veya bölge seviyesinde üstün tabii fizyocoğrafik yapıya, bitki örtüsü ve yaban hayatı özelliklerine ve manzara güzellikleri ile rekreasyon potansiyeline sahip olmalıdır.

2 - Kaynak ve manzara bütünlüğünü sağlayacak yeterli büyüklükte olmalıdır.

3 - Bilhassa açık hava rekreasyonu yönünden farklı ve zengin bir potansiyele sahip olmalıdır.

4 - Mahalli örf ve adetlerin, geleneksel arazi kullanma düzeninin ve kültürel manzaraların ilgi çeken örneklerini de ihtiva edebilmelidir.

5 - Devletin mülkiyetinde olmalıdır.

Tabiat Anıtı ve Tabiatı Koruma Alanı Kriterleri

Madde 7 - A) Tabiat anıtı olarak ayrılacak yerler ve tabii objeler;

1 - Tabiat ve tabiat olaylarının meydana getirdiği tek veya nadir olmaları sebebiyle ilmi ve estetik yönden milli öneme sahip, bir veya bir kaç jeolojik ve jeomorfolojik formasyon ve bitki türleri gibi müstesna değerleri barındırmalıdır.

2 - Özellikle insan faaliyetlerinden çok az zarar görmüş veya hiç zarar görmemiş olmalıdır.

3 - Saha büyüklüğü milli parkları küçük, fakat koruma yönünden bütünlüğü sağlayacak yeterlikte olmalıdır.

4 - Devletin mülkiyetinde olmalıdır.

B) Tabiatı koruma alanı olarak ayrılacak yerler;

1 - Milli veya milletlerarası seviyede tipik, emsalsiz, nadir, tehlikeye maruz veya kaybolmaya yüz tutmuş ekosistemler, türler ve tabii olayların meydana getirdiği veya gizlediği tabii ve geleneksel arazi kullanım şekillerine ait örnekleri barındırmalıdır.

2 - Genellikle hassas ekosistemlere, habitatlara veya hayat şekillerine, biyolojik veya jeolojik önemli çeşitliliklere, zengin genetik kaynaklara sahip olmalıdır.

3 - Bu özellikleri ve farklılıkları; bilim, eğitim, araştırma kurumları veya ilgili kuruluşlar tarafından tesbit edilmiş olmalıdır.

4 - Saha büyüklüğü, korunması gerekli değerlerin hayatlarını uzun süreli olarak devam ettirmelerine yeterli olmalıdır.

5 - Devletin mülkiyetinde olmalıdır.”

¹³ Söz konusu Kanun'un "Milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanlarının belirlenmesi" başlıklı 3. maddesi "Orman ve Su İşleri Bakanlığınca millî park karakterine sahip olduğu tespit edilen alanlar, Cumhurbaşkanı kararı ile millî park olarak belirlenir. Orman ve orman rejimine tabi yerlerde tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanları Orman ve Su İşleri Bakanının onayı ile belirlenir. Orman ve orman rejimi dışında kalan yerlerde tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanı belirlenmesine veya Orman ve Su İşleri Bakanlığınca belirlenmiş olanların işlemlerinin tamamlanması için gerekli yerlerin orman rejimine alınmasına Cumhurbaşkanınca karar verilir ve bu alanlar Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tescil edilir." şeklindedir.

¹⁴ Bir alanın milli park olarak belirleyen Cumhurbaşkanının hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşler konusunda detaylı bilgi için bkz. Yılmaz (n 10) 645-646.

tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanları Kanunun 3'üncü maddesinde açıklanan esaslara göre tayin ve tespit edilen yer ve yörelere dair uygulama statüleri ve alanların sınırlarının mahallen duyurulacağı hüküm altına alınmıştır.

Ülkemizde günümüz itibarıyla 49 adet milli park, 267 adet tabiat parkı, 111 adet tabiat anıtı ve 32 adet tabiatı koruma alanı bulunmaktadır¹⁵.

İnceleme konumuz olan suçun konusunu idari bir kararla koruma altına alınan bir alan ve bu alanların unsurları oluşturduğundan gerçekleştirilen fiil sonucunda zarar gören unsurun, korunan alanın idari nitelik taşımayan bir doğal unsur olması halinde (korunan alanın sınırları içinde ya da dışında olsa da), suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir¹⁶. Bununla birlikte korunan doğal alan dışında gerçekleştirilmiş olsa bile eylemin zararlı etkilerinin, korunan alandaki unsurları etkilemesi halinde suçun oluştuğundan söz edilebilecektir¹⁷.

Öte yandan inceleme konumuzu oluşturan suçun konusunu aynı zamanda uluslararası belgelerle koruma altına alınan doğal alanlar da oluşturmaktadır. Nitekim Kanunun 2'inci maddesinde “*yurdumuzdaki milli ve milletlerarası düzeyde değerlere sahip milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanları*” denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Türkiye, çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik olarak kabul edilmiş birçok uluslararası sözleşmeye taraf olmuştur. Bu sözleşmelerden bazıları şunlardır: Karadeniz, Akdeniz ve Mücavir Atlantik Bölgesinde Yaşayan Deniz Memeli Türlerinin Korunması (ACCOBAMS) Anlaşması; Avrupa Yaban Hayatı ve Yaşam Ortamlarının Korunması (BERN) Sözleşmesi; Birleşmiş Milletler Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi;

¹⁵ Bunlardan bazıları; Altındere Vadisi (Trabzon), Abant Gölü Milli Parkı (Bolu), Sultan Sazlığı Milli Parkı (Kayseri), Beyşehir Gölü (Konya)'dır. Ülkemizde yer alan milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı, tabiatı koruma alanları ve bunların sayıları konusunda detaylı bilgi için bkz. <<https://www.tarimorman.gov.tr/DKMP/Menu/27/Milli-Parklar>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2024.

¹⁶ “2873 sayılı Kanun'un 21 ... maddesinde düzenlenen suçun maddi unsurları aynı Kanun'un 14 üncü maddesinde sayılmış olup, anılan maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde, tabii dengeyi bozacak her türlü avlanmanın yasaklanmış olduğu, buna mukabil yargılama aşamasında alınan bilirkişi raporunda, olay yerinin açık ... olduğu, sanığın avladığı kefal balığının bu milli parka özgü olmadığı ve sonuç olarak sanığın fiilinin tabii dengeyi bozmadığı yönünde görüş bildirilmiştir. Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, Mahkemenin yargılama sonuçlarına uygun şekilde oluşan inanç ve takdirine, incelenen dava dosyası içeriğine göre, katılan vekilinin yerinde görülme-yen temyiz sebeplerinin reddine karar verilmesi gerektiği anlaşılmıştır.” Yargıtay 7 CD, E 2021/15487 K 2023/2333, 07.03.2023.

¹⁷ “Dosya kapsamı ve sanık beyanlarına göre sanıkların kendilerine ait arazide mısır koçanı ve pislikleri yaktıkları, söndüğünü zannederek olay yerinden ayrıldıkları, ancak sönmeyerek meydana gelen yangın nedeni ile sanıklara ait ağıl ve ağıl içerisindeki hayvanları ile birlikte Milli Parklara ait 100 m2 orman örtüsünün yandığı anlaşılmakla, taşınmazlara ait tapu kaydının temini ile Milli Parklara ait olduğu iddia edilen taşınmazın orman vasfında Maliye Hazinesi adına kayıtlı olup olmadığına kesin olarak tespitinden sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması” Yargıtay 8 CD, E 2019/18843 K 2021/456, 14.01.2021.

Karadenizin Kirliliğe Karşı Korunması (BÜKREŞ) Sözleşmesinin Alt Protokolü Olan “Karadeniz’de Biyolojik Biyoçeşitliliğin ve Peyzajın Korunması Protokolü”; Nesli Tehlikede Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme (CİTES), Avrupa Peyzaj Sözleşmesi; Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşme (RAMSAR)¹⁸. Bilindiği üzere Anayasası’nın 90’ıncı maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde kabul edildiğinden, taraf olunan bu Sözleşme ve Protokoller de ulusal mevzuatın bir parçası haline gelmektedir.

C. Fiil

Koruma altındaki doğal alana zarar verme suçu yukarıda da ifade edildiği gibi beş seçimlik hareketten oluşan bir suçtur. Kanunda yasaklanan hareketlerden sadece birinin yapılması suçun oluşumu için yeterlidir. Maddede belirtilen birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi halinde hakim TCK m. 61 uyarınca cezayı üst haddten belirleyebilir. Bu hareketler Kanunun 14. maddesinde şu şekilde tespit edilmiş bulunmaktadır:

- a-)Tabii ve ekolojik denge ve tabii ekosistem değerini bozmak
- b-)Yaban hayatını tahrip etmek
- c) Bu sahaların özelliklerinin kaybolmasına veya değiştirilmesine sebep olan veya olabilecek her türlü müdahaleler ile toprak, su ve hava kirlenmesi ve benzeri çevre sorunları yaratacak iş ve işlemleri yapmak
- d-) Tabii dengeyi bozacak her türlü orman ürünleri üretimi, avlanma ve otlatma yapmak
- e-) Öngörülen istisnalar dışında bu alanlarda yapı ve tesis kurmak ve işletmek veya bu alanlarda var olan yerleşim sahaları dışında iskan yapmak

Böylece kanun koyucu koruma altına alınan doğal alanın unsurlarına verilen zararın çeşitli faaliyet ve eylemlerle meydana gelebileceğini öngörmüş bulunmakta ve bu anlamda koruma altındaki alanın tabii, ekolojik ve tabii ekosistem gibi ona bu özelliğini veren unsurları üzerinde dorudan etkisi olan ve bu alanların bu özelliğini yitirmesine neden olan hareketleri saymak suretiyle cezalandırılabilir tipik bir fiil olarak tespit etmiş bulunmaktadır.

¹⁸ Türkiye’nin taraf olduğu bu Uluslararası Sözleşmeler konusunda bkz. <<https://www.tarimorman.gov.tr/DKMP/Menu/42/Odak-Noktasi-Oldugumuz-Uluslararası-Sozlesmeler>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2024.

Kanun kapsamında yasaklanan ve yaptırım alınan bu fiillerin her birinin ayrı tanımı ve anlamı bulunmakla birlikte, genel olarak değerlendirildiğinde, bu nitelikteki fiiller genel olarak zarar verme içerisinde değerlendirilebilir. Buradan hareketle koruma altına alınan doğal alanın, varlığını ortadan kaldırmaksızın, bu alana özelliğini veren ve tabii, çevre dengesi ve tabii ekosistem, yaban hayatı gibi unsurlara kısmen veya tamamen zarar vermeye yönelik davranışların sergilenmesi inceleme konumuzu oluşturan suçun fiil unsurunu oluşturmaktadır. Örneğin, bitki örtüsünün yakılması veya barajlar yoluyla sulak alanların su seviyesinin düşürülmesi ve bunun sonucunda kuşların ve balıkların ölümüyle sonuçlanması, ağaçların kitlesel veya kontrolsüz bir şekilde kesilmesi, bu alanlarda inşaat faaliyetlerinin yürütülmesi gibi fiillerin varlığı durumunda suçun oluştuğundan söz edilebilecektir.

D. Netice

Yukarıda da ifade edildiği üzere esasen tehlike suçu olarak tasarlanan çevreye karşı suçların aksine inceleme konumuzu oluşturan suç, büyük ölçüde bir zarar suçu niteliğini göstermektedir. Bu nedenle, inceleme konumuzu oluşturan suçun, neticeli suç olarak değerlendirilmesi gerekir.

Suçun oluşabilmesi için gerçekleştirilen fiilin korunan doğal alanın kurucu unsurları üzerine etki doğurması ve bir zarar meydana getirmesi gerekmektedir. Ayrıca Kanunun 14'üncü maddesinde gösterilmiş bulunan yasaklanmış faaliyetler genel olarak değerlendirildiğinde, neden olunan zararın, doğal alanın unsurlarını, ekolojik özelliklerini bozabilecek ölçüde ve etkilemeye yetecek derecede bir yoğunlukta olması gerektiği sonucuna varılabilir¹⁹.

¹⁹ “Sanıklar hakkında Milli Park alanı içinde sazlıkları keserek 2873 sayılı Yasanın 14. maddesinde yasaklanan faaliyetlerde bulunduklarından bahisle dava açılmış olup, anılan yasanın 14. maddesinde bu kanun kapsamına giren yerlerde; a)Tabii ve ekolojik denge ve tabii ekosistem değeri bozulamaz. b)Bu sahaların özelliklerinin kaybolmasına veya değiştirilmesine sebep olan veya olabilecek her türlü müdahaleler ile toprak, su ve hava kirlenmesi ve benzeri çevre sorunları yaratacak iş ve işlemler yapılamaz, hükmünün bulunmakta olduğu gözetilerek mahallinde uzman bilirkişi incelemesi yaptırılıp sanıkların kestikleri belirtilen kamış miktarı ve alanı nazara alınmak suretiyle eylemlerinin tabii ve ekolojik denge ve tabii ekosistem değerini bozup bozmadığı, bu sahaların özelliklerinin kaybolmasına veya değiştirilmesine sebep olan veya olabilecek müdahale ile toprak, su ve hava kirlenmesi ve benzeri çevre sorunları yaratacak iş ve işlem olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda rapor alındıktan sonra hasıl olacak sonuca göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi,” Yargıtay 7 CD, E 2003/10774 K 2004/6654, 13.5.2004.; “Milli park içerisinde yapılan koruma ve kontrol çalışmaları sırasında, sanıklardan ...'ın üzerinde deniz elbisesi, zıpkın, fener, gözlük ve kurşun ile balık avlamaya çalıştığı ancak henüz balık avlayamadığı, diğer sanık ...'un ise yine üzerinde deniz elbisesi, zıpkın, fener ve kurşun ile balık avlamakta olduğu, 1 adet zıpkın ile vurulmuş çipura balığının mevcut olduğu tespit edilerek milli park personeli tarafından tutanak altına alındığı anlaşılmıştır. Sanıklar savunmalarında,

Burada zararın ciddi ve aranan yoğunlukta olup olmadığına yönelik değer yargısında bulunurken, somut olayın koşulları ve zarar gören her bir doğal alanın coğrafi veya ekolojik düzeydeki özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda meydana gelen zararın niteliğine yönelik değerlendirme sürecinde etkilenen alanın yüzey alanı, hasar gören unsurun nadirliği, eksik hayvan veya bitki örneklerinin sayısı, bunun diğer ilgili türlerin gelişimine etkisi gibi hususlar bir kriter olarak kullanılabilir²⁰.

E. Nedensellik Bağı

Koruma alındaki doğal alana zarar verme suçunda Kanunun 14'üncü maddesinde sayılan ve fail tarafından gerçekleştirilen fiiller ile netice, yani doğal alanın unsurlarına verilen zarar arasında nedensel bir ilişkinin olması gerekmektedir. Kanun kapsamında yasaklanmış fiillerin birisinin ika edilmesi sonucunda, doğal alanın unsurları üzerinde meydana gelen zarar neticesi oluşuyorsa nedensellik bağının varlığından ve failin ceza sorumluluğundan söz edilebilecektir.

F. Fail ve Mağdur

Bu suçun faili bir özellik arz etmemektedir. Suç özgü bir suç değildir. Herkes bu suçun faili olabilecektir. Bu nedenle, fail, idare veya ilgili organlar tarafından korunan doğal bir alanın unsurlardan birine zarar veren herhangi bir kişi olabilir.

Çevre karşı suçlarda olduğu gibi²¹, suçun mağduru genelde toplum özelde de toplumu oluşturan her bir bireydir. Bu suç ile korunan hukuki değer de dikkate alındığında, ekolojik

atılı suçlamaları kabul etmediklerini, amaçlarının balık avlamak olmadığını, zaten milli park sınırının dışında olduklarını beyan etmişlerdir. Kovuşturma aşamasında çevre mühendisi bilirkişi tarafından tanzim edilen rapor uyarınca, sanıkların eylemlerinin milli park sınırları içerisinde gerçekleşmiş olduğu belirtilmekle birlikte, sanıkların eyleminin tabii denge ve ekolojik dengeyi bozacak nitelikte olmadığı bildirilmiştir. Sanıklar hakkında kurulan hükümlere yönelik temyiz sebeplerinin incelenmesinde; olay tutanağı ve bilirkişi raporu uyarınca sanıkların milli park sınırı içerisinde zıpkın ile balık avladıkları sabit ise de, iddianame konusu eylem bakımından uzmanlığına başvurulmasında hukuka aykırılık görülmeyen çevre mühendisi bilirkişi tarafından tanzim olunan rapor içeriğinin hükme esas alınmasında ve raporda belirtilen tespitler uyarınca sanıklar hakkında beraat kararı verilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.” Yargıtay 7 CD, E 2021/16189 K 2023/2882, 28.03.2023.

²⁰ Yargıtay'ın müstakar kararlarına göre zararın ciddi ve aranan yoğunlukta olup olmadığının bilirkişi marifetiyle tespit edilmesi gerekmektedir: “*Sanığın Sultansazlığı Milli Parkında traktör arkasına taktığı ekipman ile gerçekleştirdiği saz kesimi eyleminin, 2873 sayılı Milli Parklar Kanununun 14. maddesinde düzenlenen tabii ve ekolojik denge ve doğal eko sistemi değerlerinin, yaban hayatını bozup bozmadığının tespiti açısından; çevre mühendisi, ziraat mühendisi ve su ürünleri mühendislerinden oluşan 3 kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınıp, sonucuna göre, hukuki durumun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ve kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması*” Yargıtay 19 CD, E 2016/5189 K 2017/10408, 30.11.2017; Ayrıca bkz. Yargıtay 7 CD, E 2011/5041 K 2013/4185, 21.02.2013.

²¹ Artuk (n 9) 44; Özen (n 9) 25-26; Özgüç (n 6) 1123-124.

düzeyde zararlı veya saldırgan uygulamalar nedeniyle çevrenin en iyi şekilde korunmasından ve zarar görmemesinden sosyal fayda sağlayan herkes bu suçun mağduru konumundadır.

II. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Koruma altındaki doğal alana zarar verme suçu ancak kasten işlenebilir. Taksirli hali öngörülmediğinden, bu suç taksirle işlenemez. Düşüncemize göre bu suç olası kastla da işlenebilir.

Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK m.21). Bu anlamda fail, korunan bir doğal alanın unsurlarından herhangi birine zarar verdiğini biliyor ve bunu istiyorsa kasten hareket etmiş sayılır. Bu nedenle, etkilenen bölgenin korunan bir doğal alan ve bu alanın unsuru olduğu ve aynı zamanda bu alana zarar verdiği yönünde failin bilgisi mevcutsa kastın varlığından söz edilebilir.

İfade etmek gerekir ki inceleme konumuzu oluşturan suç bakımından suçun manevi unsurunun tespiti ve ceza yargılaması bakımından da bunun sübuta ermesi her zaman kolay görünmemektedir. Zira hem bölgesel hem de uluslararası düzeyde koruma altına alınan birçok doğal alan bulunması ve buna bağlı olarak failin koruma altındaki doğal alana zarar verdiğine ilişkin durumdan haberdar olmama ihtimalinin yüksek olması gibi hususlar nedeniyle suçun manevi unsurunun ispatı zorlaşabilecektir. Nitekim bu tür vakaların çoğunda fail zarar verdiği yerin koruma altına alınan doğal alan olduğunu bilmediğini iddia edebilecektir²². Belirtmek

²² “22.08.1999 tarihinde jandarma tarafından düzenlenen olay yeri tespit tutanağında; arazi kontrolü yapılırken av tüfeği sesleri gelen Sıfat mevkiine gidildiğinde, aralarında sanık Ş. D. 'in de bulunduğu 19 kişinin yasak bölgede av yaparlarken yakalandıkları, av tüfekleri ile av malzemelerine el konulduğu belirtilmiştir. Sanık Ş. D. kolluk tarafından alınan ifadesinde, arkadaşları ile birlikte avlanmak amacı ile araziye çıktıklarını, Sıfat tepesi mevkiinde iken jandarmaların gelerek av tüfeklerine el koyduğunu, ancak bölgenin avlanmaya yasak olduğunu bilmediklerini, beyan etmiştir. Duruşmada ise, yüklenen suçu kabul etmediğini, yakalandıkları sırada avlanmadıklarını, olay yerinde dinlenmek için durduklarını, o sırada jandarmaların gelerek av malzemelerini görüp el koyduklarını yakalandıkları yerin Milli Park ve avlanmanın yasak olduğunu bilmediklerini, kolluktaki ifadesini kabul etmediğini söylemiştir. Tutanak tanıkları, sanık ve arkadaşlarını avlanırken yakaladıklarını, tutulan tutanağın doğru olduğunu söylemişlerdir. Orman Bakanlığı İç Anadolu Bölge Müdürlüğü Başkomutan Tarihi Milli Park Müdürlüğüne 2.9.1999 günlü yazı ile sanığın yakalandığı Kütahya ili Dumlupınar ilçesi Sıfat Tepesi mevkiinin, Başkomutan Tarihi Milli Parkı sınırları içinde yer aldığı ve avlanmanın yasak olduğu bildirilmiştir. Ayrıca, söz konusu bölgenin Milli Park olarak sınırlandırılmasına ilişkin 8/3580 sayılı kararın incelenmesinde, bu bölgenin 6831 sayılı Yasanın 3 üncü maddesine göre orman rejimi kapsamına alındığı anlaşılmaktadır. O halde 2873 sayılı Yasanın 14/d madde ve bendinde, bu yasanın kapsamına giren yerlerde doğal dengeyi bozacak şekilde avlanma yasaklandığına göre, Milli Parkta avlanmak üzere dolaşırken yakalanan sanığın, ne şekilde doğal dengeyi bozduğuna ilişkin yeterli ve geçerli kanıtlar gösterilmeden ve tutanaklara göre sanık ve yanındakilerin avladıkları herhangi bir av hayvanından da söz edilmediği nazara alınmadan, 3167 sayılı Yasanın 24 ve 2873 sayılı Yasanın 20 nci maddeleri yerine, suç niteliğinin belirlenmesinde yanılgıya düşülerek, yazılı şekilde cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay CGK., E 2002/296 K 2002/426, 17.12.2002.

gerekir ki bu varsayım örneğin avlanma, balık tutma, yakma, tomruk vb. faaliyetler alanındaki yasağı açıkça belirten uyarı veya işaretlerin olacağı durumlar dışında muhtemelen geçerli olacaktır.

III. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Koruma altındaki doğal alana zarar verme suçunda hukuka uygunluk sebebi olarak kanun hükmünün icrası bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilir. Şöyle ki, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları ve tabiatı koruma alanlarındaki planların gerektirdiği her türlü hizmet ve faaliyetler ile koruma, yönetim, işletme, tanıtım, sportif, eğlenme ve dinlenme hizmetleri için gerekli her türlü altyapı, üstyapı ve diğer tesislerin kanunlarda belirlenen usullere göre verilen izin²³ çerçevesinde kurulması, bu suçu oluşturmayacaktır. Keza Kanunun 13'üncü maddesinde tabii çevre ve ekosistemlerin korunması ve iyileştirilmesi yönünden teknik ve bilimsel gereklere göre, Orman ve Su İşleri Bakanlığınca düzenlenecek rapora dayanılarak hazırlanacak özel amenajman planları uyarınca belirli yerlerde ve belirli sürelerde üretim, avlanma ve otlatma faaliyetlerine izin verilebileceği düzenlenmiş olup verilen bu izin çerçevesinde gerçekleştirilen üretim, avlanma ve otlatma gibi fiiller de suç teşkil etmeyecektir.

²³ Milli Parklar Kanunu'nun "Yapı ve tesisler" başlıklı 12. maddesi "Bu Kanunun 7 nci ve 8 inci madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları ve tabiatı koruma alanlarındaki planların gerektirdiği her türlü hizmet ve faaliyetler ile koruma, yönetim, işletme, tanıtım, sportif, eğlenme ve dinlenme hizmetleri için gerekli her türlü altyapı, üstyapı ve diğer tesisler Orman ve Su İşleri Bakanlığınca yapılır veya yaptırılır, yönetilir veya işletilir." şeklindedir. Aynı Kanunun 7. maddesi "Milli park veya tabiat parklarında, planlarına uygun olması şartıyla, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılacak her türlü plan, proje ve yatırımlara Orman ve Su İşleri Bakanlığınca izin verilebilir ve uygulamalar bu Kanun hükümlerine göre denetlenir. Ancak; bu Kanun kapsamına giren yerlerde tarihi ve arkeolojik sahalarda kazı, restorasyon ve bilimsel araştırmalar Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine tabidir." ve 8. maddesi "Turizm bölge, alan ve merkezleri dışında kalan milli parklar ve tabiat parklarında kamu yararı olmak şartıyla ve plan dahilinde, turistik amaçlı bina ve tesisler yapmak üzere gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri lehine Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Orman ve Su İşleri Bakanlığınca izin verilebilir. Bu izin üzerine gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri lehine tesis edilecek intifa hakkı süresi kırkdokuz yılı geçemez. Bu süre sonunda bütün tesisler eksiksiz olarak Hazineye devredilir. Ancak, işletmesinin başarılı olduğu Kültür ve Turizm Bakanlığınca belirlenen hak sahiplerinin intifa hakkı, Orman ve Su İşleri Bakanlığınca tesisin rayiç değeri üzerinden belirlenecek bedelle doksandokuz seneye kadar uzatılabilir. Bu durumda Hazineye devir işlemi bu uzatma sonunda yapılır. Milli park ve tabiat parklarının gelişme planları kesinleşmeden bu Kanunda sözü edilen izin verilemez." hükmünü içermektedir.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Korunan doğal alana zarar verme suçu neticeli bir suç olarak düzenlenmiştir. Suçunun oluşumu için, Kanunun 14'üncü maddesinde yer verilen eylemlerin gerçekleştirilmesi ve korunan doğal alan ve bu alanın unsurlarından biri üzerinde zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla korunan doğal alanın unsurları üzerinde tahrip olma, bozulma gibi zarar neticesinin meydana gelmesi ile suç tamamlanmaktadır. Fail, icra hareketlerini tamamlar ancak elinde olmayan nedenlerle netice gerçekleşmez ise suça teşebbüsten bahsedilir. Bu durumda, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre suçun cezasında indirim yapılır (TCK m.35).

B. İştirak

Korunan doğal alana zarar verme suçu bakımından iştirak özellik arz etmez. Bu suçta, iştirakin tüm şekillerinin gerçekleşmesi mümkündür. Bu nedenle, iştirake ilişkin genel esaslar burada da geçerlidir. Kanunun 14'üncü maddesinde yer verilen fiillerden birini icra eden kişi fail olarak, bu fiillerin icrasına maddi veya manevi yardımda bulunan veya azmettiren kişiler ise şerik olarak iştirak kuralları gereğince cezalandırılır (TCK m.38, 39). Aralarındaki anlaşmaya uygun olarak, bozmak, tahrip etmek gibi suçun seçimlik hareketlerini birlikte gerçekleştiren kişiler müşterek fail olurlar (TCK m.37/1).

Bu suçun işlenmesine ihmal suretiyle katılmak mümkündür. İcrai surette işlenebilen bu suçlara ihmali bir davranışla katılmak müşterek faillik kapsamında değil yardım etme kapsamında değerlendirilir²⁴. Bu kapsamda doğal alanı koruma yükümlülüğü bulunan yetkililerin veya kişilerin bu alana veya bu alanın unsurlarına zarar veren fiillere kasten kayıtsız kalması, başkası tarafından işlenmekte olan bu suça ihmali hareketle katkıda bulunması nedeniyle, işlenen suça yardım eden sıfatıyla şerik olarak sorumluluğunu gerektirmektedir.

C. İçtima

Kanunun 21'inci maddesinde yer verilen "... fiilleri daha ağır cezayı gerektirmediği takdirde..." ibaresinden de anlaşılacağı üzere burada öngörülen suçun, tali bir norm olarak düzenlendiği görülmektedir. Maddede açıkça ifade edilen fiillerin daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suçu oluşturmaması koşulu nedeniyle, bu suç tanımı, tali ve tamamlayıcı

²⁴ Artuk Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 786, 805; Özgenç (n 2) 625, 636-637; Koca ve Üzülmüş (n 2) 462.

bir hüküm niteliğindedir²⁵. Fail somut olayda korunan doğal alana veya bu alanın unsurlarına zarar verdiği takdirde; eğer bu eylemi daha ağır cezayı gerektiren bir suçu oluşturmakta ise bu durumda artık kendisine Kanunun 21'inci maddesi uyarınca ceza verilmeyecektir.

Öte yandan kanun koyucu bu suçu tali bir norm olarak düzenlemekle yetinmemiş, ayrıca özel bazı kanunlarda yer verilen ve bu suçla içtima ilişkisine girebilecek bazı suçların Kanun kapsamında koruma altına alınan doğal alanlarda işlenmesini bu suçlar açısından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörmüştür. Nitekim Kanunun 20'nci maddesinde 6831 sayılı Orman Kanunu²⁶ ile 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu²⁷ ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu'nda²⁸ yasaklanan fiillerin bu Kanunun uygulandığı yerlerde işlenmesi halinde, cezaların bir misli artırılarak hükmolunacağı düzenlenmiştir²⁹. Bu kapsamda örneğin Orman Kanunu'nun 91'inci maddesinde³⁰ düzenlenen ağaç kesme suçu ile Kanunun 93'üncü maddesinde³¹ yer alan işgal ve faydalanma suçu ve yine aynı Kanunun 110. maddesinde³²

²⁵ “Yardımcı normlar” olarak da ifade edilen tali ve tamamlayıcı normlar konusunda detaylı bilgi için bkz. Özgenç (n 2) 744-745; Koca ve Üzülmüş (n 2) 570-571.

²⁶ Orman Kanunu, Kanun Numarası: 6831, Kabul Tarihi: 31.8.1956, RG 8.9.1956 / 9402.

²⁷ Kara Avcılığı Kanunu, Kanun Numarası: 4915, Kabul Tarihi: 1.7.2003, RG 11.7.2003/ 25165.

²⁸ Su Ürünleri Kanunu, Kanun Numarası: 1380, Kabul Tarihi: 22.3.1971, RG 4.4.1971/ 13799.

²⁹ Benzer bir düzenlemeye Orman Kanunu'nun 111. maddesinde yer verilmiştir. Bu madde hükmüne göre orman suçlarının milli park olarak ayrılmış ormanlarda işlenmesi halinde verilecek ceza iki katına çıkarılacaktır. Yargıtay, suçun orman sınırları dahilinde bulunan milli parklarda işlenmesi halinde bu nitelikli hal uyarınca cezanın arttırılması gerektiğini belirtmektedir. “Orman sınırları dahilinde bulunan milli parklarda işlenen suçlar Orman Kanunun hükümlerince cezalandırılacağı, orman sınırları dışındaki milli parklarda işlenmesi halinde 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu hükümlerince ceza tayin edileceği gözetilmeden 6831 sayılı Kanunun 111. maddesi yerine yazılı şekilde karar verilmesi” Yargıtay 3 CD, E.2014/30611 K 2014/42453, 18.12.2014.

³⁰ Ağaç kesme suçu Orman Kanunu'nun 91'inci maddesinde “ 14 üncü maddenin (A) ve (B) bentleri ile yasak edilen fiillerden dikiliden ağaç kesenler, kökünden sökenler veya hayatiyetini sona erdirecek şekilde boğanlar, ağaçlardan yalamuk, pedavra, hartama çıkaranlar üç aydan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Ancak suçun konusunun münhasıran yakacak nitelikte emval veren ağaç olması halinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir. Suçun konusunun fidan olması halinde birinci fıkraya göre verilecek ceza bir kat artırılır. Fidan ekim sahasını bozan kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Birinci fıkradaki ağaç kesme ve sökme fiillerinin işlenmesinde motorlu araç ve gereçler kullanılması halinde verilecek ceza bir kat artırılır. Ancak, fidanlar hakkında bu hüküm uygulanmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

³¹ Orman Kanunu'nun 93. maddesinde düzenlenen işgal ve faydalanma suçuna ilişkin hüküm ” Bu Kanunun 17 nci maddesinde yasak edilen fiilleri işleyenler veya izne bağlı işleri izinsiz yapanlar, 91 inci madde hükümleri saklı kalmak üzere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. İşgal ve faydalanma suçunun yeniden tarla açmak suretiyle veya yanmış orman sahalarında ya da kesinleşmiş orman kadastrası sınırları içerisinde işlenmesi halinde verilecek ceza bir kat artırılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde de atıf yapılan 17. madde hükmü ise “(1)Devlet ormanları içinde bu ormanların korunması, istihsal ve imarı ile alakalı olarak yapılacak her nevi bina ve tesisler müstesna olmak üzere; otlatma planı yapılan alanlarda yıllık otlatma süresi dâhilinde hayvanların planlı otlatılmasını sağlayan, gecelemesini emniyet altına alan ve dağılmalarını engelleyen geçici çevirmeler şeklinde düzenlemeler dışında, her çeşit bina, ağıl ve hayvanların

hüküm altına alınan orman yakma suçunun koruma altına alınan doğal alanda işlenmesi halinde hükmolunacak ceza bir kat arttırılacaktır. Keza Kara Avcılığı Kanunu'nun 21'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, av ve yaban hayvanlarının beslendikleri ve barındıkları ortamı zehirleyenlerin, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine aynı maddenin son fıkrasında avlanmak suretiyle, bir canlı türünün yok olması tehlikesine ya da ekolojik dengenin bozulması tehlikesine neden olunması halinde, failer hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir. Bu suçların koruma altına alınan doğal alanlarda işlenmesi halinde de ceza ağırlaşacaktır.

Özel kanunda düzenlenen bu suçların korunan doğal alanda işlenmesinin bileşik suç özelliğini gösterdiğini ifade etmek mümkündür. Bileşik suç, TCK m. 42'de "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*" şeklinde düzenlenmiştir. Özel kanunlarda düzenlenen bu suçların korunan doğal alanda işlenmesi, bu suçlar bakımından suçun ağırlaştırıcı nedeni olduğundan (m.20) bileşik suç söz konusudur ve fail bu nitelikli halden cezalandırılır ayrıca korunan doğal alana zarar verme (m.21) suçundan cezalandırılmaz.

İnceleme konumuzu oluşturan suç ile çevreye karşı işlenen suçlar arasında da içtima ilişkisi söz konusu olabilir. Örneğin ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya kasten verilmesi sonucunda, korunan doğal alan veya bu alanın belirleyici unsurları da zarar görmüş olabilir. Bu ihtimalde fail aynı fiilden kaynaklanan hem çevrenin kasten kirletilmesi suçunu (TCK m.181) hem de korunan doğal alana zarar verme suçunu işlemiş olur.

barınmasına mahsus yerler yapılması, tarla açılması, işlenmesi, ekilmesi ve orman içinde yerleşilmesi yasaktır" şeklindedir.

- ³² Orman yakma suçu Kanun'un 110. maddesinde, "*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak orman yangınına sebebiyet verenler üç yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak failin yangının söndürülmesine ve etkilerinin azaltılmasına yönelik çabaları veya meydana gelen zararın azlığı göz önünde bulundurularak, verilecek ceza yarısına kadar indirilir. Zararın belirlenmesinde yangın sonucu tamamen yanan ağaç ve ağaççıkların değeri, kısmen yanan ağaç ve ağaççıkların değerinde meydana gelen azalma, alt tabaka orman örtüsünün yanması nedeniyle oluşan zarar ve toprağın humuslu tabakasının yanması nedeniyle meydana gelen verim kaybı dikkate alınır. Kasten orman yakan kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve bin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Suçun, yangına müdahalenin geciktirilmesi veya yangının söndürülmesinin zorlaştırılması amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak yer, zaman veya şartlarda işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılır. Devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde devlet ormanlarını yakan kişi müebbet hapis ve yirmibin günden yirmibeşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu maddede yazılı suçların işlenmesi sebebiyle, ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı cezaya hükmolunur.*" şeklinde düzenlemiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere çevreye karşı suçlar birer tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Korunan doğal alana zarar verme suçu ise zarar suçu niteliğini taşımaktadır. Bu ihtimalde, zarar suçu ile tehlike suçu arasında asli norm –tali norm ilişkisinin bulunduğu³³, zarar suçunun tehlike suçuna göre asli norm taşıdığı ve bu anlamda failin cezai sorumluluğunun korunan doğal alana zarar verme suçu kapsamında tayin edilmesi gerektiği ileri sürülebilir ise de inceleme konumuzu oluşturan bu suç bizatihi tali norm olarak düzenlendiğinden ve çevrenin kasten kirletilmesi suçu bakımından daha ağır bir ceza öngörüldüğünden, failin çevrenin kasten kirletilmesi suçundan cezalandırılması gerekir.

V. YAPTIRIM VE MUHAKEME

Korunan doğal alana zarar verme suçu bakımından altı aya kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Bu suç, re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardandır. Görevli mahkeme 5235 sayılı Kanunun 11'inci maddesi uyarınca asliye ceza mahkemesidir.

Suç için öngörülen soyut ceza bir yıldan az süreli hapis cezası (TCK m. 49) olduğundan bu kısa süreli hapis cezası TCK'nın 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir. Bununla birlikte bu suçun tanımında hapis cezası ile adli para cezası seçenek olarak öngörüldüğünden, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilemeyecektir (TCK m.50/2). Ayrıca koşulları oluştuğu takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir (CMK 231/5).

SONUÇ

Milli Parklar Kanunu'nun 14. ve 21. maddesi, koruma altına alınan doğal alanların (milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanları) cezai anlamda korunmasını sağlamaktadır. Bu alanlar, sahip oldukları özel doğal özellikleri nedeniyle hukuki açıdan farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Söz konusu suç, çevreye karşı işlenen diğer suçların aksine büyük ölçüde zarar suçu niteliğinde olup, suçun oluşabilmesi için gerçekleştirilen fiilin korunan doğal alanın kurucu unsurları üzerine etki doğurması ve bir zarar meydana getirmesi gerekmektedir. Bu anlamda Kanun'un 14'üncü ve 21'inci maddesinde yaptırım altına alınan suçta, doğal koruma alanı veya bu alanın içeriğini oluşturan unsurların somut bir şekilde tehlikeye atılması değil, özel koruma altındaki doğal alanlara zarar verilmesi ve bu anlamda bu alanlara yönelik somut ve belirli bir zarar yaptırım altına alınmış bulunmaktadır. Ayrıca Kanun'un 14'üncü maddesinde sayılan yasaklanmış eylemler genel olarak

³³ Koca ve Üzülmüş (n 2) 568; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 833.

değerlendirildiğinde, fiilin işlenmesi sonucu meydana gelen zararın korunan doğal alanın unsurlarını, ekolojik özelliklerini bozabilecek ölçüde ve etkilemeye yetecek derecede bir yoğunlukta olması gerekmektedir.

Kanun'un 21'inci maddesinde yer verilen suç tanımı, tali ve tamamlayıcı bir hüküm niteliğindedir. Bu nedenle, korunan doğal alana veya bu alanın unsurlarına zarar verme eylemi daha ağır cezayı gerektiren bir suçu oluşturmadığı hallerde faili bu suçtan cezalandırmak gerekir.

KAYNAKÇA

Artuk ME, 'Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181)' 2014 1(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-48.

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Adalet Yayınevi 2023).

Aygörmez GA, *Çevre Ceza Hukuku Cilt-I* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021).

Demirtaş S, *Tehlike Suçları* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023).

Kaplan M, *İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018).

Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2024).

Özdemir S, 'Ceza Hukuku Bağlamında İklim Değişikliği İle Mücadele' iç Şükrü Karatepe (ed), *İklim Adaleti* (İdeal Kent Yayınları No:54 2023).

Özen M, 'Çevreye Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 181, 182)' 2010 18(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-43.

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (20. Bası, Seçkin Yayıncılık 2024).

Özgüç LE, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu* (On İki Levha Yayıncılık, 2020).

Taneri G, *Ne Bis İn İdem ve Kanunilik İlkesi'ne Göre Çevreye Karşı Suçlar* (Seçkin Yayınevi, 2021).

Ünal OG, *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları* (Seçkin Yayınevi 2023).

Yılmaz H, ‘Milli Parkların Planlanması: Uzun Devreli Gelişme Planlarının İşlevi ve Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme’, (2023) 8(2) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 635-662.

Yazar Beyanı	
Yazarların Katkıları	Bu çalışma tek yazarlıdır.
Mali Destek	Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı Beyanı	Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi	Yazar, makalenin tüm süreçlerinde TRÜHFD’nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyulduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde TRÜHFD’nin, yayın ve editör kurullarının hiçbir sorumluluğunun olmadığını beyan etmektedir.

İş Güvencesi Hükümleri Dışında Kalan Feshe Karşı Koruma Normları

Norms of Protection Against Dismissal Beyond the Employment Security Framework

Elif KESKİN ŞAHİN*

Öz

İş sözleşmesinin devamının sağlanması için benimsenen ve iş hukukunun temel prensiplerinden olan feshin son çare olması ilkesi, en basit haliyle feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere başvurulmasını ifade eder. Fesihle ulaşılmak istenen sonuca, ölçülülük ilkesi uyarınca başka önlemler alınarak ulaşılabiliyorsa yapılan fesih geçerli olmaz. İş sözleşmelerinin devamlılığı amacıyla fesihten önce başka elverişli araçlarla problem çözülmeye çalışılmalıdır. Feshin son çare olması ilkesi, 4857 sayılı Kanunda açıkça düzenlenmemişse de Kanunun 18. maddesinin gerekçesinde, işverenden beklenenin feshe son çare olarak bakması olduğu belirtilmiştir. İş sözleşmesinin feshedilmesi, işçinin korunması ve işletmelerin devamlılığı açısından arzu edilmeyen bir durumdur. Ekonomik yönden işverene bağımlı olan işçinin iş sözleşmesinin mümkün olduğunca devam ettirilmesi, iş hukukunun temel ilkelerinden işçinin korunması ilkesine hizmet edeceği gibi iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde işlerlik kazanan feshin son çare olması ilkesine de hizmet eder. Feshe karşı koruma dar anlamda feshe karşı koruma ve geniş anlamda feshe karşı koruma olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Dar anlamda feshe karşı koruma, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle derhal fesih yolu ile veyahut ihbar sürelerine uyarak geçerli sebeple fesih yolu ile sona erdirilmesini ve bu fesih kararının, yargı denetiminden geçerek işçinin korunmasını ifade ederken; geniş anlamda feshe karşı koruma, iş sözleşmelerinin olabildiğince ayakta tutulmasını ve bu yönde önlemler alınmasını ifade eder. Çalışmamızda, feshe ilişkin kısa bir bilgi verildikten sonra geniş anlamda feshe karşı koruma normları incelenecektir. Bu kapsamda, iş güvencesine tabi olmayan iş sözleşmelerinin devamlılığını amaçlayan normlardan olan kısa çalışma, ücretsiz izin, mesleki amaçlı eğitim, çalışma koşullarında esaslı değişiklik, geçici süreli askerlik veya kanuni ödevin yerine getirilmesi, sağlık nedenleri, annelik izni, zorlayıcı nedenler, işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması ve grev ve lokavt gibi iş sözleşmelerini askıya alan haller, kıdem tazminatı ve kötüniyet tazminatı, bu müesseselerin uygulanma koşulları ve iş sözleşmelerine etkileri, feshin son çare olması ilkesi gözetilerek açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler

Fesih, Ultima ratio, Kısa çalışma, Ücretsiz izin, Askı

Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 15.12.2024 – **Makale Kabul Tarihi:** 10.06.2025.

Atıf: Elif KESKİN ŞAHİN ‘İş Güvencesi Hükümleri Dışında Kalan Feshe Karşı Koruma Normları’ (2025) 3(2) TRÜHFD 260-297.

* Öğr. Gör., Avrasya Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Mahkeme ve Büro Hizmetleri Bölümü; Doktora Öğrencisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İş ve Sosyal Güvenlik Anabilim Dalı, keskine@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7361-1820.

Abstract

The principle of "termination as a last resort" (ultima ratio), which is one of the fundamental principles of labor law and aims to ensure the continuation of the employment contract, essentially requires the employer to resort to less severe measures that can prevent termination. If the goal intended to be achieved through termination can be attained by alternative means in accordance with the principle of proportionality, the termination will not be deemed valid. In order to maintain the continuity of employment contracts, problems should be addressed by other appropriate means before resorting to dismissal. Although this principle is not explicitly regulated under Law No. 4857, the rationale of Article 18 states that employers are expected to consider termination only as a last resort. The termination of an employment contract is an undesirable outcome both in terms of the protection of employees and the continuity of enterprises. Ensuring the continuation of the employment contract for employees who are economically dependent on the employer not only serves the fundamental labor law principle of protecting employees, but also supports the application of the principle of termination as a last resort.

Protection against dismissal is categorized into two forms: narrow and broad. In the narrow sense, protection against dismissal refers to the legal safeguards afforded to the employee when a fixed-term employment contract is terminated by the employer either through immediate dismissal for just cause or by observing the notice periods for a valid reason. In this context, the validity of such dismissals is subject to judicial review to ensure the protection of the employee. In the broad sense, protection against dismissal entails the implementation of measures aimed at preserving employment contracts to the greatest extent possible.

In this study, following a brief overview of termination, the legal norms constituting broad protection against dismissal will be examined. Within this scope, mechanisms that aim to maintain the continuity of employment contracts not covered by job security provisions—such as short-time work, unpaid leave, vocational training, substantial changes in working conditions, temporary military service or fulfillment of legal obligations, health-related reasons, maternity leave, force majeure, pretrial detention or imprisonment of the employee, and suspension of employment due to strikes and lockouts—will be analyzed. Additionally, the application conditions and impacts of legal institutions such as severance pay and bad faith compensation on employment contracts will be explained in light of the principle of termination as a last resort.

Keywords

Rescission, Ultima ratio, Short working, Non – Paid leave, Suspension

GİRİŞ

İş hukukunda kabul edilen prensiplerin başında, işçinin korunması ilkesi vardır. İşverene göre daha dezavantajlı bir konumda olduğu kabul edilen işçinin korunması için çeşitli prensipler ve normlar bu ilkenin bir sonucu olarak kabul edilmiştir. Feshe karşı koruma ilkesi, işçinin korunması ve iş sözleşmesinin devamının sağlanması amacıyla öngörölmüş ilkelerden birisidir. İş Kanununda açık bir düzenleme olmamasına karşın, hukukumuzda Alman ve Fransız hukuklarında olduğu gibi bu ilkenin uygulanması gerekliliği konusunda

görüş birliği vardır. Geniş anlamda feshe karşı koruma, işçinin korunması ve iş sözleşmelerinin devamlılığının sağlanması ilkelerinin yanı sıra sosyal devlet ilkesine ve istihdamın devamlılığı ilkelerine de dayanır. İş sözleşmesinin feshinin önlenmesi veya geciktirilmesi amacıyla çeşitli kanunlarda birtakım tedbirler öngörülmüştür. Bu önlemlerin başında, 4857 sayılı Kanunun 18. maddesi gelir. Feshin geçerli sebebe dayandırılması kenar başlığını taşıyan maddenin gerekçesinde, açıkça feshin son çare olması ilkesi telaffuz edilmemişse de, işverenden beklenenin feshi son çare olarak görmesinin beklendiği belirtilmiştir. Yine İş Kanununda çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması, ücretsiz izin, annelik izni, iş sözleşmesini askıya alan haller, kötüniyet tazminatı gibi müesseselerin öngörülmesi, tarafların uyuşmazlığı fesihten önce başka yöntemlerle çözmeleri amacıyla getirilmiş yöntemlerdir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Sağlık Sigortası Kanununun geçici madde 10 ve devamında düzenlenen kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği ile, ekonomik kriz ve genel salgın gibi sebeplerle işyerinde çalışma süresinin önemli ölçüde azaldığı veya tamamen durduğu durumlarda, devlet desteği ile iş sözleşmelerinin devamının sağlanması ve böylece fesih yoluna gidilmeden iş sözleşmelerinin ayakta tutulması amaçlanır. 1475 sayılı Kanunun 14. maddesi ile kıdem tazminatı düzenlenmiştir. Kıdem tazminatı ile iş sözleşmelerinin feshinin işveren açısından maliyetli bir hale getirilmesi amaçlanmıştır. Böylece işveren düşünmeye sevk edilir ve maliyetli bir fesih yapmaktansa iş sözleşmesini ayakta tutmayı sağlayan bir çözüm yöntemi bulması arzu edilir. İşçinin çalışma hayatında kendini güvende hissetmesi, en ufak bir olayda iş sözleşmesine son verilemeyeceğini bilmesi, işçinin verimliliğini artırırken; işyerinde de üretimin devamlılığını sağlar.

Feshin son çare olması ilkesinin benimsenmesi ile işverenlerin keyfi uygulamalarla işçilerinin iş sözleşmelerini sona erdirmelerinin engellenmesi amaçlanırken, bir yandan da sosyal ve ekonomik dengenin bozulmamasının önüne geçilmeye çalışılır. Feshin son çare olarak uygulanması, hem işçinin hem de işverenin menfaatinidir. Zira işçi açısından, çalışmasının karşılığı olarak aldığı ve hayatını idame ettirmesi için gerekli olan ücreti güvence altına alınırken; işveren açısından, işletmesinin devamlılığı sağlanmış olur. Böylece her iki taraf açısından da ölçülü ve yararlı bir durum ortaya çıkar.

Çalışmamızın konusunu, iş güvencesi hükümleri dışında kalan feshe karşı koruma normları oluşturmaktadır. Birinci bölümde, önce genel olarak fesih kavramı açıklanacaktır. Daha sonra feshe karşı koruma kavramı üzerinde durulacak ve dar anlamda feshe karşı koruma ve geniş anlamda feshe karşı koruma olarak ikili bir ayrıma gidilecektir. Sonrasında ise feshin son çare olması ilkesi irdelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, iş akdinin feshini önleyici tedbirler, kısa çalışma kavramından başlayarak; tanım hukuki niteliği, uygulanma koşulları ve iş sözleşmesine etkisi perspektifinde açıklanacak ve çalışmanın devamında genel olarak bu sistematik takip edilerek açıklamalara devam edilecektir. Kısa çalışma kavramından sonra ücretsiz izin kavramı, mesleki amaçlı eğitim kavramı, çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramı, iş akdinin askıda kaldığı durumlar, kıdem tazminatı ve kötüniet tazminatı kavramları aynı sistematik çerçevesinde incelenecektir.

Çalışmamız sonuç bölümü ile sona erecektir.

I. İŞ HUKUKUNDA FESHE KARŞI KORUMA

A. Fesih Kavramı

Fesih, devam etmekte olan hukuksal bir ilişkiyi tek taraflı olarak, ileriye dönük olmak üzere sonuçlandıran bozucu yenilik doğuran irade beyanıdır.¹ İş sözleşmesinin feshi ise iş sözleşmesinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesini mümkün kılan, bozucu² ve inşai nitelikte bir haktır.³

İş sözleşmeleri, süreli fesih ve haklı nedenle derhal fesih yollarına başvurularak sonlandırılabilir. Süreli fesih yolu, olağan fesih yoludur ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Haklı nedenle derhal fesih yolu ise olağanüstü fesih yoludur ve hem belirsiz süreli sözleşmelerde hem de belirli süreli sözleşmelerde işlerlik kazanabilir.⁴

B. Feshe Karşı Koruma Kavramı

1. Genel Olarak

İş sözleşmelerinin devamlılığının sağlanması ve en ufak bir uyuşmazlıkta feshedilmeyip koruyucu tedbirlere başvurulması, işçi ve işveren açısından arzu edilen bir durumdur. İşçilerin

¹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Yenilenmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) 246; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1* (Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018) 436 vd.

² Sarper Süzek, *İş Hukuku* (Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayınları 2019) 503; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 1410; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (24. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 98; Aslı Sümer Önder, ‘İşçinin İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi 2011) 11.

³ Fesih beyanının karşı tarafa varması gerekir ancak karşı tarafın kabulüne gerek yoktur. Sözleşme, geleceğe etkili olarak sona erer. Fesih, şarta bağlanamaz. Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeion Yayınları 2018) 221; E. Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (Yenilenmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 262; Serkan Elmas, *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih* (Lykeion Yayınları 2018) 7 vd.

⁴ Sarper Süzek, *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi* (Savaş Yayınları 1989) 9; Elmas (n 4) 8.

iş sözleşmelerinden kaynaklanan çeşitli rizikolar mevcuttur. Örneğin işçi, işverene karşı iş görme edimini yerine getirirken iş kazasına veya meslek hastalığına maruz kalabilir. Bu durum işçi açısından bedeni ve manevi zararların doğmasına neden olabilir. İş kazası ve meslek hastalığından sonra başlarına işçinin iş sözleşmesi ile alakalı olarak gelebilecek en olumsuz durum, iş sözleşmelerinin feshedilerek işsiz kalmalarıdır. Zira işçinin geçim kaynağı, iş görme edimi karşılığında aldığı ücrettir. İşverenin işletmesinin devamlılığı da üretimle sağlanır. Yani işverenin de işçinin iş gücüne ihtiyacı vardır. Her iki tarafın da çıkarlarına hizmet eden feshe karşı koruma müessesesi, feshin son çare olması ilkesinin bir gereğidir.⁵

Feshe karşı koruma kavramı, dar anlamda feshe karşı koruma ve geniş anlamda feshe karşı koruma olmak üzere iki başlık altında incelenebilir.

2. Dar Anlamda Feshe Karşı Koruma

Dar anlamda feshe karşı koruma, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin, işverence haklı nedenle derhal feshi yanında, bildirimli fesihte de geçerli bir neden gösterilmesi zorunluluğunun aranması ve feshin yargı denetimine tabi tutulması yoluyla iş sözleşmelerinin korunmasıdır. Haklı ya da geçerli nedene dayanmayan fesihlerde, işçinin feshe karşı korunması için; iş sözleşmesinin feshinin geçersiz sayılması, işçinin işe iadesinin gerçekleştirilmesi veya işverenin ağır tazminatlara mahkûm edilmesi gibi önleyici tedbirlere başvurulur.⁶

Dar anlamda feshe karşı koruma kavramı ile genellikle iş güvencesi hükümleri kastedilir.⁷

İş güvencesi, işverenin geçerli olmayan nedenlerle fesih yapmasını engelleyen; işverenin geçersiz nedenle fesih yapması durumunda ise işçi lehine özel bir tazminat öngören müessesedir.⁸

İş güvencesi kavramı, işçinin geleceğine güven duyması ve aynı zamanda iş sözleşmesinin aniden feshedileceği ve geçim kaynağı olan ücretinden yoksun kalacağı

⁵ Süleyman Başterzi, 'Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri' (2005) 54(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 53, 64.

⁶ ibid 53.

⁷ İş güvencesi hükümleri, iş ilişkisinin devamının sağlanması için işçinin hem çalışma hakkını korur hem de işverenin fesih hakkını sınırlayarak işçiyi feshe karşı korur. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 278.

⁸ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 533.

endişesini yaşamaması amacıyla öngörülmüştür.⁹ Temelinde, işçilerin istihdamda sürekliliğinin sağlanması ve işverenin keyfi hareket etmesinin önlenmesi düşüncesi vardır.¹⁰

İş güvencesi hükümlerinin daha etkili bir şekilde uygulanması amacıyla, asıl işveren – alt işveren, belirli süreli iş sözleşmeleri, ödünç iş ilişkisi gibi kurumların iş güvencesi hükümleriyle uyumlu olarak düzenlenmesinin yanı sıra; kısa çalışma uygulaması gibi gelir güvencesi getiren kurumlar da düzenlenmiştir.¹¹

3. Geniş Anlamda Feshe Karşı Koruma

Geniş anlamda feshe karşı koruma kavramı, işverenin fesih hakkını sınırlayan ve iş sözleşmelerini olabildiğince ayakta tutmaya çalışan yasal veya sözleşmesel bütün önlemleri bünyesinde barındırır.¹² Geniş anlamdan feshe karşı korumanın teorik temelinde, işçinin korunması ilkesi, feshin son çare olması ilkesi, istihdamın devamlılığının sağlanması ilkesi, sosyal devlet ilkesi, ölçülük ilkesi ve iş sözleşmelerinin sürekliliği ilkesi gibi ilkeler yer alır.¹³

C. Feshin Son Çare Olması İlkesi

Feshin son çare olması (ultima ratio) ilkesi, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilebilmesi için, işçinin daha kötü çalışma şartlarında dahi çalıştırılabilme olanağının kalmadığı durumlarda son çare olarak feshe başvurulmasını ifade eder.¹⁴ Bu ilkenin öngörülmesi, iş güvencesi müessesesinin temelinde yatan iş sözleşmesine bağlılığın esas, feshin ise istisna olduğu düşüncesinden kaynaklanır. Ultima ratio ilkesine göre işverenin, işçisinin iş sözleşmesini feshedebilmesi için bu sözleşmenin sürdürülebilmesinin kendisi için çekilmez hale gelmiş olması gerekir.¹⁵

Feshin son çare olması ilkesi, tüm fesihlerde uygulama alanı bulur¹⁶; ancak genellikle işverenin feshinde gündeme gelir. Çünkü işçiye göre daha avantajlı bir konumda olan işveren,

⁹ ibid 533.

¹⁰ Başterzi (n 6) 56.

¹¹ Süzek, *Askı* (n 5) 14; Başterzi (n 6) 54 vd.

¹² Başterzi (n 6) 53.

¹³ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 601 vd.; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı, Beta Yayınları 2023) 648 vd.

¹⁴ Fesihten daha hafif tedbirlerin alınması mümkünse artık feshe başvurulmamalıdır. Fesihten kaçınma olanağı değerlendirilmelidir. Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 580 vd.; Kazım Yücel Dönmez, *İş Hukukunda Tazminatlar* (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2008) 247.

¹⁵ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 581; Başterzi (n 6) 58. Feshin son çare olduğunun işverence ispatlanması gerekir. Salt geçerli nedenin ispatlanması, feshin son çare olarak uygulandığını göstermez; işverenin fesihten başka çaresinin kalmadığını da ispatlaması gerekir. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 290.

¹⁶ Feshin son çare olması ilkesinin sadece işletmesel sebeplerle yapılacağına ilişkin görüş için bkz. Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (Güncellenmiş 6. Baskı, On İki Levha Yayınları 2024) 724 vd.

ekonomik menfaatlerle işçinin iş sözleşmesini keyfi bir şekilde sonlandırabilir veya şartlarını değiştirebilir. İşte bu ilke, işverenin iradesi üzerinde etkili olur ve işletme yönetimi ile liberal piyasa ekonomisi sistemine müdahale niteliği taşır. İşveren, ancak başka bir yolla amaçladığı sonuç gerçekleşmeyecekse fesih yoluna başvurabilir. Aksi halde geçersiz fesih yapmış sayılır.¹⁷

Feshin son çare olması ilkesinin haklı nedenle derhal fesihlerde uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kanun koyucu, taraflar açısından haklı nedenle derhal feshi iş sözleşmesinin, taraflardan birisi için çekilmez hale geldiği düşüncesi ile öngörmüştür. Sözleşmenin devamı, objektif iyiniyet kuralları gereği artık mümkün değildir; dolayısıyla tarafların iş sözleşmesini devam ettirmeleri için zorlanmaları güven esasına dayalı iş hukuku prensiplerine uygun düşmez. Zira İş Kanunu madde 25, önlem alınmasına gerek kalmadan, hatta belirli bir süre dahi beklenmeden iş sözleşmesinin sonlandırılabilmesine imkân tanır. Bu haliyle fesihten önce başka çözüm yolları aranması pratiğe, hakkaniyete ve hukuka uygun olmaz.¹⁸

Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre ise haklı nedenle fesih sebepleri ciddi gerekçeler açısından öngörülmüşse de feshin son çare olması ilkesi öncelikli olarak uygulanmalıdır. Bu görüş taraftarları işçi lehine genişletici yorumu gerekçe gösterirler. İşverenin haklı nedenle derhal fesih nedeni mevcut olsa dahi daha hafif bir yaptırım öngörülmesi mümkünse bunun öngörülmesi gerektiği savunulur.¹⁹

Yargıtay, konuya ilişkin bir kararında “İşverenin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/I-b maddesi uyarınca iş sözleşmesinin feshi kural olarak geçerli nedene dayanır. Ancak, bu halde dahi feshin son çare olması gerekir. İşyerinde davacının yapabileceği iş olup olmadığı araştırılmamıştır. Başka bir anlatımla davacının iş sözleşmesinin feshinden önce feshin son çare olduğu ilkesinin uygulanıp uygulanmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Davalıya ait işletmenin kapasitesi ve davacının nitelikleri dikkate alınarak, gerekirse işyerinde keşif yapılmak suretiyle durumuna uygun hafif bir işte değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp

¹⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 289; Başterzi (n 6) 58.

¹⁸ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 719 vd.; Sümer, *İş Hukuku* (n 3) 119 vd. Kandemir’e göre Alman doktrininde ve yargı uygulamasında olduğu gibi hukukumuzda da işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde de son çare ilkesi dikkate alınmalıdır ve güven ilişkisi zedelenmiş olsa dahi, son çare ilkesini dışlayan sınırlamalardan kaçınılmalıdır. Her somut olayın kendi özelinde değerlendirilmesi daha doğru olur. Bkz. Artür Karademir, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 137 vd.

¹⁹ Çelik, Canikoğlu, Canbolat, Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (n 14) 648 vd.

dayanmadığı belirlenmelidir.” demek suretiyle haklı nedenle fesih halinde dahi, feshin son çare olması ilkesinin işlerlik kazanması gerektiğini hüküm altına almıştır²⁰.

Feshin son çare olması ilkesi uygulanırken bunun ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir. Bu uygulamanın sınırı, işverenin işletmesel karar özgürlüğüdür. Her ne kadar işçinin korunması²¹ öncelikle gözetilse de, işverenden fazla masraflı fedakârlıklar göstermesi beklenemez. Taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilmelidir.²² Feshin son çare olması ilkesi uygulanırken ölçülülük ilkesine uygun olarak hareket edilmesi gerektiği Yargıtay’ca da, *“İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. İşletmesel kararın amacı, yargı denetimi dışındadır. Ancak, bu hakkın kötüye kullanıldığı iddia edildiğinde keyfilik denetimine ve ayrıca feshin son çare olması ilkesi ve işyeri gereğinin kaçınılmaz olup olmadığının denetimi kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimine tabi tutulabilir. Ölçülülük denetiminde feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. Gereklilik denetimi de, işveren tarafından gerçekleştirilen yeniden yapılanma önlemlerinin yasa ve sözleşmelere uygun olup olmadığına indirgenmelidir.”* Denilmek suretiyle belirtilmiştir²³.

II. İŞ AKDİNİN FESHİNİ ÖNLEYİCİ TEDBİRLER

İş sözleşmelerinin geçerli olarak sona erdirilebilmesi için bu feshin geçerli veya haklı bir neden dayanması ve başka bir çarenin kalmamış olması gerektiği yukarıda belirtilmişti. İşverenin işçi ile aralarında bağitlanmış olan iş sözleşmesini geçerli bir şekilde feshedebilmesi için bu feshin son çare olması ilkesine uygun olması gerekir. Fesihten farklı bir önlem alınarak iş sözleşmesinin ayakta tutulması mümkün ise önce bu yol ve yöntemler denenmeli, yine çözüme ulaşılamazsa ancak o zaman fesih yoluna gidilmelidir. Ancak son çare ilkesinin uygulanabilir nitelikte ve elverişli olması gerekir. İşveren açısından aşırı külfet doğuran veya

²⁰ Yargıtay 9 HD, E 2006/3213 K 2006/5521, 6.3.2006, aksi yönde bir kararı için bkz. Yargıtay 9 HD, E 2017/10662 K 2019/20562, 25.11.2019.

²¹ Süzek, *Askı* (n 5) 16.

²² Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 582; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 4) 291; Başterzi (n 6) 59.

²³ Yargıtay 9 HD, E 2007/16151 K 2007/30228, 15.10.2007, Yargıtay 9 HD, E 2007/33518 K 2008/10645, 28.4.2008.

işletmenin izlediği amaca aykırı olan önlemlerin alınması veya işçiye yeni iş yaratılması beklenemez²⁴.

Feshin son çare olarak uygulanması ilkesi uyarınca, bizim de çalışmamızda değineceğimiz; kısa çalışma, ücretsiz izin, mesleki amaçlı eğitim, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması, iş sözleşmesinin askıya alınması, kıdem tazminatı ve kötüniyet tazminatı gibi tedbirlerin alınması gündeme gelebilir. Bu tedbirlerin yanı sıra, işçinin ücretinin düşürülmesi, yıllık ücretli izin kullandırılması, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı gibi tedbirlere başvurulması da mümkündür.

A. Kısa Çalışma

1. Tanımı

Kısa çalışma, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz, genel salgın ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı geçmemek üzere yapılan çalışmayı ifade eder.²⁵

Her ne kadar bir işletme bünyesinde gerçekleşen ekonomik risklerin muhatabı işverense de, kısa çalışma uygulaması ile bu risk işçi ve işveren arasında bölüştürülmeye çalışılmıştır. İşçinin menfaatlerinin korunması yanında, işverenin ve işletmenin menfaatlerinin de korunması gerekir. İşletmenin devamlılığının sağlanması, işçiyi de dolaylı olarak korur. Zira işletmenin ekonomik olarak sıkıntıda olması sonucu kapanması, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesine ve işsiz kalmasına yol açar. Bu da hem iş sözleşmesinin korunmasını amaçlayan feshin son çare olması ilkesine uygun olmaz hem de istihdamın devamını zedeler. Yani işveren, önce kısa çalışma uygulamasına başvurmalıdır; yine de sorunu çözemiyorsa ancak bu durumda son çare olarak feshe başvurabilir.²⁶

Kısa çalışma uygulamasının öngörülmesindeki amaç, ekonomik, bölgesel veya sektörel krizler ile zorlayıcı sebeplerin işyerinde oluşturacağı olumsuz etkilerin azaltılmaya çalışılmasıdır. Bu uygulama aslında bir tedbir niteliğindedir ve geçicidir. Kriz zamanlarında

²⁴ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 636.

²⁵ Bir başka tanıma göre kısa çalışma, kanunda sayılan nedenlerle ekonomik açıdan zor duruma düşen işletmelerde, işçi ve işverenlerin çıkarlarının sosyal sigorta sistemi içinde uzlaştırıldığı, işin kısmen veya tamamen durdurulduğu veyahut çalışma sürelerinin azaltıldığı bir durumdur. Yasemin Yücesoy, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma ile Salgın Hastalık Halinde Uygulanan Diğer Hukuki Kurumlar* (Adalet Yayınları 2020) 25.

²⁶ Başterzi (n 6) 64; Nurtaç Endes, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma* (Adalet Yayınları 2017) 8; Yücesoy (n 19) 27; Artür Karademir, (n 17) 256 vd.

veya zorlayıcı sebeplerin mevcut olması halinde kısa çalışma uygulamasına geçilerek işçilerin ücretsiz izne çıkartılmasının veyahut iş sözleşmelerinin feshedilmesinin önüne geçilmeye çalışılır. Aynı şekilde kısa çalışma uygulamasına geçilerek işyerinin daha fazla zarara uğraması da engellenir. Böylece kriz dönemlerinde, hem işçinin ücretinin bir kısmını alabilmesi garanti altına alınmış olur hem de istihdamın devamı sağlanır ve işveren de işçilerini kaybetmemiş olur.²⁷

Kısa çalışma uygulaması, ilk olarak 2003 yılında 4857 sayılı İş Kanunu²⁸ ile yürürlüğe girmiştir. Daha sonra çeşitli değişikliklere uğrayarak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu²⁹ ile güncel halini almıştır.³⁰

2. Hukuki Niteliği

Kısa çalışmanın hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar: iş sözleşmesinde değişiklik olduğu görüşü, alacaklının temerrüdü niteliğinde olduğu görüşü ve kanunun imkân verdiği bir askı hali olduğu görüşüdür.³¹

İş sözleşmesinde değişiklik olduğu görüşüne göre, iş sözleşmeleri, işçi ve işveren arasında sürekli borç ilişkisi doğuran bir müessesedir.³² İşveren tarafından kısa çalışma uygulamasına geçilmesi, geçici bir süre de olsa çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması anlamına gelir. Zira işçinin temel borcu, işverenin işinde çalışmak iken; işverenin temel borcu ise işçiye çalışması karşılığı ücret ödemektir. İşçinin normal çalışma süresinin altında çalışması veyahut hiç çalışmaması, işverenin de ücret ödeme borcunun bu oranda azalması anlamına gelir. Bu da iş sözleşmelerinde esaslı değişiklik niteliği taşır. İşte kısa çalışma uygulaması ile hem işçi açısından hem de işveren açısından mevcut durum daha katlanabilir hale getirilmeye çalışılmış ve feshin son çare olması ilkesi korunmuştur.³³

Esasen çalışma koşullarında değişiklik yapılabilmesi için işverenin bunu işçiye yazılı olarak bildirmesi ve işçinin de altı işgünü içinde yazılı olarak bu değişiklik teklifini kabul

²⁷ Başterzi (n 6) 66; Endes (n 20) 11; Mustafa Baysal, *Covid – 19 Özel Bölümüyle Kısa Çalışma Rehberi* (Seçkin Yayınları 2020) 23.

²⁸ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG 10.6.2003/25134.

²⁹ İşsizlik Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 4447, Kabul Tarihi: 25.8.1999 RG, 8.9.1999/23810.

³⁰ 26/5/2008 tarihinde kısa çalışma, İş Kanunu bünyesinden çıkarılarak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa eklenmiştir. Böylece Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunundaki işçiler de bu kapsama dâhil edilmiştir. 25/2/2011 tarihinde ise kısa çalışmanın kapsamı genişletilmiş ve sektörel ve bölgesel kriz halleri de kısa çalışma yapılabilecek durumlara dâhil edilmiştir.

³¹ Yücesoy (n 19) 44; Endes (n 20) 14.

³² Endes (n 20) 14.

³³ Başterzi (n 6) 64; Endes (n 20) 17.

etmesi gerekir. Aksi halde söz konusu değişiklik işçiye bağlamayacaktır. Yani kural olarak, işverenin yönetim hakkı³⁴, çalışma koşullarında tek yanlı değişiklik yapmayı kapsamaz.³⁵ Ancak doktrindeki bir görüşe göre, kısa çalışma uygulaması, çalışma süresinin kısaltılması şeklinde uygulanıyorsa işçinin bu değişiklik önerisini kabul ettiği varsayılır. Eğer işçi, kısa çalışma uygulamasını reddederse işveren, gerekçesini yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine uymak suretiyle, İş Kanunu madde 22 kapsamında, işçinin iş sözleşmesini fesheder.³⁶

İlgili görüşe göre, işçinin iş sözleşmesi kapsamında çalışma süresinin ve çalışması karşılığı aldığı ücretin önemli ölçüde değişmesine rağmen, bu değişikliğin işçinin onayı ile değil, Türkiye İş Kurumunun kararı ile yapılması sebebiyle eleştirilmektedir. Yine esaslı değişikliğin, uzun vadeli değişiklikleri ifade etmesi, ancak kısa çalışma halinin geçici nitelikte bir tedbir olması da bu görüşün eleştirildiği noktalardan birisidir.³⁷

Alacaklının temerrüdü olduğu görüşü, TBK madde 408 hükmünden yola çıkar. Şöyle ki, işveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. İş sözleşmesinden doğan bir borcun ifa edilmesi için işçi, ifa teklifinde bulunuyor, ancak bu teklif işverence haklı sebep gösterilmediği halde kabul edilmiyorsa, işveren temerrüde düşmüş olacaktır.³⁸ Bu görüş, kısa çalışmanın kabul edilebilmesi için genel ekonomik kriz, sektörel ve bölgesel kriz veya zorlayıcı sebeplerin varlığının aranması ve işverenin bu durumların ortaya çıkmasında bir kusurunun olmaması sebebiyle eleştirilmektedir. Ayrıca işverenin işçiye ücret ödeme borcu, alacaklı temerrüdü süresince devam ederken; kısa çalışma uygulamasında işverenin ücret ödeme borcu devam etmez veya çalışma süresi temel alınarak işçiye orantılı bir ücret ödenir. Kısa çalışma durumunda işverenin ücret ödeme borcu askıdadır.³⁹

³⁴ İşverenin vereceği talimatlarla, yasa, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmelerine aykırı olmamak üzere, işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına yönetim hakkı denir. İş sözleşmelerinde, iş görme borcunun konusu ve çalışma koşulları genel hatlarıyla belirtilir. Ancak bazı alanlarda ise boşluk olacağı muhakkaktır. İşte bu boşluklar, işverenin yönetim hakkını kullanması ile doldurulurlar. Sarper Süzek, *Askı* (n 5) 107.

³⁵ Yücesoy (n 19) 48.

³⁶ Başterzi (n 6) 69.

³⁷ Derya Akat, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma* (Adalet Yayınevi 2017) 20.

³⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 371.

³⁹ Akat (n 31) 22.

Kanunun imkân verdiği bir askı hali olduğu görüşüne göre, iş sözleşmesi kurulduktan sonra⁴⁰, tarafların edimlerini ifa etmesine engel bir mücbir sebep veya umulmadık hal ortaya çıkarsa ve bu hal, geçici bir nitelikte ise bu durumda ifanın mümkün olmadığı süre için iş sözleşmesinin feshi değil, askıda kalması gündeme gelir.⁴¹ Kısa çalışma süresi sona erdiği zaman, iş sözleşmesinin askıda kalma hali de sona erecektir.⁴²

3. Uygulanma Koşulları

Kısa çalışma uygulamasına başvurulabilmesi için öncelikle kısa çalışma yapılacak iş yerinin İşsizlik Sigortası Kanununa tabi olması gerekir.⁴³ Bu kanuna tabi işçilerin iş sözleşmelerinin türlerinin bir önemi yoktur.⁴⁴

Kısa çalışma uygulamasına başvurulabilmesinin bir başka koşulu ise genel ekonomik⁴⁵, sektörel⁴⁶ veya bölgesel⁴⁷ bir krizin bulunması veya zorlayıcı bir nedenin⁴⁸ bulunmasıdır.⁴⁹

Bir diğer şart, işyerinde çalışmanın kısmen veya tamamen durması veya önemli ölçüde azalmasıdır. Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca, bir işyerinde kısa çalışma uygulamasına üç ayı geçmemek üzere başvurulabilir ve bu süre kısa çalışma süresini geçemez. İşyerinde işin

⁴⁰ Süzek, *Askı* (n 5) 116. Tarafımızca da ilgili görüş daha doğru bulunmaktadır.

⁴¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 371; Akat (n 31) 22; Endes (n 20) 22; Yücesoy (n 19) 45.

⁴² Endes (n 20) 23.

⁴³ Bu Kanunun kapsamına, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının a bendi ve ikinci fıkrası kapsamındakilerden bir iş sözleşmesine dayalı sigortalılar; 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlardan 5510 sayılı Kanunun 52. maddesinin birinci fıkrası kapsamında işsizlik sigortası primi ödeyen isteğe bağlı sigortalılar, aynı Kanunun ek 6. maddesi kapsamındaki sigortalılar; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesinde belirtilen sandıklara tabi sigortalılar dâhildir.

⁴⁴ Akat (n 31) 37.

⁴⁵ Genel ekonomik kriz, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları ifade eder.

⁴⁶ Sektörel kriz, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olaylardan doğrudan etkilenen sektörler ve bunlarla bağlantılı diğer sektörlerdeki işyerlerinin ciddi anlamda sarsıldığı durumları ifade eder.

⁴⁷ Bölgesel kriz, ulusal veya uluslararası olaylardan dolayı belirli bir il veya bölgede faaliyette bulunan işyerlerinin ekonomik olarak ciddi anlamda etkilenip sarsıldığı durumları ifade eder.

⁴⁸ Zorlayıcı neden, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık veya seferberlik gibi durumları ifade eder. Zorlayıcı nedenlerle kısa çalışma uygulamasına başvurulmuşsa, kısa çalışma ödeneğinin ödenmesi için 4857 sayılı Kanunun 24/3. maddesi ve 40. maddesinde öngörülen bir haftalık sürenin geçmesi beklenir.

⁴⁹ Görüleceği üzere kısa çalışmanın uygulanmasını gerektiren haller işverenden değil, işyeri dışından kaynaklanmalıdır. Aksi halde kısa çalışma uygulamasına başvurulabilmesi mümkün değildir. Endes (n 20) 53.

kısmen veya tamamen durması, en az dört hafta süreyle olabilir. İşyerinde yapılan çalışmanın önemli ölçüde azalmasındaki kıstas ise işyerinin tamamında veya bir bölümünde, geçici olarak, en az üçte bir oranında çalışma sürelerinin azaltılmasıdır. Aksi halde, kısa çalışmanın varlığından söz edilemez; bu durum ancak iş sözleşmesinde değişiklik anlamına gelir ve bu halde de işçinin geçerli rızasının varlığı gerekir.⁵⁰

Kısa çalışma uygulamasının, Türkiye İş Kurumuna ve toplu iş sözleşmesi tarafı sendika varsa bu sendikaya bildirilmesi şarttır.

Kısa çalışma uygulamasına işveren başvurur. Bu başvuruyu gerekli formları doldurarak Çalışma ve İş Kurumuna yapar. İşveren, yazılı ve elektronik ortamda doldurduğu başvuru formunu İşkur'a verir. İşkur'un olumlu değerlendirmesi sonrasında kısa çalışma uygulamasına geçilir.⁵¹

4. İş Sözleşmesine Etkisi

Kısa çalışma uygulaması, işçinin iş sözleşmesinin teorik olarak askıya alındığı durumlardan birisidir.⁵² İşyerinde haftalık çalışma süresi önemli ölçüde azalmışsa, iş sözleşmesinin kısmen askıya alındığından söz edilemez; yani iş sözleşmesinin kısmen askıya alınması gibi bir durum söz konusu değildir.⁵³

İş sözleşmesinin askıya alındığının kabulü için ortaya çıkan nedenin teknik anlamda zorlayıcı neden olması şart değildir. Eğer işverenin tüm çabasına rağmen ifayı kabul etmesi imkânsız hale gelmişse ve bu imkânsızlığı gidermesi mutlak olarak olanaksızsa yine iş sözleşmesinin askıya alındığının kabulü gerekir.⁵⁴

Kural olarak, kısa çalışma uygulamasının süresi üç ayı aşamaz. Ancak üç ay geçmesine rağmen kısa çalışma uygulamasına geçilmesine neden olan durum hala mevcut ise işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Eğer işçi, iş sözleşmesini feshetmiyorsa bu durumda

⁵⁰ Akat (n 31) 44.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal (n 21) 42 vd.

⁵² Başterzi (n 6) 67; Akat (n 31) 56.

⁵³ Başterzi (n 6) 67.

⁵⁴ Ancak işverenin ifayı kabul edememesinin sebebi, ekonomik zorluklarsa bu durumda, tabii ki iş sözleşmesinin askıya alındığından değil, işletme riskinden söz edilir. ibid 67.

askı halinin kabul ettiği varsayılır.⁵⁵ Kısa çalışma süresinin sona ermesi ile beraber iş sözleşmesi, kısa çalışma uygulaması öncesindeki hali ile yeniden işlerlik kazanır.⁵⁶

Kısa çalışma uygulamasına tabii işçinin, askı süresince de işverene bağlılığı ve sadakat yükümlülüğü devam eder. Dolayısıyla bu süre de işçinin kıdemine ve akabinde alacağı kıdem tazminatına dâhildir.⁵⁷

İşçi, kısa çalışma uygulamasına maruz kaldığından bahisle, normal çalışma koşullarında aldığından daha az ücret aldığını iddia ederek aradaki farkı işverenden talep edemez. Bu durum, Türkiye İş Kurumu tarafından, işverene, çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisi verilmesinin bir sonucudur.⁵⁸

Kısa çalışma uygulamasında, işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edilir. Dolayısıyla taraflar, askıda olan iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilirler.⁵⁹ Kısa çalışmanın, çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltılması şeklinde uygulanmasında da sonuç aynıdır. Taraflar, iş sözleşmesini haklı nedenle her zaman feshedebilirler.⁶⁰

İşçi, kısa çalışma uygulaması devam ederken gözüaltına alınır ve yahut tutuklanırsa ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Şöyle ki, eğer kısa çalışma uygulaması sonucu işyerindeki faaliyetler tamamen durmuşsa, işçi hâlihazırda zaten işe gitmediğinden iş sözleşmesinin de feshi mümkün değildir. Çünkü bu halde işçi zaten işe gitmemektedir ve dolayısıyla devamsızlık gibi bir durum da söz konusu değildir. Kısa çalışma, çalışma sürelerinin azaltılması şeklinde uygulanıyorsa artık işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması, işçinin devamsızlığına yol açacağından iş sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilebilir.⁶¹

Kısa çalışma süresince, işçi açısından iş sözleşmesinin feshedilebilir feshedilemeyeceği konusunda ise çeşitli görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre, kısa çalışma uygulamasına geçilmesi sebebiyle işçinin iş sözleşmesini feshedebileceğini kabul etmek, kısa çalışma uygulaması ile amaçlanan sonuca aykırı

⁵⁵ ibid 68. Üç ayı geçen durumların varlığı halinde, iş sözleşmesi feshedilmemişse, askı halinin mevcudiyetinden söz edilebilirse de artık bu, kısa çalışma olarak kabul edilemez. Akat (n 31) 56.

⁵⁶ ibid 57.

⁵⁷ Aynı husus ihbar tazminatı ve yıllık izin açısından da geçerlidir. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 370; Endes (n 20) 111 vd.

⁵⁸ Akat (n 31) 59.

⁵⁹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 370.

⁶⁰ Akat (n 31) 60.

⁶¹ Sağlık nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi bakımından da, işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanmasına ilişkin açıklamalar geçerlidir. ibid 61.

olacaktır. İşverenin kanun tarafından kendisine tanınan bir hak sonucu işçilerini kaybetmesi, kısa çalışma uygulamasından beklenen yararı sağlamayacağı gibi bir de işverenin ve işyerinin zararına bir sonuç doğurur.⁶²

Diğer bir görüş ise işçinin kısa çalışma uygulamasına katlanmak zorunda bırakılmasını doğru bulmamaktadır. Zira kısa çalışma uygulamasına geçilmesine sebebiyet veren durumların ne zaman ortadan kalkacağı tam olarak kestirilemez. Dolayısıyla işçinin ne kadar süre ile eksik ücret alacağı da kesin olarak belirlenemez. Tek geçim kaynağı işverenden aldığı ücret olan işçinin böyle bir belirsizliğe ve eksik ücrete mecbur bırakılması işçinin korunması ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki işçi, kısa çalışma üç ay sürecek bile olsa daha az ücrete katlanmak zorunda değildir ve iş sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir.⁶³

İşçi, kısa çalışma süresi boyunca İş Kanunu madde 24/II, e ve f hükümlerine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemez.⁶⁴ Zira burada işveren, kanunun öngördüğü bir hakkını kullanır. Kanundan kaynaklanan hakkını kullanan işverene karşı haklı nedenle fesih hakkının kullanılması mümkün değildir. İşçi, kısa çalışma süresince kısa çalışma ödeneği alır ve gelir kaybı bir nebze hafifletilmeye çalışılır. Ancak kısa çalışma ödeneği almayan işçiler açısından durum farklıdır. Bu işçilerin iş sözleşmelerini feshetmeleri dürüstlük kuralına aykırı olmaz; bu durum fesih hakkının özüne ve ölçülülük ilkesine de uygundur.⁶⁵ İşyerinde çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılması yolu ile kısa çalışma uygulamasına başvurulduğu durumlarda süre, bildirim ile başlarken; işin tamamen durduğu durumlarda süre, askı süresinin sona ermesi ile başlar.⁶⁶

Kısa çalışma uygulamasının mevcut olduğu süre boyunca işçi, yeni işe girer ve başka bir işyerinde çalışırsa, kendisine ödenen kısa çalışma ödeneği kesilir.⁶⁷

5. Covid – 19 Pandemisi Açısından Kısa Çalışmanın Değerlendirilmesi

Tüm dünyayı etkisi altına alan Covid – 19 pandemisi, pek çok alanda yeni düzenlemeler yapılmasını gerektirmiştir. Salgın hastalığın bulaş riskinin çok yüksek olması sebebiyle toplumda izolasyona gidilmiş ve maske takılması, sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi gibi pek

⁶² ibid 62.

⁶³ ibid 62; Endes (n 20) 110.

⁶⁴ Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku* (Beta Yayınları 2019) 331.

⁶⁵ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 865 vd.

⁶⁶ Akat (n 31) 63.

⁶⁷ Ancak işçi, işyerinde kısa çalışma uygulamasına geçilmeden önce başka bir işte daha çalışıyorsa ve bu işyerinde çalışırken diğer işyerinde kısa çalışma uygulamasına geçilirse artık işçinin kısa çalışma ödeneğinin kesilmesi gündeme gelmez. Zira işçi bu durumda yeni bir işe girmemiştir. ibid 64.

çok tedbir alınmıştır. Sokağa çıkma yasağı gibi çalışma hayatını doğrudan etkileyen kurumlar, iş hayatında da değişiklikler yapılmasına sebep olmuştur.⁶⁸

Pandemi nedeniyle alınan tedbirlerin amacı, salgın hastalığın istihdam piyasasında sebep olduğu olumsuz etkilerin ve külfetlerin, sosyal taraflar arasında denkleştirilmeye çalışılmasıdır. Hayatın normale dönmesi ile beraber, pandemi döneminde öngörülen tedbirlerin yerlerini, olağan dönemdeki uygulamalara bırakacağı öngörülmüştür.⁶⁹

Pandemi sebebiyle işyerinde normal sürelerle çalışma yapılabilmesi pek çok işyerinde mümkün olmamıştır. Dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durum olarak değerlendirilen Covid – 19 pandemisi ile kısa çalışma uygulamasına geçilmesi öngörülmüştür. Bu durum, taraf etkilerinden uzak olması, olağanüstü nitelikte olması, dıştan gelmesi, tarafların hâkimiyet alanı dışında gerçekleşmesi ve ani olması gibi ölçütler dikkate alınarak zorlayıcı neden olarak nitelendirilmiştir.⁷⁰

Kısa çalışma uygulamasına geçmek isteyen işverene fesih yasağı öngörülmüştür. Covid – 19 döneminde getirilen fesih yasağının amacı, işverenin fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılması değildir; burada amaç işçiyi feshin son çare olması ilkesi uyarınca feshe karşı korumaktır.⁷¹ İşveren, İş Kanunu madde 25/2 haricinde fesih yoluna başvuramaz.⁷²

Kısa çalışma tedbirinin uygulanması için işçinin rızasına da gerek yoktur. Pandemi döneminde yapılan kısa çalışma, işçinin iş sözleşmesinde yapılan esaslı bir değişiklik olarak da değerlendirilemez.⁷³

Pandemi döneminde öngörülen kısa çalışma uygulamasının şartları, normal zamanda uygulanan kısa çalışma uygulamasının şartlarından daha hafiftir.⁷⁴

⁶⁸ Seçkin Nazlı, ‘Covid – 19 Salgının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanunun İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2020) 7(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251, 251. İşyerinde çalışma süreleri, pandemi sebebiyle kısılabileceği gibi işin tamamen durması da gündeme gelebilir. Yücesoy (n 19) 178.

⁶⁹ Nazlı (n 60) 269; Yücesoy (n 19) 180.

⁷⁰ Talat Canbolat ve Hasan Kayırgan ‘Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları’ (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637, 643; Yücesoy (n 19) 178; Özgür Oğuz, *Ücretsiz İzin* (Legal Yayınları 2023) 113; Çiğdem Yorulmaz, ‘Türk İş Hukukunda Zorlayıcı Neden Kapsamında Yeni Koronavirüs Salgınının Değerlendirilmesi’ (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1343, 1359.

⁷¹ Yorulmaz (n 62) 1364. Düzenleme sebebiyle işçilerin fedakârlık yapmasının beklenmesi, işçi ve işveren arasındaki dengenin, işveren lehine bozulduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir. Bkz. Oğuz (n 62) 105, 114; İzzet Otru, *İş Hukukunda Ücretsiz İzin* (Seçkin Yayınları 2012) 26; Nazlı (n 60) 269.

⁷² Ancak eğer işletme, koronavirüs salgınından etkilenmemişse bu durumda iş sözleşmesinin feshi yasak değildir, fesih mümkündür. Canbolat ve Kayırgan (n 62) 14.

⁷³ ibid 12-25.

B. Ücretsiz İzin

1. Tanımı

Ücretsiz izin, iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra ortaya çıkan, işçinin iş görme borcunu yerine getiremediği, işverenin de işçiye ücret ödemediği⁷⁵, tarafların anlaşmasından veya kanundan doğan ve iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurarak iş sözleşmesinin devamlılığını sağlayan bir tedbirdir.⁷⁶ Ücretsiz izin, iş mevzuatında açık olarak öngörülmemişse de mevzuatın bazı hükümlerinde ücretsiz izin halleri düzenlenmiştir. Uygulamada, tarafların anlaşması ile veyahut toplu iş sözleşmesi hükümleri ile de ücretsiz izin müessesesinin kullanıldığı görülür.⁷⁷

Ücretsiz izin müessesesine, feshin son çare olması ilkesi kapsamında başvurulur. Bu uygulamanın amacı, işçi veya işverenin, iş sözleşmesinden kaynaklanan ve yerine getirmeleri aşırı güçleşen borçları sebebiyle hemen fesih haklarını kullanmalarını engellemek ve iş sözleşmesini mümkün olduğunca ayakta tutmaktır.⁷⁸ İşveren, işçilerine ücretsiz izin uygulamasına geçilmesini önererek aslında, işletmesinin içinde bulunduğu olumsuz koşulları hafifletmeye çalışır.⁷⁹

Ücretsiz izin teklifi, işçi tarafından da yapılabilir. İşçinin bu teklifinin işveren tarafından kabul edilmesi gerekir. Aksi takdirde iş görme borcunu yerine getirmeyen işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilir.⁸⁰

Taraflar, kendi aralarında anlaşarak ücretsiz izin uygulamasını hayata geçirebilecekleri gibi, kanundan kaynaklanan sebeplerle⁸¹ de bu uygulamaya başvurabilirler.

⁷⁴ Örneğin kısa çalışma uygulamasına geçilmesi başvuruları, altmış gün içerisinde sonuçlandırılır. Koşullar için bkz. Yorulmaz (n 62) 1371.

⁷⁵ İş sözleşmeleri karşılıklı borç ilişkisi doğurduğundan, işverenin de ücret ödeme borcu ortadan kalkar. Efe Yamakoğlu ve Eda Karaçöp 'İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları' (2014) 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 479, 480.

⁷⁶ Oğuz (n 62) 26; Karademir, *Son Çare* (n 26) 293 vd.

⁷⁷ Ekmekçi ve Yiğit, (n 16) 588 vd. Çalışmamızda sözleşmeden kaynaklanan ücretsiz izinler kapsamında bir inceleme yapılacaktır.

⁷⁸ ibid 5; Canbolat ve Kayırgan (n 62) 25; Yamakoğlu ve Karaçöp (n 67) 84. Kadın işçinin ücretsiz analık iznine ayrılmak istemesine burada ayrıca değinmekte fayda vardır. Kadın işçinin burada talep ettiği izin, her ne kadar ücretsiz izinse de; burada amaç, kadın işçinin feshe karşı korunması değildir. İşin özünde küçüğün menfaati vardır. Ücretsiz analık izninin amacının, iş sözleşmesinin feshe karşı korunması değil; küçüğün daha iyi bakılması ve menfaat önceliğinin ona verilmesi olduğunu düşünmekteyiz. Yamakoğlu ve Karaçöp (n 67) 486-491.

⁷⁹ Süzek, *Askı* (n 5) 12; Yamakoğlu ve Karaçöp (n 67) 491.

⁸⁰ Yamakoğlu ve Karaçöp (n 67) 493.

2. Hukuki Niteliği

Ücretsiz izin uygulamasının hukuki niteliği değerlendirilirken, ücretsiz izni işçinin teklif ettiği durumlar ve işverenin teklif ettiği durumlar açısından ikili bir ayırım yaparak değerlendirmek gerekir.

Ücretsiz izin teklifini işçinin yapması, çalışma koşullarında değişiklik niteliğinde olsa da, bu yine de İş Kanunu madde 22 anlamındaki esaslı değişikliklerden sayılmaz. Zira buradaki değişiklik, aleyhe bir değişiklik değildir. Çünkü talep işçiden gelmiştir. İşçi, ücretsiz iznin kendi menfaatine daha uygun olduğunu değerlendirmişse artık 22. madde uygulama alanı bulmaz.⁸²

İşveren tarafından bu teklifin yapılması durumunda ise çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğu kabul edilir. Zira işçinin çalışmasındaki temel amacı zaten ücret almaktır. İşveren tarafından ücretsiz izin uygulamasına geçilmesi halinde ise işçi ücretini alamamaktadır. Bu sebeple, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapıldığı kabul edilir; çünkü ücretsiz izin uygulamasına geçilmesi, işçinin aleyhinedir.⁸³

Ücretsiz izin uygulamasına geçilmesi ile işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesi askıda kalır.⁸⁴ Ücretsiz iznin ne kadar süre ile uygulanacağını belirlenmesi yasal bir zorunluluk olmasa da uygun olacaktır. Süre, makul olmalıdır.⁸⁵

3. Uygulanma Koşulları

Ücretsiz izne ayrılan işçiye ücret ödenmez. Dolayısıyla bu tedbire başvurulurken bazı koşulların varlığı aranır.

Öncelikle tarafların edimlerini yerine getirebilmelerinin aşırı derecede güçleşmiş olması gerekir. İş sözleşmelerinde, işçilerin asli edimi iş görme ve bağımlılık iken; işverenlerin asli edimi işçinin çalışması karşılığı ücret ödemektir.⁸⁶ Ücretsiz izin halinde ise işçi, iş görme

⁸¹ Örneğin yıllık ücretli izin hakkını kullanan işçiye, yol süreleri göz önüne alınarak, toplam dört güne kadar ücretsiz izin verilebilir.

⁸² Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 127; Otru (n 63) 89.

⁸³ Süzek, *Askı* (n 5) 127; Otru (n 63) 52 vd.; Yamakoğlu ve Karaçöp (n 67) 490.

⁸⁴ Süzek, *Askı* (n 5) 129; Oğuz (n 62) 9. Ücretsiz izin süresi, kıdem süresine eklenmez. Yamakoğlu ve Karaçöp (n 67) 491.

⁸⁵ Süzek, *Askı* (n 5) 128.

⁸⁶ ibid 223 vd.

borcunu yerine getirmez⁸⁷ ve işletmede herhangi bir çalışma yapmaz. İşçinin iş görme edimini yerine getirmemesi sonucunda işveren de işçiye ücret ödeme borcundan kurtulmuş olur.

İşçinin ücretsiz izin süresi boyunca işyerinde olmaması gerekir. Zira işçinin, iş görmeye hazır bir biçimde beklemesi ancak kendisine iş verilmemesi durumunda artık ücretsiz izin varlığından söz edilemez. Bu halde işçi ücrete hak kazanacaktır. Aksinin kabulü kanunu dolanarak dezavantajlı durumda olan işçinin durumunun daha da ağırlaştırılması gibi arzu edilmeyen durumlara sebebiyet verir.⁸⁸

Ücretsiz iznin uygulanması için aranan bir diğer koşul, meşru bir sebebin varlığıdır. Bu sebep, taraf iradelerinden⁸⁹ veya kanundan⁹⁰ kaynaklanabilir. Uygulamanın meşru bir sebebe dayanmaması keyfi uygulamalarla iş sözleşmesinin feshedilmesine yol açar. Bu da feshin son çare olması ilkesine aykırı olduğu gibi işverene bağımlı olarak çalışan işçinin korunması ilkesine de aykırı olacaktır.⁹¹

Ücretsiz izin uygulamasına geçerken tarafların irade beyanları karşılıklı ve birbirine uygun olmalı ve beyanlar arasında illiyet bağı mevcut olmalıdır.⁹²

4. İş Sözleşmesine Etkisi

Ücretsiz izin uygulamasına geçilmesi ile iş sözleşmesinin askıya alınmış olacağına yukarıdaki açıklamalarımızda değinmiştik. Dolayısıyla bu süreçte taraflar, iş sözleşmesini tek yanlı olarak feshedemezler.

İşveren işçiye, meşru bir sebep ve rızası olmadan ücretsiz izne gönderirse, bu, işverenin eylemli feshi olarak değerlendirilir ve işçinin haklı nedenle fesih hakkı doğar.⁹³ Yargıtay bir kararında, “Fesih bildiriminde fesih sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya

⁸⁷ İşçinin iş görme edimini yerine getirmemesine rağmen işverenin işçiye ücret ödediği durumlar istisnaidir. Kural, işçinin iş görme edimini yerine getirmesi sonucu işverenin ücret ödemesidir. Otru (n 63) 37.

⁸⁸ ibid 38.

⁸⁹ Ücretsiz izin uygulamasına başvurulması talebi, işçiden de işveren de gelebileceği yukarıda açıklanmıştır. Bu talep, meşru bir sebebe dayanmalıdır ve her somut olayda ayrıca incelenmelidir. Aksi halde meşru sebep olmadığı halde ücretsiz izin uygulamasına geçen taraf sebebiyle zarara uğrayan işçi veyahut işveren, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesini isteyebilir. Oğuz (n 62) 7.

⁹⁰ Kanundan kaynaklanan sebeplere, kadın işçinin doğumdan sonra ücretsiz izne ayrılması, yıllık ücretli iznin kullanılması için işçiye verilen 4 günlük ücretsiz yol izni gibi haller örnek olarak verilebilir.

⁹¹ Otru (n 63) 30.

⁹² İşçinin, iş görme borcunu yerine getirmediği için iş sözleşmesinin feshedilmeyeceğini bilmesi; işverenin ise işçiye ücret ödeme borcunun ücretsiz izin süresince askıda olduğunu bilmesi, uygulamanın başarılı olmasını sağlar ve taraf iradeleri arasında mevcudiyeti aranan illiyet bağının varlığını sağlar. ibid 41; Oğuz (n 62) 8; Yamakoğlu ve Karaçöp (n 67) 488.

⁹³ Süzek, *Askı* (n 5) 131 vd.; Oğuz (n 62) 50.

koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir. Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, İş Kanununun ilgili maddesinin bir sonucudur.” diyerek işverenin işçinin rızası olmaksızın ücretsiz izne çıkarmasını eylemli fesih olarak değerlendirmiştir.⁹⁴

İşveren tarafından ücretsiz izne gönderilen işçinin, işe ne zaman döneceği belli değilse işçi, makul süre⁹⁵ geçtikten sonra iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.⁹⁶ Yine işveren, askı süresi boyunca, işçiye karşı ücret ödeme borcunu yerine getirmek zorunda değildir. Ancak başka bir borcunu ihlal ederse, bu durumda işçi açısından haklı nedenle fesih sebebi oluşur.⁹⁷

Ücretsiz izin uygulaması boyunca işçi, iş görme edimi hariç, işverene borçlu olduğu diğer edimlerden birine aykırı davranırsa işveren açısından haklı nedenle fesih hakkı doğar.⁹⁸ Ücretsiz izin uygulamasının son erdiği durumlarda işveren, işçiye işe başlatmıyorsa artık ücretsiz iznin varlığından değil, geçersiz fesihten söz edilir.⁹⁹

İşveren tarafından yapılan ve ücretsiz izin uygulamasının şartlarını taşıyan teklif, işçi tarafından haklı bir neden gösterilmeden reddedilirse, işveren iş sözleşmesini, İş Kanunu madde 22 uyarınca geçerli olarak feshedebilir.¹⁰⁰

5. Covid – 19 Açısından Ücretsiz İznin Değerlendirilmesi

Kısa çalışma uygulaması başlığında, Covid – 19 pandemisi süresince alınan tedbirlerden yukarıda bahsetmiştik.¹⁰¹

4857 sayılı İş Kanununa eklenen geçici 10. madde ile işverenlerin, işçilerinin iş sözleşmelerini feshetme hakkına geçici bir sınırlandırma¹⁰² getirilmiştir. Bu düzenleme ile

⁹⁴ Yargıtay 9 HD, E 2019/1981 K 2021/2355, 26.1.2021, benzer yönde bkz. Yargıtay 9 HD, E 2009/32059 K 2009/31083, 9.1.2009.

⁹⁵ İş Kanununda yer almasa da işçi ve işveren arasında yapılacak olan ücretsiz izin süresinin açıkça belirtilmesi gerekir. Ücretsiz iznin geçici sayılmayacak ölçüde uzun süre devam edecek olması durumunda askı hali gündeme gelmez. Dürüstlük kuralının gerektirdiği makul bir süre beklenmelidir. Süzek, *Askı* (n 5) 36 vd., Yargıtay 9 HD, E 2005/28701 K 2005/40137, 20.12.2005.

⁹⁶ Süzek, *Askı* (n 5) 129.

⁹⁷ Oğuz (n 62) 50.

⁹⁸ ibid 51.

⁹⁹ Süzek, *Askı* (n 5) 130; Oğuz (n 62) 51.

¹⁰⁰ Oğuz (n 62) 51.

¹⁰¹ Bkz. İkinci Bölüm II/E.

işverenlerin, işçilerini tek taraflı alacakları bir kararla izne çıkartabilecekleri de öngörülmüştür.¹⁰³ Bu düzenlemenin amacı, pandemi sebebiyle işyerinde çalışmanın durması sebebiyle zarara uğrayan işvereni korumaktır. Ancak bunun yanında tek geçim kaynağı ücreti olan işçiye koruyucu bazı tedbirlerin de alınması gerekmiştir. Bu dönemde ücretsiz izne çıkarılan işçiye nakdi destek sağlanması öngörülmüş ve bu husus kanuna da eklenmiştir.¹⁰⁴

Covid – 19 hastalığının piyasa üzerindeki etkileriyle sınırlı olarak ücretsiz izin uygulamasına gidilmiştir.¹⁰⁵ Feshe karşı koruma kapsamında fesih hakkı kısıtlanan işveren, işçisini, onayı olmaksızın, düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süre ile ücretsiz izne ayırabilir.

Normal dönemlerde, işverenin ücretsiz izin teklifini kabul etmeyen işçi, iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshedebilirken; Covid – 19 döneminde bu sebeple iş sözleşmesini feshedebilmesi mümkün değildir.¹⁰⁶

C. Mesleki Amaçlı Eğitim

1. Tanımı

Feshin son çare olması ilkesi uyarınca, işverenin başvurması beklenen bir diğer tedbir de işçiye mesleki amaçlı eğitim verilmesidir. İşçinin, mevcut olarak çalıştığı işyerinde çalışma olanağı kalmamışsa; fakat işverenin işçiye eğitim aldırarak işyerinde başka bir pozisyonda

¹⁰² Nazlı (n 60) 254.

¹⁰³ Bu düzenleme, 01.07.2021 tarihine kadar uygulanmıştır. İşverenin bu hakkını kötüye kullanma ihtimalinin düzenlemeye konu edilmemesi, silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği gerekçesi ile eleştirilmiştir. Yine ücretsiz izinde geçen askı sürelerinin çalışma sürelerine eklenip eklenmeyeceği hususunun düzenlenmemesi de eksiklik olarak değerlendirilerek eleştirilmiştir. Bkz. Oğuz (n 62) 103; Canbolat ve Kayırgan (n 63) 16 vd. Ayrıca işçi de bu dönemde ücretsiz izne ayrılmayı talep edebilir. Ancak işverenin işgücü ihtiyacı varsa işveren bu talebi kabul etmek zorunda değildir. Yücesoy (n 19) 202.

¹⁰⁴ Belirtmek gerekir ki, hem nakdi destek ödeneğinden hem de kısa çalışma uygulamasından aynı anda yararlanılamaz. Zira eğer bir işyerinde kısa çalışma yapılacağı kabul edilmişse artık işveren işçisinin çalışmış olduğu süre kadarki ücretini işçiye ödemek zorundadır. Nakdi destekten yararlanılabilmesi için işçinin işyerinde çalışma yapamıyor olması gerekir. Zira bu uygulama, işçinin temel geçim kaynağı olan ücretini hiç alamaması sebebiyle öngörülmüştür. İşçi, kısa çalışma uygulamasına geçilen işyerinde çalışıp işverenden ücret aldığından, kendisine ayrıca nakdi destek sağlanamaz. Oğuz (n 62) 107; Nazlı (n 60) 264 vd.; Yücesoy (n 19) 203; Yorulmaz (n 62) 1373.

¹⁰⁵ Oğuz (n 62) 107; Nazlı (n 60) 254.

¹⁰⁶ Nazlı (n 60) 256.

çalıştırması elverişli ve beklenebilir nitelikte ise artık işveren, işçinin iş sözleşmesini feshetmemelidir.¹⁰⁷

İşçinin yetersizliği, kendisinden kaynaklı olabileceği gibi işyerinde üretim yöntemlerinin değişmesinden, teknolojik gelişmelerden kaynaklı değişimlerden veya işletmenin faaliyet alanının değiştirilmesinden de kaynaklanabilir. Bu durumda da işçinin iş sözleşmesi hemen feshedilmemeli, eğitim tedbiri ile iş sözleşmesi ayakta tutulmaya çalışılmalıdır.¹⁰⁸

İşçiye mesleki amaçlı eğitim verilmesi, işverenin işçiyi gözetme borcunun bir gereğidir.¹⁰⁹

2. Uygulanma Koşulları

İşverenin, işçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce mesleki amaçlı eğitim aldırması için söz konusu bu eğitimin makul ve kısa süreli olması, aynı zamanda işçinin işinin korunması çabasına hizmet etmesi gerekir.¹¹⁰

İşçiye eğitim aldırılması durumunda işçinin mevcut işine devam etmesi sağlanabilir. İşçiye eğitim verilmesi hali, işverenden beklenebilir olmalıdır.¹¹¹ Ancak bazı durumlarda işçiye eğitim aldırılrsa dahi işçinin mevcut işine devam etmesi mümkün olmayabilir. Yine de eğer işçiye eğitim verildiğinde, mevcut işini yapma olanağı kalmamış olsa dahi, eğitim aldırıldığında işyeri bünyesinde başka bir işte çalıştırılması mümkün ise işverenin işçiye eğitim aldırma yükümlülüğü devam eder.¹¹²

İşçiye mesleki amaçlı eğitim verilmesi işverenin de yararınadır. Eğitim alan işçi kendisini geliştirir ve işinde uzmanlaşır, verimliliği artar. İşverenin de evvelden beri bildiği işçisi ile çalışması işletmesi açısından daha mantıklıdır. Mesleki amaçlı eğitim uygulaması, feshin son çare olması ilkesine uygun olduğu gibi aynı zamanda her iki tarafın da çıkarlarına hizmet eder.¹¹³

¹⁰⁷ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 638; Artür Karademir, 'İş Güvencesinde Son Çare İlkesi Uyarınca İşçiye Eğitim Verilmesi Gerekliliğinin Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi' (2020) 6(12) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263, 264 vd.

¹⁰⁸ Başterzi (n 6) 77.

¹⁰⁹ ibid.

¹¹⁰ ibid; Karademir (n 96) 6.

¹¹¹ Başterzi (n 6) 77; Karademir (n 96) 9; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 638.

¹¹² Tabii ki işçinin eğitimi, işveren açısından ciddi mali sonuçlar doğuracaksa, artık işveren eğitim aldırmadan da iş sözleşmesini sona erdirebilecektir. Karademir (n 96) 6.

¹¹³ ibid 7.

Feshin son çare olması ilkesi uyarınca işverenin işçisine eğitim aldırması gerekliliğini kabul eden görüşler olduğu gibi eleştiren görüşler de vardır. Bir görüşe göre, işveren tarafından işçiye eğitim verilse dahi bunun pratikte işe yarayıp yaramayacağının tespit edilebilmesi mümkün değildir. Zira işveren işçiye eğitim aldırsa bile işçinin bu eğitim sonucunda kendi işine devam edebilmesi veyahut yeni bir işte çalıştırılabilmesi yine de mümkün olmayabilir. Bu da işveren açısından hem zaman kaybı olacaktır hem de ekonomik olarak işverene boşuna bir külfet yüklenecektir.¹¹⁴

Mesleki amaçlı eğitime eleştirel yaklaşan bir başka görüşe göre, feshin son çare olması ilkesi uygulanırken işletmesel gerekler gözetilmelidir. Bireysel olarak değerlendirme yapılması işverenin, işçinin yetersizliğinden dolayı iş sözleşmesini geçerli sebeple fesih hakkının elinden alınması şeklinde yorumlanabilir. Bu da işverenin kalifiye olmayan işçisinin iş sözleşmesine son verememesi durumunu ortaya çıkarır ki bu durum işletmenin de devamlılığı açısından arzu edilen bir durum değildir.¹¹⁵

İşverenin işçisine vermesi gereken eğitimin süresine ilişkin kesin bir kıstas olmamakla beraber, Yargıtayca bu süre, çok uzun ve masraflı olmamalı ve işverenden beklenebilir olmalıdır. Her somut olay kendi özelinde değerlendirilmelidir ve her iki tarafın menfaati de gözetilerek bir sonuca varılmalıdır.¹¹⁶ Yargıtay bir kararında “*Davalı işçiye eğitim gideri yapılmasına karşın, öngörülen asgari süre 7 yıldır. Bu azami bir süredir ve hakkaniyete uygun değildir. Bu sürenin asgari süre olduğundan söz edilemez. Davacı işverenin ilaç sektöründeki değişiklikler nedeni ile eğitimi sürekli verdiği ve bunun çalışmanın bir koşulu ve işçiden çok işveren lehine olduğu açıktır. Sözleşmedeki sürenin uzunluğu ve verilen eğitimin niteliği nedeni ile bu yöndeki hüküm geçerli değildir. Davacı işveren eğitim gideri de talep edemez. Bu isteğin de reddi gerekirken kabulü isabetsizdir.*” şeklinde hüküm kurmuş ve aşırı uzun kararlaştırılan süreyi hakkaniyete aykırı olarak nitelendirmiştir.¹¹⁷

¹¹⁴ ibid 6.

¹¹⁵ ibid 6; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 638.

¹¹⁶ Başterzi (n 6) 77; Karademir (n 96) 8. Karademir’e göre hâkim, somut olayı incelerken; eğitimin süresini, maliyetini, içeriğini, işçinin eğitim esnasında çalışabilme olanağını, eğitimi işverenin başka bir işçisi verecek ise o işçinin çalışma sürelerini, eğitimi sonucu beklenen yeterlilik düzeyini ve işçinin başarı ihtimalini göz önüne almalıdır.

¹¹⁷ Yargıtay 9 HD, E 2015/7075 K 2017/51, 16.1.2017. Sadakat borcu kapsamında öngörülen süre, eğitim türü ve masrafları ile orantılı olmalıdır. Bkz. Yargıtay 9 HD, E 2007/27538 K 2008/25446, 6.10.2008.

3. İş Sözleşmesine Etkisi

İşçinin yetersizliği, işveren açısından geçerli nedenle fesih sebebini oluşturur. İşveren, işletmesine uygun olmayan veya işletmesi için gerekli nitelikleri haiz olmayan işçisinin iş sözleşmesini, İş Kanunu madde 18 uyarınca, geçerli nedenle feshedebilir. Ancak doktrinde, işverenin mümkünse işçiye eğitim aldırarak iş sözleşmesini ayakta tutması gerektiği görüşü savunulmaktadır.¹¹⁸ Yargıtay da “İşletmede veya işyerinde çalışanların performanslarının değerlendirilmesini yapmak, bu doğrultuda öncelikle doğrudan işten çıkarma yoluna gitmek tek başına anlam ifade etmez. Asıl amaç, öncelikle çalışanların performanslarını değerlendirerek düşük performans söz konusu ise bunun nedenlerini ve sonuçlarını analiz etmek, gerektiğinde eğitim vermek, düzeltilmesi için çalışana olanak vererek performans düşüklüğünü gidermek olmalıdır. Bu önlemler alınmadan, doğrudan ilk önlem olarak işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi doğru değildir. Feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.” diyerek, eğitim aldırılma olanağı varken sözleşmenin feshedilmesinin geçersiz fesih olarak değerlendirilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır.¹¹⁹

İş sözleşmesinin devamı için işçiye verilen eğitimin sonucu, bir müddet işveren tarafından takip edilmelidir. Eğitim sonucunun etkisi görülmeden iş sözleşmesinin hemen feshedilmesi de geçerli bir fesih olmayacaktır.¹²⁰ İşveren eğitim sonucu işçinin belirli bir süre boyunca işten ayrılmayacağına ilişkin bir şart da öngörebilir.¹²¹

İşçinin işyerinde yaşadığı olumsuz durum nedeniyle mevcut işinde çalışması olanağı kalmamışsa veya işçinin mevcut işinde çalışması işçinin huzursuzluğuna sebep olacaksa bu durumda yerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi için bir eğitim alması gerekiyorsa ve bu eğitimin verilmesi işverenden beklenebilir nitelikteyse artık iş sözleşmesi feshedilmeden önce işçiye bu eğitim verilerek iş sözleşmesi ayakta tutulmalıdır. İşçi, huzursuzluğuna sebep olan olaya kendisi de sebep olmuş olabilir. Bu durumda da feshin son çare olması ilkesi gözetilmeli ve işçiye eğitim verilerek iş sözleşmesi korunmalıdır.¹²² Ancak Yargıtay, söz konusu problemin işçinin kendisinden kaynaklanması

¹¹⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 108.

¹¹⁹ Yargıtay 9 HD, E 2016/25049 K 2017/16105, 18.10.2017.

¹²⁰ Karademir (n 96) 8.

¹²¹ Detaylı açıklama için bkz. Ekmekçi ve Yiğit (n 16) 476 vd.

¹²² ibid 9.

durumunda, işverenin işçiye mesleki amaçlı eğitim verme sorumluluğunun ortadan kalktığını kabul etmiştir.¹²³

İşçinin yetersizliği, işletmeden kaynaklanıyorsa; yani işletmesel sebepler sonucu artık işçinin istihdamına ihtiyaç duyulmuyorsa, diğer bir deyişle işçi, işgücü fazlalığı durumuna düşmüşse, işveren işçinin iş sözleşmesini feshetmek yerine işçiye eğitim aldırarak sözleşmenin devamını sağlamalıdır. İşçinin başka bir pozisyonda veya işyerinde çalıştırılabilme ihtimali de göz ardı edilmemelidir.¹²⁴

D. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik

1. Tanımı

Çalışma koşulları, genel olarak, iş ilişkisinden doğan ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesi sırasında tabi olduğu hak ve borçların tümünü ifade eder.¹²⁵

İşveren, yönetim hakkı kapsamında işçisinin çalışma koşullarında makul değişiklikler yapabilir. Ancak bu değişiklikler, işverenin yönetim hakkının kapsamını aşıyorsa artık bu değişikliğin iş ilişkisindeki denge ve düzene müdahale ettiği kabul edilir. Bu da esaslı değişiklik olarak nitelendirilir.¹²⁶

İş kanunu madde 22’de¹²⁷ çalışma koşullarında değişiklik hususu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, işveren, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak istiyorsa bunu işçisine yazılı olarak bildirmelidir. İşçi de altı iş günü içinde işverenin değişiklik teklifini, yazılı olarak kabul etmelidir; aksi halde işçinin değişiklik teklifini reddettiği kabul edilir. Yani eğer işçi, altı iş günü içinde işverene olumsuz cevap verirse, herhangi bir cevap vermezse veya sözlü olarak kabul ederse değişiklik işçi için hüküm ifade etmez.¹²⁸ İşveren, bu koşulları ileriye etkili olarak değiştirebilir.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik uygulaması, işletmede değişen koşullara uyum sağlanması için işveren tarafından teklif edilebilir. Bu uygulama, istihdamın devamlılığının

¹²³ Yargıtay 9 HD, E 2007/27584 K 2008/5327, 18.3.2008.

¹²⁴ Karademir (n 96) 9.

¹²⁵ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, (n 63) 232; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 108.

¹²⁶ Süzek (n 3) 648; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 108. Burada işverenin yönetim hakkının sınırları genişletilmiştir. Başterzi (n 6) 61; Karademir, *Son Çare* (n 26) 74 vd.

¹²⁷ İş Kanunu madde 22’de öngörülen bu müessese, Alman Hukukundaki değişiklik feshine benzer. Bkz. Süzek (n 3) 645.

¹²⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 110; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 656; Senyen Kaplan (n 4) 309. Aksi görüş için bkz. Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, (n 63) 233.

sağlanması ve feshin son çare olması ilkesine¹²⁹ hizmet eder. Böylece işin gereklerinin değişmesi sebebiyle işçisinin çalışma koşullarını değiştiren işveren, fesih yoluna başvurmak zorunda kalmaz. İşveren, çalışma koşullarını değiştirmek istediği işçisinin en lehine olan seçeneği seçmelidir.¹³⁰

2. Esaslı Değişiklik Olarak Değerlendirilecek Durumlar

İşçinin, iş sözleşmesi uyarınca yerine getirmesi gereken borcu iş görmedir; işverenin borcu ise bu çalışmanın karşılığı olan ücretin ödenmesidir. Eğer işçinin aleyhine ücretinde bir değişiklik yapılacaksa bu her halde esaslı değişiklik niteliği taşır. İşçinin ücretinin yanında, ücret eklerinde değişiklik yapılması; örneğin prim ve ikramiyelerinin miktarının azaltılması veya hiç verilmemesi gibi durumlarda da çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılmış olduğu kabul edilir.¹³¹

İş görme edimini yerine getiren işçinin yaptığı işin niteliği iş sözleşmesi ile belirlenir. İşveren işçisini sözleşmede belirlenen nitelikte bir işte çalıştırmalıdır. Yönetim hakkına dayanarak işçiye daha düşük bir pozisyonda veya daha olumsuz koşullarda çalıştıramaz. Aksi davranışta bulunması halinde, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaptığı kabul edilir.¹³²

Esaslı değişiklik olarak kabul edilebilecek bir diğer hal, işyeri değişikliğidir. Taraflar iş sözleşmesinde işçinin çalışma yerini belirlemiş olabilirler. Bu durumda işveren işçinin işyerini ancak onun onayıyla değiştirebilir. Ancak böyle bir belirleme yapılmamışsa ve işçinin aleyhine olmayacaksa işveren, yönetim hakkı kapsamında işçinin çalıştığı yeri aynı il sınırları içerisinde olmak şartıyla değiştirebilir. İşyeri değişikliği, işçinin durumunu ağırlaştıracaksa veya yeni işyeri il sınırları dışında ise bu artık esaslı değişiklik olarak değerlendirilir.¹³³

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilebilecek diğer bir husus ise çalışma sürelerinde değişiklik yapılmasıdır. Kural olarak, çalışma saatlerini işveren, yönetim hakkı kapsamında ve işin gereğine uygun olarak belirler. Ancak bu belirleme, işçinin aleyhine olacak şekilde ücretini azaltıyorsa esaslı değişiklik gündeme gelir. Yine eğer işçi tarafından

¹²⁹ Başterzi (n 6) 60; Senyen Kaplan (n 4) 310.

¹³⁰ Başterzi (n 6) 60.

¹³¹ Nakdi ödemelerin yanı sıra aynı ödemeler de esaslı değişiklik kapsamında değerlendirilir. Süzek (n 3) 650.

¹³² Hatta işçiye görev tanımı dışında verilen iş, daha hafif bile olsa esaslı değişiklik olarak nitelendirilir. Bkz. ibid 652.

¹³³ ibid 652 vd.

yapılan çalışma uzun süreler alıyorsa ve işçinin çalışma süresi yasal sürelerin üstüne çıkıyorsa, esaslı değişiklik yapıldığı kabul edilir.¹³⁴

Sonuçta ücret ve ücret ekleri, işin niteliği, işyeri ve çalışma süreleri, çalışma koşullarındandır. Bu koşullarda yapılan değişiklikler, iş sözleşmesi ile oluşturulan denge ve düzeni bozuyorsa, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapıldığı kabul edilir.¹³⁵

3. İş Sözleşmesine Etkisi

İşçi, işverence yazılı olarak kendisine iletilen ve çalışma koşullarında esaslı değişikliğe yol açacak olan teklifi kabul etmek zorunda değildir. İşçinin altı iş günü¹³⁶ içinde yazılı onay vermemesi halinde zaten teklifi reddettiği kabul edilir. Bu durumda işveren, makul ve geçerli bir gerekçeyi yazılı olarak işçisine sunarak bildirimli fesih yoluna başvurabilir. İş sözleşmesi işverence feshedilen işçi, şartları mevcutsa kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanır.¹³⁷

İş Kanunu madde 24/II-f’de, çalışma şartlarının uygulanmaması durumunda işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. İşçi, iş sözleşmesini derhal feshettiği için ihbar tazminatı alması gündeme gelmese de, kıdem tazminatına hak kazanır.

İş Kanunu madde 22’de, işçinin işe iade davası açma hakkından bahsetmiştir. İş güvencesine sahip işçiler, işe iade davası açabilirler ancak iş güvencesine sahip olmayan işçiler, işe iade davası açamazlar; ancak kıdem veya ihbar gibi tazminat haklarını isteyebilirler.¹³⁸

¹³⁴ ibid 653.

¹³⁵ Bu hallerde yapılan değişiklikler işverenin yönetim hakkı doğrultusunda yapılmışsa artık esaslı değişiklikten söz edilemeyeceği unutulmamalıdır. Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 63) 232.

¹³⁶ Altı iş günü içinde işçi, işverenin değişiklik teklifini reddettiğini yazıyla bildirebilir. Ancak altı iş günlük süre henüz dolmadan bu iradesinden vazgeçerse, bildirdiği red kararını geri alabilir. Çünkü çalışma koşullarında esaslı değişiklik müessesesinin öngörülmesindeki amaç zaten iş sözleşmesinin mümkün olduğunca ayakta tutulmasını sağlamaktır. İşçinin red iradesini geri alabilmesi, feshin son çare olması ilkesine hizmet eder. Altı iş günlük süre, nispi emredici niteliktedir. Yani sözleşme ile bu süre uzatılabilir ancak kısaltılamaz. Süzek (n 3) 660.

¹³⁷ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 63) 233.

¹³⁸ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 646; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 63) 234. Bu konudaki çeşitli görüşler için bkz. Ekmekçi ve Yiğit (n 16) 105 vd.; Çelik, Canikoğlu, Canbolat ve Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (n 14) 288 vd.; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 63) 232 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 109 vd.; Senyen Kaplan (n 4) 309 vd.

Çalışma koşullarında esaslı değişikliği işçinin kabul etmemesine rağmen, işverenin bunda ısrarcı olması durumunda işçi, fesih hakkını kullanabilir. Eğer işçi, fesih hakkını kullanmaz ise işveren duruma göre borçlu veyahut alacaklı temerrüdüne düşmüş olur.¹³⁹

İşveren ve işçi arasında yapılan iş sözleşmesine çalışma koşullarının genel olarak değiştirilebileceği şeklinde bir hüküm konulmuş olsa bile, bu hükmün bir geçerliliği yoktur. Zira zaten işveren karşısında dezavantajlı olan işçi, işe girebilmek için gerçek iradesini yansıtmadığı halde işverenin her dediğini kabul edebilir. Yine kapsamını bilmediği bir değişikliği de önceden kabul ettiğinin kabulü, hakkaniyete aykırı olacaktır.¹⁴⁰

E. İşçinin İş Sözleşmesinin Askıda Kaldığı Durumlar

1. Genel Olarak

İş sözleşmelerinin askıya alınması müessesesinin kabul edilmesindeki temel amaç, iş güvencesinin sağlanarak işçinin feshe karşı korunmasıdır. Zira işçi, işveren karşısında daha zayıf konumdadır ve dolayısıyla daha çok korumalıdır.¹⁴¹

Normal şartlarda, işçinin işe devamsızlığı fesih nedeni iken; iş sözleşmesinin askıda kalması sonucunu doğuran haller, işçinin işe devamsızlığını meşru hale getirir. Askı süresi boyunca işveren, salt bu sebeple, işçinin iş sözleşmesini feshedemez. Bu durum, hem işçinin işyeri ile bağlantısının korunması açısından hem de işletmesinin devamlılığı sağlanan işveren açısından lehe bir durumdur.¹⁴²

Askı halinde taraflar, iş görme ve ücret borçlarını birbirlerinden talep edemezler. Ancak bu iki borç dışında kalan ve iş sözleşmesinden doğan borçları devam eder.¹⁴³

İş sözleşmesi askıya alınan işçiye işverence ücreti ve ücret ekleri ödenmez. Zira ücret işçiye, iş görme borcunu yerine getirmesi karşılığında¹⁴⁴ ödenir. İş görme borcu ifa edilmeden

¹³⁹ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 658 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 111. İşveren değişiklik teklifini kabul etmeyen işçisini istifaya zorlarsa, bu işveren feshi olarak değerlendirilir. Bkz. Yargıtay 9 HD, E 2007/41015 K 2008/17093, 23.6.2008.

¹⁴⁰ Senyen Kaplan (n 4) 310. Aksi görüş için bkz. Süzek (n 3) 654. Süzek'e göre işveren değişiklik yapma hakkını saklı tutabilir. Değişiklik yapma hakkının geçerli olabilmesi için her işçinin kendi özelinde belirlemenin yapılması gerekir. Yani tüm işçilere sıradan, tek tip değişiklik yapma hakkının saklı tutulması durumunda bunlar genel işlem koşulu sayılacaktır.

¹⁴¹ Süzek, *Askı* (n 5) 3, 13.

¹⁴² ibid 14.

¹⁴³ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 476.

¹⁴⁴ Süzek, *Askı* (n 5) 100.

işverenin işçiye ücret ödemesi, karşılıklı sözleşmelerden olan iş sözleşmesinin niteliğine uygun olmaz.¹⁴⁵

İş sözleşmelerinin askıya alınabilmesi için bazı koşulların varlığı aranmaktadır. Bunlar: bir ifa imkânsızlığının ortaya çıkmış olması, imkânsızlığın geçici olması, imkânsızlığın borçluya yüklenememesi, ifa zamanının esaslı olmamasıdır.¹⁴⁶

İş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı rızası ile askıya alınabilir.¹⁴⁷

2. Askı Nedeni Kabul Edilen Haller

a. Geçici Süreli Askerlik veya Kanuni Bir Ödevin Yerine Getirilmesi

İş Kanununun 31. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, muvazzaf askerlik ödevi¹⁴⁸ dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi, işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır. İşçinin bu haktan yararlanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması gerekir. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca iki gün eklenir; ancak bu sürenin tamamı 90 günü geçemez. Bu süreçte iş sözleşmesi askıda olduğundan işçiye ücret ödenmez.

b. Sağlık Nedenleri

İş Kanununun 25. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, işçinin uğradığı hastalık veya kaza gibi hallerde işe devam etmesi o an için mümkün değilse, işverenin haklı nedenle fesih hakkı doğar. Ancak bu hakkın doğması için İş Kanunu madde 17’de belirtilen sürelerle eklenen altı haftanın geçmesi gerekir. Bu süreler geçene kadar iş sözleşmesi askıdadır.

c. Analık İzni

İş Kanununun 6663 sayılı yasayla değişik 74. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, kadın işçiler, doğumdan önce sekiz hafta, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplamda on altı hafta boyunca çalıştırılmazlar. İşçinin gebeliği nedeniyle işverenin haklı nedenle fesih yapabilmesi için önce on altı haftalık sürenin geçmesi beklenmeli, ardından da İş Kanunı madde 17’de düzenlenen bildirim sürelerinin geçmesi gerekmektedir. Bu süreler boyunca

¹⁴⁵ İşverenin ödemezlik def’i yoluna başvurarak işçinin ücretini ödemeyeceğine ilişkin bkz. Süzek, *Askı* (n 5) 98 vd.

¹⁴⁶ ibid 25. Ayrıntılı açıklama için bkz. Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 480 vd.

¹⁴⁷ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 484.

¹⁴⁸ Muvazzaf askerlik ödevini yerine getiren işçiler, iş sözleşmelerini feshederler; askı durumu söz konusu olmaz.

işçinin iş sözleşmesi askıdadır ve işverenden ücret isteyemez. Bu süreler geçmeden işveren işçisinin iş sözleşmesini feshedemez.

d. Zorlayıcı Nedenler

İş Kanununun 24/III ve 25/III. maddelerinde yer alan düzenlemeye göre, bir haftadan fazla süreyle işyerinde işin durmasını gerektiren veyahut bir haftadan fazla süreyle işçinin çalışmasına engel olan zorlayıcı nedenlerin var olması halinde, iş sözleşmesi bir hafta süreyle askıya alınır.

e. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması

İş Kanununun 25/VI. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması nedeniyle devamsızlığının ortaya çıkması durumunda, İş Kanunu madde 17’de öngörülen bildirim süreleri kadar iş sözleşmesi askıya alınır.

f. Grev ve Lokavt

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 67. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, yasal bir grev veya lokavtın uygulanması sırasında iş sözleşmeleri, grev ve lokavt boyunca askıda kalır.

g. Ailevi Nedenler

İş Kanununun 46. maddesinde ve ek 2. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, işçiye evlenmesi, evlat edinmesi, annesi veya babasının, eşinin, kardeşinin veya çocuklarının ölümünde üç gün; eşinin doğum yapmasında ise beş gün ücretli mazeret izni verilir. Bu izin sürelerinde iş sözleşmesi askıda kalır.

3. Askı Halinin İş Sözleşmesine Etkisi

İş sözleşmesinin askıya alındığı durumlarda taraflar, askı haline dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yoluna başvuramazlar.¹⁴⁹ Ancak pekâlâ askı nedenleri dışında haklı bir sebebin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesi feshedilebilir.

Askı süresi boyunca, iş görme ve ücret ödeme borçları ifa edilmese de; iş sözleşmesi varlığını sürdürmeye devam eder.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Ancak askı süresi sona ermişse veyahut bu sürenin uzaması dürüstlük kuralına aykırı ise artık iş sözleşmesi haklı nedene dayanılarak feshedilebilir. Süzek, *Askı* (n 5) 88; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 494.

¹⁵⁰ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 490.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde, kusura dayanmayan geçici ifayı kabul imkânsızlığı ortaya çıktığı zaman temerrüt halinden değil, askı halinden söz edilir. Belirli süreli iş sözleşmeleri askıda kaldığı zaman, sözleşmede öngörülen süre kesilmez ve işlemeye devam eder. Çünkü taraflar sözleşmenin süresini öngörerek sona erme zamanını kesin olarak belirlemişlerdir. Yani askı hali devam ederken belirli süreli iş sözleşmesi için öngörülen sürenin sona ermesiyle birlikte iş sözleşmesi de sona erer.¹⁵¹

Belirsiz süreli iş sözleşmeleri, süreli fesih yoluyla sona erdirilirler. İş sözleşmelerinin askıya alındığı durumlarda, fesih bildirim süreleri işlemez. Askı dönemi içinde fesih hakkı kullanılsa da sürenin işlemeye başlaması için askı halinin sona ermesi gerekir.

İş sözleşmesinin askıya alınmasına sebep olan durum ortadan kalktığı anda askı hali de ortadan kalkar ve iş sözleşmesi, bütün hükümleri ile kaldığı yerden devam eder.¹⁵²

Askı halinin sona ermesine karşın işçi işine dönmezse, işveren iş sözleşmesini devamsızlık gerekçesine dayanarak haklı nedenle feshedebilir. Eğer işçi, askı döneminde başka bir iş bulduğu için işe dönmüyorsa, bu durumda işçinin haksız fesih yapmış olduğu kabul edilir.¹⁵³

Benzer şekilde, askı halinin ortadan kalkması ile birlikte işçi işine dönmek istiyor fakat işverence buna izin verilmiyorsa, işveren temerrüde düşmüş olur ve iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiği kabul edilir.

İşçinin iş sözleşmesinin askıya alınmasının nedeni, sağlık problemleri veyahut iş kazası gibi hallerden kaynaklanıyorsa ve askı hali sona erdikten sonra işçinin eski işinde çalışması mümkün değilse işveren işçisine uygun bir iş vermelidir.¹⁵⁴

F. Kıdem Tazminatı

1. Genel Olarak

Kıdem tazminatı, kanunda¹⁵⁵ belirtilen asgari çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin, kanunda sayılan sebeplerden biriyle sona ermesi halinde, işçiye (veya

¹⁵¹ ibid 493.

¹⁵² Süzek, *Askı* (n 5) 116.

¹⁵³ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 495.

¹⁵⁴ ibid 496.

¹⁵⁵ 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesinde, 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı Kanunun 14. maddesi hariç diğer hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığı düzenlenmiştir.

mirasçılarına) çalışma süresi ve ücreti dikkate alınarak işverence ödenmesi gereken bir miktar paradır.¹⁵⁶

İş sözleşmesi feshedilirken işçiye kıdem tazminatı ödeyeceğini bilen işveren, işçisinin iş sözleşmesini feshederken keyfi hareket etmekten kaçınır ve haklı bir nedeni olmadan fesih yoluna gitmez. Bu durum, feshin son çare olması ilkesinin amacına uygundur ve işçinin korunması açısından önem arz eder. İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için gereken bazı koşulların hafifletilmesi veya ödenecek tazminat miktarının artırılması, feshe karşı koruma tedbirlerine örnek olarak verilebilir.¹⁵⁷

2. Hukuki Niteliği

Kıdem tazminatının hukuki niteliğine ilişkin pek çok görüş ileri sürülmüştür. İşsizlik sigortasının henüz kurulmadığı dönemde, bu sigortanın fonksiyonunu gören müessese görüşü¹⁵⁸, işin devamlılığına doğan itimattan doğan tazminat görüşü¹⁵⁹, kıdem esasına kurulu özel bir tazminat olduğu görüşü¹⁶⁰, kendine özgü hukuki bir kurum olduğu görüşü¹⁶¹, yıpranma ikramiyesi olduğu görüşü¹⁶², işverenin keyfi surette iş sözleşmesini sona erdirmekten alıkoyan caydırıcı bir teminat olduğu görüşü¹⁶³, iş güvencesi sağlayan onarıcı bir kurum olduğu görüşü¹⁶⁴, işçinin işyerine bağlılığının karşılığı olduğu görüşü¹⁶⁵, bu görüşlerden bazılarıdır.¹⁶⁶

3. Uygulanma Koşulları

Kıdem tazminatının ödenmesi için gereken koşullar, Kanunda sınırlı olarak sayılmıştır.^{167,168} İşçinin bu işyerinde en az bir yıllık kıdemini bulunması zorunludur. İşçinin

¹⁵⁶ ibid 726; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 63) 147; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 195.

¹⁵⁷ Başterzi (n 6) 54.

¹⁵⁸ Turgut Sızmazoğlu, *İş Akdinin Feshi ve Kıdem Tazminatı* (Halk Basımevi 1953) 110.

¹⁵⁹ Halid Kemal Elbir, *İş Hukuku* (Yenilenmiş 9. Baskı, Filiz Kitabevi 1987) 127.

¹⁶⁰ Ünal Narmanlıoğlu, *Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı* (Fakülteler Matbaası 1973) 337.

¹⁶¹ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 727.

¹⁶² M. Kemal Oğuzman, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre 'İş' Akdinin Feshi* (İsmail Akgün Matbaası 1955) 256.

¹⁶³ Elbir (n 158) 102.

¹⁶⁴ Fevzi Demir, *İş Güvencesi Hukuku* (2. Baskı, Barış Yayınları 1999) 157 vd.

¹⁶⁵ Münir Ekonomi, *İş Hukuku Cilt 1 – Ferdi İş Hukuku* (İstanbul Teknik Üniversitesi 1984) 230; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 310; Senyen Kaplan (n 4) 351; Elmas (n 4) 251.

¹⁶⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 310; Dönmez (n 14) 508.

¹⁶⁷ Elmas (n 4) 196.

¹⁶⁸ Deniz İş Kanununun 20. maddesinde, İş Kanununa paralel bir düzenleme öngörülmüştür; ancak Basın İş Kanunu madde 6'da tamamen farklı bir düzenleme öngörülmüştür ve kıdem hakkının mesleğe ilk girişten

kıdemi, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, işyerinde fiilen çalışmaya başladığı tarih temel alınarak hesaplanır.¹⁶⁹ İşçi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalışmışsa bu süreler, değişik zamanlarda olmuş olsa dahi, bütün olarak göz önüne alınır ve kıdem tazminatı tüm çalışma üzerinden hesaplanır.¹⁷⁰

İşçinin iş sözleşmesini askıya hallerde geçen süreler de kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır.¹⁷¹ Süre bütün olarak değerlendirilir.

Kısmi süreli çalışan işçilerin kıdemi hesaplanırken, iş sözleşmesinin devam ettiği süre göz önünde tutulur. Yani işçinin işverenin işyerinde işe başladığı tarih ile işten çıkış tarihi arasında geçen tüm süre, işçinin kıdeme esas çalışma süresini oluşturur.¹⁷²

İşverenin esasen işçisini işten çıkarma iradesi olmamasına rağmen, bazı dönemler işçisine çıkış vererek kendisine tazminat ödemesi, ancak bu süreçte işçisini çalıştırmaya devam etmesi durumunda görünüşte fesih olduğu kabul edilir ve görünüşteki fesih dikkate alınmaz; işçinin aralıksız olarak çalışmaya devam ettiği kabul edilir. İşverenin iş sözleşmesi devam ederken işçiye kıdem tazminatı yerine yaptığı ödemelerin avans niteliğinde olduğu kabul edilir.¹⁷³

İşçinin iş sözleşmesi kanunda belirtilen sebeplerden biriyle sona ermiş olmalıdır. Bu hallere örnek olarak: işverenin işçisinin iş sözleşmesini, İş Kanunu madde 25/2¹⁷⁴ dışında bir

itibaren öngörülebileceği düzenlenmiştir. Yani İş Kanununa, Deniz İş Kanununa ve Basın İş Kanununa tabi işçilerin de kıdem tazminatı hakkı vardır.

¹⁶⁹ İşçi lehine olacak şekilde bu bir yıllık sürenin kısaltılmasında herhangi bir engel yoktur. Bkz. Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 728; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 320; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 63) 573; Senyen Kaplan (n 4) 357.

¹⁷⁰ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 748; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 63) 268; Sümer (n 3) 130. Bu çalışmaların aynı iş kolunda olması şart değildir. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 322.

¹⁷¹ Grev ve lokavt süresince de iş sözleşmesi askıda kalır. Ancak grev ve lokavtta geçirilen süreler, kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz. Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 745. Birbirini izleyen mevsimlik iş sözleşmeleri, mevsim sonunda sona ermez; bir sonraki döneme kadar askıda kalır. İki mevsim arasında geçen süre, kıdeme dâhildir. Bkz. Süzek (n 3) 746; Senyen Kaplan (n 4) 359; Sümer (n 3) 131; Sami Narter, *İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar* (Adalet Yayınları 2022) 575. Aksi görüş için bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 322.

¹⁷² Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 746; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 323; Senyen Kaplan (n 4) 360; Sümer (n 3) 132; Narter (n 148) 574.

¹⁷³ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 750; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 330; Senyen Kaplan (n 4) 358; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 63) 274.

¹⁷⁴ Yani işçinin iş sözleşmesi, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller veya benzerleri sebebiyle feshedilmişse işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz. İşveren, İş Kanunu madde 25/2'deki koşulların gerçekleştiğini ispat etmelidir.

sebeple sonlandırması; işçinin ise iş sözleşmesini İş Kanunu madde 24/2 uyarınca sonlandırması¹⁷⁵ ve işçinin ölümü¹⁷⁶ verilebilir.

G. Kötüniyet Tazminatı

1. Genel Olarak

İş sözleşmesi kötüniyetle feshedilen işçiye, bildirim süresinin üç katı tutarında kötüniyet tazminatı ödeneceği İş Kanunu madde 17’de öngörülmüştür.

İşverenin, işçisinin iş sözleşmesini feshederken bir daha düşünmesini sağlamak amacıyla öngörülen kötüniyet tazminatı, bu açıdan feshin son çare olması ilkesine hizmet eder. Zira kötüniyetle fesih yaptığında tazminat ödeyeceğini bilen işveren, muhtemelen tazminat ödememek için bu kararından dönecektir. Yani işverenin fesih hakkını kötüye kullanması, tazminat yaptırımına bağlanarak engellenmeye çalışılır.¹⁷⁷

2. Hukuki Niteliği

Kötüniyet tazminatı, işçi zarara uğramasa dahi ödenen maktu ve götürü nitelikte bir tazminattır.¹⁷⁸ Kötüniyet tazminatı, ihbar tazminatının vasıflı bir şeklidir.¹⁷⁹ İhbar tazminatında olduğu gibi kötüniyet tazminatında da işçinin herhangi bir zarara uğramış olması şart değildir. Dolayısıyla herhangi bir zararın ispatlanmasına da gerek yoktur. Kötüniyetli feshin ispat edilmesi yeterlidir.¹⁸⁰

3. Uygulanma Koşulları

İş sözleşmesi kötüniyetle feshedilen işçinin, kötüniyet tazminatına hak kazanması için iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması gerekir.

İşçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıyorsa artık kötüniyet tazminatı talep edemez. Aynı şekilde süresi içinde işe iade davası açmayan iş güvencesi hükümlerine tabi işçi de işe iade davası açmadığı gerekçesiyle kötüniyet tazminatı talep edemez.¹⁸¹

¹⁷⁵ İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabildiği hallerdir.

¹⁷⁶ İşçinin kusurlu olup olmadığına bakılmaz, işçi kıdem tazminatına hak kazanır. İşçinin ölümü halinde kıdem tazminatı mirasçılara ödenir. Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 738; Senyen Kaplan (n 4) 356.

¹⁷⁷ Başterzi (n 6) 54.

¹⁷⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 274; Sümer (n 3) 112; Narter (n 148) 668.

¹⁷⁹ Dönmez (n 14) 138.

¹⁸⁰ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 564.

¹⁸¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 275.

Kötüniyet tazminatı, belirli süreli iş sözleşmelerinde de gündeme gelmez. Çünkü burada, süreli fesih hakkını kötüye kullanan işverenin kötüniyet tazminatına mahkûm edilmesi öngörülmüştür; belirli süreli iş sözleşmelerinde ise süreli fesih söz konusu olmaz.¹⁸²

İşverenin iş sözleşmesini feshederken kötüniyetli davrandığının ispat yükü, işçinin üzerindedir. İşveren, işçisinin iş sözleşmesini feshederken haklı nedeni olmadan bu feshi gerçekleştirmiş olabilir. Ancak salt haklı neden olmaması kötüniyet tazminatının ödenmesi için yeterli değildir, ayrıca kötüniyetin ispatı da gerekir.¹⁸³

4. Kötüniyetli Feshin Sonuçları

İş sözleşmesi işveren tarafından kötüniyetle feshedilen işçiye bildirim sürelerinin üç katı tutarında kötüniyet tazminatı ödenir. İş sözleşmesinin işçi tarafından kötüniyetle feshedilmesi halinde işçinin tazminat ödeyip ödemeyeceği konusunda İş Kanunumuzda bir hüküm yoktur. İş sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiğini iddia eden işveren, ancak TMK madde 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanarak tazminat isteminde bulunabilir.¹⁸⁴

SONUÇ

İş hayatının ve istihdamın devamlılığının sağlanması, modern iş hukukunun temel ilkelerinden birisidir. İşçinin iş sözleşmesinin feshe karşı korunması amacıyla pek çok tedbir öngörülmüştür. Bu tedbirler, feshin son çare olması ilkesi göz önüne alınarak uygulanır ve böylece iş sözleşmelerinin devamlılığı sağlanır.

İş sözleşmeleri, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. İşçinin asli edimi, iş görme iken; işverenin asli edimi ise işçinin çalışması karşılığı olan ücretini ödemektir. İş sözleşmesinin feshedilmesi, işçinin temel geçim kaynağı olan ücretinden mahrum kalmasına yol açar ve bu da işçinin hayatını idame ettirmede zorlanmasına neden olur. Bu durum, sosyal hayatın devamı açısından arzu edilmeyen bir durumdur. Aynı zamanda işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi işverenin de zararınadır. Zira işverenin temel arzusu da işinin ve işletmesinin devamlılığının sağlanmasıdır. İşte bu sebeple, feshe en son çare olarak başvurulmalı ve iş sözleşmeleri mümkün olduğunca ayakta tutulmaya çalışılmalıdır.

¹⁸² Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 524; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 275. Kötüniyet tazminatı, kendisi ile benzer sebeplerle öngörülmüş olan sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatı ile de birlikte öngörülemmez. Bkz. Senyen Kaplan (n 4) 277.

¹⁸³ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 275; Senyen Kaplan (n 4) 276.

¹⁸⁴ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 530; Senyen Kaplan (n 4) 275; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 63) 196.

Feshe karşı koruma kapsamında pek çok tedbir öngörülmüştür. İş güvencesi hükümleri, kısa çalışma uygulaması, ücretsiz izin, mesleki amaçlı eğitim, çalışma koşullarında esaslı değişiklik, iş sözleşmesinin askıya alınması, kıdem tazminatı ve kötüniyet tazminatı bu tedbirlerden bazılarıdır.

Şartların zamanla değişmesi ile bu tedbirler de değişir. Örneğin tüm dünyada ve ülkemizde yaşanan Covid – 19 pandemisi döneminde iş sözleşmelerinin bazı sebepler haricinde feshedilmesi yasaklanmıştır. Feshe karşı koruma kapsamında değişen koşullar göz önüne alınmış ve mevcut düzenlemelere yeni hükümlerin eklenmesi gündeme gelmiştir.

Feshe karşı öngörülen koruyucu tedbirlere başvurulurken, her somut olay kendi özelinde değerlendirilmeli ve işçi ve işveren arasındaki menfaat dengesi gözetilerek en lehe olan hüküm uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Akat D, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma* (Adalet Yayınevi 2017).

Başterzi S ‘Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri’ (2005) 54(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53-94.

Baysal M, *Covid – 19 Özel Bölümüyle Kısa Çalışma Rehberi* (Yetkin Yayınları 2020).

Canbolat T ve Kayırgan H, ‘Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları’ (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637-688.

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı, Beta Yayınları 2023).

Demir F, *İş Güvencesi Hukuku* (2. Baskı, Barış Yayınları 1999).

Dönmez KY, *İş Hukukunda Tazminatlar* (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2008).

Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (Güncellenmiş 6. Baskı, On İki Levha Yayınları 2024).

Ekonomi M, *İş Hukuku Cilt 1 – Ferdi İş Hukuku* (İstanbul Teknik Üniversitesi 1984).

Elbir HK, *İş Hukuku* (Yenilenmiş 9. Baskı, Filiz Kitabevi 1987).

Elmas S, *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih* (Lykeion Yayınları 2018).

- Endes N, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma* (Adalet Yayınları 2017).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Eyrenci Ö, Taşkent S ve Ulucan D, *Bireysel İş Hukuku* (9. Baskı, Beta Yayınları 2019).
- Karademir A, ‘İş Güvencesinde Son Çare İlkesi Uyarınca İşçiye Eğitim Verilmesi Gerekliliğinin Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi’ (2020) 6(12) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263-288.
- Karademir A, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) (*Son Çare*).
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeion Yayınları 2018).
- Narmanlıoğlu Ü, *Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı* (Fakülteler Matbaası 1973).
- Narter S, *İş güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar* (Adalet Yayınları 2018).
- Nazlı S, ‘Covid – 19 Salgınının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanunun İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2020) 7(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251-271.
- Oğuz Ö, *Ücretsiz İzin* (Legal Yayınları 2023).
- Oğuzman MK, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre ‘İş’ Akdinin Feshi* (İsmail Akgün Matbaası 1955).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1* (Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018).
- Otru İ, *İş Hukukunda Ücretsiz İzin* (Seçkin Yayınları 2012).
- Senyen Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (Yenilenmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları 2019).
- Sızmaçoğlu T, *İş Akdinin Feshi ve Kıdem Tazminatı* (Halk Basımevi 1953).
- Sümer HH, *İş Hukuku* (24. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Sümer Önder A, ‘İşçinin İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi 2011).

Süzek S, *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi* (Savaş Yayıncılık 1989) (*Askı*).

Süzek S, *İş Hukuku* (Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayınları 2019).

Ulucan D, ‘Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler’ (1997) 4(2) *İş Hukuku ve İktisat Dergisi* 231-249.

Yamakoğlu E ve Karaçöp E, ‘İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları’ (2014) 20(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 479-506.

Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (Yenilenmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları 2017).

Yorulmaz Ç, ‘Türk İş Hukukunda Zorlayıcı Neden Kapsamında Yeni Koronavirüs Salgınının Değerlendirilmesi’ (2020) 28(3) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1343-1382.

Yücesoy Y, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma ile Salgın Hastalık Halinde Uygulanan Diğer Hukuki Kurumlar* (Adalet Yayınları 2020).

Yazar Beyanı	
Yazarların Katkıları	Bu çalışma tek yazarlıdır.
Mali Destek	Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı Beyanı	Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi	Yazar, makalenin tüm süreçlerinde TRÜHFD’nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyulduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde TRÜHFD’nin, yayın ve editör kurullarının hiçbir sorumluluğunun olmadığını beyan etmektedir.

Ekosentrik ve Antroposentrik Yaklaşımlar Doğrultusunda Uluslararası Çevre Hukukuna Yeniden Bakış

Looking at International Environmental Law through the Ecocentric and Anthropocentric Approaches

Ebru DEMİR*

Öz

Eldeki çalışma, ekosentrik (çevre merkezli, çevreyi merkeze alan) yaklaşım ve antroposentrik (insan merkezli, insanı merkeze alan) yaklaşım ışığında uluslararası çevre hukukunu analiz etmeyi amaçlamaktadır. Çalışma öncelikle bu iki yaklaşımın amacını ve kapsamını tartışmakta ve iki yaklaşımın teorik çerçevesini sunmaktadır. Antroposentrik yaklaşım kapsamında insan dışındaki canlı yahut cansız varlıklar, insana fayda sağladıkları ölçüde değerli ve önemli hale gelirler. Ekosentrik yaklaşım ise insana fayda şartı gözetmeksizin tüm ekosistemi bir bütün halinde değerlendirir. Bu çalışmanın temel sorusu uluslararası çevre hukuku kaynaklarının ekosentrik bir yaklaşımı mı yoksa antroposentrik bir yaklaşımı mı benimsediğidir. Yapılan inceleme sonunda, uluslararası çevre hukukuna antroposentrik bir bakış açısının hakim olduğu gözlemlenmektedir. Her ne kadar uluslararası hukuk kaynaklarında ekosentrik ifadeler yer yer gözlemlense de, bu ifadeler istisnai nitelik taşımaktadır. Çalışma, son yıllarda ortaya çıkan çevre ve iklim krizine rağmen uluslararası çevre hukukunda antroposentrik yaklaşımdan ekosentrik yaklaşıma doğru bir geçiş olmadığını, insanı merkeze alan bir bakış açısının hala geçerli olduğunu ileri sürmektedir.

Anahtar Kelimeler

Ekosentrik, Antroposentrik, Uluslararası çevre hukuku, İnsan, Çevre, Doğa

Abstract

This article aims to analyse international environmental law through two key approaches: the ecocentric and anthropocentric approaches. The article first discusses the objectives and the scopes of these approaches and provides a detailed theoretical framework for each. Under the anthropocentric approach, non-human living or non-living entities are considered to be valuable and significant to the extent that they provide benefits to human beings. On the contrary, the ecocentric approach views the entire ecosystem as a whole, without requiring a direct benefit to human beings. Under the ecocentric approach, non-human living or non-living entities have intrinsic value. This article questions whether international environmental law instruments adopt an ecocentric or an anthropocentric

Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 21.04.2025 – **Makale Kabul Tarihi:** 12.06.2025.

Atıf: Ebru DEMİR ‘Ekosentrik ve Antroposentrik Yaklaşımlar Doğrultusunda Uluslararası Çevre Hukukuna Yeniden Bakış’ (2025) 3(2) TRÜHFD 298-320.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, ebrudemir@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2529-3383.

approach. The analysis reveals that an anthropocentric approach predominates in international environmental law. Whereas ecocentric expressions can occasionally be observed in international environmental instruments, they remain exceptions rather than the norm. The article argues that, despite escalating environmental and climate crises in recent years, there has been no shift from an anthropocentric towards an ecocentric approach in international environmental law. A human-centred approach continues to dominate the field.

Keywords

Ecocentric, Anthropocentric, International environmental law, Human, Environment, Nature

GİRİŞ

Eldeki çalışma ekosentrik (çevre merkezli, çevreyi merkeze alan) ve antroposentrik (insan merkezli, insanı merkeze alan) yaklaşımlar doğrultusunda uluslararası çevre hukukunu incelemeyi hedefler. İki yaklaşım hem çevre ve insana hem de hak ve adalet kavramlarına farklı açılardan bakımlarıyla birbirlerinden ayrılırlar. Ekosentrik yaklaşım özellikle son yıllarda gerek çevresel tahribatın küresel ölçekte kriz boyutuna evrilmesi ile ve gerekse iklim değişikliğinin etkilerinin dünya üzerinde daha net bir şekilde görülmesi ile birlikte akademik literatürde daha çok çalışılmaya başlanmıştır. Ekosentrik yaklaşım, antroposentrik bakış açısı ile düzenlenmiş ulusal, bölgesel ve uluslararası hukukun ne kadar dar kapsamlı olduğunu ve çevre adaleti sağlama hususunda ne kadar başarısız olduğunu öne sürmektedir.

Çalışma ilk olarak ekosentrik ve antroposentrik yaklaşımları tanımlayarak kavramsal çerçeveyi sunar. Ekosentrik ve antroposentrik yaklaşımların hangi konularda farklılaştıkları ve tam olarak neyi amaçladıkları detaylı bir şekilde incelenecektir. Öte yandan bu iki yaklaşımın benzerlikler taşımaları da söz konusudur. İlk bölümde iki yaklaşımın kavramsal çerçevesi çizilecek ve ayrıca literatürümüzde bu alanda daha çok çalışma yapılmasının gerekliliği vurgulanacaktır. İkinci bölümde ise uluslararası çevre hukukuna ve bu hukukun kaynaklarına ekosentrik ve antroposentrik yaklaşımlar ışığında yeniden bakılacaktır. Makale, uluslararası çevre hukukunun, istisnalar dışında, antroposentrik bir yaklaşım üzerine inşa edildiğini öne sürmektedir.

I. EKOSENTRİK VE ANTROPOSENTRİK YAKLAŞIMLAR: KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ

A. Kavramsal Çerçeve

Antroposentrik yaklaşım temek olarak insana, diğer yaşam formlarından daha fazla haksız ve gerekçesiz bir şekilde önem atfedilmesi şeklinde tanımlanabilir.¹ Ekosentrik yaklaşımın tam olarak doğduğu nokta ise insana atfedilen “haksız ve gerekçesiz” önem argümanıdır. Frederic Megret’in doğru ve yerinde bir şekilde işaret ettiği üzere, “haklara yalnızca insanların sahip olabileceklerine dair anlayış değişirse”, “insan hakları” hukukuna bakış da radikal bir biçimde değişecektir.² İnsan dışındaki canlı türlerinin de haklarının olabileceği şeklinde bir argüman, insanı doğadaki hiyerarşinin tepesine konumlandırmayı reddedecektir.

Öte yandan, antroposentrik yaklaşımın merkeze insanı alması, diğer canlı ve cansız türlerinin bu yaklaşım tarafından tamamen önemsenmediği anlamına gelmemektedir. Antroposentrik bakış açısı ışığında, doğa, çevre ve diğer canlı ve cansız türleri, insanın hayat kalitesine ve sağlığına önemli katkıları bulunan unsurlardır. Antroposentrik bakış açısı hava kirliliğinin insan sağlığına etkilerinden yola çıkarak çevrenin korunmasını gerektirebilmektedir. Yahut denizlerin ve okyanusların kirletilmesi, insanın ait olduğu ekosisteme zarar vereceği için istenmeyen davranışlardır. Dolayısıyla antroposentrik yaklaşımı benimseyenler faydacı bir tavır içindedirler çünkü onlara göre doğa, insanın isteklerini ve ihtiyaçlarını karşıladığı için değerlidir.³

Ekosentrik yaklaşım ise, “insana fayda” şartı aramaksızın doğanın değerli olduğunu öne sürmektedir. Ekosentrik bakış açısı yeryüzündeki ekosistemin, atmosferin, suyun ve karanın, tüm yaşam formları için var oldukları anlayışını benimsemektedir.⁴ Doğanın bir bütün olduğu, tüm yaşam formlarının zamansal ve mekânsal olarak birbiriyle ilişkili olduğu bu yaklaşımın temelidir. Çevre ve çevredeki tüm unsurların içsel değer (intrinsic value) taşıdığı kabul edilir. Dolayısıyla, tüm ekosistemin merkezinde insan bulunmaz ve doğa, insana hizmet ettiği ölçüde

¹ Patrick Curry, *Ecological Ethics: An Introduction* (Polity Press 2011) 55.

² Frederic Megret, ‘The Anthropocentrism of Human Rights’ in Vincent Chapeaux, Frederic Megret ve Usha Natarajan (eds), *The Routledge Handbook of International Law and Anthropocentrism* (Routledge 2023) 35-60.

³ S. C. G. Thompson ve M. A. Barton, ‘Ecocentric and Anthropocentric Attitudes toward the Environment’, (1994) 14 *Journal of Environmental Psychology* 149, 150.

⁴ Joe Gray, Ian Whyte ve Patrick Curry, ‘Ecocentrism: What it means and what it implies’, (2018) 1(2) *Ecological Citizen* 130, 130.

değer kazanmaz. Ekosistemi, atmosferi, denizi yahut karayı korumanın amacı insanın yaşamını refah ve sağlık içinde sürdürmesi değildir. İnsan ekosistemin bir parçasıdır ve tüm ekosistemle uyum içinde hareket etmek durumundadır.⁵

B. İki Yaklaşımın Farklılıkları

Antroposentrik yaklaşım ve ekosentrik yaklaşım birbirinin zıddı olarak konumlandırılmıştır. Antroposentrik yaklaşımın ortaya çıkışı daha erkendir ve ekosentrik yaklaşım esas olarak antroposentrik yaklaşıma karşı bir tepki olarak doğmuştur.⁶ Her iki yaklaşımın merkeze aldıkları canlı yahut cansız türleri farklıdır ve bu farklılık, hak, hukuk ve adalet gibi temel kavramları şekillendiren bir durum yaratmaktadır. Evrene, doğaya ve canlı yahut cansız türlerine bakıştaki farklılık, hukuk, politika, ekonomi gibi alanlarda önemli sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin hukuk alanında, temel hak ve özgürlüklerle donatılmış aktörün yahut aktörlerin kimler (yahut neler) olduğu ve bu aktörlerin hak ve özgürlüklerinin sınırları bu iki yaklaşımdan hangisinin benimsendiğine göre değişiklik gösterebilecektir. Benzer şekilde, canlı ve cansız türler arasındaki ilişkinin düzenlenmesi ve bu ilişkide korunacak yahut gözetilecek prensipler ve değerler hangi yaklaşımın ışığında bu konuların dikkate alındığına göre değişecektir.

Ekosentrik yaklaşım özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası daha çok tartışılmaya ve anlaşılmaya başladı. İkinci Dünya Savaşı'nın hem çevre hem de insan üzerinde yaratmış olduğu tahribat ve sonrasında sanayileşmenin daha önce görülmemiş biçimde hız kazanması çevrenin öneminin daha iyi anlaşılmasıyla sonuçlanmıştır.⁷ Ayrıca, iklim krizinin son yıllarda, başta Birleşmiş Milletler çatısı altında 1988 yılında kurulan Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (Intergovernmental Panel on Climate Change) tarafından, bilimsel bir gerçeklik olarak tanınmasıyla çevreye bakışta önemli dönüşümler yaşanmıştır. Çevrenin korunmasının, diğer temel hak ve özgürlüklerle sıkı sıkıya ilişkili olduğu son yıllarda daha çok vurgulanmaya başlamıştır.⁸ Bu noktada çevresel tahribatın, ekonomik ve teknoloji gelişmelerin “doğal bir sonucu” olduğu ileri sürülebilir. Ekosentrik yaklaşım bu görüşü reddeder ve çevreye verilen

⁵ Mark J. McDonnell ve Steward T. A. Pickett, *Humans as Components of Ecosystems: The Ecology of Subtle Human Effects and Populated Areas* (Springer 1993).

⁶ Teea Kortetmäki, 'Anthropocentrism versus Ecocentrism Revisited: Theoretical Confusion and Practical Conclusions', (2013) 14(1) *SATS* 21.

⁷ Marie-Catherine Petersmann, 'Narcissus' Reflection in the Lake: Untold Narratives in Environmental Law beyond the Anthropocentric Frame', (2018) 30(2) *Journal of Environmental Law* 235, 241.

⁸ Dinah Shelton, 'Human Rights and the Environment: Jurisprudence of Human Rights Bodies' (Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar, Geneva 2002).

zararın kültürel ve kurumsal temellere dayandığını işaret eder.⁹ Bu açıdan bakıldığında ekosentrik yaklaşım, salt çevre hakkının çok ötesinde bir anlayışı benimsemektedir. Çevre hakkının nasıl tanımlandığı ve çevre hakkının nasıl düzenlenip korunacağı ekosentrik bakış açısıyla kökten değişebilecektir.

İki yaklaşım arasındaki en önemli fark antroposentrik yaklaşımın insanı doğadan ayırması ve onu çevre ve ekosistemin merkezine yerleştirmesidir.¹⁰ Perera'ya göre Afrika'daki vahşi yaşamın avlanma nedeniyle bozulması yahut insan aktiviteleri nedeniyle Bengal kaplanlarının soyunun tükenmekte olması, ekosentrik yaklaşımı benimseyenlerde büyük endişe yaratmaktadır. Antroposentrik yaklaşım ise bu durumları başlı başına bir tehlike yahut tehdit olarak görmemektedir. Bu tür olaylar, ancak ve ancak insanı etkilediği takdirde “önemli” olarak addedileceklerdir. İnsanın varlığına, sağlık hakkına ve temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına herhangi bir etki olmaması halinde, vahşi yaşamın bozulması yahut bazı hayvanların neslinin tükenmesi önemli değildir.¹¹ Antroposentrik bir bakış açısı ışığında “insan dışındaki dünya”, ya bir tehdit ya bir meta yahut da yararlanılması gereken bir kaynak olarak değerlendirilmektedir.¹² Bir nehrin, bir ormanın yahut bir hayvanın kendine içkin bir değeri bulunmamaktadır. Nehirler, ormanlar yahut hayvanlar insanın kaynak olarak kullanması ve maksimum ölçüde yararlanması için vardır. İnsan dışındaki canlı yahut cansız varlıklar insana fayda sağladıkları ölçüde değerli ve önemli hale gelirler. Hukuk ise insan dışındaki dünyanın insan için önemli olup olmadığını yahut ne derece önemli olduğunu tespit etmek için vardır.

C. Ekosentrik Yaklaşımın Ulusal, Bölgesel ve Uluslararası İctihatta Doğuşu

Son yıllarda insan dışındaki canlı ve cansız varlıkların da haklarının olması gerektiği konusunda önemli adımlar atılmaktadır. Bunlardan en önemlisi Yeni Zelanda'nın 2017 tarihinde kabul ettiği Te Awa Tupua Kanunu'dur. Bu kanun ile birlikte Yeni Zelanda'da bulunan Whanganui Nehri'ne çeşitli haklar verilmiştir. Kanuna göre, Whanganui nehri, canlı ve bütünsel bir karaktere sahip olması nedeniyle “tüzel kişi” niteliği kazanmaktadır.¹³ Maori yerel halkı ile özdeşleşmiş olan bu nehir ticari amaçlarla kullanılamayacaktır. Benzer şekilde kanun,

⁹ Andrew John Hoffman ve Lloyd Sandelans, ‘Getting Right with Nature’, (2005) 18(2) *Organization and Environment* 141, 142.

¹⁰ Ramindu Perera, ‘Environmental Destruction during Armed Conflict, Anthropocentrism-Ecocentrism Divide and Defining Ecocide’, (2023) 4 *Asia Pacific Journal of International Humanitarian Law* 1, 7.

¹¹ ibid 7.

¹² Megret (n 2) 41.

¹³ Miriama Cribb, Elizabeth Macpherson ve Axel Borchgrevink, ‘Beyond Legal Personhood for the Whanganui River: Collaboration and Pluralism in Implementing the Te Awa Tupua Act’, (2024) *International Journal of Human Rights*, Erken Görünüm, DOI.org/10.1080/13642987.2024.2314532.

nehre zarar veren her türlü eylemi yasaklamakta ve nehri ilgilendiren projeler için Maori halkına danışma şartı getirmektedir. Bunun altında yatan temel neden ise Maori halkı ile Whanganui nehrinin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve Maori halkının değerlerinin, inançlarının ve kısaca tüm varlığının nehrin varlığı ile bütünleşmiş olduğu inancıdır.¹⁴

İnsan hakları ile insan dışındaki canlıların haklarının çatıştığı durumlara örnek bir diğer dava Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen Happy davasıdır. Bu davada Happy 1970'li yılların başından beri New York'taki bir hayvanat bahçesinde tutulan bir fildir. Happy'nin hayvanat bahçesinde tutulmasına karşı açılan dava New York Temyiz Mahkemesi (New York Court of Appeals) tarafından *habeas corpus*¹⁵ ilkesinin yerine getirilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Dava her ne kadar başarıya ulaşmamış olsa da, insan dışı varlıkların yalnızca insana yarar sağlamak için var olmadıkları hususunda önemli bir farkındalık yaratmıştır.¹⁶ İlginç bir şekilde, benzer bir dava Arjantin'de görülmüş ve Cecilia isimli bir şempanzenin hayvanat bahçesinden salınmasına karar verilmiştir.¹⁷ 2017 yılında Arjantin'de Cecilia isimli şempanzenin serbest bırakılması için dava açılmış ve bu dava sonucunda Arjantinli hakimler *habeas corpus* ilkesinin gerekli olmadığına hükmetmişlerdir. Hakimlere göre, insan dışındaki türlerin gelişme hakları yahut ait oldukları habitatta yaşama hakları söz konusu olduğunda *habeas corpus* şartı gözetilmesi gerekmemektedir.¹⁸

Ekosentrik ve antroposentrik yaklaşımlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları üzerinden daha iyi anlaşılabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yargı organı olarak Sözleşme'de yer alan hak ve hürriyetlerin taraf devletlerdeki uygulamalarını denetlemektedir. Sözleşme, çoğunlukla kişisel ve siyasal hakları korumakta ve çevrenin korunmasına ilişkin bir madde ihtiva etmemektedir.¹⁹ Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'de yer alan hak ve hürriyetler ile çevre hakkının yakın ilişkisi üzerinden

¹⁴ Matthias Kramm, 'When a River Becomes a Person', (2020) 21(4) *Journal of Human Development and Capabilities* 307, 308.

¹⁵ Kişinin mahkemenin huzuruna çıkma hakkı şeklinde özetlenebilir.

¹⁶ Lawrence Wright, 'The Elephant in the Courtroom' *The New Yorker* (New York, 28 Şubat 2022) <<https://www.newyorker.com/magazine/2022/03/07/the-elephant-in-the-courtroom>> Erişim Tarihi 21.04.2025.

¹⁷ Macarena Montes Franceschini, 'Animal Personhood: The Quest for Recognition', (2021) 17 *Animal and Natural Resource Law Review* 93, 93.

¹⁸ Sacha Bourgeois-Gironde, 'Nature in the Law: An Evolution from Environmental Law to Legal Ecocentrism' in W. Zaluski ve diğerleri (eds), *Research Handbook on Legal Evolution* (Edward Elgar 2024) 239.

¹⁹ Roderic O'Gorman, 'The ECHR, the EU and the Weakness of Social Rights Protection at the European Level', (2011) 12(10) *German Law Journal* 1833, 1833.

çevrenin korunmasına ilişkin önemli bir içtihat geliştirmiştir.²⁰ Her ne kadar Mahkeme'nin çevre hukukuna ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına katkısı reddedilemez olsa da, Mahkeme antroposentrik yaklaşımla hareket etmektedir. İtalya'nın aleyhine karara bağlanmış olan 2012 tarihli *Di Sarno ve diğerleri*²¹ davası antroposentrik yaklaşıma yerinde bir örnektir. *Di Sarno ve diğerleri* davasında başvuru sahipleri, Campania bölgesindeki çöp dökme alanının yaratmış olduğu kirliliği Mahkeme'ye taşımışlardır. Bölgedeki kirlilik, İtalyan Hükümeti'nin 1994 yılından 2009 yılına kadar “olağanüstü hal” ilan etmesine yol açacak kadar şiddetlidir. Bölgede yaşamını sürdüren başvuru sahipleri, kirliliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sekizinci maddesi (aile ve özel hayata saygı hakkı) çerçevesinde korunan hak ve hürriyetlerini engellediğini ileri sürmüşlerdir. Davayı inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru sahiplerinin iddialarını araştırmak ve bu iddiaların temellerinin olup olmadığını saptamak için başvuru sahiplerinin sağlık raporlarını incelemeye almıştır. Başvuru sahipleri iddialarını desteklemek amacıyla, kirliliğin, sağlıklarını tehdit eden ciddi hastalıklara (kanser gibi) sebep olma riskini gösteren bilimsel raporları başvurularına eklemişlerdir. Mahkeme incelemesi sonucunda Sözleşme'nin sekizinci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Burada altı çizilmesi gereken nokta, on yılı aşkın bir sürede oluşmuş çöp atık alanının başlı başına bir sorun teşkil etmemesidir. Başka bir deyişle, ortaya çıkan kirlilik, koku, zehirli gazlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için bir hak ihlali oluşturmamaktadır. Mahkeme'nin bu krize müdahalesi ancak ve ancak krizin insana “ulaşması” ve insana zararının somut bir şekilde ortaya çıkması ile mümkün olmuştur.²² Dolayısıyla Mahkeme antroposentrik ve bireyseli (individualistic) bir bakış açısıyla hareket etmektedir.²³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, birçok davada kendisinin altını çizdiği üzere, *actio popularis* (halk adına aksiyon alınan) davaları kabul edilebilirlik koşullarına aykırı kabul etmektedir (örneğin *Le Mailloux* davası²⁴). Her ne kadar bu *actio popularis* yasağının özellikle 2024 yılında görülen ilk iklim davası olan *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri*²⁵ ile

²⁰ Loukis Loucaides, ‘Environmental Protection through the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights’, (2005) 75(1) *British Yearbook of International Law* 249, 249.

²¹ *Di Sarno and others v Italy* ECHR 30765/08.

²² Jelena Ristić, ‘Environmental Protection from a Human Rights Perspective: “Green” Cases of the European Court of Human Rights’ (International Scientific Conference, Skopje 2022) 101.

²³ Corina Heri, ‘Climate Change before the European Court of Human Rights: Capturing Risk, Ill-Treatment and Vulnerability’, (2022) 33(3) *European Journal of International Law* 925, 937.

²⁴ *Le Mailloux v France* ECHR 18108/20.

²⁵ *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and others v Switzerland* ECHR 53600/20

esnediğini iddia eden radikal görüşler bulunsa da,²⁶ *Verein* davasının istisnai bir özellik taşıdığını ileri sürmek daha makul bir yorum olacaktır. Bunun nedeni ise Mahkeme'nin bir "insan hakları" mahkemesi olması ve uygulamada da bireyi merkeze alan ve bireye zarar "ulaşana" kadar çevreye verilen tahribatı bir ihlal olarak değerlendirmeyen kararlarıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için *actio popularis* davalar her ne kadar istisnai olsa da, uluslararası çevre hukukunda *actio popularis* niteliği taşıyan kararlar mevcuttur. Bunlara verilebilecek en önemli örneklerden biri Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin (International Tribunal for the Law of the Sea - ITLOS) 2011 yılında vermiş olduğu "*sponsor devletlerin Bölge'deki madencilik faaliyetlerine, yükümlülük ve sorumluluklarına*" ilişkin danışma görüşüdür. 2010 yılında Nauru Cumhuriyeti'nin getirdiği öneri ile, ITLOS'un bir dairesi olan Uluslararası Deniz yatağı Dairesi'nden (International Seabed Authority - ISA) "ulusal yargı yetkisinin dışında kalan deniz yatağı alanlarının, diğer ismiyle Bölge (the Area) korunması" hususunda danışma görüşü istenmiştir.²⁷ Uluslararası Deniz yatağı Dairesi, açık denizlerin ve Bölge'nin üzerinde tüm devletlerin tazminat talep etme haklarının bulunduğunu görüşünde ifade etmiştir.²⁸ Dolayısıyla bu alanlar tüm insanlığın ortak mirası olarak değerlendirildiği için tüm devletlere dava açma ve tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. Danışma görüşü bu açıdan *actio popularis* bir nitelik taşımaktadır.

Konuyla ilgili olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) yaklaşımının da altını çizmek gerekmektedir. UAD, 1966 tarihinde vermiş olduğu Güney Batı Afrika kararında uluslararası hukukta *actio popularis*'i açık bir şekilde reddetmiştir.²⁹ Ancak 1997 tarihindeki Gabçikovo-Nagymaros kararında UAD'ın yaklaşım değişikliğine gittiği görülmektedir. Tuna Nehri üzerinde sınır aşan bir baraj projesine ilişkin bu davada UAD, biyolojik çeşitliliğin korunmasının uluslararası hukukun gelişmekte olan bir prensibi olduğunu belirtmiş ve tüm devletlerin bu prensibi dikkate alarak insanlığın ortak mirası olan çevreyi korumaları

²⁶ Leonard Besselink, 'The Actio Popularis in 'Verein KlimaSeniorinnen Schweiz': Climate Jurisprudence between Strasbourg and The Hague' (*Amsterdam Center on the Legal Professions and Access to Justice Blog*, 29 Nisan 2024) <<https://aclpa.uva.nl/en/content/news/2024/04/blog-leonard-besselink.html?cb>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2025.

²⁷ Carlos A. Cruz Carrillo, 'The Role of Advisory Opinions in Addressing Public Interest Issues' in Justine Bendel and Yusra Suedi (eds), *Public Interest Litigation in International Law* (Routledge 2024) 186.

²⁸ International Tribunal for the Law of the Sea, 'Responsibilities and Obligations of States Sponsoring and Entities with Respect to Activities in the Area (Request for Advisory Opinion Submitted to the Seabed Disputes Chamber)' <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2025.

²⁹ Bingyu Liu, 'Pros and Cons of the Obligation to Conserve Biodiversity as Obligation *Erga Omnes*', (2014) 6(2) *International Review of Social Sciences and Humanities* 264, 266.

gerektiğini ifade etmiştir.³⁰ Buradan hareketle, uluslararası çevre hukukunun gelişimi ile birlikte UAD’ın actio popularis davalara ilişkin bakış açısının farklılaştığı öne sürülebilir.

Antroposentrik yaklaşım, diğer tüm canlı ve cansız varlıkların “hakları” ve faydaları pahasına, insanı merkeze almaktadır. Ekosentrik ve antroposentrik yaklaşım arasındaki farklılık, diğer canlı ve cansız varlıkların kendilerine içkin değerlerinin olup olmadığı noktasında yatmaktadır.³¹ Öte yandan literatürde antroposentrik yaklaşıma ilişkin önemli bir tartışma konusu mevcuttur: antroposentrik yaklaşım hangi insan(lar)ı merkeze almaktadır? Her ne kadar antroposentrik yaklaşım, insanların merkeze alındıkları bir yaklaşım olarak tanımlansa ve kabul edilse dahi, bu yaklaşımın tüm insanları eşit bir biçimde merkeze almadığına yönelik önemli tespitler bulunmaktadır. Örneğin, Laýna Droz, antroposentrik yaklaşımın çocukları, kadınları, yaşlıları yahut engellileri de merkeze aldığına şüphe ile yaklaştığını ifade etmiştir.³² Eleştirel bakan araştırmacılar, antroposentrik yaklaşımın hangi insanların merkeze konulduğu konusunu cevaplamakta yetersiz kaldığını belirtmişlerdir. Örneğin Eccy de Jonge, çevreye karşı bakışı açıklamada insan/doğa ayırımına dayanan antroposentrik ve ekosentrik bakış açılarını dar olmakla suçlamıştır.³³ De Jonge’ye göre, insanın doğa karşısında hiyerarşik olarak yukarıda bulunduğunu öne süren sığ yaklaşım, farklı insan grupları arasındaki mücadelenin varlığını görünmez kılmaktadır.³⁴

David W. Kidner ise antroposentrik yaklaşımın zaten en başından beri insanı merkeze almamakta olduğunu ve daha ziyade hem insanın hem de doğanın “içinde çözüldüğü” bir ekonomik sistemi ifade ettiğini ileri sürmüştür.³⁵ Ramachandra Guha, içinde bulunduğumuz çevre ve iklim krizi için antroposentrik yaklaşımı suçlamanın bir “aldatmaca” olduğunu ileri sürmüştür.³⁶ Gerçek “suçlunun” içinde bulunduğumuz küresel ekonomik sistem olduğu pek çok

³⁰ ibid 265.

³¹ Helena Kopnina ve diğerleri, ‘Anthropocentrism: More than Just a Misunderstood Problem’, (2018) 31 *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 107, 109.

³² Laýna Droz, ‘Anthropocentrism as the Scapegoat of the Environmental Crisis: A Review’, (2022) 22 *Ethics in Science and Environmental Politics* 25, 30.

³³ Eccy De Jonge, ‘An Alternative to Anthropocentrism: Deep Ecology and the Metaphysical Turn’ in Rob Boddice (ed.), *Anthropocentrism: Humans, Animals, Environments* (Brill 2011) 309.

³⁴ ibid 309.

³⁵ David W. Kidner, ‘Why “Anthropocentrism” is not Anthropocentric’, (2014) 38(4) *Dialectical Anthropology* 465, 469.

³⁶ Ramachandra Guha, ‘Radical American Environmentalism and Wilderness Preservation: A Third World Critique’, (1989) 11(1) *Environmental Ethics* 71, 71.

araştırmacı tarafından işaret edilmiştir. Kimi yazarlar antroposentrik yaklaşımın kapitalizmi,³⁷ kimi yazarlar endüstri merkeziliği,³⁸ kimileri ise eril merkeziliği (androcentrism)³⁹ maskeleyişini belirtmişlerdir.

Özetle, antroposentrik yaklaşımın tüm insanları eşit şekilde merkeze almadığının altı çizilmelidir. Yalnızca “bazı gruplar” merkeze alınmaya layık görülmektedir. “Çevre yararı mı yoksa insan yararı mı?” çıkmazında, sadece bazı grupların yararına odaklanılmakta ve bu yarar, tüm insanların yararımı gibi bir yanılgı yaratılmaktadır. Bir sonraki bölümde uluslararası çevre hukukuna ve bu hukukun kaynaklarına ekosentrik ve antroposentrik yaklaşımlar ışığında yeniden bakılacaktır. Her ne kadar ekosentrik ve antroposentrik yaklaşımlar özellikle son yıllarda literatürde karşımıza sıkça çıkan konular olsa da, bu tartışmaların hukuk alanına taşınması çok geç olmuştur. Literatürümüzde de bu iki yaklaşımı tartışan akademik çalışma sayısı oldukça azdır.⁴⁰

II. ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKU EKOSENTRİK Mİ ANTROPOSENTRİK Mİ: KAYNAKLAR ÜZERİNDEN BİR İNCELEME

A. Uluslararası Çevre Hukukuna Bakış: Çevre mi Kalkınma mı?

Uluslararası çevre hukuku, uluslararası hukukun en genç alanlarından biridir. Çevreye ilişkin kaygıların öne çıkması ve bu kaygıların sonucunda devletler nezdinde adımlar atılması geç olmuştur. Uluslararası çevre hukuku, devletler tarafından sıkça ekonomik gelişmenin önündeki bir engel olarak değerlendirilmiştir. Devletler, “ekonomik kalkınma mı yoksa çevrenin korunması mı?” şeklinde bir çıkmazda kendilerini bulma korkusuyla, çevre alanında

³⁷ Anne Fremaux, *After the Anthropocene: Green Republicanism in a Post-Capitalist World* (Springer 2019); Roldan Muradian ve Erik Gomez-Baggethun, ‘Beyond Ecosystem Services and Nature’s Contributions: Is it time to Leave Utilitarian Environmentalism Behind?’, (2021) 185 *Ecological Economics* 1, 1.

³⁸ Eleanor Shoreman-Ouimet ve Helen Kopnina, *Culture and Conservation: Beyond Anthropocentrism* (Routledge 2016); Kidner (n 35) 469.

³⁹ Val Plumwood, ‘Androcentrism and Anthrocentrism: Parallels and Politics’, (1996) 1(2) *Ethics and the Environment* 119, 120; Karen J. Warren, *Ecofeminist Philosophy: A Western perspective on what it is and why it matters* (Rowman & Littlefield 2000) 10.

⁴⁰ Ümit Feyzioğlu ve Kerim Çınar, ‘Çevrecilik ve Siyasal Ekoloji Üzerine Ontolojik ve Epistemolojik bir Mukayese’, (2023) 5(1) *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 1, 1; Mehmet Emin Güven, ‘Ekolojizm ve Eleştirileri: İdeolojiler Üzerinden bir Mukayese’, (2024) 26(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 833, 833; Gonca Kuru, ‘Doğanın Hak Öznesi olarak Kabulü’, (2024) 30(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 70, 70; Kutluhan Bozkurt ve Elif Naz Nemec, ‘Advancing Ecocide in International Law: A Potential Legal Tool for Safeguarding Endangered Species Amidst Climate Change’, (2024) 15(2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 350, 350.

bağlayıcı sözleşmeler yaratmamayı tercih etmişlerdir.⁴¹ Bilhassa gelişmekte olan devletler, uluslararası çevre hukuk ve prensiplerinin ekonomik kalkınma süreçlerini sekteye uğratmasına karşı çıkmışlardır.⁴²

Gelişmekte olan devletlere göre, şu anki gelişmiş devletlerin kalkınma dönemlerinde uluslararası çevre hukuk ve prensiplerinin mevcut olmaması bu devletlerin hiçbir kısıtlama altında olmadan kalkınma süreçlerini tamamlamalarıyla sonuçlanmıştır. Gelişmekte olan devletler bu durumun kendileri için geçerli olmadığını ve bu nedenle ekonomik kalkınma yolunda çevreyi koruma “engeline” takıldıklarını sıklıkla ifade etmektedirler.⁴³ Örneğin Pakistan ekonomik kalkınmanın erken aşamalarında çevresel tahribatın ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğunu ileri sürmektedir.⁴⁴ Sahra altı Afrika’da yer alan devletler de, benzer şekilde, ekonomik kalkınma ve çevreyi koruma hedeflerini birlikte gerçekleştirmenin zor olduğunu belirtmektedirler.⁴⁵ Buna ek olarak ekonomik kalkınmanın gerçekleşebilmesi için karbondioksit salınımının ve ormansızlaştırmanın gerekli olduğunu vurgulamaktadırlar.⁴⁶

Uluslararası çevre hukuku, devletlerin çevreye bakışlarından ayrı düşünülemeyecek bir konumdadır. Devletlerin çevreye bakışları ve çevrenin korunmasını hem ulusal hem de uluslararası politikada nereye konumlandıkları, bu hukuk dalının gelişiminde hayati öneme sahiptir. Tam da bu nedenden ötürü, ekosentrik araştırmacılarda uluslararası çevre hukukuna eleştirel bir bakış açısı mevcuttur. Ekosentrik araştırmacılar⁴⁷, çevre hukukunun hiçbir zaman çevreyi merkeze alacak derecede radikal bir yaklaşım benimsemeyeceğini çünkü bu hukuk dalının doğrudan problemleri sistemin bir parçası olduğunu savunmuşlardır.⁴⁸ Benzer şekilde

⁴¹ Pascale Combes Motel ve diğerleri, ‘Explorations in the Environment-Development Dilemma’, (2014) 57 *Environmental and Resource Economics* 479; Raul R. Cordero, Pedro Roth ve Luis Da Silva, ‘Economic Growth or Environmental Protection?: The False Dilemma of the Latin-American Countries’, (2005) 8(4) *Environmental Science and Policy* 392, 394.

⁴² M. Kamal Uddin, ‘Climate Change and Global Environmental Politics: North-South Divide’, (2017) 47(3-4) *Environmental Policy and Law* 106, 106.

⁴³ Michael Redclift ve Colin Sage, ‘Global Environmental Change and Global Inequality: North/South Perspectives’, (1998) 13(4) *International Sociology* 499; Uddin (n 42) 106.

⁴⁴ Azra Khan, Sadia Safdar ve Haris Nadeem, ‘Decomposing the Effect of Trade on Environment: A Case Study of Pakistan’, (2023) 30(2) *Environmental Science and Pollution Research* 3817.

⁴⁵ Daaki Sadat Ssekibaala, Muhammad Irwan Ariffin ve Jarita Duasa, ‘Economic Growth, International Trade, and Environmental Degradation in Sub-Saharan Africa’, (2022) 24(4) *Journal of Economics and Development* 293.

⁴⁶ ibid.

⁴⁷ Örneğin, Peter D. Burdon, *Earth Jurisprudence: Private Property and the Environment* (Routledge 2015); David R. Boyd, *The Rights of Nature: A Legal Revolution that Could Save the World* (ECW press 2017); Cormac Cullinan, *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice* (Chelsea Green Publishing 2011).

⁴⁸ Michael M’Gonigle ve Louise Takeda, ‘The Liberal Limits of Environmental Law: A Green Legal Critique’, (2013) 30(3) *Pace Environmental Law Review* 1005, 1005.

çevre hukukunun, liberal dünyada, doğayı yalnızca bir meta olarak gördüğüne ilişkin yorumlar mevcuttur.⁴⁹ Ancak, Vito de Lucia'nın dikkat çektiği üzere, uluslararası çevre hukukunun antroposentrik yapısı bir neden değil sonuçtur.⁵⁰ Başka bir deyişle, uluslararası çevre hukuku tarihsel bir surecin çıktısıdır ve bu nedenle bir “günah keçisi”nden ziyade, devletlerin çevreye ilişkin bakış açılarını yansıtan bir ayna gibi değerlendirilmelidir. Dolayısıyla aşağıda incelenecek olan uluslararası çevre hukukunun kaynakları bu minvalde değerlendirilmelidir.

B. Uluslararası Çevre Hukukunda Antroposentrik Yaklaşımın Derin İzleri

Uluslararası çevre hukuku yumuşak hukuk (soft law) olarak adlandırılan, hukuken bağlayıcılığı olmayan enstrümanlar aracılığıyla gelişim göstermektedir. Devletlerin bu alanda kendilerini bağlayıcı adımlar atmaktan kaçınmaları sonucunda, bu alanda ekseriyetle bağlayıcı olmayan hukuk enstrümanları (deklarasyon, kararname, şart) karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası çevre hukukunun normatif anlamda başlangıcı 1972 tarihli Stockholm İnsan ve Çevre Konferansı Deklarasyonu⁵¹ (kısaca Stockholm Deklarasyonu) olarak kabul edilir. Stockholm Deklarasyonu antroposentrik bakış açısının tezahürüne yerinde bir örnektir. Deklarasyon'un ikinci prensibine göre, “hava, su, toprak, bitki ve diğer canlılar gibi doğal kaynakları ve özellikle doğal ekosistemlerin özgün örnekleri, bugünkü ve gelecek kuşaklar için (...) korunmalıdır.” Louis J. Kotze ve Duncan French'e göre, bu ifadeler ekosentrik yaklaşımdan uzak bir şekilde düzenlenmişlerdir.⁵² Söz konusu prensibe göre, tüm canlı ve cansız varlıklar şu anki ve gelecekteki kuşakların yararı için korunmalıdır. Deklarasyon'da doğanın kendine içkin değeri ve insana yarar sağlamasa da önemli olduğuna ilişkin bir bakış açısı mevcut değildir. Deklarasyon'un tamamında geçerli olan bakış açısı, çevrenin, yalnızca çevre olduğu için değil (*environment qua environment*), insanın yaşam alanı olduğu için değerli olduğudur.⁵³

⁴⁹ Vito De Lucia, 'Beyond Anthropocentrism and Ecocentrism: A Biopolitical Reading of Environmental Law', (2017) 8(2) *Journal of Human Rights and the Environment* 181, 201.

⁵⁰ Vito De Lucia, 'Anthropocentrism and International Environmental Law' in Vincent Chapeaux, Frederic Megret ve Usha Natarajan (eds), *The Routledge Handbook of International Law and Anthropocentrism* (Routledge 2023) 85.

⁵¹ Birleşmiş Milletler Stockholm İnsan ve Çevre Konferansı Deklarasyonu 1972, <https://www.ipcc.ch/apps/njlite/srex/njlite_download.php?id=6471> Erişim Tarihi 21.04.2025.

⁵² Louis J. Kotze ve Duncan French, 'The Anthropocentric Ontology of International Environmental Law and the Sustainable Development Goals: Towards and Ecocentric Rule of Law in the Anthropocene', (2018) 7(1) *Global Journal of Comparative Law* 5, 18.

⁵³ Rebecca Bratspies, "In Countless Ways and On an Unprecedented Scale": Reflections on the Stockholm Declaration at 50', (2022) 50 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 754, 760.

1982 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu önemli bir kararname kabul etmiştir: Dünya Doğa Şartı⁵⁴ (World Charter for Nature). Dünya Doğa Şartı, Demokratik Kongo Cumhuriyeti başta olmak üzere gelişmekte olan devletlerin inisiyatifiyle ortaya çıkmış bağlayıcı olmayan bir belgedir.⁵⁵ Şart'taki birinci prensibe göre, doğaya saygı duyulmalı ve doğanın tüm elementleri korunmalıdır. Üçüncü prensip, soyu tükenme tehlikesiyle karşı karşıya olan türlere yönelik özel bir hassasiyetin gerekli olduğunun altını çizmektedir. Onuncu prensip doğal kaynakların tüketimine yönelik bir prensiptir. Bu prensip, doğal kaynaklar tüketilirken israfa kaçılmamasını, gelecek nesillerin de bu kaynaklardan yararlanabilmesinin sağlanmasını ve ayrıca yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelinmesi gerektiğini ifade etmektedir. Mevcut uluslararası çevre hukukuna ilişkin düzenlemeler arasında Dünya Doğa Şartı, ekosentrik bir bakış açısının en yoğun gözlemlendiği istisnai bir belgedir.⁵⁶ Bazı araştırmacılar, Dünya Doğa Şartı'ndaki ekosentrik bakış açısının nedenini, gelişmekte olan devletlerin sürecin liderliğini yürütmesiyle açıklamışlardır.⁵⁷

Uluslararası çevre hukukunda bir diğer önemli dönüm noktası olan Brundtland Raporu⁵⁸ takip etmiştir. 1987 tarihli Brundtland Raporu, Birleşmiş Milletler destekli Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu (World Commission on Environment and Development) tarafından ve Gro Harlem Brundtland isimli Norveçli bir diplomat öncülüğünde düzenlenmiştir. Rapor temel olarak küresel, ulusal ve yerel ölçekteki ekonomik kalkınma planlarının, içinde bulunduğumuz gezegenin ihtiyaçlarını dikkate alarak gerçekleştirilmesi gerektiğini işaret etmektedir. Rapor, ekonomik kalkınma hedefi ile ekolojik dengenin korunması hedefinin birbiriyle çatışan hedefler olduklarını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Öte yandan, Rapor'un eleştirildiği noktalar da bulunmaktadır. Örneğin, Rapor'un yerelden küresele uzanan kalkınma mekanizmaları arasındaki güç dengelerini dikkate almadığı belirtilmiştir.⁵⁹ Ayrıca, insanlığın,

⁵⁴ Birleşmiş Milletler Dünya Doğa Şartı 1982, <<https://digitallibrary.un.org/record/39295?ln=en&v=pdf>> Erişim Tarihi 21.04.2025.

⁵⁵ Harold W. Wood, 'The United Nations World Charter for Nature: The Developing Nations' Initiative to Establish Protections for the Environment', (1985) 12 *Ecology Law Quarterly* 977, 977.

⁵⁶ Hendrik Schoukens, 'Rights of Nature in the European Union: Contemplating the Operationalization of an Eco-Centric Concept in an Anthropocentric Environment?' in Joana Castro Pereira ve Andre Saramago (eds), *Non-Human Nature in World Politics: Theory and Practice* (Springer 2020) 207.

⁵⁷ Wood (n 55) 977.

⁵⁸ Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (kısaca Brundtland Raporu), <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>> Erişim Tarihi 21.04.2025.

⁵⁹ Sharachchandra M. Lele, 'Sustainable Development: A Critical Review', (1991) 19(6) *World Development* 607, 607.

“kendi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sürdürülebilir kalkınma” sağlamaları gerektiğinin altını çizen yirmi yedinci paragraf antroposentrik olmakla eleştirilmiştir.⁶⁰

Brundtland Raporu’ndan sonra devletleri çevreye ilişkin endişelerle bir araya getiren bir sonraki düzenleme 1992 tarihli Rio Çevre ve Kalkınma Deklarasyonu⁶¹ (kısaca Rio Deklarasyonu)’dur. Stockholm’den Rio’ya kadar 20 yıl geçmesine ve çevre tahribatının daha vahim bir boyuta ulaşmasına rağmen, uluslararası çevre hukukundaki antroposentrik yaklaşım Rio ile daha da derinleştirmiştir. Bu deklarasyonun birinci prensibine göre “[i]nsan, sürdürülebilir kalkınmanın merkezinde bulunmaktadır.” İkinci prensip ise devletlerin “kendi kaynaklarını kullanma hususunda egemenlik hakkına” sahip olduklarını ifade etmektedir. Rio, adından da anlaşılacağı üzere, devletlerin kalkınma hakkını Stockholm’e kıyasla daha fazla ön plana çıkarmıştır. Üçüncü prensip, devletlerin, şimdiki ve gelecek nesillerin çıkarını korumak için, kalkınma hakkına sahip olduklarını vurgulamaktadır.

C. Uluslararası Çevre Hukukunda Ekosentrik Yaklaşımın Ayak Sesleri

Uluslararası çevre hukukundaki bazı belgelerde ekosentrik yaklaşımın izleri de sürülebilmektedir. 1992 tarihli Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi⁶² bu belgelere örnek verilebilir. Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi’nin Giriş kısmında “biyolojik çeşitliliğin kendine içkin değeri”nin olduğu vurgulanmıştır. Ancak uluslararası çevre hukukunda “antroposentrik yaklaşımdan ekosentrik yaklaşıma geçiş” gibi bir süreç söz konusu değildir. Dolayısıyla, aynı belgede dahi ekosentrik ve antroposentrik bakış açıları birlikte yer alabilmektedir. Nitekim Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi’nin ikinci maddesinde “biyolojik kaynak” kavramı, “insanın şimdi yahut gelecekte kullanacağı biyolojik unsurlar” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla biyolojik kaynaklar ve çeşitlilik, insanın kullanımına tahsis edilmiş ve temel yararlanıcı olarak insan tekrar merkeze yerleştirilmiştir.

2002 tarihli Johannesburg Sürdürülebilir Kalkınma Deklarasyonu⁶³ da uluslararası çevre hukukundaki antroposentrik bakışı benimsemiştir. Deklarasyon her ne kadar sürdürülebilir kalkınma amacıyla tasarlanmış olsa da, kalkınma boyutu daha önemli bir motivasyon olarak ön

⁶⁰ Kotze ve French (n 52) 20.

⁶¹ Birleşmiş Milletler Rio Çevre ve Kalkınma Deklarasyonu, 1992, <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CO_NF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf> Erişim Tarihi 21.04.2025.

⁶² Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, 1992, <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>> Erişim Tarihi 21.04.2025.

⁶³ Johannesburg Sürdürülebilir Kalkınma Deklarasyonu, 2002, <https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm>, Erişim Tarihi 21.04.2025.

plana çıkmıştır.⁶⁴ Johannesburg Deklarasyonu’nun yedinci paragrafında insanlığın bir yol ayrımında olduğu belirtilmiş ve yoksulluğu ortadan kaldırmak ve kalkınmayı gerçekleştirmek için bir araya gelinip ortak adımlar atılması yönünde çağrıda bulunulmuştur. Yoksullukla mücadele ve kalkınma, insanı merkeze alan ve doğayı araçsallaştıran söylemin parçalarıdır. Dolayısıyla, çevre ve iklim krizinin 2000’li yılların başında büyümesine rağmen, ortaya çıkan belgelerde halen antroposentrik yaklaşım hakim olabilmektedir.

Son yıllarda uluslararası çevre hukukuna ek olarak “uluslararası iklim değişikliği hukuku” alanının da büyük bir hızla geliştiğini görülmektedir. Uluslararası iklim değişikliği hukukunun doğumu 1992 tarihli Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi⁶⁵ olarak kabul edilir. Bu sözleşmeyi 1997 yılındaki Kyoto Protokolü⁶⁶ ve 2015 tarihli Paris İklim Anlaşması⁶⁷ takip etmektedir. İklim alanındaki bahsi geçen sözleşmelerin temel amacı, devletlerin emisyon oranlarının azaltılması ve sürdürülebilir kalkınmanın teşvik edilmesidir. Her ne kadar bu hedefler çevrenin korunmasına katkıda bulunmayı hedefliyor olsa da, bu sözleşmeler ortada olan bir krizle mücadele motivasyonu ile doğmuşlardır. Bu durum bu sözleşmeleri, çevrenin yalnızca kendine içkin değeri nedeniyle önemli ve değerli olduğunu öne süren ekosentrik yaklaşımdan ister istemez uzak bir noktaya taşımaktadır.

Uluslararası çevre hukukunu antroposentrik olmakla eleştiren çalışmaların ortak noktası, çevreye zarar verilmeden de insanî ihtiyaçların karşılanabileceği argümanıdır. Polly Higgins’e göre, çoğu aktör (şirketler, kamu kuruluşları, bireyler) insana hizmet etme iddiasıyla çevreye verilen zayıyatı göz ardı edebilmektedir.⁶⁸ Çevreye verilen çoğu zarar, insanî ihtiyaçları (enerji gibi) sağlama gayesiyle ortaya çıkmaktadır.⁶⁹ Higgins’e göre, dünyaya zarar vermeden de ihtiyaçların karşılanıp karşılanamayacağına yönelik “kayıtsızlık” antroposentrik bakış açısının temelini oluşturmaktadır.⁷⁰ Yüzyıllardır devam eden bu kayıtsızlık, insanın yarattığı

⁶⁴ Luc Hens ve Bashutosh Nath, ‘The Johannesburg Conference’, (2003) 5(1) *Environment, Development and Sustainability* 7, 7.

⁶⁵ Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi, 1992, <https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf> Erişim Tarihi 21.04.2025.

⁶⁶ Kyoto Protokolü, 1997, <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>>, Erişim Tarihi 21.04.2025.

⁶⁷ Paris İklim Anlaşması, 2015, <https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf>, Erişim Tarihi 21.04.2025.

⁶⁸ Polly Higgins, *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Prevent the destruction of Our Planet* (Shepherd Walwyn Publishers 2010) 62.

⁶⁹ ibid 62-63.

⁷⁰ ibid 62-63.

kanunların, dilin, kurum ve kuruluşların, çevreyi ve doğayı merkeze alma potansiyeline yönelik güçlü bir şüphe doğurmaktadır.⁷¹

Öte yandan ekosentrik bir dünyanın mümkün olduğuna inanan ve bu dünyanın nasıl yaratılabileceğine yönelik önerilerde bulunan araştırmacılar da mevcuttur. Örneğin, Robyn Eckersley'ye göre, ekosentrik bir dünya için dört adım gerekmektedir: a) insan çıkarının tanınması; b) insan dışındaki varlıkların çıkarlarının tanınması; c) insan ve insan dışındaki tüm varlıkların gelecek nesillerinin çıkarlarının tanınması ve d) atomize/parçalı yaklaşımın terk edilip tüm ekosistemin birbiriyle olan ilişkisinin tanınması.⁷² Dolayısıyla ekosentrik bir dünya, insanın çıkarlarının tamamen göz ardı edilmesi anlamına gelmemektedir. Ekosistemin parçası olan diğer varlıkların çıkarlarının da korunması ve bu varlıklar hakkında da farkındalığın ortaya çıkması ekosentrik bakış açısı için en önemli adım olacaktır. Bu bakış açısının kazanılması ile birlikte insan ürünü olan kanunlarda, dilde, kurum ve kuruluşlarda da dönüştürücü bir etkinin doğması umut edilmektedir.

SONUÇ

Uluslararası çevre hukuku, doğası gereği devletlerin çevreye ve kalkınmaya bakış açılarından doğrudan etkilenmiştir. Tarihsel süreç incelendiğinde, çevrenin korunmasına yönelik uluslararası hukuki düzenlemelerin büyük ölçüde antroposentrik bir yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Uluslararası çevre hukukunun temel kaynakları, çevreyi insan yaşamının bir parçası olarak ele almakta ve çevreyi koruma amacını genellikle insan neslinin devamı ve refahı ile ilişkilendirmektedir. Bu yaklaşım, çevreyi doğrudan bir özne olarak değil, insanların yararlanabileceği bir kaynak olarak gören bir anlayışın sonucudur.

1972 Stockholm Deklarasyonu'ndan 1992 Rio Deklarasyonu'na, 2002 Johannesburg Sürdürülebilir Kalkınma Deklarasyonu'ndan günümüze uzanan süreçte uluslararası çevre hukuku, sürdürülebilir kalkınma ilkesini ön planda tutmuş ve çevresel koruma çabalarını ekonomik büyüme ile uyumlu hale getirmeyi hedeflemiştir. Bu durum, özellikle gelişmekte olan ülkeler açısından önemli bir tartışma konusudur. Gelişmekte olan ülkeler, ekonomik kalkınma süreçlerinin çevre hukuku kuralları ile kısıtlanmasını adaletsiz bulmakta ve geçmişte

⁷¹ Megret (n 2) 36.

⁷² Robyn Eckersley, *Environmentalism and Political Theory: Toward an Ecocentric Approach* (Routledge 1992) 1; Nicole Rogers ve Michelle Maloney, *Law as if Earth Really Mattered: The Wild Law Judgment Project* (Routledge 2017); Klaus Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Edward Elgar 2015); Christopher D. Stone, *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment* (Oxford University Press 2010).

sanayileşmiş ülkelerin böyle bir denetime tabi olmadan kalkındığını öne sürmektedirler. Bu bağlamda, uluslararası çevre hukukunun antroposentrik yaklaşımı, ekonomik çıkarlar ve çevresel sürdürülebilirlik arasındaki denge arayışıyla şekillenmiştir. Ancak, antroposentrik yaklaşıma yönelik eleştiriler de bulunmaktadır. Ekosentrik bakış açısını savunanlar, doğanın yalnızca insanın yararı için korunmasının yeterli olmadığını, doğanın kendine içkin bir değere sahip olduğunu vurgulamaktadır. Dünya Doğa Şartı gibi bazı uluslararası belgelerde ekosentrik yaklaşımın izleri görülebilse de, genel eğilim insan merkezli kalmıştır. Brundtland Raporu ve sonrasındaki sürdürülebilir kalkınma anlayışı da ekosentrik bir perspektiften uzak, çevreyi ekonomik kalkınma politikalarının bir parçası olarak ele alan bir çizgide ilerlemiştir.

Uluslararası iklim değişikliği hukuku, çevre hukukunun önemli bir alt dalı olarak gelişmekte ve devletleri emisyon azaltımına yönlendiren hukuki düzenlemeleri içermektedir. Ancak Paris İklim Anlaşması gibi belgelerde de görüldüğü üzere, iklim değişikliği politikaları çevreyi kendi başına bir özne olarak değil, insanın yaşam koşullarını etkileyen bir faktör olarak değerlendirmektedir. Bu durum, uluslararası çevre hukukunun ekosentrik bir dönüşüm geçirip geçiremeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Ekosentrik yaklaşımın yaygınlaşması için yalnızca hukuki düzenlemeler değil, aynı zamanda toplumsal bilinç ve politik irade de önem taşımaktadır. Ekosentrik dünya görüşünü savunan araştırmacılar, insan ve insan dışındaki tüm varlıkların çıkarlarının birlikte ele alındığı bir hukuki sistemin inşa edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ekosistemin bütüncül yapısını göz önünde bulunduran, doğanın haklarını tanıyan ve çevresel adaleti gözetten bir yaklaşım, uluslararası çevre hukukunun gelecekte nasıl şekilleneceği konusunda belirleyici olabilir. Sonuç olarak, uluslararası çevre hukuku tarihsel olarak antroposentrik bir temele dayansa da, ekosentrik yaklaşımların giderek daha fazla tartışılmaya başlandığı görülmektedir. Çevre krizinin derinleşmesiyle birlikte, çevrenin yalnızca insanın yararı için değil, kendine içkin değeri nedeniyle de korunması gerektiği yönündeki farkındalık artmaktadır. Ancak, bu dönüşümün hukuki metinlere ve devletlerin politikalarına ne ölçüde yansıtacağı, gelecekteki uluslararası çevre hukukunun yönünü belirleyecek en kritik meselelerden biri olmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

Besselink L, 'The Actio Popularis in 'Verein KlimaSeniorinnen Schweiz': Climate Jurisprudence between Strasbourg and The Hague', Amsterdam Center on the Legal Professions and Access to Justice Blog, 29 Nisan 2024.

Birleşmiş Milletler Dünya Doğa Şartı 1982, <<https://digitallibrary.un.org/record/39295?ln=en&v=pdf>> Erişim Tarihi 21.04.2025.

Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi, 1992, <https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf> Erişim Tarihi 21.04.2025.

Birleşmiş Milletler Rio Çevre ve Kalkınma Deklarasyonu, 1992, <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf> Erişim Tarihi 21.04.2025.

Birleşmiş Milletler Stockholm İnsan ve Çevre Konferansı Deklarasyonu 1972, <https://www.ipcc.ch/apps/njlite/srex/njlite_download.php?id=6471> Erişim Tarihi 21.04.2025.

Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, 1992, <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>> Erişim Tarihi 21.04.2025.

Bosselmann K, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Edward Elgar 2015).

Bourgeois-Gironde S, ‘Nature in the Law: An Evolution from Environmental Law to Legal Ecocentrism’ in W. Zaluski ve diğerleri (eds), *Research Handbook on Legal Evolution* (Edward Elgar 2024).

Boyd DR, *the Rights of Nature: A Legal Revolution that Could Save the World* (ECW press 2017).

Bozkurt K ve Nemec EN, ‘Advancing Ecocide in International Law: A Potential Legal Tool for Safeguarding Endangered Species Amidst Climate Change’, (2024) 15(2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 350-357.

Bratspies R, ‘In Countless Ways and On an Unprecedented Scale’: Reflections on the Stockholm Declaration at 50’, (2022) 50 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 754-768.

Burdon PD, *Earth Jurisprudence: Private Property and the Environment* (Routledge 2015).

Carrillo, CAC, ‘The Role of Advisory Opinions in Addressing Public Interest Issues’ in Justine Bendel and Yusra Suedi (eds), *Public Interest Litigation in International Law* (Routledge 2024).

Combes Motel P ve diğerleri, ‘Explorations in the Environment-Development Dilemma’, (2014) 57 *Environmental and Resource Economics* 479-485.

Cordero RR, Roth P ve Da Silva L, ‘Economic Growth or Environmental Protection?: The False Dilemma of the Latin-American Countries’, (2005) 8(4) *Environmental Science and Policy* 392-398.

Cribb M, Macpherson E ve Borchgrevink A, ‘Beyond Legal Personhood for the Whanganui River: Collaboration and Pluralism in Implementing the Te Awa Tupua Act’, (2024) *International Journal of Human Rights*, Erken Görünüm, DOI.org/10.1080/13642987.2024.2314532.

Cullinan C, *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice* (Chelsea Green Publishing 2011).

Curry P, *Ecological Ethics: An Introduction* (Polity Press 2011).

De Jonge E, ‘An Alternative to Anthropocentrism: Deep Ecology and the Metaphysical Turn’ in Rob Boddice (ed.), *Anthropocentrism: Humans, Animals, Environments* (Brill 2011).

De Lucia V, ‘Anthropocentrism and International Environmental Law’ in Vincent Chapeaux, Frederic Megret ve Usha Natarajan (eds), *The Routledge Handbook of International Law and Anthropocentrism* (Routledge 2023).

De Lucia V, ‘Beyond Anthropocentrism and Ecocentrism: A Biopolitical Reading of Environmental Law’, (2017) 8(2) *Journal of Human Rights and the Environment* 181-202.

Droz L, ‘Anthropocentrism as the Scapegoat of the Environmental Crisis: A Review’, (2022) 22 *Ethics in Science and Environmental Politics* 25-49.

Eckersley R, *Environmentalism and Political Theory: Toward an Ecocentric Approach* (Routledge 1992).

Feyzioğlu Ü ve Çınar K, ‘Çevrecilik ve Siyasal Ekoloji Üzerine Ontolojik ve Epistemolojik bir Mukayese’, (2023) 5(1) *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 1-12.

Franceschini MM, ‘Animal Personhood: The Quest for Recognition’, (2021) 17 *Animal and Natural Resource Law Review* 93-150.

Fremaux A, *After the Anthropocene: Green Republicanism in a Post-Capitalist World* (Springer 2019).

Gray G, Whyte I ve Curry P, ‘Ecocentrism: What it means and what it implies’, (2018) 1(2) *Ecological Citizen* 130-131.

Guha R, ‘Radical American Environmentalism and Wilderness Preservation: A Third World Critique’, (1989) 11(1) *Environmental Ethics* 71-83.

Güven ME, ‘Ekolojizm ve Eleştirileri: İdeolojiler Üzerinden bir Mukayese’, (2024) 26(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 833-861.

Hens L ve Nath B, ‘The Johannesburg Conference’, (2003) 5(1) *Environment, Development and Sustainability* 7-39.

Heri C, ‘Climate Change before the European Court of Human Rights: Capturing Risk, Ill-Treatment and Vulnerability’, (2022) 33(3) *European Journal of International Law* 925-951.

Higgins P, *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Prevent the destruction of Our Planet* (Shepherd Walwyn Publishers 2010).

Hoffman AJ, ve Sandelans L, ‘Getting Right with Nature’, (2005) 18(2) *Organization and Environment* 141-162.

International Tribunal for the Law of the Sea, ‘Responsibilities and Obligations of States Sponsoring and Entities with Respect to Activities in the Area (Request for Advisory Opinion Submitted to the Seabed Disputes Chamber)’ <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2025.

Johannesburg Sürdürülebilir Kalkınma Deklarasyonu, 2002, <https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm>, Erişim Tarihi 21.04.2025.

Khan A, Safdar S ve Nadeem H, ‘Decomposing the Effect of Trade on Environment: A Case Study of Pakistan’, (2023) 30(2) *Environmental Science and Pollution Research* 3817.

Kidner DW, 'Why "Anthropocentrism" is not Anthropocentric', (2014) 38(4) *Dialectical Anthropology* 465-480.

Kopnina H ve diğerkleri, 'Anthropocentrism: More than Just a Misunderstood Problem', (2018) 31 *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 109-127.

Kortetmäki T 'Anthropocentrism versus Ecocentrism Revisited: Theoretical Confusion and Practical Conclusions', (2013) 14(1) *SATS* 21.

Kotze LJ ve French D, 'The Anthropocentric Ontology of International Environmental Law and the Sustainable Development Goals: Towards and Ecocentric Rule of Law in the Anthropocene', (2018) 7(1) *Global Journal of Comparative Law* 5-36.

Kramm M, 'When a River Becomes a Person', (2020) 21(4) *Journal of Human Development and Capabilities* 307-319.

Kuru G, 'Doğanın Hak Öznesi olarak Kabulü', (2024) 30(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 70-85.

Kyoto Protokolü, 1997, <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>>, Erişim Tarihi 21.04.2025.

Lele SM, 'Sustainable Development: A Critical Review', (1991) 19(6) *World Development* 607-621.

Liu B, 'Pros and Cons of the Obligation to Conserve Biodiversity as Obligation *Erga Omnes*', (2014) 6(2) *International Review of Social Sciences and Humanities* 264.

Loucaides L, 'Environmental Protection through the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights', (2005) 75(1) *British Yearbook of International Law* 249-267.

McDonnell MJ ve Pickett STA, *Humans as Components of Ecosystems: The Ecology of Subtle Human Effects and Populated Areas* (Springer 1993).

M'Gonigle M ve Takeda L, 'The Liberal Limits of Environmental Law: A Green Legal Critique', (2013) 30(3) *Pace Environmental Law Review* 1005-1115.

Megret F, 'The Anthropocentrism of Human Rights' in Vincent Chapeaux, Frederic Megret ve Usha Natarajan (eds), *The Routledge Handbook of International Law and Anthropocentrism* (Routledge 2023).

Muradian R ve Gomez-Baggethun E, ‘Beyond Ecosystem Services and Nature’s Contributions: Is it time to Leave Utilitarian Environmentalism Behind?’, (2021) 185 *Ecological Economics* 1-9.

O’Gorman R, ‘The ECHR, the EU and the Weakness of Social Rights Protection at the European Level’, (2011) 12(10) *German Law Journal* 1833-1861.

Paris İklim Anlaşması, 2015, <https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf>, Erişim Tarihi 21.04.2025.

Perera R, ‘Environmental Destruction during Armed Conflict, Anthropocentrism-Ecocentrism Divide and Defining Ecocide’, (2023) 4 *Asia Pacific Journal of International Humanitarian Law* 1-33.

Petersmann M, ‘Narcissus’ Reflection in the Lake: Untold Narratives in Environmental Law beyond the Anthropocentric Frame’, (2018) 30(2) *Journal of Environmental Law* 235-259.

Plumwood V, ‘Androcentrism and Anthrocentrism: Parallels and Politics’, (1996) 1(2) *Ethics and the Environment* 119-152.

Redclift M ve Sage C, ‘Global Environmental Change and Global Inequality: North/South Perspectives’, (1998) 13(4) *International Sociology* 499-516.

Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (kısaca Brundtland Raporu), <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>> Erişim Tarihi 21.04.2025.

Ristić J, ‘Environmental Protection from a Human Rights Perspective: “Green” Cases of the European Court of Human Rights’ (International Scientific Conference, Skopje 2022).

Rogers N ve Maloney M, *Law as if Earth Really Mattered: The Wild Law Judgment Project* (Routledge 2017).

Schoukens H, ‘Rights of Nature in the European Union: Contemplating the Operationalization of an Eco-Centric Concept in an Anthropocentric Environment?’ in Joana Castro Pereira ve Andre Saramago (eds), *Non-Human Nature in World Politics: Theory and Practice* (Springer 2020).

Shelton D, ‘Human Rights and the Environment: Jurisprudence of Human Rights Bodies’ (Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar, Geneva 2002).

Shoreman-Ouimet E, ve Kopnina H, *Culture and Conservation: Beyond Anthropocentrism* (Routledge 2016).

Ssekibaala DS, Ariffin MI ve Duasa J, ‘Economic Growth, International Trade, and Environmental Degradation in Sub-Saharan Africa’, (2022) 24(4) *Journal of Economics and Development* 293.

Stone CD, *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment* (Oxford University Press 2010).

Thompson SCG ve Barton MA, ‘Ecocentric and Anthropocentric Attitudes toward the Environment’, (1994) 14 *Journal of Environmental Psychology* 149-157.

Uddin MK, ‘Climate Change and Global Environmental Politics: North-South Divide’, (2017) 47(3-4) *Environmental Policy and Law* 106-114.

Warren KJ, *Ecofeminist Philosophy: A Western perspective on what it is and why it matters* (Rowman & Littlefield 2000).

Wood HW, ‘The United Nations World Charter for Nature: The Developing Nations’ Initiative to Establish Protections for the Environment’, (1985) 12 *Ecology Law Quarterly* 977-996.

Wright L, ‘The Elephant in the Courtroom’, The New Yorker, 28 Şubat 2022, <<https://www.newyorker.com/magazine/2022/03/07/the-elephant-in-the-courtroom>> Erişim Tarihi 21.04.2025.

Yazar Beyanı	
Yazarların Katkıları	Bu çalışma tek yazarlıdır.
Mali Destek	Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı Beyanı	Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi	Yazar, makalenin tüm süreçlerinde TRÜHFD’nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyulduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde TRÜHFD’nin, yayın ve editör kurullarının hiçbir sorumluluğunun olmadığını beyan etmektedir.

The Right to be Forgotten in the European Union Public Sector: Balancing Individual Privacy and Public Interest

Avrupa Birliği Kamu Sektöründe Unutulma Hakkı: Bireysel Gizlilik ile Kamu Yararı Arasındaki Dengenin Sağlanması

Ahmet KÜÇÜK*

Abstract

The study addresses the conflict of rights between the right to be forgotten and the public interest in the public sector. The legal foundations and legal status of the right to be forgotten under the GDPR have been examined, focusing on how right to be forgotten is balanced with the important safeguard of public interest in the public sector, whether one of these rights predominates, the balance between them, and the limits of these two rights. Additionally, practical situations have been assessed through case studies in the fields of health and security. The research also discusses the ethical and legal considerations of data retention versus data deletion in the public sector within the context of the European Union, emphasizing the importance of balancing these two approaches. The study highlights significant legal and ethical approaches regarding the implementation of the right to be forgotten in the public sector, both in terms of protecting individual rights and safeguarding the public interest. In this context, an attempt has been made to establish the balance between the right to be forgotten and public interest, along with recommendations on how improvements can be made.

Keywords

Right To Be Forgotten, Public Interest, GDPR, Individual Privacy, Public Sector

Öz

Bu çalışma, kamu sektöründe unutulma hakkı ile kamu yararı arasındaki hak çatışmasını ele almaktadır. GDPR kapsamında unutulma hakkının yasal temelleri ve hukuki statüsü incelenmiş olup, kamu sektöründe kamu yararı gibi önemli bir güvencenin nasıl bir dengeleme sürecinde olduğu, bu iki haktan birinin ağır basıp basmadığı, aralarındaki denge ve bu iki hakkın sınırları değerlendirilmiştir. Ayrıca, sağlık ve güvenlik alanlarında örnek olay incelemeleriyle pratikteki durum da değerlendirilmiştir. Araştırmada, Avrupa Birliği bağlamında kamu sektöründe veri saklama ile veri silme arasındaki etik ve hukuki değerlendirmeler de ele alınarak, bu iki yaklaşımın dengelenmesinin önemi vurgulanmıştır. Araştırma, unutulma hakkının kamu sektöründe uygulanmasının hem

Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 02.08.2025 – **Makale Kabul Tarihi:** 22.09.2025.

Atıf: Ahmet KÜÇÜK ‘The Right to be Forgotten in the European Union Public Sector: Balancing Individual Privacy and Public Interest’ (2025) 3(2) TRÜHFD 321-361.

* MA Candidate, Dublin City University Data Protection and Privacy Law, ahmet.kucuk2@mail.dcu.ie, ORCID: 0009-0004-6246-3446.

bireysel hakların korunması hem de kamu yararının gözetilmesi açısından önemli hukuki ve etik yaklaşımları ele almaktadır. Bu bağlamda, unutulma hakkı ile kamu yararı arasındaki denge ortaya konmaya çalışılmış ve nelerin nasıl geliştirilebileceğine dair önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Unutulma Hakkı, Kamu Yararı, GDPR, Bireysel Gizlilik, Kamu Sektörü

INTRODUCTION

In the digital age, the amount of personal data collected, stored and used by public institutions is steadily increasing. Public sector bodies are increasingly digitizing their systems and considering that many public services have already transitioned or are in the process of transitioning to digital platforms. Personal data in the public sector is increasingly being digitized. The transformation, the protection, confidentiality and accountability of public institutions have become crucial for ensuring personal data protection.

One of the most significant advancements in data protection law is the right to be forgotten, as established under the General Data Protection Regulation (GDPR). The right to be forgotten grants individuals the capacity to request the erasure of their personal data under certain conditions. The right enhances individuals' control over their digital identities. While it is a right predominantly applied in the private sector, its implementation in the public sector holds considerable importance from legal, practical and ethical perspectives.

The public sector holds important data in areas such as healthcare, education, taxation, security, national security and justice to serve the public interest. These institutions retain data for long periods to fulfil legal obligations, ensure the continuity of services and serve society. In the context of applying the right to be forgotten within the public sector a key question concerns the extent to which right can be effective when balanced against actions undertaken in the public interest.

The research aims to examine the application of the right to be forgotten in the public sector and analyse the relevant legal decisions in this field. It seeks to explore how the right to be forgotten is balanced with the public interest, the priority of each, the extent of potential conflicts and whether one right can take precedence over the other.

The labour defines the legal framework of the right to be forgotten and trace its development from past to present. A detailed analysis of the landmark Google Spain case which

plays a critical role in shaping this right. It will assess the legal definition and scope of public interest.

The study will subsequently concentrate on the conflict between these two rights within the context of EU law, particularly through the lens of the GDPR, the Charter of Fundamental Rights and the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU). The conflict will be further illustrated through two specific case law examples, highlighting how this issue manifests in areas such as the healthcare sector and national security.

Finally, the research will conclude with an overall evaluation of the findings, offering a broader interpretation of the tension between the public sector and individual privacy in relation to the right to be forgotten, and proposing what the appropriate balance should be.

I. THE LEGAL FOUNDATIONS OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

A. Origins and Development of the Right to be Forgotten

The right to be forgotten originates from an individual's right to control their personal data and is fundamentally based on the right to be left alone. Individuals are granted the autonomy to determine whether and how their personal data is shared or published. The desire to access and control information and the emergence of the right to know, the development of the right to be forgotten has been shaped by the concept of public interest and the rise of data protection rights.

The principle of the right to be forgotten, ‘beginning with the first information privacy statute in Wiesbaden, Germany in the 1970s’¹. The other perspective is ‘The European notion of the right to be forgotten draws its origins from *droit a l’oubli*, recognized by different decisions in France and in other European countries.’²

Data protection laws in several European countries such as Sweden, Austria, Denmark, France and Norway granted individuals the right to request the removal of their personal data from the internet³. The right can be referred to as the right to be forgotten: It allows individuals

¹ Jorida Xhafaj, ‘The Right to Be Forgotten: A Controversial Topic Under the General Data Protection Regulation’ (Legal Science: Functions, Significance and Future in Legal Systems I – ISCF LUL Conference, January 2019) 303.

² Tribunale di Roma, 20 November 1996, in *Giustizia civile* (1997) I, pp 1979 et seq, cited in Alessandro Mantelero, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d’impresa* (Milano: Giuffrè, 2007) 229.

³ Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG), cited in Paul M Schwartz, ‘The EU-US Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures’ (2013) (126 *Harvard Law Review* 1966), 1969.

to demand the deletion of their personal data from the Internet or from other publicly accessible data sources, with the aim of giving them full authority over their digital past.

Requests to exercise the right to be forgotten typically involving situations where the data has been processed or stored unlawfully or where the continued retention of the data no longer serves the public interest.

The German Constitutional Court traced the foundations of a general ‘right to informational self-determination’ (‘Informationelles selbstbestimmung’) and thus of legal data protection regimes and more broadly of the right to privacy to the fundamental right to the ‘free development of one’s personality’⁴ protected by Article 2.1. of the German Constitution:

The value and dignity of the person based on free self-determination as a member of a free society is the focal point of the order established by the Basic Law. The general personality right as laid down in Arts 2 (1) i.c.w 1(1) GG serves to protect these values (...)

The right to be forgotten historically emerged as an extension of the right of individuals, particularly those who have been convicted of crimes to have information about their offenses disregarded or erased upon completion of their sentence.⁵ The right is founded upon fundamental human values including human dignity, personal reputation, identity and embodies an individual’s authority to govern the manner in which their personal history is presented.

Within the European Union, the origin of data protection law is to be related to the adoption of the Data Protection Directive. The directive defines the terms related to the right to be forgotten and contains provisions that all EU Member States are obliged to implement. Article 12 of the Directive; Member States are required to ensure that data subjects have the right to request the rectification, erasure or blocking of their data, particularly when such data

⁴ Although the Court acknowledges that the scope and content of that ‘personality right’ had not been conclusively settled by case law, it nevertheless indicates that that right ‘comprises the authority of the individual to decide for himself based on the idea of self-determination– when and within what limits facts about one’s personal life shall be disclosed.’ Yet, far from the interpretation of privacy as ‘property’ advanced by law and economics scholars, one understands from reading the decision through that this ‘authority’ of the individual is not an end in itself: it prevents situations where inhibition of the individual’s ‘freedom to plan or to decide freely and without being subject to any pressure/influence (i.e., self-determined). The right to self-determination in relation to information precludes a social order and a legal order enabling it, in which the citizens no longer can know who knows what, when, and on what occasion about them. ‘cited in Antoinette Rouvroy and Yves Poullet, *The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy* (in Serge Gutwirth, Yves Poullet, Paul De Hert, Cécile de Terwangne & Sjaak Nouwt (eds), *Reinventing Data Protection?* (Springer, Dordrecht 2009) 45–76) 49.

⁵ Jorida Xhafaj, ‘The Right to Be Forgotten: A Controversial Topic Under the General Data Protection Regulation’ (2022) 7 *International Scientific Conference of Faculty of Law – University of Latvia* 296, 304.

is incomplete or inaccurate and therefore not processed in accordance with the provisions of the Directive.

The Directive grants data subject's full authority over the accuracy and lawful processing of their personal data. It also stipulates that, in cases where data is found to be incomplete, incorrect or improperly processed, it must be corrected, erased or blocked across all EU Member States.

The General Data Protection Regulation (GDPR), adopted in April 2016, replaced the Data Protection Directive and came into force on 25 May 2018.

The right to be forgotten is ensured under Article 17 of the GDPR. The provision grants data subjects the authority to request the erasure of their personal data without undue delay by the data controller. It imposes a responsibility on the data controller to inform third parties to whom the personal data has been disclosed of the erasure request. Although the data controller has authorized the disclosure of personal data to a third party, the responsibility for ensuring its deletion remains with the controller.

According to Article 17 of the GDPR, the data must be erased without undue delay if:

- the personal data is no longer necessary for the purposes for which it was collected or processed.
- the data subject withdraws consent and there is no other legal basis for processing.
- there is no overriding legitimate ground for processing.
- the personal data has been unlawfully processed.
- erasure is necessary for compliance with a legal obligation under Union or Member State law.
- or the data was collected in relation to the offering of information society services to children under Article 8 of the GDPR.

The regulation (Article 17 of the GDPR) also sets out exceptions where the right to erasure does not apply. Specifically, the right cannot be exercised where data processing is necessary:

- for exercising the right to freedom of expression and information.
- for compliance with a legal obligation under Union or Member State law.

-for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller.

-for reasons of public interest in public health.

-for archiving purposes in the public interest, or for scientific, historical, or statistical purposes.

-or for the establishment, exercise, or defence of legal claims.

Under certain conditions, the right to be forgotten grants an individual the ability to have personal data promptly erased from online sources and public archives. The right has been developed over time by EU Member States. It is a personal right that may be restricted in cases where more fundamental rights such as public interest, societal benefit or freedom of expression are at stake.

In a number of cases, the implementation of Article 12 of the Directive 95/46/EC in the different national legal frameworks around Europe gave a legal base to the droit a l'oubli and involved the national data protection authorities in defining the boundaries of this right.⁶ In 2011, the CNIL (Commission nationale Informatique et Libertés – National Commission on Informatics and Liberties) in France ruled on a case involving an association called LEXEEK. Although the association had made court documents publicly accessible, it had not removed personal data contained within those documents. The CNIL ordered the association to delete the names and addresses of the parties and witnesses involved in the case. This decision was based on the view that sharing such data constituted a violation of the right to be forgotten.

The landmark case shaping the right to be forgotten is the Google Spain case, which will be discussed in detail below.

B. The Right to be Forgotten within Data Protection Law

Under the EU Directive 95/46/EC and the GDPR; according to Article 6 of Directive 95/46/EC, personal data can only be collected for specified purpose and processing contrary to these purposes is prohibited. The personal data should not be kept longer than necessary for the processing purposes. Accordingly, random or indefinite collection of data is restricted.

⁶ Alessandro Mantelero, 'The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the "right to be forgotten"' (2013) (29 Computer Law & Security Review 229), 232.

Article 12 of Directive 95/46/EC grants the right to request the deletion of data in cases of processing activities that are "not compliant with the provisions of the Directive." The right to erasure covers any data processing carried out without the individual's consent, without sufficient information or outside the framework foreseen by data protection law.

Article 17 of the GDPR defines the conditions of the right to be forgotten in more detail. It establishes the right to request the deletion of personal data from the data controller. Pursuant to Article 17 of the GDPR, the data controller is also under an obligation to notify the data subject when personal data has been made publicly available, taking reasonable measures to ensure that third parties processing such data give effect to the right to erasure. Moreover, the data controller must act without undue delay.

The European Data Protection Supervisor (EDPS) considers this obligation more realistically as a "duty to make efforts" rather than a "strict liability".⁷ Every correction or deletion operation requires notifying the recipients of the disclosed data; if such notification is not feasible or can only be carried out through disproportionate effort, the obligation shall not be enforced. The definitiveness of the right to be forgotten is contingent upon the effort involved; in certain cases, complete erasure of the data may not be achievable.

Regarding its relationship with public interest, under GDPR Article 17, if the processing is carried out for the public interest, the right to erasure may be restricted in favour of public interest.

C. Seminal Case Study: Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos

In May 2014, the Court of Justice of the European Union (CJEU) issued a ruling in the case of Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, upon the preliminary ruling request by the Spanish Supreme Court, Audiencia Nacional. The ruling changed the way data protection legislation is applied and sparked intense academic debates regarding the correct implementation of the Data Protection Directive (DPD). The decision provided a deep and detailed interpretation of the legislation in force concerning the right to be forgotten.

The court made important doctrinal findings, it also paved the way for significant practical outcomes.

⁷ EDPS, Opinion of 14 January 2011 on the Communication from the Commission on "A comprehensive approach on personal data protection in the European Union, para. 89.

The judgment pertaining to the case:

The case began with a complaint filed by Mario Costeja González, a Spanish lawyer to the Spanish Data Protection Agency (AEPD). The complaint was against Google and a Spanish newspaper called La Vanguardia. The complaint originated in a Spanish citizen searching his own name on Google. The complainant obtained access to two pages from 1998 in the newspaper related to a property action due to enforcement proceedings concerning social security debts. The AEPD rejected the complaint regarding the newspaper, stating that the publication had been carried out pursuant to a legal obligation. However, the AEPD upheld the complaint against Google.

The rationale for accepting the complaint against Google is based on the principle that search engines bear responsibility for the dissemination of data. If data broadly affect personal rights and human dignity and the data subject does not consent to the disclosure of such data to third parties, search engine operators are obliged to delete the information. The obligation must be discharged irrespective of whether the data have been transmitted via any third-party communication channels.

Google appealed the decision to the Spanish Supreme Court. The court determined, the dispute needed to be evaluated within the scope of EU law. The court suspended the case and referred it to the CJEU for a preliminary ruling.

The legal framework for privacy and personal data protection in the EU:

The Charter of Fundamental Rights of the European Union guarantees privacy and the protection of personal data under Articles 7 and 8.

“Everyone has the right to respect for their private and family life, home, and communications.”⁸

“Everyone has the right to the protection of personal data concerning them.”⁹

Such data must be processed fairly for specified purposes and based on the consent of the person concerned or another legitimate basis laid down by law. Everyone has the right to access data collected about them and to have it rectified.

⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C 326/391, art 7.

⁹ Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C 326/391, art 8.

Compliance with such rules shall be subject to oversight by an independent authority. A broad fundamental right obligation is established concerning the protection of personal data. According to the ruling, EU member states must intervene in cases where personal data processing or the manner of processing involves violations, as part of their obligation. Besides data subjects must be authorized to access their data.

The time of the Google Spain ruling, the Directive 95/46/EC (Data Protection Directive) dated 1995 in force. The Directive required Member States to establish legislation ensuring that personal data is processed lawfully and fairly. It stipulated that data controllers must collect data only for specific, explicit and legitimate purposes. The use of the data must be limited to these purposes and the data must be accurate and kept up to date. It also stated that data should be retained only as long as necessary.

Based on the legal framework, the Spanish Court posed three questions to the CJEU:

1. Does an operator of a search engine like Google although established outside the EU, but having branches within the EU, selling services to EU citizens, targeting activities at the EU and cooperating with its parent company fall within the territorial scope of the Directive?¹⁰
2. Does Google's automatic indexing, temporary storage, and later provision of access to the relevant information constitute “processing of data”? If so, is the search engine operator considered the “controller” of these data?¹¹
3. Does the Directive grant individuals the right to directly request search engine operators to delete information about them (i.e., the “right to be forgotten”)? The Spanish court defined this as the individual's desire “to be forgotten.”¹²

Google stated that its search engine fully complies with the concept of personal data as defined in the Directive. The Court concluded that Google can be classified as a data controller. It found it appropriate to interpret the concept of controller broadly, arguing that data subjects require full and effective protection. The Court also ruled that Google Spain, as a separate legal entity, falls within the territorial scope of the Directive and cannot avoid responsibility. The CJEU decided to interpret the case considering the fundamental rights to respect for private life and protection of personal data as enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental

¹⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber), Google Spain SL and Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González (Case C-131/12) ECLI:EU:C:2014:317.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

Rights of the European Union. It acknowledged that search engines like Google could significantly infringe upon these rights.

The CJEU then ruled: “In light of the fundamental rights set out in Articles 7 and 8 of the Charter, the data subject may request that the information not be made available to the general public by appearing in such a results list.” Thus, the principle of the “right to be forgotten” emerged in the EU.

The CJEU imposed an obligation on data controllers not simply to delete data directly but to establish a fair balance between the right of access to information and the rights protected under Articles 7 and 8. The Court stated that, as a rule, these rights prevail not only over the economic interests of the search engine operator but also over the public interest in access to information about the data subject via a name-based search.

To rebut the presumption, it has been argued that in cases where special reasons exist, such as the data subject’s role in public life, interference with fundamental rights resulting from inclusion in the results list may be justified by an overriding public interest in access to the information.

In conclusion, the Google Spain case effectively established the “right to be forgotten” as a binding principle within the EU, resulting in significant implications.

II. PUBLIC SECTOR DATA MANAGEMENT AND THE CONCEPT OF PUBLIC INTEREST

A. Defining Public Interest in the Public Sector

The notion of public interest does not have a clear or concrete definition in general terms. The debates regarding its precise meaning continue within legal doctrine. According to Felix Frankfurter, it is “vague, impalpable but all-controlling consideration¹³.” The concept serves as a fundamental basis of public law and public administration and is a normative principle that underpins the legitimacy of the state and one of the main reasons for its intervention authority. It can be expressed as a set of values concerning the entire society rather than individual or private interests, aiming at common welfare, security and peace.

¹³ Felix Frankfurter, Felix Frankfurter Reminiscences: recorded in talks with Harlan B. Phillips, Reynal, New York, 1960, p. 72. See also G. COLM, “The Public Interest: Essential Key to Public Policy” in C.J. FRIEDRICH (ed.), *Nomos V: The Public Interest*, Atherton Press, New York, 1962, pp. 115 ff.

Public interest also forms both the legal legitimacy and the moral justification of public policies. Based on public interest, societal welfare, justice, equality and collective well-being are pursued with the aim of building a society founded on fundamental rights and freedoms. However, as an abstract concept, its openness to interpretation and variability from case to case may lead it to go beyond its legal context in areas such as transparency and accountability.

The aim to limit the vagueness of public interest and establish boundaries to tame its all-controlling potential, this quest for the concept focuses on three questions: (i) how does the content of public interest form; (ii) how does it manifest itself; and (iii) what role does it play in the legal system?¹⁴ What is valuable for us here, for now, is the first question: how the content of public interest is formed this is what we will seek to answer.

Bentham's explanation here about how the content of public interest is formed; “public interest [as] only an abstract term; [that] only represents the aggregate of individual interests: [which] must all be taken into the account, instead of considering a part as a whole and the rest as nothing.”¹⁵

Bentham’s commentary on society is also important in understanding what public interest is related to. He defines society as.; “is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members. The interest of the community then is, what? – the sum of the interests of the several members who compose it.”¹⁶ Although he defines it in a highly individualistic manner, Bentham expresses public interest as the sum of individual interests, yet he determines a public interest that addresses all individuals in society by adhering to the whole rather than focusing on a part.

Jean-Jacques Rousseau in *The Social Contract*; “The general will is always right and tends to the public good; but it does not follow that the deliberations of the people have the same rectitude.”¹⁷ While Rousseau emphasized the value of the general will, he also pointed out that the people may not always represent the truth correctly. Individuals must continually renew

¹⁴ Christoph Bezemek and Tomas Dumbrovsky, *The Concept of Public Interest*, Graz Law Working Paper Series, Working Paper No 01-2020, 2.

¹⁵ Jeremy Bentham, “Principles of Judicial Procedure” in *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 2, William Tait, Edinburgh, 1843, p. 252 (Book III).

¹⁶ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, Kitchener, Ont., 2000, p. 15.

¹⁷ Patrick Riley, *Will and Political Legitimacy*, Harvard University Press, Cambridge MA/London, 1982, 172.

themselves and strive to align with the collective interest. Consequently, public interest should be approached as an abstract concept that truly expresses what is good for the entire society.

B. Public Services and the Role of Data

Public services refer to the entire range of goods and services provided by the state or public legal entities on behalf of the state continuously, regularly and within the principle of equality to meet the common needs of citizens. These services can be delivered directly by public authorities or by private organizations under public supervision and regulation.

Public services are generally defined as the interaction with the public and the provision of services. In public services, the provision of access, use and sharing of data by governments emerges as an important driving force for innovation in the public sector. Government data include official records and statistics, data generated from administrative procedures carried out through front office services, data arising from public service users such as web content, sensor data, traffic or satellite data essentially, data originating from public services.

The data provided by government departments, institutions, public bodies and local administrations to bring more benefits to society and become an important factor when expanded and virtualized for commercial or non-profit purposes.

Progress is attained incrementally through the actions of each government and compliance with GDPR rules. Ensuring the data collection conditions comply with the GDPR is particularly crucial for the state which holds immense power in any country. Principles such as transparency and accountability become even more important. The comprehensive safeguarding of the existing rights of data subjects appears to be of fundamental importance.

1. Ethical Considerations of Data Deletion in the Public Sector

Ethics, “values have been defined as a set of beliefs and principles that influence or guide people’s actions.”¹⁸ Ethics is the necessity of having principles based on moral values in the design and implementation of every kind of plan or project that reflects the conscience of society.

Public sector political decisions together with the complexity of hierarchical structures render the perception of ethics more complex and challenging. The concept of ethics is an abstract notion which gives rise to uncertainties in the evidence. Uncertainty generates a range

¹⁸ Mehmet Akif Demircioglu and David B. Audretsch, *Ethics and Public Sector Innovation* (Cambridge University Press 2024) 186.

of diverse political and ethical perspectives and positions, thereby enhancing overall diversity. Uncertainty holds significance for plans and actions aimed at the public good, as it entails substantial responsibility and the necessity to adhere to essential ethical principles.

The ethical framework regarding the deletion of personal data in the public sector, it involves the permanent deletion of personal data collected by any public body once the purpose of use has been fulfilled.

Under the GDPR the fundamental ethical principle in the data deletion process is transparency. The process must be conducted with transparency at every stage. The data subject ought to be informed, by means of a transparent procedure, not only regarding the storage and use of their data but also concerning its erasure. The public authority collecting the data must also be accountable. The public sector must be able to demonstrate accountability in the processes of data handling and deletion. Accountability should be exercised through an independent public authority.

An independent public authority should be tasked with overseeing whether data controllers and data processors involved in the processing of personal data within the scope of digital solutions adhere to the established principles. If necessary, it should also be able to recommend the revocation of their authority to collect or process data.¹⁹ The data deletion process to proceed in accordance with ethical values, the public sector must not evade its responsibilities and is required to act in full compliance with the GDPR.

2. The Impact of the Right to be Forgotten on Public Sector's Efficiency

The innovations brought by the right to be forgotten to the public sector have led to a significant legal impact. The right to be forgotten is expected to contribute significantly to the development of the principles of accountability and transparency in the public sector. The erasure of data under the conditions stipulated by the GDPR constitutes a legal obligation. The obligation requires a public sector to be transparent, trustworthy and accountable, allowing its actions to be trusted and subject to verification.

Although public sector innovations can be highly successful in any dimension (such as increasing the performance of organizations and individuals, reducing costs, and increasing the

¹⁹ WHO, *SMART Trust (v1.2.0) - Ethical Considerations and Data Protection Principles*, HL7® FHIR® Standard v5.0.0 (World Health Organization 2024)

quality of public services), innovations always have a potentially negative side.²⁰ The right to be forgotten is an important ethical value for the public sector. It is a significant right and freedom for individuals, ensuring that the public sector operates within ethical standards. Although ethics can be primarily associated with innovation failures, some successful innovations can also have negative or unethical aspects.²¹ An innovation or principle that enhances the quality of public services or reduces costs, with the aim of improving human life and upholding the rule of law, will be evaluated positively from an ethical standpoint. Certain innovations may change organizational dynamics.

Upon proper implementation of the right to be forgotten in the public sector, data should be deleted once no longer needed.

Data deleted proactively and subsequently required again must be collected anew, resulting in additional workload for the public sector.

The right to be forgotten paves the way for transparency and accountability. In my opinion, developing the public sector along these principles will bring it closer to the private sector's tendency to move quickly.

To elaborate the public sector is generally a closed and slow-moving area, often lost in command-and-control structures. Transparency and accountability are important for achieving efficiency and economic improvements.

With the right to be forgotten, the public sector can overcome this slowness but since it will be continuously subject to accountability and oversight, it will remain within an active planning process, resulting in an increased workload.

III. THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND PRIVACY IN THE PUBLIC SECTOR

A. Balancing Individual Privacy and Public Interests

Balancing the protection of personal data is of critical importance. European courts play a balancing role in disputes arising over data protection rights.

²⁰ Mehmet Akif Demircioglu and David B. Audretsch, *Ethics and Public Sector Innovation* (Cambridge University Press 2024) 187.

²¹ Ibid.

The GDPR recognizes balancing as the primary approach between data protection and other rights, as explained in Recital 4:

The processing of personal data should be designed to serve mankind. The right to the protection of personal data is not an absolute right; it must be considered in relation to its function in society and be balanced against other fundamental rights, following the principle of proportionality. This Regulation respects all fundamental rights and observes the freedoms and principles recognized in the Charter as enshrined in the Treaties, in particular the respect for private and family life, home and communications, the protection of personal data, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression and information, freedom to conduct a business, the right to an effective remedy and to a fair trial, and cultural, religious and linguistic diversity.²²

A significant number of the GDPR articles directly indicate the need to establish a proper proportion between the protection of personal data and other values.²³

The European Union's "EDPS Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data," published on December 19, 2019, is an important resource. Progress should be guided by the principles of necessity and proportionality while prioritizing fundamental rights and freedoms. The perspective of the public interest:

The Court of Justice of the European Union has recognised that EU legislation is often required to meet several public interest objectives which may sometimes be contradictory and require a fair balance to be struck between the various public interests and fundamental rights protected by the EU legal order.²⁴

²² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L119.

²³ (See: Articles 6(3), 6(4), 9 (2g), 9(2j), 9(2i), 9(2j), 14, 19, 23, 24(2), 34(3c), 35(7b), 83(1), 83(9),84(1),90(1); recitals 4,19, 49, 50, 62, 73, 129, 148, 151, 152, 156, 170). Regulation (Eu) 2016/679, supra note 4.

²⁴ Case C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54, para. 68. In joined cases C-203/15 and C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, Advocate General Saugmandsgaard Øe explained in his Opinion, ECLI:EU:C:2016:572 para. 247, that "[t]his requirement of proportionality within a democratic society - or proportionality stricto sensu- flows both from Article 15(1) of Directive 2002/58 and Article 52(1) of the Charter, as well as from settled case-law: it has been consistently held that a measure which interferes with fundamental rights may be regarded as proportionate only if the disadvantages caused are not disproportionate to the aims pursued" (emphasis supplied). In para. 248 he also pointed out that the requirement of proportionality in this particular case of retention of large amount of data

The decision indicates that, in the name of public interest, certain contradictory measures have been implemented. It can be inferred that the scope of public interest may be interpreted more broadly than necessary, creating the possibility that other rights and freedoms could be overlooked. Particular emphasis should be placed on the necessity of achieving an absolute balance.

Although the EU implements the issue of balance it must be highly effective, transparent and fair, ensuring the proper interrelation among rights. Nevertheless, criticisms of the principle of proportionality also exist:

However, “The principle of proportionality seeks to provide an objective and accurate answer in the conflict between human rights and public interest, similar to that offered in mathematical equations²⁵. The EU seeks to find a balance between rights through balancing. It is important to prevent deviation from the purpose of the public interest and to maintain the balance between individual privacy.

B. Legal, Ethical, and Practical Challenges in Data Deletion

Data erasure is regarded as a request arising from an individual’s intention to have their data removed from the digital environment due to a change of mind.

While individuals want to delete their data, conflicts of interest may arise between them and the organizations collecting the data. Such circumstances can particularly arise when the retention of data may yield financial benefits for organizations or when the deletion of data incurs significant costs.

The right to be forgotten is guaranteed under Article 7 of the GDPR, which obliges the data-collecting institution or organization to withdraw the data as specified. The concept of deletion can correspond to a deeper and more complex notion than it appears. It is observed that truly deleting data can be a difficult step.

Data collector who complies with the law and adheres to ethical principles, deleting data primarily means leaving no trace behind.

A central idea of our definition is that execution of the deletion request should leave the data collector and the rest of the system in a state that is equivalent (or at least very similar) to

“[o]pens a debate about the values that must prevail in a democratic society and, ultimately, about what kind of society we wish to live in”.

²⁵ Ibid 143.

one it would have been in if the data that is being deleted was never provided to the data-collector in the first place.²⁶ Leaving no trace means that the data no longer exists in memory and according to one view, that there is no data that can interpret or represent this information anymore. However, according to the GDPR the situation referred to here is the deletion of the data itself, not the deletion of data derived from processing the original data. This issue is debated in doctrine and some argue that within an ethical framework, data derived from deleted data should also be deleted.

Another ethical approach to data deletion is the data collector's obligation to exercise due diligence. Accordingly, the data collector must show necessary care by properly evaluating deletion requests and completing the deletion process fully and timely.

In legal contexts, the data collector must determine whether deletion requests should genuinely be honoured, a decision that can sometimes prove quite challenging. GDPR Article 7 specifies how data deletion should be carried out in which processes. However, when a conflict arises between rights, the issue becomes how to take the appropriate course of action.

A data collector may need to retain certain information due to legal or archival obligations. In such cases, it is a crucial question how they should decide whether to perform the deletion.

The scope of the interpretation of public interest, whether narrow or broad and the extent to which the data serves the public interest is an important criterion that complicates the question of whether the data should be deleted or not.

The GDPR guarantees by law that deletion is not required where the process imposes unnecessary burdens or costs. The difficulty of carrying out the deletion varies from sector to sector and depends on the importance of the data. In situations where legal or practical obstacles exist, the complexity of data deletion may arise.

The deletion process becomes complicated in practice due to the distributed and complex nature of data. Besides access to data outside the EU in jurisdictions not subject to the GDPR is a separate issue concerning data deletion.

In the Google Spain case, data access within EU borders is deleted, yet access from outside the EU has generated debates and contradictions, since the data subject remains aware

²⁶ Garg, Goldwasser and Vasudevan, 'Formalizing Data Deletion in the Context of the Right to Be Forgotten' (2020) *Lecture Notes in Computer Science* 12106, 373–402, 377.

that their information is still accessible. Data deletion raises many questions legally, practically and ethically.

C. Societal Consequences of Deleting Data for Public Security Purposes

In the subsection, we will examine the deletion of data due to public security reasons and try to elaborate on the issue from a somewhat opposite perspective. Accordingly, the deletion of data for public security reasons appears controversial in terms of its effects on freedom of expression. For example, EU Regulation 2021/784 introduced a rule obliging digital service providers under national authorities to remove certain content within one hour. The regulation concerns the removal of terrorist content. With the new mechanisms established by EU Regulation 2021/784.

The mechanism is novel, not only in view of the direct nature of the removal orders issued (which do not require separate approval by the authorities of the receiving state in order to be valid) and their cross-border execution, but also in view of their almost immediate effect – in most cases consisting in the obligation to block access to the content within a maximum of one hour.²⁷ This rapid intervention method aims to prevent illegal activities but the lack of a prejudicial review and the very short timeframe for this preventive censorship mechanism raise questions about the extent to which it interferes with freedom of expression.

Under the GDPR, the right to erasure also applies to personal data held by the public sector. Right to erasure can extend to public archives, especially in the case of online archives, courts struggle to balance data protection rights with freedom of expression. The process of balancing rights is challenging, an impediment to the public's right of access to information may arise.

The CJEU's decisions regarding the protection of public interest and individual privacy, The CJEU adopts a more lenient approach towards blanket data retention for the purpose of safeguarding national security, as opposed to its stance on combating serious crime and protecting public safety.²⁸ To ensure a robust national security regime states employ sophisticated technologies and implement significant measures and the CJEU largely supports this approach. The judgments illustrate that the Court adopts a pragmatic approach when

²⁷ Marcin Rojszczak, 'Gone in 60 Minutes: Distribution of Terrorist Content and Free Speech in the European Union' (2022) 18(2) *International Journal of Law and Information Technology* 149, 181.

²⁸ Ketevani Kukava, 'Privacy and Personal Data Protection v. the Protection of National Security and the Fight Against Crime: An Analysis of EU Law and Judicial Practice' (2024) 2 *Journal of Law* 243, 250.

ensuring a fair balance between competing interests.²⁹ The CJEU's discussion gave rise to criticism for different reasons. Several states deemed the proportionality test on data retention to be excessively stringent and the suggested solutions, such as the targeted data retention, impractical or ineffective.³⁰ On the other hand, human rights defenders, who advocate for a total ban on mass surveillance instruments, view the CJEU's recent judgments "as a form of legalizing unlimited surveillance methods for national security purposes."³¹

Deleting data for public security purposes involves complex social consequences and covers several areas. Although the aim is to combat crime and ensure national security, attention must be paid to fundamental rights such as privacy, data protection and freedom of expression. In establishing such a balance, the European Court of Justice has also emphasized the significance of the principles of proportionality, judicial oversight and transparency.

IV. PRACTICAL IMPLICATIONS OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

The main practical consequences of the right to be forgotten in the public sector appear as privacy, transparency and accountability. These are specific responsibilities that public sector institutions must fulfil because of the necessity of the right to be forgotten. Public institutions must establish processes to respond to RTBF requests and ensure compliance with the GDPR. The process also includes GDPR related aspects such as determining the necessity of the data and ensuring its prompt deletion accordingly.

Considering the volume of data, the diversity of data types and the public burden associated with the data held by public institutions, the process is genuinely complex. It is evident that the process must be resolved through a balanced approach.

'In other words, we witness with respect to the well-known EU Court of Justice ruling of 13.05.2014, 131/12 on Google Spain and Google v. Agencia Española de Protección de Datos and Mario Costeja González, characterized by the total openness to the right to be forgotten, seen almost as an absolute right with no limits to the construction, again with a view to a balancing operation between fundamental rights, of a series of barriers that define the boundaries of the right to be forgotten and, in some way, limit its full operation.'³²

²⁹ Ibid.

³⁰ Edoardo Celeste, Giulia Formici, Constitutionalizing Mass Surveillance in the EU: Civil Society Demands, Judicial Activism, and Legislative Inertia, German Law Journal, 2024, 18.

³¹ Ibid.

³² Giulio Ramaccioni, *Cases and Issues of the Right to Erasure (Right to Be Forgotten) Under the Article 17 of Regulation (EU) 2016/679* (2024) 47.

It can be observed that such circumstances foster the public sector's compliance with the GDPR and contribute to the development of a more legally robust public system.

Public institutions are obliged to maintain their transparency while also protecting the individual privacy of their citizens. The recent legal provision of the right to erase should not conflict with archiving, statistical, scientific, and historical research purposes in order to balance privacy with the public interest.³³

An attitude that directs public institutions toward careful oversight and sound decision-making also serves as evidence that public institutions bear a significant workload and must adhere to prudent policies. Addressing this issue requires public institutions to enhance their use of digital technologies and to be proactive and effective in data deletion processes.

A. Case Study 1: Healthcare Data and Public Health Benefits in the Netherlands

In 2020, the Netherlands established Health Innovation Netherlands (hi-nl) to promote health innovation. The initiative engages all important stakeholders involved in innovations process, ensures a development process via customization and 'fit-for-innovation' guidance, and manage the implementation and termination of promising and non-promising innovations respectively³⁴

The Dutch GDPR Implementation Act is the *Uitvoeringswet Algemene ver ordening gegevensbescherming (UAVG)*³⁵ In accordance with Article 9 of the GDPR, Sub section 3(1) of UAVG covers special categories of data. Section 22(1) of this subsection provides, in alignment with Article 9(1) of the GDPR, processing of special categories of data, including health data is prohibited. But the subsection also introduces few exclusions to the overall ban. When it comes to the health data reuse by innovators, data subject shall consent to the re-use,³⁶ and in the absent of consent, four cumulative conditions outlined under Article 24³⁷ which provide an alternative to consent, shall be met by the applicant: (a) the project has a research

³³ Melanie Dulong de Rosnay and Andres Guadamuz, 'Memory Hole or Right to Delist? Implications of the Right to be Forgotten for Web Archiving' (2017) *RESET* 6, 2.

³⁴ See <https://www.healthinnovation.nl/about> (accessed 25 June 2025).

³⁵ Dutch GDPR Implementation Act (UAVG), available at <https://vertaalbureau fiducia.nl/wp-content/uploads/2022/06/Vertaling-UAVG-EN.pdf> accessed 18 July 2025, s 22(2)(a).

³⁶ Ibid.

³⁷ 'Exception for Scientific or Historical Research or Statistical Purposes.' Worth noting, Article 28 on 'exception for processing genetic data', is another consent alternative, covering the genetic type of health data. However, since Article 28 is complementary and quite similar to Article 24, this provision is not investigated separately in this study.

purpose; (b) the project serves the public interest; (c) obtaining consent is extremely difficult or impossible; and (d) appropriate safeguards are in place. The data subject also has the right to object, and he must be able to do so with ease. This approach is referred to as ‘opt-out-plus.’³⁸In sections c and d appear to be concrete parts that are easier to prove; However, the same cannot be asserted for sections A and B. The situation arising in the public sector is considered as “research compatible with the public interest” within the public sector. Therefore, it has been assessed that the reuse of health data without consent could be allowed under Article 24.

Regarding private companies the situation is more complex; nevertheless, given that the focus of this study is on the public sector, it will not be addressed in this context.

The Netherlands has regarded the use of data in the public sector as falling within the scope of public interest. Nonetheless, the definition of “public interest” within the Dutch context remains ambiguous.

Public interest refers to the welfare or well-being of the society. According to Dutch law, the concept of public interest is not explicitly defined. Although it is referenced around 70 times in the GDPR, the term “public interest” itself is not directly mentioned. The Dutch health research ethics guideline defines the concept of public interest as follows: “in describing the concept of public interest, the letter of Dutch Ministry of Health, Welfare and Sport on the secondary use of health data to parliament shall be taken into account.”³⁹

The memorandum determines whether the research serves the public interest based on the following explanation:

³⁸ Irith Kist, 'Assessment of the Dutch Rules on Health Data in the Light of the GDPR' (2023) 30 *European Journal of Health Law* 322, 334. Cited in S. Rebers, T. van der Valk, G.A. Meijer, F.E. van Leeuwen en M.K. Schmidt, 'Zeggenschap over nader gebruik van lichaamsmateriaal: patiënt is het best gediend met ‘geen bezwaar’-procedure’, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 156 (2012) a4485; S. Rebers, E. Vermeulen, A.P. Brandenburg, T.J. Stoof, B. Zupan-Kajcovski, W.J.W. Bos, M.J. Jonker, C.J. Bax, W.J. van Driel, V.J. Verwaal, M.W. van den Brekel, J.C. Grutters, R.A. Tupker, L. Plusjé, R. de Bree, J.H. Schagen van Leeuwen, E.G.J. Vermeulen, R.A. de Leeuw, R.M. Brohet, N.K. Aaronson, F.E. Van Leeuwen and M.K. Schmidt, 'A Randomised Controlled Trial of Consent Procedures for the Use of Residual Tissues for Medical Research: Preferences of and Implications for Patients, Research and Clinical Practice', *PLoS ONE* 11(3) (2016).

³⁹ Maryam Afra, 'An Assessment on Innovator's Ability for Consent-Free Health Data Reuse, In the Context of the GDPR and EHDS: The Netherlands Case Study' (2024) Maastricht University Faculty of Law, 486. Cited in Letter of the minister to the 2nd chamber on secondary use of health care data under the gdpr | Reactie Artikel fd over secundair gebruik data (4 October 2019), available online at <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-91c5cafa-2a9e-40c8-ae76-75a20f9ca043/pdf> (accessed 25 June 2025).

It must be reasonably plausible that the results of the research (a) Generate new scientific insights that apply to a population larger than the direct research population. (b) The researchers will have to make an effort to make their results transparent to a wider public than just the circle of involved researchers and involved patients. And (c) the research and results must be published, even if the results are negative.⁴⁰

Since dishonest actors usually operate behind closed doors, with little to no tendency to share research findings with the public, the aim of the provision is to prevent data misuse by individuals who are not sincere about their research intentions.⁴¹ The memorandum also states that research must have as its ‘essential objective’ the promotion and protection of public health. This means that this exception cannot be applied if the research is conducted in an ‘exclusively commercial or industrial context.’⁴²

Given the absence of financial objectives within the public sector, the concept of public interest is entirely grounded in the provision of public services, thereby justifying the protection and reuse of data. Promoting and safeguarding public health is a valid objective in the public sector but it has different implications for the private sector which operates in a commercial or industrial context. In the public sector, public interest is of primary importance with the use of health data regarded as a legitimate justification. Health data can be stored and reused without consent in the public sector. Under the right to be forgotten; Patients appear to have the right to exclude their health information if the data are no longer required for reference by the purpose for which it was collected or processed or even if consent is withdrawn.⁴³ The right exists when the data subject opposes processing and there are no legitimate grounds for rejecting this request; also the data has been processed unlawfully all the reasons following Article 17 of the GDPR (78).⁴⁴ The law has no limits regarding genetic and health data. In this context, any data that can unveil a “self” that the holder does not want to project to society could be subject to the right to be forgotten.⁴⁵ Although individuals’ health information is highly personal and sensitive, it must be balanced against interests such as public health, scientific research, and freedom of expression. Therefore, when a document refers to the public interest, there is no

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Mónica Correia, Guilhermina Rêgo and Rui Nunes, ‘Gender Transition: Is There a Right to Be Forgotten?’ (2021) 27(3) *Health and Technology* 285, 291.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

absolute guarantee that personal data will be deleted. In such cases, a balancing policy must be established one that weighs public interest against individual privacy.

However, the concept of public interest holds significant weight in this balance and tends to take precedence in the name of protecting public health. The reuse and potential deletion of health data in the public sector must be approached from a perspective where public interest is prioritized and balanced with the right to be forgotten.

Such data are not subject to deletion within the context of public welfare and public health. The data are preserved for potential future reuse and are employed when deemed necessary.

B. Case Study 2: Security Data and National Security

According to Article 23 of the GDPR, Member States are permitted to impose restrictions on data protection on the grounds of national security. National security is against individual privacy, the GDPR dictates that national security shall prevail. The article also requires that the essence of fundamental rights and freedoms must be respected. While the restrictions of the term “national security” are hard to determine, the European Convention on Human Rights case-law has made it possible to give some more substance to the notion of national security which involves the protection of state security from terrorism, separatism, etc.⁴⁶

From the perspective of the European Union legal framework, the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) is particularly important in illustrating how fundamental rights, particularly the right to privacy, are balanced against national security concerns. National security is facing numerous challenges, particularly regarding whether individual rights should be violated or guaranteed. Security and stability of every state institution are the major guarantees for the safety of citizens, human security and respecting individual rights of the relative citizens.⁴⁷ The concept of national security (while expressing the protection of state security) covers a broad and relatively open area. When considering how

⁴⁶ Gergana Georgieva, Yavor Simov and Reneta Nikolova, *Some National Security Issues under the European Convention on Human Rights Case-Law* (Ministry of Interior 2021) 157. Cited in Marin, N. Nationalisms Versus Solidarity in Case of EU Law and Security, in International conference KNOWLEDGE-BASED ORGANIZATION 24(2):221-224, June 2018, DOI: 10.1515/kbo-2018-0093. See also Mihov, S. Some Problems of the European Information Exchange Model in the Field of the Law Enforcement Cooperation, International conference KNOWLEDGE-BASED ORGANIZATION, Volume 24: Issue 2, DOI: <https://doi.org/10.1515/kbo-2018-0094>, published online: 26 Jul 2018.

⁴⁷ Ibid 158, cited in Trobbiani, R, *How Should National Security and Human Security Relate to Each Other?*, APR 26 2013, available at <https://www.e-ir.info/2013/04/26/how-should-national-security-and-human-security-relate-to-each-other/>.

far national security can override individual privacy and personal rights, the case of *Rotaru v. Romania*⁴⁸ an important example. The Romanian Intelligence Service presented a letter in court concerning Rotaru's past political activities. Rotaru has been characterized as an extremist right-wing figure and a member of the Legionary movement. He contended that the information was false and defamatory and sought its removal from the records. Nevertheless, the court held that it lacked the authority to order the deletion of the document.

The European Court of Human Rights did not consider the Romanian Intelligence Service's retention and use of this information to be lawful. It found violations of both Article 8, the right to respect for private life and Article 6 the right to a fair trial. The reason for the position lies in the national security legislation being drafted in very general terms and lacking adequate safeguards to protect individuals' privacy.

The Court ruled RIS's ownership and usage of information about the applicant's privacy (though admissible in cases for example in the interest of national security) was not "in accordance with the law" because the law was formulated in very general terms and did not provide any guarantees for individuals to protect their privacy.⁴⁹ Mr. Rotaru's right to privacy was therefore infringed. Thus, the Court has the view that the law itself needs to be particularized.⁵⁰ The Court stated that the systematic filing and retention of personal data such as political activities, education, and criminal records by state officials constitute an interference with private life under Article 8. As seen, the ECtHR considered the retention and non-deletion of old intelligence data as a violation. Although the decision predates the entry into force of the GDPR, the ECtHR regarded the storage of data from a document dating back to 1937 as a breach of the right to privacy. The Court determined the national security definition to be insufficient and overly broad, failing to protect individual rights.

The ECtHR prioritized individual rights over national security. The reason for prioritizing individual rights is that the information dated back to 1937 and a considerable amount of time had passed, indicating a genuine violation. The intelligence service had unlawfully retained this information for an extended period. The Court rejected the State's broad interpretation of national security protection, demonstrating that, even prior to the GDPR era, the significance of data deletion was recognized and any violations were clearly apparent. The individual right to data erasure outweighed national security. Moreover, under current GDPR conditions, the

⁴⁸ *Rotaru v. Romania*, Application No. 28341/95, Judgment of 4 May 2000.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

need for a balancing policy between public interest and the right to erasure is constantly emphasized. The ECtHR decision demonstrates that when the balance shifts excessively in favour of the public interest, a violation arises.

V. LEGAL DISPUTES BETWEEN PUBLIC INTEREST AND INDIVIDUAL RIGHTS

A. Examining Conflicts Between Public Interest and Individual Privacy

The balance between public interest and individual privacy in the EU has increasingly become a source of legal disputes, particularly considering technological advancements and the growing significance of data. Disagreements arise primarily from the existence, storage, transfer and use of data, which often conflict with personal privacy.

1. Surveillance and Predictive Policing:

The relationship between public interest and the right to be forgotten as a broader discussion between security and privacy. The balance between these two is particularly significant in the context of mass data surveillance and predictive policing practices. The EU's goal is to anticipate and prevent crimes before they occur. Data Retention Directive grant law enforcement authorities' access to such predictive tools. This involves large scale processing of personal data, raising concerns about the proportionality of such measures and the extent to which personal data is protected.

The EU has introduced various legal instruments, including the e-Privacy Directive, the Passenger Name Record (PNR) Directive, and the Anti-Money Laundering Directive. The regulations also intersect with the stages of predictive and preventive policing, leading to increasing overlap between the public and private sectors within the EU. This raises the risk of infringing individual rights and freedoms based on speculative threats or crimes that have not yet occurred.

The Court of Justice of CJEU has made critical rulings on this matter. on 8th April 2014, the CJEU, sitting in Grand Chamber, declared Directive 2006/24/EC invalid since it violates the right to privacy (Article 7 of the Charter) and the right to protection of personal data (Article 8 of the Charter), read in light of Article 52 of the Charter of Fundamental Rights of the

European Union (the Charter). In adopting Directive 2006/24, the EU legislature exceeded the limits imposed by the principle of proportionality.⁵¹

In particular, the ECJ underlined that the Data Retention Directive set up a regime that failed to limit interference with privacy rights “to what is strictly necessary,”⁵² suggesting emphatically that, on the contrary, the Data Retention Directive “entail[ed] an interference with the fundamental rights of practically the entire European population.”⁵³ In the ECJ’s view, five major faults doomed the legality of Directive 2006/24.⁵⁴ First, the Directive did not set any limit on the personal scope of application: the Directive “affects, in a comprehensive manner, all persons using electronic communications services It therefore applies even to persons for whom there is no evidence capable of suggesting that their conduct might have a link, even an indirect or remote one, with serious crime.”⁵⁵

Second, the Directive did not set any limits on the possibility of national authorities accessing the data retained by private companies, and failed to specify conditions that justify the use of these data for law enforce meant purposes: “[o]n the contrary, Directive 2006/24 simply refer[red], in Article 1(1), in a general manner to serious crime, as defined by each Member State in its national law”⁵⁶ and did not make access dependent “on a prior review carried out by a court or by an independent administrative body whose decision seeks to limit access to the data and their use to what is strictly necessary for the purpose of attaining the objective pursued and which intervenes following a reasoned request of those authorities”⁵⁷

Third, the Directive did not set a sufficiently restrictive timeframe for the retention of data: “Article 6 of Directive 2006/24 requires that . . . data be retained for a period of at least six months, without any distinction . . . between the categories of data set out in Article 5 . . . on the basis of their possible usefulness for the purposes of the objective pursued or according

⁵¹ Joined Cases C-293/12 and 594/12 *Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communication et al and Kärtnner Landesregierung et al* (cjeu, 8 April 2014). See also Joined Cases C-293/12 and 594/12 *Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communication et al and Kärtnner Landesregierung et al* (cjeu, 8 April 2014), Opinion of ag Villalón; F Fabbrini, ‘Human Rights in the Digital Age, The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the us’ (2015) 28(1) *Harvard Human Rights Journal* (forthcoming).

⁵² Joined Cases C-293/12 & C-594/12, *Digital Rights Ireland*, §56.

⁵³ Joined Cases C-293/12 & C-594/12, *Digital Rights Ireland*, §56.

⁵⁴ Federico Fabbrini, ‘Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and Its Lessons for Privacy and Surveillance in the United States’ (2015) 28 *Harvard Human Rights Journal* 65, 80.

⁵⁵ *Ibid* 60.

⁵⁶ *Ibid* 60.

⁵⁷ *Ibid* 62.

to the persons concerned.”⁵⁸ Fourth, the Directive did not provide for sufficient safeguards relating to the security and protection of the data retained by private providers of electronic communications.⁵⁹ Finally, the Directive did “not require the data . . . to be retained within the European Union, with the result that it cannot be held that the control, explicitly required by Article 8(3) of the Charter, by an independent authority of compliance with the requirements of protection and security . . . is fully ensured.”⁶⁰ In light of these serious flaws in the Data Retention Directive, the ECJ ruled that “the EU legislature ha[d] exceeded the limits imposed by compliance with the principle of proportionality in the light of Articles 7, 8 and 52(1) of the Charter”⁶¹ and struck down the Directive, making it immediately inapplicable in the EU legal order.⁶² The CJEU’s annulment of the Data Retention Directive due to its violation of the Charter of Fundamental Rights highlights both the value of personal data and the importance of maintaining a balance between public interest and fundamental rights. A careful balancing policy is necessary in the area, and giving priority to public interest in a way that overrides fundamental rights constitutes an unacceptable approach.

2. Financial Information and Tax Purposes

On November 22, 2022, in Press Release 188/22, the CJEU gives a preliminary ruling on the judgment of the Court of Justice in Joined Cases C-37/20 Luxembourg Business Registers and C-601/20 Sovim concerning Directive (UE) 2015/849 of the European Parliament and of the Council.⁶³ Later on, the recent case of the European Court of Justice that was made public concerned WM and Sovim SA vs. Luxembourg Business Registers.⁶⁴ The issue concerns companies being able to access beneficial ownership information without providing justification. The accessible information includes surname, first name, nationality, date of birth, month of birth, year of birth, place of birth, country of residence, full private or professional address, national identification number for individuals registered in the national population register, foreign identification number for unregistered foreigners, the nature of the beneficial interest held and the percentage of that interest.

⁵⁸ Ibid 63.

⁵⁹ Ibid 66.

⁶⁰ Ibid 68.

⁶¹ Ibid 69.

⁶² Ibid 71.

⁶³ Glória Teixeira, Maria Filipa Pinho and Hugo Teixeira, ‘Access to Financial Information for Tax Purposes and Proportionality – Balancing Public Interest with the Protection of Privacy’ in Monica Rosini and Gloria González Fuster (eds), *Data Protection and Tax Information Exchange* (Springer 2023) 9.

⁶⁴ Joined cases C-37/20 and C-601/20 of 22 November 2022.

Access to such information enables the straightforward identification of the beneficial owner, and this has been regarded as a violation of the fundamental right to privacy.

The CJEU emphasized three key principles. While the principles of transparency and legality were not deemed to have been violated, the Court ruled that a breach had occurred regarding proportionality. "The difficulties in precisely defining the circumstances and conditions under which the public may access beneficial ownership information cannot justify the EU legislator providing for general public access to such data. "The situation is considered an interference with fundamental rights protected under the EU Charter of Fundamental Rights.

In an era, where information often becomes available through illegal access to personal and most importantly private data, a recent decision, dated of November 11, 2022, when the Finnish Data Ombudsman (Tietosuoja-valtuutettu), which is the national authority supervising compliance with data protection legislation, gave her ruling in the case Dnro 3681/186/21, giving a proper insight when it comes to the performance required by the competent entities, when such cases occur.⁶⁵

The data protection authority first emphasized the need to assess whether the processing complies with the GDPR and relevant legislation. While the collection of such data is justified as an effective approach to combating tax evasion, money laundering and the financing of terrorism, the data protection authority underlined that each specific case must proceed in a lawful, fair, and proportionate manner.

Reference is provided to Article 5 of the GDPR, emphasizing that processing must be relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which the data is collected. Additionally, Article 25(2) of the GDPR was cited, which obliges data controllers to implement appropriate technical and organizational measures to ensure that only personal data necessary for the purpose is processed.

This decision may serve as a precedent for other EU Member States. The limits of access to personal data are yet to be fully defined and must also align with public interest criteria. In the European Union, a series of rulings exists, ranging from local courts to the CJEU. Compliance with the GDPR whether in data processing, retention or erasure must align with

⁶⁵ Glória Teixeira, Maria Filipa Pinho and Hugo Teixeira, 'Access to Financial Information for Tax Purposes and Proportionality – Balancing Public Interest with the Protection of Privacy' in Monica Rosini and Gloria González Fuster (eds), *Data Protection and Tax Information Exchange* (Springer 2023) 11.

the principle of proportionality, which seeks to balance public interest with individual privacy and the protection of fundamental rights and freedoms.

B. Ethical and Legal Considerations of Data Retention vs. Deletion in the Public Sector in the EU

Ethical considerations regarding data deletion in the public sector are multifaceted. Legal regulations, court rulings, and especially technological advancements and processes increasingly shape this area. “Data retention is the collection of bulk metadata. Everyone’s data is collected without the requirement of any suspicion or the intercession of a judge. It is the job of individuals and organizations in the private sector to retain the metadata (tapping into a whole new industry of data warehousing)”.⁶⁶ While the preamble to the Data Retention Directive refers to law enforcement authorities in three places (twice in Preamble 9 and once in Preamble 14) and declares itself compliant with the European Convention of Human Rights (ECHR), in the text Article 4 permits member states to allow access to data retained by whatever competent law enforcement agency it chooses.⁶⁷ Thus there is no necessary monopoly of criminal justice authorities over access to the data. Member states could allow their intelligence services to have access to the data (as the US authorities have done in respect of PRISM).⁶⁸ These are among the aspects of data retention which have caused the most concern, as it is hard to escape the conclusion that retention of the data is arbitrary and access to it is unlimited.⁶⁹

Data retention raises significant ethical concerns related to principles and practices. The storage of personal data, especially for individuals who have been wrongly accused or unfairly linked to a crime, can lead to continued stigmatization and discrimination. For instance, regarding DNA data, a forensic DNA database typically contains two kinds of DNA profiles. The first category consists of profiles which are derived from unidentified crime scene stains.⁷⁰

These are bodily samples such as skin cells, hair, blood or saliva which possibly belong to an individual who has been involved in a criminal offence.⁷¹ The other category, which in

⁶⁶ IBM and Oracle quotations, cited in Elspeth Guild and Sergio Carrera, *The Political and Judicial Life of Metadata: Digital Rights Ireland and the Trail of the Data Retention Directive* (CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No 65, May 2014) 2.

⁶⁷ Ibid 3.

⁶⁸ Ibid 11.

⁶⁹ Elspeth Guild and Sergio Carrera, *The Political and Judicial Life of Metadata: Digital Rights Ireland and the Trail of the Data Retention Directive* (CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No 65, May 2014) 3.

⁷⁰ N Van Camp and Kris Dierickx, ‘The retention of forensic DNA samples: a socio-ethical evaluation of current practices in the EU’ (2008) 34 *Journal of Medical Ethics* 606.

⁷¹ Ibid.

most countries makes up the largest part of the database, consists of the DNA profiles of individuals who have been convicted of a criminal offence or who are a suspect of a crime that is still under investigation.⁷²

In recent years, the steady expansion of these forensic DNA databases has provoked a number of critical questions on issues related to this practice, such as the entry and removal criteria of these databases,⁷³ the intrusiveness of coercive sampling,⁷⁴ the possible creation of databases covering the entire population.⁷⁵ The issue of DNA retention is an area where governments are increasingly collecting data but are reluctant to address it openly, especially due to security concerns related to terrorism and other necessary reasons. Governments argue that they are protecting the public interest through these security measures. However, European institutions and EU member states have not addressed this issue sufficiently or adequately in either political discourse or legal regulations. Although we should not exaggerate the possibility that forensic DNA samples are used for ends such as those described above, the ongoing expansion of forensic DNA databases and police sampling powers do give rise to justifiable concerns regarding the consequences of these evolutions for genetic privacy.⁷⁶ Probably the major shortcoming of European regulations regarding the processing of personal information is that they do not apply to justice and security issues.⁷⁷ This can clearly be observed in the Data Protection Convention of the Council of Europe (Article 3, Section 2) which explicitly mentions that it does not apply to measures taken in the interests of “protecting state security, public safety, the monetary interest of the state or the suppression of criminal offences” (Article 9, Section 2).⁷⁸ As the provisions of this Directive would make it otherwise well-nigh impossible for the Member States to use DNA profiling techniques and operate DNA databases, Article 3 clearly states that this Directive does not apply to “[...] activities of the State in areas

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid, 606, cited in See for example: Guillén M, Lareu MV, Pestoni C, et al, *Ethical-Legal Problems of DNA Databases in Criminal Investigation* (2000) 26 *J Med Ethics* 266–71.

⁷⁴ Ibid, 606, cited in See for example: Kaye DH, *Who Needs Special Needs? On the Constitutionality of Collecting DNA and Other Biometric Data from Arrestees* (2006) 34 *J Law Med Ethics* 188–98.

⁷⁵ Ibid, 606, cited in See for example: Cronan JP, *The Next Frontier of Law Enforcement: A Proposal for Complete DNA Databanks* (2000) 28 *Am J Crim Law* 119–56.

⁷⁶ Ibid, 607.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Council of Europe, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (1981) art 9(2) <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/108.htm> accessed 04 July 2025.

of criminal law’’.⁷⁹ In the directives and decision-making mechanisms, the authority regarding DNA data appears to be largely left to the discretion of individual states.

The only official document on the European level which has brought forward clear benchmarks regarding this issue is the Recommendation No. (92) 1 of the Council of Europe. In contrast with the Data Protection Convention and Directive 95/46/EC, it does not make an exception for the processing of data in the field of justice and security and thereby explicitly forbids any secondary use except those for the purpose of the investigation and prosecution of criminal offences. However, the Recommendation does also allow for an exception when the samples are used for ‘‘research and statistical purposes’’ (Section 3).⁸⁰ The directive encourages the destruction of biological material collected for DNA profiling once a final decision has been made in the relevant case. However, the encouragement varies in practice: while some EU countries destroy the material immediately, others follow different procedures. Additionally, the DNA data of convicted individuals may be retained for a long period.

As observed, the definition of public interest regarding the retention and deletion of data is generally interpreted broadly by governments. Therefore, both ethically and legally, personal data and individual rights tend to be considered secondary to public interest. Past terrorist attacks in Europe are cited as a significant reason for this approach. The context in which the principle of proportionality is applied is the aspect that holds importance.

C. Balancing Conflicting Interests: How Can a Fair Solution Be Achieved?

Through various examples from different public sectors, it has been observed how data retention and deletion practices are linked to the concept of public interest. A balancing policy is essential and evident. According to the policy, a balance must be established between the public interest and the individual rights and freedoms involved in the data deletion process and actions should be taken accordingly.

⁷⁹ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, art 3 http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31995L0046&model=guichett accessed 6 July 2025

⁸⁰ Council of Europe, Recommendation No R (92) 1 of the Committee of Ministers on the use of analysis of DNA within the framework of the criminal justice system, section 3 accessed July 2025.

1. What should be done to achieve this balance?

a. Regulatory clarity and compliance

For balanced solutions regarding data deletion and the interpretation of the GDPR, the CJEU judgment in C-507/17, *Google v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)* highlights how the right to be forgotten must be balanced against other rights in cases of conflict. Even within Member States, the Court admits that the results of weighing up the competing rights will not necessarily be the same, posing a challenge to harmonisation if cooperation mechanisms among Member States is not properly implemented.⁸¹

Under the GDPR, the balance between the right to be forgotten and the public interest must be carefully assessed on a case-by-case basis, and appropriate precedent-setting decisions should be made. The boundaries of public interest remain unclear. Defining the boundaries at least within a certain framework would clearly help determine priorities and support the application of the principle of proportionality.

b. Technological solution in Machine Learning

In the contemporary technological era, where data can be rapidly stored using AI, specific procedures have been established for its deletion. 'Although there are different data handling methods, as the techniques exist currently, there is no evidence that these have been applied to industry.'⁸² The majority of the paper's proposals do use example data sets as part of its evaluation, but the effectiveness for industry is not yet clear.⁸³ In these and similar technological fields, issues related to data deletion need to be addressed. In areas already marked by conflict, the deletion process can be particularly difficult, making it essential to properly enforce this right. Therefore, appropriate technological measures must be taken.

c. Public Engagement and Education

Building trust through public participation and education in the data deletion process is essential for ensuring that data deletion decisions in the public sector progress in a balanced

⁸¹ Mary Samonte, 'Google v CNIL: The Territorial Scope of the Right to Be Forgotten Under EU Law' (Insight, *European Papers* vol 4, no 3, 2019) 839–851, 850.

⁸² Katie Hawkins, Nora Alhuwaish, Sana Belguith, Asma Vranaki and Andrew Charlesworth, "A Decision-Making Process to Implement the 'Right to Be Forgotten' in Machine Learning" (eds Kai Rannenberg, Prokopios Drogkaris and Cédric Lauradoux; *Privacy Technologies and Policy – 11th Annual Privacy Forum, APF 2023, Proceedings* (Springer, Lecture Notes in Computer Science vol 13888, 2024) 20–38, 32.

⁸³ Ibid.

and appropriate manner. For example, in the healthcare sector with systems like EDHS the effect of the data sharing arrangement therefore needs to be monitored carefully to ensure that suitable techniques are used in the relevant data sharing contexts, so that the data minimisation principle is respected.⁸⁴ Such processes require careful steps to be taken and it is crucial to have a clear understanding of the differences between data minimization, data anonymization and data deletion. Citizens should also be informed and made aware of these issues.

d. Ethical-Legal Oversight and Accountability

As defined in the GDPR; fairness, transparency and accountability are crucial aspects of data auditing. Effective data auditing requires independent bodies in the public sector to conduct oversight that balances public interest while ensuring transparency and accountability to data subjects. Effecting data auditing also facilitate the balance between data deletion processes and the public sector, leading to more accurate and appropriate practices in this area.

CONCLUSION

In the European Union framework, the balance between the right to be forgotten as an individual right and the public interest in the public sector has become increasingly complex and delicate, particularly due to technological advancements and the growing digitization of data usage by public institutions.

For the balancing policy between the right to be forgotten and the public interest, the importance of the terminological definition and conceptual integrity of both public interest and the right to be forgotten has emerged. The case of Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González (C-131/12, 13 May 2014) represents a significant turning point.

The broad interpretation of public interest in certain areas, and situations where the right to privacy may be overridden by the right to be forgotten. These include mass data surveillance for public security purposes, financial information sharing, the expansion of DNA databases, and the storage and use of health sector data to ensure national security, highlighting conflicts and tensions between public interest and the right to be forgotten.

⁸⁴ Zhicheng He, 'From Privacy-Enhancing to Health Data Utilisation: The Traces of Anonymisation and Pseudonymisation in EU Data Protection Law' (2023) *Digital Society* vol 2, no 2, art 17, accessed (22 July 2025), 17.

The important rulings of the CJEU, especially the annulment of the Data Retention Directive, have established that the principle of proportionality and the protection of individual rights are indispensable. In this context, the significance of the right to be forgotten also emerges. These rulings clearly demonstrate that the public interest cannot override individual rights and the right to be forgotten.

The principle of proportionality and the protection of fundamental individual rights are core principles in balancing these rights, and transparency and accountability will facilitate public institutions' compliance with these principles. It is evident that the right to be forgotten has gained significant importance, especially following the Google Spain case, and that this right has emerged as a crucial individual right in the public sector as well, particularly in ensuring that the concept of public interest is properly evaluated.

For a fair and effective resolution of the balancing policy between public interest and the right to be forgotten, it appears essential that the boundaries of public interest are not interpreted too broadly. Regulatory clarity must be ensured in this regard. As stated under the GDPR, the principle that data may be retained in the name of public interest should be interpreted correctly rather than expansively, particularly in relation to the principle of proportionality with the right to be forgotten.

Between the right to be forgotten and the public interest a balancing policy must be applied with great sensitivity. Technological developments, especially in the field of machine learning, should be integrated into the data deletion process to support this balance. Public participation and awareness raising efforts are crucial for increasing individuals' understanding of their rights. There should be initiatives aimed at ensuring that public sector employees develop a deeper awareness of their duties and the limits of public interest.

Independent oversight mechanisms should be implemented to ensure that public institutions uphold the principles of transparency and accountability. The delicate nature of the balancing policy between public interest and the right to be forgotten can be improved, leading to a more ethical approach.

REFERENCES

Afra M, 'An Assessment on Innovator's Ability for Consent-Free Health Data Reuse, In the Context of the GDPR and EHDS: The Netherlands Case Study' (2024) (Maastricht University Faculty of Law, 486).

Arjamand M, Cholistani MS, Shakoor S, Farhan M, Ashraf B, Naqqi M, Iqbal Q, Luqman M, Fatima SEEM, Kareem K and Khan HU, 'Forensic DNA Profiling: Its Role and Advancements in Criminal Investigations' (15 November 2024) 7(5) (*International Journal of Multidisciplinary Research and Publications* 42–46).

Ayday E and Hubaux JP, 'Threats and Solutions for Genomic Data Privacy' (2015) in Gkoulalas-Divanis A and Loukides G (eds), *Medical Data Privacy Handbook* (Springer International Publishing 2015) 463–92.

Bartolini C and Siry L., 'The Right to Be Forgotten in the Light of the Consent of the Data Subject' (2016) (32 Computer Law & Security Review 218).

Christoph Bezemek ve Tomáš Dumbrovský, 'The Concept of Public Interest' (2020) *SSRN Electronic Journal*

Bougiakiotis E, 'The Enforcement of the Google Spain Ruling' (2016) (24 International Journal of Law and Information Technology 311).

Bugarski T, Tubić B and Pisarić M, 'Legal Regulation of Air Pollution in Urban Environments at the Level of the European Union' (2020) 54 (*Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad* 71–91).

Case C-131/12 Google Spain SL and Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González [2014] ECLI:EU:C: 2014:317.

Case C-293/12 and Case C-594/12, Digital Rights Ireland, EU:C:2014:238.

Celeste E, Formici G, Constitutionalizing Mass Surveillance in the EU: Civil Society Demands, Judicial Activism, and Legislative Inertia, *German Law Journal*, 2024.

Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C 326/391.

Chenou JM and Radu R, 'The "Right to Be Forgotten": Negotiating Public and Private Ordering in the European Union' (2019) 58(1) (*Business & Society* 74–102).

Correia M, Rêgo G and Nunes R, 'Gender Transition: Is There a Right to Be Forgotten?' (2021) 29(3) (*Health Care Analysis* 283).

Correia M, Rêgo M and Nunes R, 'Gender Transition: Is There a Right to Be Forgotten?' (2021) 27(3) (*Health and Technology* 285).

Court of Justice of the European Union PRESS RELEASE No 70/14 Luxembourg, 13 May 2014 Press and Information Judgment in Case C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González.

Court of Justice of the European Union, Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others (Joined Cases C-293/12 and C-594/12) ECLI:EU:C:2014:238.

Demircioglu MA and Audretsch DB, Ethics and Public Sector Innovation (Cambridge University Press 2024).

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [1995] OJ L281/31.

Dulong de Rosnay M and Guadamuz A, ‘Memory Hole or Right to Delist? Implications of the Right to Be Forgotten for Web Archiving’ (2017) 6.

Engin Z and Treleaven P, ‘Algorithmic Government: Automating Public Services and Supporting Civil Servants in Using Data Science Technologies’ (2019) 62 The Computer Journal 448.

European Court of Human Rights and European Union Agency for Fundamental Rights, Right to be Forgotten: ECtHR and CJEU Case-Law – Joint Factsheet.

European Data Protection Supervisor (EDPS), *Opinion of 14 January 2011 on the Communication from the Commission on “A comprehensive approach on personal data protection in the European Union”* (EDPS 2011).

European Data Protection Supervisor, EDPS Guidelines on Assessing the Proportionality of Measures that Limit the Fundamental Rights to Privacy and to the Protection of Personal Data (19 December 2019).

Fabbrini F. ‘Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and Its Lessons for Privacy and Surveillance in the United States’ (2015) (28 Harvard Human Rights Journal 65).

Frankfurter F., Felix Frankfurter Reminiscences: recorded in talks with Harlan B. Phillips, Reynal, New York, 1960, p. 72. See also G. COLM, “The Public Interest: Essential Key to

Public Policy” in C.J. FRIEDRICH (ed.), (Nomos V: The Public Interest, Atherton Press, New York, 1962, pp.).

Frantziou E, ‘Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice’s Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Espanola de Proteccion de Datos’ (2014) (14 Human Rights Law Review 761).

Galea M, The Right to be Forgotten; a Balance Between Privacy and Public Rights? (LL.D. Thesis, University of Malta, 2015)

Garg S, Goldwasser S and Vasudevan PN, ‘Formalizing Data Deletion in the Context of the Right to Be Forgotten’ (2020) (Lecture Notes in Computer Science 12106, 373–402).

Georgieva G, Simov Y and Nikolova R, Some National Security Issues under the European Convention on Human Rights Case-Law (Ministry of Interior 2021).

Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG), cited in Paul M Schwartz, ‘The EU–US Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures’ (2013) (126 Harvard Law Review 1966).

Guild E and Carrera S, The Political and Judicial Life of Metadata: Digital Rights Ireland and the Trail of the Data Retention Directive (CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No 65, May 2014).

Guillén M, Lareu MV, Pestoni C, Salas A and Carracedo Á, 'Ethical-legal problems of DNA databases in criminal investigation' (2000) 26(4) (*Journal of Medical Ethics* 266–71).

Hawkins K, Alhuwaish N, Belguith S, Vranaki A and Charlesworth A, “A Decision-Making Process to Implement the ‘Right to Be Forgotten’ in Machine Learning” (eds Rannenberg K, Drogkaris P and Lauradoux P; Privacy Technologies and Policy – 11th Annual Privacy Forum, APF 2023, Proceedings (Springer, Lecture Notes in Computer Science vol 13888, 2024) 20–38.

Hawkins K, Alhuwaish N, Belguith S, Vranaki A and Charlesworth A, 'A Decision-Making Process to Implement the 'Right to Be Forgotten' in Machine Learning' (2024) LNCS 13888, (*Privacy Technologies and Policy - 11th Annual Privacy Forum* 20).

He Z, ‘From privacy-enhancing to health data utilisation: the traces of anonymisation and pseudonymisation in EU data protection law’ (2023) 2(2) (Digital Society 17).

Heylliard C, 'Le droit à l'oubli sur Internet' (Master 2 recherche thesis, Université Paris-Sud – Faculté Jean Monnet, 2012).

J. Bentham, "Principles of Judicial Procedure" in *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 2, William Tait, Edinburgh, 1843, p. 252 (Book III).

J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, Kitchener, Ont., 2000.

Judgment of the Court (Grand Chamber), *Google Spain SL and Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* (Case C-131/12) ECLI:EU:C:2014:317.

Justickis V, 'Balancing Personal Data Protection with Other Human Rights and Public Interest: Between Theory and Practice' (2020) 13(1) (*Baltic Journal of Law & Politics* 140).

Katsirea I, *Press Freedom and Regulation in a Digital Era: A Comparative Study* (Oxford University Press 2024).

Kist I, 'Assessment of the Dutch Rules on Health Data in the Light of the GDPR' (2023) (30 *European Journal of Health Law* 322).

Kohl U, 'The Right to Be Forgotten in Data Protection Law and Two Western Cultures of Privacy' (2023) 72(3) *International & Comparative Law Quarterly* 737–769

Krošlák D, 'Practical Implementation of the Right to Be Forgotten in the Context of Google Spain Decision' (2015) 6 *Communication Today* 1 (Vol 6, No 1).

Kukava K, 'Privacy and Personal Data Protection v. the Protection of National Security and the Fight Against Crime: An Analysis of EU Law and Judicial Practice' (2024) (2 *Journal of Law* 243).

Maceratini A, 'Subjective Identity and the Right to be Forgotten: A Multifaceted Claim in the Legal System' (2024) 29(3) (*Białostockie Studia Prawnicze* 271–86).

Mantelero A, 'The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the "right to be forgotten"' (2013) 29(3) (*Computer Law & Security Review* 229).

Mantelero A, 'The protection of the right to be forgotten: lessons and perspectives from open data' (2015) *Jurisdiction & Dispute Resolution in the Internet Era: Governance and Good Practices*, Geneva, Switzerland.

Mantelero, Alessandro, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa* (Giuffrè Editore 2007).

Mitrou L and Karyda M, 'EU's Data Protection Reform and the Right to be Forgotten: A Legal Response to a Technological Challenge?' (2012) (5th International Conference of Information Law and Ethics, Corfu, 29–30 June 2012).

Nandy D, 'Human Rights in the Era of Surveillance: Balancing Security and Privacy Concerns' (2023) (Journal of Current Social and Political Issues 11, 13–17).

P. Riley, Will and Political Legitimacy, (Harvard University Press, Cambridge MA/London, 1982).

Panneerchelvam S and Norazmi MN, 'DNA profiling in human identification: from past to present' (2023) 30(6) (Malaysian Journal of Medical Sciences 5–21).

Pina E, Ramos J, Jorge H, Váz P, Silva J, Wanzeller C, Abbasi M and Martins P, 'Data Privacy and Ethical Considerations in Database Management' (2024) 4(3) (Journal of Cybersecurity and Privacy 494–517).

Post RC, 'Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right to Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere' (2018) 67(5) (Duke Law Journal 981).

Giulio Ramaccioni, 'Cases and Issues of the Right to Erasure (Right to Be Forgotten) under Article 17 of Regulation (EU) 2016/679' (2024) 14 Computer Science & Information Technology 35–48

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L119.

Rojszczak M, 'Gone in 60 Minutes: Distribution of Terrorist Content and Free Speech in the European Union' (2022) 18(2) (International Journal of Law and Information Technology 149).

Rotaru v Romania (Application No 28341/95) (ECtHR, 4 May 2000)

Rouvroy A and Pouillet Y, 'The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy' in S Gutwirth, Y

Poullet, P De Hert, C De Terwangne and S Nouwt (eds), *Reinventing Data Protection?* (Springer 2009) 45–76.

Samonte M, ‘Google v CNIL: The Territorial Scope of the Right to Be Forgotten Under EU Law’ (Insight, European Papers vol 4, no 3, 2019) 839–851.

Sever T, ‘Public Benefit and Public Interest in the Slovenian Legal System – Two Sides of the Same Coin?’ (unpublished manuscript, University of Ljubljana, Faculty of Public Administration, 20 June 2025).

Staunton C, Slokenberga S and Mascalzoni D, ‘The GDPR and the Research Exemption: Considerations on the Necessary Safeguards for Research Biobanks’ (2019) (27 *European Journal of Human Genetics* 1159).

Teixeira G, Pinho MF and Teixeira H, ‘Access to Financial Information for Tax Purposes and Proportionality – Balancing Public Interest with the Protection of Privacy’ in Monica Rosini and Gloria González Fuster (eds), *Data Protection and Tax Information Exchange* (Springer 2023).

Tichý L, ‘Public Interest and its Importance in Law’ in L Tichý and M Potacs (eds), *Public Interest in Law* (Intersentia 2021) 25.

Van Camp N Dierickx K and, ‘The retention of forensic DNA samples: a socio-ethical evaluation of current practices in the EU’ (2008) (34 *Journal of Medical Ethics* 606).

Vedaschi A and Lubello V., ‘Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy: A European Perspective’ (2015) 20(1) (*Tilburg Law Review* 14–34).

Vogiatzoglou P, *Mass Data Surveillance and Predictive Policing: Contested Foundations and Human Rights Impact* (Routledge 2025).

Waind E, ‘Trust, Security and Public Interest: Striking the Balance – A Narrative Review of Previous Literature on Public Attitudes towards the Sharing, Linking and Use of Administrative Data for Research’ (2020) (5 *International Journal of Population Data Science* 3).

World Health Organization, *SMART Trust (v1.2.0) – Ethical Considerations and Data Protection Principles, HL7® FHIR® Standard v5.0.0* (WHO 2024).

Jorida Xhafaj, 'The Right to Be Forgotten: A Controversial Topic Under the General Data Protection Regulation' (2019) 7 *International Scientific Conference of Faculty of Law – University of Latvia* 26

Zhou J and others, 'A unified method to revoke the private data of patients in intelligent healthcare with audit to forget' (2023) 14(1) (*Nature Communications* 6255).

Yazar Beyanı	
Yazarların Katkıları	Bu çalışma tek yazarlıdır.
Mali Destek	Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı Beyanı	Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi	Yazar, makalenin tüm süreçlerinde TRÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyulduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde TRÜHFD'nin, yayın ve editör kurullarının hiçbir sorumluluğunun olmadığını beyan etmektedir.