



# Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 77 Sayı: 2019/4 ISSN 1300-9885

**BİR GELİNCİĞE DE SEN  
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)**

“BAGIS” yaz **4306**'ya  
Gönder

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile  
5 TL'lik destek olabilirsiniz!

**ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI**

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37  
[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr) [ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr](mailto:ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr)

**ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)**

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

**GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ**

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA  
**T:** 0.312 485 03 93-484 46 06

**ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ**

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)  
[www.gelincikprojesi.org.tr](http://www.gelincikprojesi.org.tr)

**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler**  
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



**hukuk veritabanlarında taranmaktadır.**  
law databases.

**İletişim Adresi | Communication Address**

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr)

[abym@ankarabarusu.org.tr](mailto:abym@ankarabarusu.org.tr)

**Grafik Tasarım | Graphic Design**

Ankara Barosu

**Basım Tarihi | Printing Date**

2019

**Baskı ve Cilt | Printing and Binding**



**ANKARA BAROSU DERGİSİ** | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**  
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) | is a refereed review, issued quarterly  
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın | (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2019 | Presidency of Ankara Bar Association, 2019  
Tüm Hakları Saklıdır. | All Rights Reserved.  
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885  
Dergide ileri sürülen görüşler | Articles published in this review reflect the  
yazarlarına aittir. | views of the authors.

**Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association**

Av. R. Erinç SAĞKAN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor**

Av. Güzin TANYERİ

**Editör | Editor**

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

**Eş Editörler | Peer Editors**

Av. Dr. Kasım AKBAŞ

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY

**Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center**

**Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member**

Av. Güzin TANYERİ

**Merkez Başkanı | Head of the Center**

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

**Başkan Yardımcıları | Vice Presidents**

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Av. Bahar KARAKAYA

**Yazman | Secretary**

Av. Seher KIRBAŞ CANİKOĞLU

**Sayman | Accountant**

Av. Seçkin TÜRKÖĞLU

**Üyeler | Members**

Av. Berna ÖZPINAR GÜMRÜKÇÜOĞLU

Av. Ayla SONGÖR

Av. Emel ALTINTAŞ

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Gençer HAZIR

Av. Murat YILDIZ

Av. Nuray ÖZDOĞAN

Av. Ferda ÇALGIN

Av. Ülkü AKBABA

Av. Selin ÇAM

Av. Nilgün ÖZKAN

Av. Ayşe BAÇIMER

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. İbrahim TÜRKAY

Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Av. Ahmed Buğra ÇELİK

Av. Buket KETİZMEN

Av. Uğur ERDALI

Av. Fehmi Burak DOĞAN

Av. İlknur KUMBASAR

Av. Faruk ÇAYIR

Av. Göksel YÜKSEL

Av. Elif Gamze SAĞKAN  
Av. Aslıhan KART  
Av. Semra KESKİN  
Av. Osman Emre TEKİN  
Av. Özlem ERTEN  
Av. Gülşah YILDIRIM  
Av. Ali Ekrem DAŞGÖL  
Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU  
Av. Eda ÇELİK DAŞER  
Av. Hasan Hüseyin ALPARSLAN  
Av. Pınar KOÇYİĞİT  
Av. Hülya ŞAHİN  
Av. Cemile ÇELİK ALTIPARMAK  
Av. Özge YALINKILIÇ  
Av. Merve DİNCEL  
Av. Yıldırım ÇIVGIN  
Av. Büşra PAMUKÇU  
Av. Mehmet Serkan YEŞİLAY  
Av. Yusuf YILMAZ  
Av. Zeynep SÜRÜCÜ  
Av. Yavuz Selim KARAYAKA  
Av. Murad GADASHOV

Av. Serkan Can SARIGÜL  
Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM  
Av. Oğuzhan KALAY  
Av. Korcan Süleyman AYTAÇ  
Av. Cemre ŞAHİN  
Av. Kübra DAVUN  
Av. İpek YILMAZ  
Av. Melek KILIÇ  
Av. Melike PARLAK  
Av. Alaz TARHAN  
Av. Çağdaş KABUKÇU  
Av. Merve KOLÇAK  
Av. Hüseyin BÜYÜKKAYA  
Av. Ufuk Can MAHANOĞLU  
Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK  
Av. Kürşat ERDİL  
Stj. Av. Ayşe TAD  
Stj. Av. Yağmur KIZILSU  
Stj. Av. Elif ŞAHİN  
Stj. Av. Cihan YALÇIN  
Stj. Av. Musa Cankat TATARLI



# YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

ÖZEL HUKUK		
<b>Avrupa Birliği Hukuku</b>		
ARAT, M. Tuğrul	Prof. Dr.	TOBB ETÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler
BAYKAL, Sanem Suphiye	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖÇMEN, İlke	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Deniz Hukuku</b>		
DEMİR, İsmail	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAN, Hakan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>İŞ ve Sosyal Güvenlik Hukuku</b>		
AKIN, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ufuk	Prof. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŐTERZİ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAYCIK, Gaye	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
CENDEL, Tankut	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTÜRK, Őukran	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAAÖĞLU, Ali Mehmet	Prof. Dr.	Uluslararası Fınal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKMAZ, Fahrettin	Prof. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OKUR, Ali Rıza	Prof. Dr.	Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜÇŐŐİK, Hasan Fehim	Prof. Dr.	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIZ, Gaye Burcu	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
<b>Fikri Mülkiyet Hukuku</b>		
OĞUZ, Arzu	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya	Doç. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku</b>		
AKKAYA, Tolga	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARSLAN, Aziz Serkan	Dr. Öğr. Ü.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi



# YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ARSLAN, Ramazan	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AŞIK, İbrahim	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATALI, Murat	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BORAN GÜNEYSU, Nilüfer	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Mustafa Serdar	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEKES, Muhammet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYHAN, İsmet	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
TANRIVER, Süha	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Ejder M. A.	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Medeni Hukuk</b>		
ABİK, Yıldız	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ALTAŞ, Hüseyin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ramazan	Dr. Öğr. Ü.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDOS, Oğuz Sadık	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞPINAR, Veysel	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BELEN, Herdem	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİR, Mehmet	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DOĞAN, Murat	Prof. Dr.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EREN, Fikret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERZURUMLUOĞLU, Erzan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜVEN, Kudret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞGÜZAR, Hasan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAMAN, Arif B.	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KÜLAHÇI, Şölen	Doç. Dr.	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay	Doç. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren	Dr. Öğr. Ü.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Demet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZLÜK, Betül	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

# YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ÖZTAN, Bilge	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
SARAN, Birol	Dr. Öğr. Ü.	Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Süleyman	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Roma Hukuku</b>		
GÜNAL, Nadi	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜRTEN, Kadir	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Ticaret Hukuku</b>		
CAN, Mertol	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇAĞLAR, Hayrettin	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇETİNER, Selma	Prof. Dr.	Girne Amerikan Üniversitesi
DEMİRAYAK, Ezgi Başak	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EROĞLU, Muzaffer	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖLE, O. Celal	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACİMAHMUTOĞLU, Sibel	Doç. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN, Fatma	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Mehmet	Prof. Dr.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Fırat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ŞENOCAK, Kemal	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TURANBOY, Asuman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YONGALIK, Aynur	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜRÜK, Ayşe Tülin	Doç. Dr.	(E) Öğretim Üyesi, Avukat, Eskişehir Barosu
<b>Milletlerarası Özel Hukuk</b>		
AKINCI, Ziya	Prof. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇALIŞKAN, Yusuf	Prof. Dr.	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTEN, Rifat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNGÖR, Gülin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZKAN, Işıl	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RUHİ, Ahmet Cemal	Dr. Öğr. Ü.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TİRYAKIOĞLU, Bilgin	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KAMU HUKUKU		
<b>Anayasa Hukuku</b>		
AKBULUT, Olgun	Doç. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ANAYURT, Ömer	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi
DEMİRAY, Nezahat	Dr. Öğr. Ü.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ESEN, Selin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FENDOĞLU, Hasan Tahsin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖNENÇ, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KABOĞLU, İbrahim Özden	Prof. Dr.	
KANADOĞLU, Osman Korkut	Prof. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KESER, Hayri	Doç. Dr.	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKUT, Y. Levent	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ONAR, Erdal	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBUDUN, Ergun	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TUNÇ, Hasan	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ULUŐAHİN, Nur	Dr. Öğr. Ü.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Bülent	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku</b>		
ARSLAN, Çetin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARTUK, Mehmet Emin	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BIÇAK, Vahit	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
CENTEL, Nur	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEĞİRMENCİ, Olgun	Doç. Dr.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
DEMİRBAŞ, Ali Timur	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DÜLGER, Murat Volkan	Doç. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERDAĞ, Ali İhsan	Doç. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
ERDEM, Mustafa Ruhan	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERİŐ, A. Uğur	Dr. Öğr. Ü.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FEYZİOĞLU, Metin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖKTÜRK, Neslihan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

GÜLŞEN, Recep	Prof. Dr.	İğdır Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi
GÜNGÖR, Devrim	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HAFIZOĞULLARI, Zeki	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAKEHYA, Hakan	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KATOĞLU, Tuğrul	Prof. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCA, Mahmut	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAOĞLU, Serhat Sinan	Dr. Öğr. Ü.	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Veli Özer	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEN, Muharrem	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZGENÇ, İzzet	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Bahri	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SIRMA GEZER, Özge	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SOYASLAN, Doğan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞAHİN, Cumhuri	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN, Ersan	Prof. Dr.	Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TAŞKIN, Ozan Ercan	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEZCAN, Durmuş	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOROSLU, Nevzat	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNVER, Yener	Prof. Dr.	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜZÜLMEZ, İlhan	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Genel Kamu Hukuku / Siyaset Bilimi</b>		
ÇEÇEN, Anıl	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
GEMALMAZ, Haydar Burak	Doç. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNEŞ, Ahmet Mithat	Doç. Dr.	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HASPOLAT, Mehmet Emin	Doç. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MUMCUOĞLU, Maksut	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ÖZKAZANÇ, Alev	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)

# YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

<b>Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi</b>		
ATILGAN, Eylem Ümit	Doç. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KAYA, Emir	Doç. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KUÇURADİ, İonna	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü (E)
ÖKÇESİZ, Hayrettin	Prof. Dr.	
UYGUR, Gülriz	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜYE, Saim	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Mustafa Tören	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Hukuk Tarihi</b>		
AVCI, Mustafa	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KONAN, Belkis	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>İdare Hukuku</b>		
AKINCI, Müslüm	Prof. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARDIÇOĞLU, M. Artuk	Dr. Öğr. Ü.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ASLAN, Zehrettin	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATAY, Ender Ethem	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜLAN, Aydın	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNDAY, Metin	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACIMURATLAR SEVİNÇ, Zeliha	Dr. Öğr. Ü.	MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KENT, Bülent	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ODYAKMAZ, Zehra	Prof. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANSOY, Cüneyt	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Kaya Burak	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYGIN, Engin	Doç. Dr.	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SEZGİNER, Murat	Prof. Dr.	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEKİNSOY, M. Ayhan	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIRIM, Turan	Prof. Dr.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

<b>Mali Hukuk</b>		
AĞAR, Serkan	Dr.	Avukat / Ankara Barosu
AKKAYA, Mustafa	Prof. Dr.	Atılım Hukuk Fakóltesi
BAYAR, İbrahim Nihat	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakóltesi
GÖKER, Cenker	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
<b>Milletlerarası Hukuk</b>		
ABDULLAHZADE, Cavid	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKİPEK, Serap	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKSAR, Yusuf	Prof. Dr.	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
BAŐEREN, Sertaç Hami	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
BOZKURT, Enver	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
KESKİN, Funda	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
TÜTÜNCÜ, Ayşenur	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi



# ANKARA BAROSU DERGİSİ

## YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) [abym@ankarabarosu.org.tr](mailto:abym@ankarabarosu.org.tr) adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örneğin;  
Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR  
<https://orcid.org/0000-0001-6975-4650>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğünün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
7. Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.



8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. 2020/1 sayısından itibaren dergimizde her sayı en çok beş hakemli makaleye yer verileceğinden yazarların bu hususu da göz önüne almaları gerekir.
12. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
13. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

**Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.**

# İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

Başkanın Mesajı | President's Messages ..... XXI  
**Av. R. Erinç SAĞKAN**

## HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

Evli Kadının Soyadı Problemi..... 1  
**Av. Kübra Kamelya EFEDAYIOĞLU**

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun  
Ek Madde 4 Hükümünün İhlali Suçları ..... 37  
**Dr. Yusuf BAŞLAR**

Müstehcenlik Suçunun Hukuka Aykırılık Unsuru  
Bakımından Edebi Eserler ..... 75  
**Dr. Faruk Y. TURİNAY**

Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi  
Çerçevesinde Müzik Sektöründe 'Değer Boşluğu' Kavramı ve  
Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri ..... 139  
**Dr. Tamer SOYSAL**

Yabancı Unsur İçeren İş Sözleşmelerinden Doğan ya da  
Ticarî Dâva Konusu Olan Hukukî Uyuşmazlıkların Çözümünde  
Dâva Şartı Arabuluculuk ..... 207  
**Prof. Dr. Fügen SARGIN**

## MAKALELER (ARTICLES)

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yapılması ..... 241

**Ahmet Ertan YILMAZTEKİN**

Askeri Ceza Mahkemelerinin Kapatılması Sonrası  
Karşılaşılan Öncelikli Sorunlar ve Çözüm Önerileri ..... 263

**İsmail Volkan ŞAHİN**



## BAŞKANIN MESAJI

### PRESIDENT'S MESSAGES



Değerli MeslektaŐlarım,

Dünya, hep yeniden anlaşılmak istenen, anlaşılması gereken bir yerdir.

Bu keşif süreci, doğruyu bulma, doğruyu uygulama yoluyla gerçekteŐirse; Akdeniz'in suları gibi duru düşünceler, adalet ile kaynaŐmış düzenler, sistemler ortaya çıkacaktır.

İŞte bu keşif sürecinde doğru'yu ve adalet'i benimsemiŐ olmak, elbette insan olmanın ve mesleğimizin bir gereğidir.

Bunun için yapabileceklerimizin en iyisini yapmaya çalıştık. Bu çabalar arasında Ankara Barosu Dergisi aracılığıyla hayata, hukuka dair pek çok konuda bizlere ışık tutan makaleler ile düşüncelerimiz, doğrularımız geliŐti ve geliŐmeye devam ediyor. Bizleri bilimin hiç sönmeyecek ışığına bir kez daha inandıran, dergimize vücut veren tüm yazarlarımıza teŐekkürlerimiz sonsuzdur.

Sizlerin kıymetli katkıları ile yaptıklarımıza daha iyilerini hep birlikte eklemek, bu mirası birlikte inşa etmek ve büyütmeğ için bilimin yolundan ayrılmayacağız.

Saygılarımla.

**Av. R. Erinç SAĞKAN**

*Ankara Barosu Başkanı*



**Hakemli Makaleler**

**Peer Reviewed Articles**







# EVLİ KADININ SOYADI PROBLEMİ\*

Kübra Kamelya EFEDAYIOĞLU\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0001-5396-6421>

**DOI:** 10.30915/abd.700001

**Makalenin Geldiği Tarih:** 04.01.2018 **Kabul Tarihi:** 04.09.2018

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Avukat, Ankara Barosu. Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.



## ÖZ

Kişiliğin ayrılmaz bir parçası olan soyadı, kişiye sıkı sıkıya bağlı kişilik haklarından olup kişinin bu hakkından vazgeçmesi, onu devretmesi ve ondan feragat etmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 26 ve 27. maddelerinde özel öneminden dolayı adın korunması yoluna gidilmesine rağmen TMK'nın 187. maddesinde yıllarca kendi soyadı ile tanınmış, çevre edinmiş, şöhret olmuş kadının evlendiği zaman kocasının soyadını almak zorunda bırakılması, Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği gibi uluslararası hukukla da bağdaşmamaktadır. Bu çalışmada esas itibarıyla evli kadının soyadı meselesindeki iç hukuk düzenlemeleri, yabancı hukuklardaki durum ve yargı kararları incelendikten sonra, mevcut iç hukuk düzenlemelerinin Anayasa ve uluslararası hukuka aykırılığı tespit edilecek ve TMK'nın 187. maddesi ile ilgili belli başlı değişiklik önerileri şahsi önerimizle birlikte ifade edilecektir. Zira hayatın her alanında aktif olarak yer alan kadının evlendikten sonra soyadını değiştirme mecburiyetinin olmadığı yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Soyadı, Kişilik Hakkı, Medeni Kanun, Evli Kadın, Anayasa ve Uluslararası Hukuka Aykırılık.

## MARRIED WOMAN'S LAST NAME PROBLEM

## ABSTRACT

The surname, which is an inseparable part of the personality, is strictly personal personality, and it is not possible for a person to give up, transfer, or waive this right. Even though the Turkish Civil Code's 26<sup>th</sup> and 27<sup>th</sup> Articles have been taken for the protection of the name due to its special importance, it has been contradicted to the Constitution that woman had to take the surname of the husband when she get married in Turkish Civil Code's 187<sup>th</sup> Article. It is also incompatible with International Law. In this study, after examining the domestic law regulations on the subject of the married woman's surname, the situation in the foreign law and the judicial decisions, the current domestic law regulations will be determined to be contrary to the Constitution and International Law and the specific amendment to Article 187 of the Turkish Civil Code will be expressed together with the personal recommendation. Because, there is a need for a legal arrangement where the woman who is actively involved in all areas of life does not have to change her surname after marriage.

**Keywords:** Surname, Personality Right, Civil Code, Married Woman, Contrary to the Constitution and the International Law.

## GİRİŞ

Kişinin hangi aileye ait olduğu gösteren, kişinin ailesini tanımlayan ve diğer ailelerden gelen kişilerden ayrılmasını sağlayan ada, “soyadı” denilmektedir. Bir kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan kişilik haklarından biridir. Soyadı; soybağı, evlat edinme, idari karar, mahkeme kararı, seçme ya da evlenme yoluyla kazanılmaktadır.

Türk Hukukunda evlenen kadının soyadı ile ilgili yasal düzenleme TMK m.187 olup boşanan kadının kişisel durumu ve buna bağlı olarak soyadının ne olacağı da TMK m.173’te düzenlenmiştir. Yasal düzenlemeler incelendiğinde, yıllarca kendi soyadı ile tanınmış, çevre edinmiş, şöhret olmuş kadınların, evlenmekle kocasının soyadını almak zorunda kaldıkları ve resmi ya da özel kayıtlara kocasına ait soyadını bildirme zorunluluğu altında bırakıldıkları görülmektedir. TMK’deki her iki maddede de kadınlara karşı ayrımcılık sürmekte olup, özellikle 187. madde gereğince evlendiğinde kocasının soyadını almak zorunda bırakılan kadının boşandığında bu defa 173. madde gereğince kocasının soyadını bırakarak evlenmeden önceki soyadını yeniden almasının öngörülmesi, hakkaniyete aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca halihazırdaki iç hukuk düzenlemelerinin Anayasa’ya ve uluslararası hukuka aykırı olduğu da rahatlıkla söylenebilir.

Bu çalışmada konuya ışık tutabilmesi açısından ilk olarak genel olarak soyadından bahsedilecek; bu kapsamda sırasıyla soyadı kavramı, soyadının hukuki niteliği ve soyadının kazanılması açıklanacaktır. Devamında ise çalışmanın odak noktasını oluşturan evli kadının soyadı konusuna geçilecektir. Burada evli kadının soyadı konusundaki iç hukuk düzenlemeleri ile yabancı hukuklardaki durum irdelenecek; sonrasında Anayasa Mahkemesi, AİHM ve Yargıtay kararları ışığında yargı kararlarında evli kadının soyadına ne şekilde yaklaşıldığı tespit edilecek ve TMK m.187’nin Anayasa ve uluslararası hukuka aykırılığı incelenecektir. Çalışmanın son kısmında ise TMK m.187 ile ilgili değişiklik önerileri ile şahsi önerimize yer verilecektir. Son olarak, genel bir değerlendirmenin yapılacağı sonuç bölümüyle çalışma nihayetlenilecektir.

## I. GENEL OLARAK SOYADI

### A. Soyadı Kavramı

Tüm insanlar sahip oldukları kişiliğin bir unsuru olarak, diğerlerinden ayırt edilmeyi sağlayan bir ad ve soyadına sahiptirler. Ad ve soyadı, kişiyi diğer kişilerden ayırmaya yarayan hukuki bir araç olarak onun kimliğinin ayrılmaz bir parçasını oluşturur.<sup>[1]</sup> Ad, kişiyi diğer kişilerden ayırmaya ve kimliğini tespit etmeye yarayan sosyal ve hukuki araçlardan biri olduğundan bu önemine istinaden hem genel kanunlarda hem de özel kanunlarda özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere Soyadı Kanunu, Nüfus Hizmetleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu örnek olarak gösterilebilir.<sup>[2]</sup>

Soyadı Kanununa göre dar anlamda ad, herkesin taşımak zorunda olduğu öz ad (ön ad) ve soyadından oluşur (m.1).<sup>[3]</sup> Aynı ailenin fertlerini, bir diğer deyişle, aynı soyadını taşıyan kişileri birbirinden ayırmaya yarayan ad, öz adı olup bir kimsenin birden fazla öz ada sahip olmasına herhangi bir engel yoktur.<sup>[4]</sup>

Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan, bir ailenin fertlerini birbirine bağlayan ve nesilden nesile geçen addır.<sup>[5]</sup> Yani soyadı, kişinin hangi aileye ait olduğunu gösterir; kişinin ailesini tanımlar ve diğer ailelerden gelen kişilerden ayrılmasını sağlar.<sup>[6]</sup> Her kişinin bir soyadının bulunması mecburi olup soyadı resmidir, kesindir ve kural olarak değişmez; ancak haklı nedenler olursa hakim kararı ile değiştirilebilir.<sup>[7]</sup>

- 
- [1] **Abik** Yıldız, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 31.
- [2] **Zeytin** Zafer / **Ergün** Ömer, Türk Medeni Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2017, s. 93.
- [3] **Zeytin** / **Ergün**, s. 93.
- [4] **Abik**, s. 31.; **Zeytin** / **Ergün**, s. 94.
- [5] **Abik**, s. 31.; **Öztan** Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 37. Baskı, Ankara 2012, s. 295.
- [6] **Kayıhan** Şaban / **Ünlütepe**, Mustafa Medeni Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2016, s. 230.
- [7] **Öztan**, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, s. 295.

## B. Soyadının Hukuki Niteliği

Bir kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan kişilik haklarından<sup>[8]</sup> Soyadının bir kişilik hakkı olması sebebiyle, kişinin soyadından vazgeçmesi, onu devretmesi ve ondan feragat etmesi mümkün değildir. Soyadı üzerindeki hak, mutlak haklardan olması sebebiyle herkese karşı ileri sürülebilir.<sup>[9]</sup>

Medeni Kanun, diğer değerlerden farklı olarak adı ayrıca koruma yoluna gitmiştir (TMK m. 26-27) ve TMK m. 26'da soyadı üzerindeki hakkın korunmasına ilişkin özel bir hüküm sevk edilmiştir.<sup>[10]</sup> Kanun koyucu tarafından böyle bir hüküm sevk edilmemiş olsaydı da soyadı üzerindeki hakkın yine de korunduğu söylenebilirdi. Zira bu hak, kişilik hakkı olması sebebiyle aynı zamanda TMK m. 23 ve devamında öngörülen kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler uyarınca genel hükümler çerçevesinde korunmaktadır.<sup>[11]</sup>

*Moroğlu*, hukukumuz açısından soyadının bütün özelliklerinin kadınlar açısından geçerli olmadığını ifade etmiştir. Buna göre, hukuki niteliği açısından bir kişilik hakkı olan soyadının işlevi ve özellikleri 2001 tarihli Medeni Kanun'un 187. maddesinde görüleceği gibi sadece erkekler için geçerli olmakta, "medeni halindeki" her değişiklik, yasa gereği sadece kadının soyadının değişmesini zorunlu kılmaktadır.<sup>[12]</sup> Adın amacı her kişiyi toplum içerisinde teşhis ve diğer kişilerden ayırma olduğundan adın değişmemesinde kişisel yararlar yanında toplumsal yararlar da vardır ve bir kimse kanun gereği zorunlu olarak taşıdığı öz adını ve soyadını dilediği gibi dilediği zaman değiştiremez. TMK, ancak haklı bir sebep bulunması halinde öz ad ve soyadın değiştirilmesine müsaade etmiştir (TMK m. 27).<sup>[13]</sup> Görüldüğü

[8] **Yılmaz** Merve, "Evli Kadının Soyadı", TAAD, Yıl:3 Sayı:10, 2012, s. 131.; **Altunel** Mesude, "Evli Kadının Soyadı", Adalet Dergisi, Sayı: 51, 2015, s. 178.; **Abik**, s. 38.; **Ayan** Mehmet / **Ayan** Nurşen, *Kişiler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2016, s. 141.

[9] **Yılmaz**, s. 131.; **Altunel**, s. 178.; **Abik**, s. 38.

[10] **Yılmaz**, s. 131.; **Ayan** M. / **Ayan** N., s. 141.

[11] **Yılmaz**, s. 132.; **Abik**, s. 39.

[12] **Moroğlu** Nazan, "Kadının Kimlik Sorunu 'Kadının Soyadı'", TBB Dergisi, Sayı: 99, 2012, s. 246-247.

[13] **Oğuzman** M. Kemal / **Seliçi** Özer / **Oktay-Özdemir** Saibe, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul 2012, s. 115.; Adın değiştirilemeyeceği kuralı ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz: **Abik**, s. 41-47.

üzere, hukukumuzda kural olarak adın değiştirilemeyeceği ve ancak istisnai hallerde değişikliğe müsaade edilmesi benimsenmişken kadınlar açısından medeni hallerindeki her değişiklik neticesinde soyadında değişikliğe gidilmesi kanaatimizce, aşağıda daha ayrıntılı açıklanacağı üzere anayasaya ve uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

### C. Soyadının Kazanılması

#### 1. Soybağı Yoluyla Kazanma

Soyadı, kanun gereğince doğumla kazanılır; yani, bir kişi doğduğu anda bir soyadına sahip olur.<sup>[14]</sup> TMK m. 321 uyarınca, çocuk ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ailenin soyadı da aslında koca(baba) nın soyadı olacağından ana ve babası evli iken doğan çocuk babasının soyadını taşıyacaktır.<sup>[15]</sup> Bununla birlikte, evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuklar ile gaipliğe karar verilmesi halinde, kaybolma ya da son haber alma tarihinden itibaren 300 gün içinde doğan çocukların da aile soyadını alacağı kabul edilmelidir. İlâveten, evliliğin sona ermesinden 300 gün geçtikten sonra doğan; fakat ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatlanması sonucu babalık karinesinden yararlanan çocuk ile ana babası sonradan evlenen çocuk da aile soyadını taşıyacaktır.

TMK m. 321'de daha önce “*Çocuk ana ve baba evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekarlık soyadını taşır.*” şeklinde bir ifade yer almaktaydı ve hükmün gerekçesinde ana ve babası evli olmayan çocuğun babası ile arasında tanıma ya da babalık hükmü sonucu soybağı kurulmuş olsa bile yine anasının soyadını taşıyacağı ifade edilmekteydi. Ancak Anayasa Mahkemesi, 02.07.2009 tarih 2005/114 Esas ve 2009/105 Karar sayılı kararı ile TMK m. 321'de yer alan “... evli değilse ananın” ibaresini Anayasa'nın 10, 11 ve 41.maddelerine aykırı olması sebebiyle iptal etmiş ve iptal edilen ibarenin doğuracağı boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden iptal hükmünün Resmi Gazete'de yayımlandığı 07.10.2009 tarihinden başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.<sup>[16]</sup> Anayasa Mahkemesinin

[14] **Yılmaz**, s. 132.; **Abik**, s. 55.; **Kayıhan / Ünlütepe**, s. 230.

[15] **Abik**, s. 55.; **Dural** Mustafa / **Öğüz** Tufan, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 17. Baskı, İstanbul 2016, s. 169.

[16] **Yılmaz**, s. 133-134.; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 108.; **Dural / Öğüz**, s. 170.



iptal kararından sonra çocuğun ana babasının evli olmaması hali için soyadı, diğer kanunların düzenlenmesine ve Medeni Kanun'daki babalığa ilişkin genel hükümlere bırakılmıştır. Nüfus Hizmetleri Kanunu ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin Yönetmelikte tanıma ya da babalık davası sonucu babalığa hüküm verilmesi halinde babanın soyadının alınmasına imkan sağlayan düzenleme ile birlikte eğer bu durumlardan biri yoksa ananın soyadının alınacağına dair düzenleme bulunmaktadır (NHK m. 28; Yön. m. 23, 103 ve 109). Ancak nihayetinde hakları belirleyen kanunun TMK olması gerekliliğinden dolayı iptal kararının içeriğine uygun bir düzenlemenin TMK'da yapılması ihtiyacı vardır.<sup>[17]</sup>

## 2. Evlat Edinme Yoluyla Kazanma

TMK m. 314/III'te soyadının evlat edinme yoluyla kazanılması düzenlenmiş olup hükme göre, “*Evlatlık küçük ise evlat edinenin soyadını alır. Evlat edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir. Ergin olan evlatlık, evlat edinilme sırasında dilerse evlat edinenin soyadını alabilir.*”<sup>[18]</sup> Dolayısıyla, eğer evlatlık küçük ise evlat edinenin soyadını alır; fakat ergin ise kendisine bir seçim hakkı tanınır; ergin olan evlatlık, evlat edinme sırasında evlat edinenin soyadını kendiliğinden kazanamaz.<sup>[19]</sup> Evlat edinenin soyadını almak istediği evlat edinilme sırasında bildirilmemiş ise ergin olan evlatlık, asıl ailesinin soyadını taşımaya devam eder. Bununla birlikte ergin olan evlatlık, evlat edinme sırasında kendi soyadını kullanmayı tercih etmişse, sonradan evlat edinenin soyadını taşımak istese dahi bu mümkün olmayacaktır.<sup>[20]</sup>

Nüfus Kanunu'nun 29. maddesine göre, “... *evlat edinilen evli bir erkek ise evlat edinenin hanesine karı ve çocukları ile birlikte aktarma suretiyle yazılır ve evlat edinenin soyadını alırlar. Evlat edinilen evli kadın ise evlat edinme evlat edinen ve evlatlığın künyelerine işaret edilerek kadın kocası hanesinde kocası soyadı ile kalır.*”. Evlat edinilen kadın eşinden boşanır ise, bu halde evlat edinenin soyadını alır.<sup>[21]</sup>

[17] Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 108-109.

[18] Yılmaz, s. 137.; Ayan M. / Ayan N., s. 145.

[19] Yılmaz, s. 137.; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 112.; Abik, s. 60.

[20] Yılmaz, s. 137.; Abik, s. 61.

[21] Yılmaz, s. 137.; Abik, s. 62.

Evlat edinme ilişkisi sona ererse evlatlık eski soyadına döner. Ancak unutulmamalıdır ki evlat edinenin ölümü evlatlık ilişkisini sona erdirmediğinden bu durumda evlatlık, evlat edinenin soyadını taşımaya devam eder.<sup>[22]</sup>

### 3. İdari Kararla Kazanma

Soyadı Kanunu'nun 7. maddesinde soyadı olmayanlara Soyadı Kanunu'nun Resmi Gazete'de yayımlandığı 02.07.1934 tarihinden itibaren 2 yıl içinde bir soyadı seçmeleri için süre verilmiş ve Kanun'un 8. maddesinde kendiliğinden bir soyadı seçmeyenler ile ana babası belli olmayanlara soyadı verme yetkisinin o yerin en büyük mülki amirine ait olduğu ifade edilmiştir.<sup>[23]</sup>

Nüfus Hiz. Kanunu'nun 19. maddesinin III. fıkrasında ise ana babası belli olmayan bulunmuş ve zihinsel özürlü çocukların soyadını nüfus memurunun koyacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece iki kanunda farklı kurumlara yetki verilmiştir. Türk vatandaşlığına geçişte ise Türk adı alınması zorunluluğu olmadığından Türk vatandaşlığı verilmesine ilişkin kararlarda öz ad ve soyadı değişikliği yapılmaması gerekir.<sup>[24]</sup>

### 4. Mahkeme Kararıyla Kazanma

Soyadı kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olduğundan ad ve soyadın değişmezliği kuralı çağdaş hukuk sistemlerinde temel bir ilkedir ve bu sebeple rastgele isim değişikliği yapılmasına izin verilmemiştir. Ad ve soyadın değişmezliği ilkesine kanun koyucu tarafından TMK m. 27'de istisna getirilmiştir.<sup>[25]</sup> TMK m. 27/1'e göre, "*Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hakimden istenebilir*". Haklı sebeplerin neler olduğu, somut olayın özellikleri dikkate alınarak (adın birçok kişi tarafından alınmış olup da karışıklığa neden olması, anlaşılmasının ve telaffuzunun güç olması, gülünç ya da küçük düşürücü olması gibi) hakim tarafından belirlenecektir.<sup>[26]</sup> Nüfus Kanunu m. 46/III'te de benzer olarak "*... Ad ve soyadının değiştirilmesi, din değiştirme suretiyle de olsa mahkeme kararı ile yapılır...soyadlarını değiştirenlerin yalnız eşiyile reşit*

[22] Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 112.; Dural / Ögüz, s. 172.

[23] Yılmaz, s. 136.; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 112.

[24] Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 112.

[25] Yılmaz, s. 136.; Abik, s. 62.

[26] Yılmaz, s. 136.; Abik, s. 62.; İnal Nihat, Ad Yaş Kişilik Cinsiyet Dernek Vakıf Davaları, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 195.

*olmayan çocuklarının soyadları birlikte değiştirilir” şeklinde bir hüküm yer almaktadır.*<sup>[27]</sup>

Soyadı Kanunu'nun 3. maddesine göre, rütbe ve memuriyet, aşiret, yabancılık, ırk ve millet isimleriyle genel ahlaka uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan kelimeler soyadı olarak kullanılamayacağından bu hükme aykırı olan soyadlarının değiştirilmesi talepleri haklı sebep olarak kabul edilmelidir.<sup>[28]</sup>

### 5. Seçme Yoluyla Kazanma

02.01.1935 tarihinde yürürlüğe giren Soyadı Kanunu her Türk için soyadı taşıma zorunluluğunu getirince iki yıl içinde soyadı seçme imkanı tanımıştır ve daha önce bir aile adı bulunmayanlar veya böyle bir aile adı bulunsa bile bunu soyadı olarak bildirmek istemeyenler soyadlarını serbestçe seçerek kazanmışlardır.<sup>[29]</sup>

Soyadı Kanunu'nun 4. maddesine göre, “*Soyadı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir. Koca ölmüş ve karısı evlenmemiş olursa veyahut koca akıl hastalığı ve akıl zayıflığı sebebiyle vesayet altında bulunuyor ve evlilik de devam ediyorsa bu hak ve vazife karındır. Kocanın vefatıyla karı evlenmiş veya koca evvelki fıkra da zikredilen sebeplerle vesayet altına alınmış ve evlilik de zeval bulmuş ise bu hak ve vazife çocuğun baba cihetinden olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yok ise vasiye aittir.*” Kanunun 5. maddesine göre ise, “*Mümeyyiz olan reşit soyadını seçmekte serbesttir. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı dolayısıyla vesayet altına alınmış olan reşidin adını babası, yok ise anası, bu da yok ise vasisi seçer.*” Kanunun yürürlüğe girdiği zamanda herkesin bir soyadı taşıma mecburiyeti ilkesinin yerine getirilebilmesi için söz konusu hükümler sevk edilmiş olmakla birlikte bu iki hükmün günümüzde uygulanabilirliği bulunmamaktadır.<sup>[30]</sup>

[27] Abik, s. 62.

[28] Yılmaz, s. 136.

[29] Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 112.; Yılmaz, s. 135.

[30] Yılmaz, s. 135-136.

## 6. Evlenme Yoluyla Kazanma

Evlenmede kural, kadının kocasının soyadını almasıdır; fakat kadın evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir (TMK m.187).<sup>[31]</sup> Evli kadının soyadı aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceğinden burada yalnızca kanuni düzenlemeye değinilmekte yetinilmiştir.

## II. EVLİ KADININ SOYADI

### A. İç Hukukta Evli Kadının Soyadı

#### 1. 743 Sayılı Medeni Kanunda Evli Kadının Soyadı

743 Sayılı Medeni Kanun'da evlenme ile soyadının kazanılması, yani evli kadının soyadı, 153. maddede düzenlenmiş olup maddenin 1997 yılında yapılan değişiklikten önceki ilk halinde, kadının evlenmekle kocasının aile adını (soyadını) taşıyacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm emredici nitelikte olup kadın açısından kocanın soyadını taşımak hem bir yükümlülük hem de bir haktır. Diğer bir ifadeyle, koca tarafından kadının kendi soyadını taşıması hiçbir şekilde engellenemeyecektir.<sup>[32]</sup>

Kanun koyucu tarafından 1997 yılında 4248 sayılı yasa ile 743 sayılı Medeni Kanun'un 153. maddesinde değişiklik yapılmıştır ve 153. maddenin değişik birinci fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*" Yapılan bu değişiklikte kadının evlenme ile kocasının soyadını taşıma yükümlülüğü devam etmekle birlikte evlenen kadına kocasının soyadı önünde evlenmeden önceki soyadını kullanabilme hakkı getirilmiştir.<sup>[33]</sup> Kanun koyucu, madde metninde "önceki soyadı" ibaresine yer vermiş; "bekarlık soyadı"ndan bahsetmemiştir. Bu sebeple kadının önceki soyadı boşandığı kocasının soyadı ise, kadın bu soyadını yeni

[31] Ayan M. / Ayan N., s. 143.; Kayıhan / Ünlütepe, s. 230.

[32] Yılmaz, s. 138.; Abik, s. 77.

[33] Yılmaz, s. 138-139.; Abik, s. 79.; Moroğlu, *Kadının Kimlik Sorunu 'Kadının Soyadı'*, s. 255.

kocasının soyadı ile birlikte taşıyabilecektir.<sup>[34]</sup> O halde, önceki soyadından bahsedildiğine göre, kadın evlenme sırasında hangi soyadını taşıyor ise onu kullanacak; bu, babasının ya da evlat edinenin soyadı, dul ise ilk kocasının soyadı ya da eski MK m. 141'deki hükümden yararlanarak kullandığı boşandıktan kocasının soyadı ise bu soyadı olabilecektir.<sup>[35]</sup> Kanun koyucu tarafından sonradan nüfus idaresine yapılacak yazılı başvuru içinse herhangi bir süre öngörülmediğinden bu başvuru her zaman yapılabilecektir.<sup>[36]</sup>

Boşanma durumunda ise boşanan kadın kural olarak kocasının soyadını kullanamayacaktır. Eski yasada kadının bu durumda “bekarlık soyadını” alacağı düzenlenmiştir. Yani boşanan kadın mutlaka bekarlık soyadına dönmek zorunda kalacaktır. Dul bir kadın evlenmiş ve boşanmış ise dulluk soyadını değil ancak bekarlık soyadını alabilecektir. Boşanan kadın kural olarak kocasının soyadını kullanamayacaktır; fakat kocasının soyadını kullanmakta yararı olduğunu ve bunun kocaya zarar vermeyeceğini kanıtladığı takdirde mahkeme kararıyla bu soyadını kullanmaya devam edebilecektir. Kadının bu hakkı süresiz olarak öngörülmemiş; koşulların değişmesi halinde kocaya, bu iznin kaldırılmasını isteyebilme yetkisi verilmiştir.<sup>[37]</sup>

## 2. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Evli Kadının Soyadı

743 sayılı EMK'nın yürürlükten kaldırılması çalışmaları sırasında özellikle kadın-erkek eşitliğini ihlal eden birçok hükümden ileri adımlar atılmasına rağmen kadınlar açısından ciddi bir problem arz eden soyadı sorunu konusunda, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK'da istenen çözüme yine kavuşulamamıştır. Kanunun genel gerekçesinde “... *Değişikliklerin önemli ve oldukça büyük bir kısmı, aile hukuku alanında ve özellikle kadın-erkek eşitliğini zedelediği iddia edilen hükümlerde yapılmış, böylece bütün modern hukuk sistemlerinde benimsenmiş olan ve yürürlükteki kanunda da büyük ölçüde yer verilmiş bulunan eşitlik ilkesi*” yeni düzenlemeyle daha da pekiştirilmiş, bu ilkeye ters düşen düzenlemelerin

[34] **Yılmaz**, s. 139.; **Abik**, s. 80.; **Özcan** Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara 2015, s. 210.

[35] **Abik**, s. 80.

[36] **Abik**, s. 79.; **Yılmaz**, s. 139.

[37] **Kılıçoğlu** Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2015, s. 158-159.; **Kılıçoğlu Yılmaz** Kumru, “*Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2014, s. 584.

*hepsi değiştirilmiştir.*" ifadelerine yer verilmiştir. Gelgelelim TMK m.187 hükmüne bakıldığında, bu gerekçenin doğruluğu şüphe uyandırmaktadır.<sup>[38]</sup>

TMK m.187 emredici nitelikte bir düzenleme olup maddeye göre, "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*" Evlilik birliğinde kocanın soyadı aynı zamanda "aile soyadı" olarak kabul edilmektedir ve karı ve koca evlendikten sonra kadın, kocanın soyadını evlilik soyadı olarak kullanmakla hem yükümlüdür hem de kullanma hakkına sahiptir.<sup>[39]</sup>

Kocasının soyadının önünde önceki soyadını kullanma hakkı, sadece kadına ait bir seçimlik hak olup kadın, evlendirme memuruna ya da evlilik sürdüğü müddetçe daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile "önceki soyadı" nı da kullanabilir.<sup>[40]</sup> TMK m.187'de önceki soyadından bahsedildiğine göre, kadın evlenme sırasında hangi soyadını taşıyor ise onu kullanacak; bu, babasının ya da evlat edinenin soyadı, dul ise ilk kocasının soyadı ya da TMK m.173/II'deki hükümden yararlanarak kullandığı boşandığı kocasının soyadı ise bu soyadı olabilecektir. Fakat bu son halde, kadının eski kocası m.173/III'e göre şartların değiştiğini ileri sürerek, kadının onun soyadını taşımasını engelleyebilir. Evlenmeden önce iki soyadı taşıyan kadın, ancak bunlardan birini seçerek kocasının soyadı ile birlikte kullanma hakkına sahiptir.<sup>[41]</sup>

TMK m.173'te ise boşanan kadının kişisel durumu düzenlenmiştir. Buna göre, "*Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiye hakimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.*

*Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hakim, kocasının soyadını taşımasına izin verir.*

[38] Kılıçoğlu Yılmaz, s. 584.

[39] Dural Mustafa / Öğüz Tufan / Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 58.

[40] Dural / Öğüz / Gümüş, s. 58.; Abik, s. 91.

[41] Abik, s. 92.

*Koca, koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.”* Görüldüğü üzere, boşanan kadın, kural olarak artık eski kocasının soyadını taşıyamaz; evlenmeden önceki soyadına dönmek zorundadır. Bu soyadı, kadının bekarlık ya da dulluk soyadı olacaktır; ancak kadın evlenmeden önce dul idiyse hakimden dulluk soyadı yerine bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilecektir.<sup>[42]</sup>

TMK m.173, boşanan kadının belirli koşullar altında kocasının soyadını kullanmasına izin verilmesini mahkemeden talep etmesine olanak tanımış ve kadının böyle bir talepte bulunmasını “bu soyadını kullanmakta menfaati bulunması” ve “bunun kocaya bir zarar vermemesi” koşullarına bağlamıştır. Kadının, kocasının soyadını boşandıktan sonra da taşımasına izin verilmesi durumunda kocaya da şartların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteme hakkı tanınmıştır. Koca tarafından iznin kaldırılması için açılan davada kadının o soyadını kullanmakta artık menfaatinin kalmadığının (kadının iş hayatından çekilmesi gibi) ispatlanması gerekir.<sup>[43]</sup> Kocanın soyadını kullanmaya izin verilmesi davası ile kocanın soyadını kullanma iznini kaldırma davalarında görevli mahkeme ise aile mahkemesidir.<sup>[44]</sup>

TMK m.173'teki sorun boşanan kadınlarla; TMK m.187'deki sorun ise evlenen kadınların soyadı ile ilgilidir. Yıllarca kendi soyadı ile tanınmış, çevre edinmiş, şöhret olmuş kadın, evlenmekle kocasının soyadını almak zorunda kalmakta ve resmi ya da özel kayıtlara kocasına ait soyadını bildirme zorunluluğu altında bırakılmaktadır.<sup>[45]</sup> TMK'daki her iki maddede de kadınlara karşı ayrımcılık sürmektedir. Özellikle, 187. madde gereğince evlendiğinde kocasının soyadını almak zorunda bırakılan kadının boşandığında bu defa 173. madde gereğince kocasının soyadını bırakarak evlenmeden önceki soyadını yeniden almasının öngörülmesi hakkaniyete aykırılık teşkil etmektedir. Kadının kocasının soyadını kullanmakta yararının olduğunu ispatlayamaması ya da izin verilse bile her zaman kocanın iznin

[42] Dural / Öğüz / Gümüş, s. 137.

[43] Kılıçoğlu Yılmaz, s. 590-591.; Dural / Öğüz / Gümüş, s. 137.

[44] Gençcan Ömer Uğur, Aile Mahkemesi Davaları, Yetkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 407. Konu ile ilgili Yargıtay Kararları için bkz: Gençcan, s. 409 vd.

[45] Kılıçoğlu, s. 219.

kaldırılmasını talep edebilmesi karşısında kadın yeniden soyadı değiştirmek zorunda kalacaktır.<sup>[46]</sup>

## B. Yabancı Hukuklarda Evli Kadının Soyadı

### 1. Fransız Hukukundaki Durum

2013-404 numaralı 17 Mayıs 2013 tarihli Kanun ile Fransa'da aynı cinsten kimselerin evlenmesi yasallaşmış ve bu önemli yenilik dışında aile adı ile ilgili önemli düzenlemeler de getirilmiştir. Kadın, kocasının soyadını taşıyıp taşıyamama konusunda özgürdür ve evlenme sonrası her eş, diğer eşin soyadını taşıyıp taşıyamama konusunda özgürdür. Yani, diğer eşin soyadını kullanma bir seçimlik haktır; bir zorunluluk değildir. Bununla birlikte, eş bu iradesini dışı vurduğu andan itibaren kullanmayı kabul ettiği diğer eşin soyadı kimlik belgelerinde yer almak zorundadır. Kadın ya da erkek eş kullanmak üzere soyadı olarak diğer eşin soyadı seçebileceği gibi çift soyadı da seçebilir. Bu halde, kullanılacak soyadı kendi soyadı ile eşinin soyadının birleşmesinden meydana gelir ve hangisinin önde hangisinin sonda yer alacağına kullanacak olan eş karar verir; kullanmak üzere seçilen soyadı kimlik belgelerinde aile soyadından sonra yer alır.<sup>[47]</sup>

2004-439 numaralı 26 Mayıs 2004 tarihli Kanunla boşanmanın sonuçları yeniden düzenlenmiş ve boşanma sonrasında eşlerin diğer eşin soyadını kaybedeceği öngörülmüştür. Boşanan kadın, bu durumda eşinin soyadını kullanamaz; ancak çocukları ya da kendisi için o soyadını kullanmakta yararı olduğunu ispatlayabilirse hakimin izni ve boşandığı kocasının rızasıyla soyadını kullanmaya devam edebilir.<sup>[48]</sup>

### 2. Alman Hukukundaki Durum

BGB 1355/I uyarınca, bir aile adı belirlenerek bu adın kullanılmasına karar verilmişse aile adının nasıl belirleneceği BGB 1355/II'de gösterilmiştir. BGB 1355/II'de aile adının belirlenmesi amacıyla iki seçim olanağı tanınmıştır:

- 
- [46] **Moroğlu**, *Kadının Kimlik Sorunu 'Kadının Soyadı'*, s. 256-257.; **Moroğlu** Nazan, "Medeni Yasaya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri", İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 5, 2005, s. 1502.
- [47] **Helvacı** Serap / **Kocabaş** Gediz, "Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı", MÜHFHAD Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan Özel Sayı Cilt 21, Sayı: 2, 2015, s. 618.
- [48] **Helvacı** / **Kocabaş**, s. 618-619.



Eşlerden birinin doğum yoluyla elde ettiği soyadı ya da nüfus idaresine yapılacak beyan sırasında sahip olunan güncel soyadından birinin seçilerek aile adı olarak kullanılması mümkündür. Bunun haricinde kadın ve erkeğin soyadlarının bir bölümünün ya da tamamının birleştirilmesi yoluyla yeni bir aile adı oluşturulamaz. Diğer eşin soyadını aile adı olarak kabul eden eş, bundan böyle aile adına sahip olmakla birlikte kendi soyadını da aile adının önüne ya da sonuna ekleyerek kullanma hakkına sahiptir (BGB 1355/IV); bu “ekleme” hakkının kullanılabilmesi için aile adının belirlenmiş olması gerekir.<sup>[49]</sup> 1994 yılında yürürlüğe giren aile adına ilişkin yasaya göre, eşler ortak bir aile adı seçmemişlerse, eşlerden her biri evlenmeye rağmen kendi soyadını korumaya devam eder. Evliliğin ölüm ya da boşanma gibi bir sebeple sona ermesi durumunda, eşler bir aile adı seçmişlerse sağ kalan veya boşanan eş, evlenme yoluyla sahip olduğu aile adını korur; fakat aile adını kullanma hakkına sahip olan taraf doğum yoluyla kazandığı soyadına ya da aile adını almadan önceki soyadına dönmek isterse bu arzusunu nüfus idaresine beyan edebilir.<sup>[50]</sup> Bununla birlikte, aile adının da korunması isteniyorsa doğum yoluyla kazandığı soyadının ya da aile adının belirlenmesi sırasında sahip olunan soyadının, aile adının önüne ya da arkasına eklenerek kullanılması da mümkündür.<sup>[51]</sup>

Aile adının bulunması durumunda ortak çocukların da bu aile adına tabi olacağı hususu tartışmadan uzaktır; eşlerin kendi soyadlarını koruması durumunda ortak çocukların hangi soyadını alacağı meselesi de kanun koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmuştur: Ana ve baba velayet hakkına birlikte sahip olup farklı soyadları kullanmaktaysa, çocuğun soyadı ana ve baba tarafından, ana ve babanın soyadlarından birinin seçilerek nüfus idaresine beyan edilmesi ile belirlenir. Ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olmadığı durumlarda ise çocuk, kimin velayeti altındaysa doğum anında onun sahip olduğu soyadını alır (BGB 1617).<sup>[52]</sup>

[49] Helvacı / Kocabaş, s. 622-624.

[50] Moroğlu, *Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’*, s. 253.; Moroğlu, *Medeni Yasa’ya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri*, s. 1499.; Helvacı / Kocabaş, s. 625-626.

[51] Helvacı / Kocabaş, s. 626.

[52] Helvacı / Kocabaş, s. 625-626. Alman hukukunda evli kadının ve çocuğun soyadı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Abik, s. 167 vd.

### 3. İsviçre Hukukundaki Durum

İsviçre Hukukunda kadınları evlenmekle birlikte soyadı konusunda çektikleri sıkıntılardan kurtarmak amacıyla 30 Eylül 2011 tarihinde bir revizyon gerçekleştirilmiş ve yeni düzenlemeler 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemelere göre, evlenmeye rağmen eşler kendi soyadlarını korurlar, taşımaya devam ederler. Eşler, nüfus memurluğuna, erkeğin ya da kadının soyadını ailenin ortak soyadı (aile adı) olarak kullanmak istediklerini beyan edebilirler. Eşler, kendi soyadlarını korumaları durumunda çocuklarının hangi soyadını taşıyacağına karar verirler; haklı sebeplerin varlığı halinde, nüfus memurluğu eşleri bu yükümlülükten kurtarabilir (ZGB Art. 160). Ayrıca ZGB Art. 119'da, evlenmekle soyadını değiştiren eşin boşanmadan sonra bunu korumaya devam edeceği; ancak dilerse nüfus memurluğuna başvurmak suretiyle bekarlık soyadını alabileceği de hüküm altına alınmıştır.<sup>[53]</sup>

### 4. İspanya Hukukundaki Durum

İspanya Hukukunda evlilikte eşlerin soyadı, kanunla düzenlenmemiştir. Her iki eş de kendi soyadlarını kullanmayı sürdürebilecekleri gibi ortak bir soyadı da kararlaştırabilirler. Ayrıca kadının, kendi soyadına kocasının soyadını ekleme hakkı da bulunmaktadır.

Çocuklar ise anne ve babanın soyadından oluşan ikili bir soyadı alırlar ve ilk soyadı, babanın soyadı olur. Çocukların kendi çocuklarına geçirecekleri soyadı ise taşıdıkları ilk soyadıdır. Çocuk reşit olduktan sonra soyadlarının sırasını değiştirme hakkına da sahiptir.<sup>[54]</sup>

## C. Yargı Kararlarında Evli Kadının Soyadı

### 1. Anayasa Mahkemesi Kararları

a) Kadın erkek eşitliği açısından “*kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*” kuralı, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle hem 1926 tarihli Medeni Kanun hem de 2001 tarihli Medeni Kanun açısından Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş ve iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, kadının soyadına ilişkin 20 Eylül 1998 tarih ve 61/59 sayılı kararıyla Medeni

[53] **Kılıçoğlu**, s. 159-160. İsviçre hukukunda evli kadının soyadı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: **Abik**, s. 144 vd.; **Helvacı / Kocabaş**, s. 626-633.

[54] **Abik**, s. 200.

Kanun'un "kadın evlenmekle kocasının soyadını alır" maddesinin iptal istemini "bu durum eşitliğe aykırı değildir" diye reddetmiştir ve ret kararının gerekçesi 15.11.2002 tarihinde yayımlanmıştır. Ret gerekçesinde: "... İtiraz konusu kural kimi sosyal gerçeklerin zorunluluklarından ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklanmaktadır. Aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği devam etmiş olacaktır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki itiraz konusu kuralda aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmeyp, kadın başvurduğunda kocanın soyadıyla birlikte önceki soyadını da kullanma olanağı vardır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yersizdir. Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konularındaki özellikler kimi kişiler için değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi, bu haklı nedenler karşısında eşitliğe aykırılık oluşturmaz..." denilmektedir. Dikkate değer olan bir diğer husus, Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında "modern aile hukukunun dayanağı olan eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesi ve Anayasanın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı" gerekçesine açıkça yer verdiği halde kadının soyadı konusunda bu görüşünden ayrılmış olmasıdır. Mahkemenin, "Kadının Soyadı" kuralına ilişkin iptal isteminin reddi kararına muhalif kalan başkan Mustafa Bumin, üyeler Fulya Kantarcıoğlu ile Yalçın Acargün, Türkiye'nin 1985 yılında onayladığı Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nin "farklı cinslerin eşit haklara sahip olması" ilkesinin esas alınması gerektiğine işaret etmişlerdir.<sup>[55]</sup>

**b)** Anayasa Mahkemesi, 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemiyle yapılan itiraz hakkında 10.3.2011 tarihinde 2009/85 E.- 2011/49 K. sayılı kararı ile oy çokluğuyla itirazın reddine karar vermiştir.

[55] **Moroğlu**, *Kadının Kimlik Sorunu 'Kadının Soyadı'*, s. 258-259.; **Moroğlu**, *Medeni Yasaya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri*, s. 1506.; **Altunel**, s. 182.

Ret kararının gerekçesinde özetle: “... İtiraz konusu “Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere; nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır. ... İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır. Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasa koyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa’ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır. ... Yasa koyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır” denilmiş; ayrıca TMK’nın 187. maddesinin Anayasanın 90. maddesiyle ilgisinin olmadığı da belirtilmiştir. Karara muhalif üyelerin karşı oy yazılarında, kadının kimlik sorunu, kadın erkek eşitliği ile Anayasa ve uluslararası sözleşmeler karşısında, 187. maddenin iptal edilmesi gerektiği konusunda haklı gerekçeler ileri sürülmüştür.<sup>[56]</sup>

c) Anayasa Mahkemesi, 2013/2187 başvuru numaralı ve 19.12.2013 tarihli 2013/187 sayılı (07.01.2014 tarih ve 28875 sayılı RG), TMK m.187’nin iptali sonucunu doğurmayan bireysel başvuru kararında TMK m.187 hükmünün Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin

[56] Altunel, s. 183-184.; Moroğlu, Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’, s. 259-260. Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz: Çakırca Seda İrem, “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, İÜHF M C. LXX, Sayı: 2, 2012, s. 149 vd.

manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine, davacının kocasının soyadını kullanmak zorunda olmadığına hükmetmiştir.<sup>[57]</sup> Mahkemenin kararına daha ayrıntılı bakıldığında, 21.03.2013 tarihinde yapılan bireysel başvuruda TMK m.187'ye dayanılarak yapılan uygulama ile Anayasa'nın 2,10, 12, 17, 20, 41 ve 90. maddeleri ile tanımlanan hakların ihlal edildiğinin ileri sürülmüş olduğu görülmektedir. Mahkeme, TMK 187. maddesinin AİHS'nin 8. maddesine (özel hayata ve aile hayatına saygı) ve 14. maddesine (cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı) aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca Türkiye, cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın engellenmesiyle ilgili hususlarla alakalı uluslararası sözleşmeleri imzalamıştır. Anayasa Mahkemesi verdiği kararda, Anayasa'nın 17. maddesini göz önünde tutarak uyuşmazlığı karara bağlayan mahkemelerin AİHM ve diğer Uluslararası İnsan Hakları Anlaşmaları ile çatışan TMK m.187 hükümünü kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyuşmazlık açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>[58]</sup>

## 2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

### a) Ünal Tekeli Türkiye davası (AİHM 4. Dairesi, Başvuru no: 29865/96, 16 Kasım 2004 tarihli)

Başvurucu, Türk yasaları tarafından erkeklerin kendi soyadlarını kullanmasına izin verilmesine karşın; kadının evlendikten sonra kızkılık soyadını kullanmasına izin verilmemesinin cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu ileri sürmüştür ve AİHM, AİHS'nin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesinin isimlere dair net bir hüküm getirmediğini; ancak yine de bir kimlik belirleme ve aile bağı aracı olarak insanın isminin özel ve aile yaşamını etkilediği; dolayısıyla şikâyet konusunun Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yer aldığını belirtmiştir. AİHM, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde, eşlerin "aile adı" seçiminde eşit haklara sahip olduklarını; Türkiye'nin evlenen kadının otomatik olarak soyadını değiştirmesini yasalarla öngören tek ülke olduğunu; evlenince soyadını değiştirmek istemeyen

[57] **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 159.; **Kılıçoğlu**, s. 219. Aynı yönde AYM 2013/4439 başvuru no'lu 06.03.2014 tarihli bireysel başvuru kararı (25.04.2014 tarih ve 28982 sayılı RG); AYM 2014/5836 başvuru no'lu 16.04.2015 tarihli bireysel başvuru kararı (11.07.2015 tarih ve 29413 sayılı RG).

[58] **Öztaş**, *Aile Hukuku*, s. 211-212.

kadınların çıkarlarının dikkate alınmamış olduğunu belirtmiş; Türkiye’de Kasım 2001’de yapılan Medeni Kanun değişikliğinin amacı ailede eşleri eşit haklara sahip konuma getirmek olduğu halde, evlendikten sonraki aile adına yönelik, kadınları kocalarının soyadlarını almaya zorlayan kuralların değiştirilmemesinin hiçbir haklı gerekçesi olamayacağını ileri sürmüştür. AİHM, söz konusu farklı muamelenin başvuranın talebi doğrultusunda 14. maddeyle birlikte düşünüldüğünde Sözleşme’nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>[59]</sup> AİHS 14. madde: “*Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımında hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.*” şeklindedir.

**b) Leventoğlu Abdulkadiroğlu Türkiye davası (AİHM 2. Dairesi, Başvuru no: 7971/07, 28 Mayıs 2013 tarihli)**

Başvurucu, ulusal mahkemelerin kendi kızlık soyadını kullanmasına izin vermeyi reddetmesinin Sözleşme’nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkına haksız bir müdahale oluşturduğunu iddia etmiş; Türk Hukukunun evli erkeklerin kendi soyadını taşımasına izin verirken, evli kadınlara bu hakkı vermemesinin cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğunu ve Sözleşme’nin 14. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. AİHM, “Ünal – Tekeli Türkiye Davası” na da atıf yapmak suretiyle; benzer durumda bulunan kişiler (evli erkek ve evli kadın) arasında cinsiyete dayalı muamele farklılığı olduğu için Sözleşme’nin 14. maddesinin 8. madde ile birlikte ihlalinin söz konusu olduğuna karar vermiştir.

**c) Tanbay Tüten Türkiye davası (AİHM 2. Dairesi, Başvuru no: 38249/09, 10 Aralık 2013 tarihli)**

Bu davada da aynı şekilde başvuru konularının benzerliğinden ötürü “Ünal – Tekeli Türkiye Davası” na atıf yapan AİHM, Sözleşme’nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>[60]</sup>

[59] Altunel, s. 185.; Moroğlu, *Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’*, s. 264-266.

[60] Altunel, s. 186.

### 3. Yargıtay Kararları

#### a) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin 8.06.2012 tarihli Kararı (2011/7737 E.-2012/16695 K.)

Yargıtay'ın bu kararında, evli kadının, kocasının soyadını taşımak zorunda olduğu; yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanmasının yasal olarak mümkün olmadığı ifade edilmiştir.<sup>[61]</sup>

[61] **Altunel**, s. 184. Kararda bu durum, "...Mahkemece verilen karar, evli kadının soyadında değişikliğe ilişkindir. Evli kadının soyadı, kocasına bağlı olarak değişebilir. Kocasının soyadında bir değişiklik olmadıkça evlenen kadın kocasının soyadını taşımak zorundadır. Yasal düzenleme böyledir (TMK madde 187). Evlilik boşanma veya iptal kararıyla sona ermedikçe evli kadının yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanması yasal olarak mümkün bulunmamaktadır. Anayasanın 10 uncu maddesinde 5170 sayılı Kanunla ve 41 inci maddesinde 4709 sayılı Yasa'yla yapılan değişikliklere rağmen Anayasa Mahkemesi, Türk Medeni Kanununun 187 nci maddesinde yer alan düzenlemeyi Anayasaya aykırı görmemiş, bu hükmün iptali için yapılan itiraz başvurusunu 10.03.2011 tarihli 2009/85 esas, 2011/49 karar sayılı kararıyla reddetmiştir (21.10.2011 tarihli 28091 sayılı Resmi Gazete). Anayasa Mahkemesi kararları, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar (Anayasa madde 153/son). Yasa hükmü yürürlükte bulunduğu mahkemenin yasal düzenlemeye aykırı düşecek şekilde karar tesis etmesi olanağı yoktur. Anayasanın 90 ıncı maddesine 5170 sayılı Kanunla ilave edilen, milletlerarası anlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkin düzenleme "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hüküm içermesi" hali için geçerlidir. Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin başta İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer sözleşmelerde, evli kadının "evlenmeden önceki soyadını muhafaza edeceğine" ilişkin açık bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile "aynı konuda farklı hüküm" söz konusu değildir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi "Tekeli-Türkiye" kararında kişinin soyadını, özel hayatın kapsamında kabul etmiş, Türk Medeni Kanununun 187 nci maddesindeki düzenlemenin "evli kadına kocasının soyadını taşımayı dayattığını, bunun da soyadını seçme ve evlenmeden önceki soyadını muhafaza etme hakkını ortadan kaldırdığını" belirterek, yasal düzenlemenin Sözleşmenin 8 inci maddesinde düzenlenen "özel hayata" müdahale oluşturduğunu kabul ederek ihlal kararı vermiştir. Burada ihlale yol açan, ulusal mahkemelerin uygulaması veya yasa hükmünü yorum tarzı değil; yasal düzenlemenin bizatihi kendisidir. Bu düzenleme değiştirilmedikçe mahkemeler yasaya uygun karar vermekle yükümlüdür..." şeklinde açıklanmıştır. (Altunel, s. 184.) Aynı yönde karar için bkz: Y. 2HD'nin 14.07.2009 tarih, 2008/9258 E.- 2009/14043 K. sayılı kararı.

**b) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin 28.04.2015 tarihli Kararı (2014/20471 E.- 2015/8704 K.)**

2015 yılında verilen bu kararda Y.2HD., “mesleki ve sosyal yaşam ortamında tanınabilirliği” ve “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin tanıdığı AİHS, CEDAW, bunlara bağlı protokol ve tavsiye kararları hükümleri ile evlendikten sonra önceki soyadını kullanma hakkının korunması” gerekçelerine dayalı olarak kadının evlilik birliği devam ederken bekarlık soyadını kullanabilmesini kabul etmiştir.<sup>[62]</sup>

**c) Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.09.2015 tarihli Kararı (2014/2-889 E.- 2015/2011 K.)**

YHGK, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun’un 187. maddesinin karara esas alınmayarak, kızlık soyadının kullanılması talebinin AİHS’nin 8. ve Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında bir insan hakkı olarak kabul edilip cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanması gerektiğinden kızlık soyadını kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmadığının kabulüne hükmetmiştir.<sup>[63]</sup>

[62] **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 159. Kararın tam metni için bkz: [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

[63] [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com). YHGK’nun kararı, “*Dava, evlilik soyadının iptali ile evlilik birliği içinde kızlık soyadının kullanılması istemine ilişkindir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi Medeni Kanun’un 187. Maddesini Anayasa’ya aykırı bulmamışsa da usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarda yer alan düzenlemeler kanun hükmünde olup hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde antlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarına göre, kişinin soyadı özel hayat kapsamında değerlendirilmiş ve evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğu özel hayata bir müdahale olarak kabul edilerek Medeni Kanun’un konuya ilişkin düzenlemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulunmuştur. Buna göre, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun’un 187. maddesi karara esas alınmayarak, kızlık soyadının kullanılması talebi AİHS’nin 8. ve Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında bir insan hakkı olarak kabul edilip cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanması gerektiğinden kızlık soyadını kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmadığının kabulü ile davacının isteminin kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararının onanması gerekmiştir.*” şeklindedir. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))



## D. Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesinin Anayasa ve Uluslararası Hukuka Aykırılığı

### 1. Anayasaya Aykırılık

Evli kadının soyadına dair mevcut düzenleme, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen “Hukuk Devleti İlkesi” ve 10. maddesinde öngörülen “Eşitlik İlkesi” ile birlikte değerlendirildiğinde; cinsiyete dayalı ayrımcılığa, eşitsizliğe ve adaletsizliğe sebep olmaktadır.<sup>[64]</sup> Anayasanın 10. maddesinde 22.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle maddeye şu fıkra eklenmiştir: “*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir...*”. Dolayısıyla Anayasada cinsler arası eşitlik güçlendirilmiştir.<sup>[65]</sup> Bunlarla birlikte, Anayasanın kişilik haklarının korunmasına ilişkin “*herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” şeklindeki 12. madde hükmüne de aykırılık söz konusudur.<sup>[66]</sup>

“Soyadı”nı da kapsayan isim hakkının, kişinin “manevi varlığı” kapsamında olması sebebiyle evli kadının soyadına dair TMK'nın 187. maddesi, Anayasanın “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” şeklindeki 17. maddesine de aykırılık arz etmektedir.<sup>[67]</sup>

Anayasanın 41. maddesi “*ailenin, eşler arasında eşitliğe dayandığını*” öngörmüştür ve 4721 sayılı Medeni Kanun değişikliğinin temel amaçlarından biri de ailede eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin yerleştirilmesi ile kadın erkek eşitsizliğinin kaldırılması olduğundan TMK'nın 187. maddesi anayasal eşitlik ilkesine alenen aykırıdır.<sup>[68]</sup>

Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, uluslararası sözleşmeler, hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. 1982 Anayasasının 90. maddesinin 5. fıkrasına 22.05.2004 tarihinde eklenen cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlarla çatışması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınmasının zorunlu olduğu, yani bu anlaşmaların kanunlardan üstün

[64] Altunel, s. 192.

[65] Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara 2012, s. 154.

[66] Altunel, s. 192.

[67] Altunel, s. 192.

[68] Altunel, s. 193.

sayılacağı belirtilmiştir.<sup>[69]</sup> “İsim hakkı” da kişilik haklarına dahil olan bir temel hak olduğundan Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler; kadının, doğumla aldığı ve kişiliğinin ayrılmaz parçası haline gelen soyadını terk edip; kocasının soyadını almaya zorlanmasını yasaklamışken evli kadına kocanın soyadını almayı dayatan iç hukuk hükümlerinin halen uygulanmaya devam edilmesi; Anayasanın 90. maddesine aykırılık olduğunu gösterir.<sup>[70]</sup>

## 2. Uluslararası Hukuka Aykırılık

### a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)ne Aykırılık

Evlenen kadının kocasının soyadını alma zorunluluğunu içeren iç hukuk düzenlemeleri, AİHS’nin 8. (Özel ve aile hayatına saygı) ve 14. (Ayrımcılık yasağı) maddelerine aykırıdır. Bununla birlikte 22.11.1984 tarihli 7 no’lu Protokol’ün “Eşler kendi aralarında ve çocuklarıyla ilişkilerinde, evlilikle ilgili, evlilik sırasında veya ayrıldıktan sonra, özel hukuk nitelikli haklara ve yükümlülüklerle eşit olarak sahiptirler” şeklindeki 5. maddesine de aykırılık söz konusudur.<sup>[71]</sup>

### b. Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW)ne Aykırılık

Esas itibarıyla daha genel kapsamlı olan İnsan Hakları Sözleşmelerinin yanında somut olarak kadının insan haklarını yaşama geçirmek, kadınlara karşı var olan ayrımcılığı ortadan kaldırmak amacıyla düzenlenmiş olan CEDAW en kapsamlı ve en geniş katılımlı uluslararası sözleşme olup 23 Şubat 2012 tarihi itibarıyla 187 ülkenin taraf olduğu sözleşmeyi Türkiye, 1985 yılında onaylamıştır.<sup>[72]</sup>

Sözleşmenin 16. maddesinin I. fıkrasının g bendi doğrudan konuyla ilgili olup “*Taraf Devletler evlilik ve aile ilişkileri ile ilgili bütün konularda kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için gerekli her türlü tedbiri alır ve*

[69] Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Basım, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 13.; Altunel, s. 193.

[70] Altunel, s. 193-194.

[71] Altunel, s. 194.; Moroğlu, Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’, s. 258.; Moroğlu, Medeni Yasa’ya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri, s. 1505.; Yılmaz, s.143.

[72] Moroğlu, Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’, s. 257.; Moroğlu, Medeni Yasa’ya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri, s.1505.

özellikle erkeklerle kadınların eşitliğini öngören aşağıdaki hakları tanır: g) Soyadı, meslek ve iş seçme hakları da dahil karı ve koca olarak aynı kişisel haklara sahip olma...” şeklindedir. Dolayısıyla Türkiye'nin taraf olduğu kadının soyadı konusunda eşlerin eşit haklara sahip olması ilkesine uyulması zorunluluğunu öngören CEDAW'a da aykırılık olduğu söylenebilir.<sup>[73]</sup>

### c. Medeni ve Siyasal Haklara Dair Uluslararası Sözleşmeye Aykırılık

Türkiye'nin 04.06.2003 tarihinde onayladığı, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23/IV'üncü maddesi: “*Bu Sözleşme'ye taraf devletler, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaklardır.*” şeklinde olduğundan bu sözleşmeye de aykırılık mevcuttur.<sup>[74]</sup>

### d. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenter Meclisi Karar ve Tavsiyelerine Aykırılık

TMK m.187 değerlendirilirken, önemli olan diğer uluslararası hukuk belgeleri ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi Karar ve Tavsiyeleridir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 27 Eylül 1978 tarihli Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliğine dair 78 (37) numaralı kararının 6. paragrafında bazı üye Devletlerin kanuni düzenlemelerinde ve uygulamalarında, cinsiyete dayanan ayrımcılığın halen devam ettiği ön kabulü ile eşlerden birinin kendi soyadını değiştirerek diğerinin soyadını almasının zorunluluk olmaktan çıkarılması amacıyla kanuni bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, Bakanlar Komitesinin 05 Şubat 1985 tarihli 85 (2) sayılı ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 28 Nisan 1995 tarih ve 1271 (1995) sayılı Kadın ve Erkek Arasındaki Soyadı Seçimi ve Ebeveynlerin Soyadlarının Çocuğa Geçmesi Konularında Ayrımcılığa Dair Tavsiye Kararları ile üye ülkelere “*Evlilikte ortak bir soyadının seçiminde eşler arasında tam bir eşitlik sağlanması*” tavsiye edilmiştir. Parlamenterler Meclisi'nin 24 Haziran 2007 tarih ve 1798 (2007) sayılı, Medeni Hukuk Alanında Cinslerin Eşitliği İlkesine Saygı Tavsiye Kararında ise, kadını

[73] Altunel, s. 195.; Moroğlu, *Kadının Kimlik Sorunu 'Kadının Soyadı'*, s. 258.; Moroğlu, *Medeni Yasa'ya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri*, s. 1505.; Çakırca, s.157.

[74] Altunel, s.195.

kocasının soyadını taşıma zorunluluğu getirmesinin, “*kimliksizleştirilme*”nin bir türü olduğunu ifade edilmiştir.<sup>[75]</sup>

### III. TÜRK MEDENİ KANUNU’NUN 187. MADDESİ İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİK ÖNERİLERİ VE ŞAHSİ ÖNERİMİZ

*Hatemi/Kalkan Oğuztürk*’e göre, evli kadına sadece kızlık soyadını taşıma imkanının ya da kızlık soyadını evlilik birliğinin soyadı kılma imkanının tanınmaması cins ayrımcılığı veya eşitsizlik değildir. Soyadında kamu yararına ilişkin bir görev görülüyorsa, çağlar boyunca gelen alışkanlıklara da uygun olarak, toplum içinde kargaşaya neden olmaması için aile soyadı olarak erkek eşin soyadının alınması uygundur. Kadın eş, önceki soyadını da taşıyabildiğine göre onun manevi varlığını geliştirmesini engelleyecek hiçbir şey yoktur. Bu gereksiz tartışmalara son vermek için kadının -kendisi istemedikçe- kızlık soyadını dilediği takdirde de eşinin soyadını taşıyacağı şeklinde bir düzenleme de uygun görülebilir. Ancak çocuklar babanın soyadını taşımalıdır.<sup>[76]</sup>

*Zeytin*’e göre, kadın ve erkeğin anlaşarak içlerinden birinin soyadını aile soyadı olarak seçmesi TMK’ya göre mümkün değildir. Ailenin soyadının belirlenmesine ilişkin kadın-erkek eşitliğine aykırı bu düzenlemenin tarafların aile soyadı konusunda anlaşamamaları hali şartına bağlanması daha yerinde olacaktır.<sup>[77]</sup>

*Abik*’e göre, Türk Hukuku için ideal çözüm BGB 1355 kuralının daha liberal bir biçime getirilmesi ile sağlanacaktır. Abik, eşlerin ortak bir “aile adı” taşımalarını, bu hususta evlenmeden önce hangi adı seçecekleri konusunda anlaşmalarını; bu konuda bir tercih hakkı kullanmamışlar ise her iki eşin doğum adlarının birleşmesinden oluşan adın “aile adı” olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir. Böylece hem evlilik soyadının ismin düzen fonksiyonunu görmeye devam etmesi hem de bildirimde bulunmama halinde çift soyadının kabulü nedeniyle eşit haklara sahip olma ilkesinin

[75] **Çakırca**, s. 157-158.

[76] **Hatemi Hüseyin / Kalkan Oğuztürk** Burcu, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul 2014, s. 85-86.

[77] **Zeytin Zafer / Ergüne Ömer**, Türk Medeni Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2017, s. 166.

korunması ve keza hem tek hem de çift ortak soyadıyla soyadının belli bir aileye aidiyet işlevinin korunması sağlanmış olacaktır.<sup>[78]</sup>

*Moroğlu*’na göre, TMK m.187’nin başlığı “*aile adı*” olmalıdır ve madde şu şekilde değiştirilmelidir: “*Eşler, her biri evlilik öncesi soyadını kullanmaya devam etmek istemedikleri takdirde, evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirim ile ortak aile adı olarak erkeğin ya da kadının doğumla aldığı soyadını seçebilirler. Soyadı aile adı olarak seçilmeyen eş doğumla kazandığı soyadını aile adının önünde taşıyabilir. Eşler böyle bir seçimde bulunmamışlarsa kadın evlenmekle kocasının soyadını alır ve doğumla aldığı soyadını kocasının soyadının önünde taşır.*” Bu değişikliklerle eşlerin her birine kendi soyadlarını taşımaya devam etme imkanı verilmiş olacaktır. Bu imkanı kullanmak istemeyen eşlere aynı zamanda evlenirken “soyadını seçme hakkı verilmesi” eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesine uygun düşecektir. Ortak aile adı seçmedikleri takdirde, evli kişilerin ortak soyadı kullanması anlayışını benimseyen görüşe uygun olarak kadın kocasının soyadını alacaktır. Evlenirken eşlerden birinin soyadının seçilmemiş olması günümüzde olduğu gibi, kocanın soyadının aile adı olarak kabul edilmiş olması anlamına gelecektir. Ayrıca, önerilen hükme göre kadın da doğumla kazandığı soyadını kaybetmeyeceğinden, bir kimlik sorunu yaşamaması önlenmiş olacaktır. Mevcut evlilikler için bir geçiş hükmü ile örneğin bir yıl süre tanınarak, isteyen eşlere bu süre içinde aile adı seçmeleri imkanı verilebilir. Medeni Kanun’un 187. maddesinde önerilen şekilde yapılacak bir değişiklik, aynı zamanda boşanma durumunda kadının soyadı ve çocuğun soyadı kurallarının da yeniden düzenlenmesini gerektirecektir.<sup>[79]</sup>

*Altunel*’e göre, TMK m.187’nin başlığı “*Evlilikte soyadı*” veya “*Aile adı*” ya da “*Eşlerin soyadı*” olabilir. Madde metni ise şu şekilde olmalıdır: “1. *Evlilikte, eşler kendi soyadlarını kullanmaya devam ederler. Eşler dilerse, evlilik başvurusu sırasında veya nikâh merasiminde evlendirme memuruna beyanla ya da evlendikten itibaren 2 yıl içinde yerleşim yerindeki nüfus idaresine yapacakları yazılı başvuruyuyla ortaklaşa seçtikleri bir soyadını “aile adı” olarak alabilirler. Seçilecek aile adı, eşlerden birinin soyadı veya başka bir soyadı olabilir. 2. Soyadı, “aile adı” olarak seçilmeyen eş, aile adı için başvuru sırasında ya da sonradan nüfus idaresine yapacağı yazılı*

[78] **Abik**, s. 98-100.

[79] **Moroğlu**, *Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’*, s. 268.; **Moroğlu**, *Medeni Yasaya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri*, s. 1510-1511.

*başvuruyla kendi soyadını aile adının önüne ekleyerek kullanabilir.”* Yapılacak değişiklikte; yürürlük tarihinden önce yapılan evlilikler açısından bir geçiş süreci tanınmalı; bu kategorideki eşler için de belli bir süre içinde (1 yıl gibi) yerleşim yerinin bağlı olduğu nüfus idaresine başvuru halinde, değişiklikle getirilen imkândan yararlanma hakkı verilmelidir. TMK 321. madde uyarınca çocuğun, babanın soyadını alması esastır. TMK 187.. maddede yapılacak değişiklik sonrası, “çocuğun soyadının ne olacağı” konusunda 321. madde için değişiklik önerisi ise şu şekildedir: “1. *Evlilik dışında doğan çocuk, annenin soyadını alır. Çocuğun annesi ile babası sonradan evlenir ve “aile adı” seçerlerse; ergin olmayan çocuğun soyadı, aile adıyla değişir; ergin olan çocuk ise, yerleşim yerinin bağlı olduğu nüfus idaresine başvurarak soyadını, aile adıyla değiştirebilir. 2. “Aile adı” belirlenmiş bir evlilikte doğan çocuklar, aile adını alır. Aile adı yoksa, doğumdan itibaren 1 ay içinde eşlerin ortak kararıyla annenin veya babanın soyadı seçilerek çocuğa verilir. Evlilikte doğacak çocuğun anne ya da babanın hangisinin soyadını alacağı seçimini, eşler evlilik başvurusu sırasında da yapabilir. Süresinde belirleme yapılmadığı takdirde; vesayet mahkemesi, soyadı seçme yetkisinin anneye veya babaya verilmesi yönünde takdir hakkı kullanır. İlk çocuğa verilen soyadı, sonraki çocuklar için de geçerli olacaktır.”<sup>[80]</sup>*

14 Aralık 2011 tarihinde TBMM Başkanlığı’na sunulan 2/216 esas numaralı Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi TMK m.187’yi değiştirmeyi amaçlamaktadır. Kanun Teklifi şöyledir: “*Kadın evlenmekle soyadını muhafaza eder. Ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla soyadının arkasına kocasının soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan yalnızca bir soyadı için yararlanabilir.*” Görüldüğü üzere, bu teklifte ortak aile adı zorunluluğu kalktığı gibi kadının evlendiğinde kendi soyadını taşıması kural olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte kadına sadece doğumla kazandıkları soyadını kullanma hakkı tanınmamış; boşandıkları veya kaybettikleri eşlerinin soyadları ile tanınan ve bu soyadlarını değiştirmek istemeyen kadınlara da seçim hakkı tanınmıştır. Ancak evlendikten sonra sadece kocasının soyadını kullanmak isteyen kadınlara bir seçim hakkı tanınmamıştır. *Çakırca*’ya göre, tarafların iradesi ile şekillenmesi gereken

[80] Altunel, s. 197-198.

aile adı meselesinde kocanın soyadını ortak aile adı olarak taşıma imkanının tanınmaması isabetli değildir.<sup>[81]</sup>

22.2.2013 tarihinde (2/1300 E. no) TBMM'ye sunulan kanun teklifinde ise TMK m.187'ye dair “*eşlerin soyadı*” başlıklı teklif metni: “*Eşler dilerse, evlenme sırasında ya da nüfus müdürlüğüne müracaatla; ortak bir soyadı belirleyebilir; eşlerden biri, diğerinin soyadını alabilir; eşler, önceki soyadının yanına diğer eşinin soyadını ya da ortak soyadını birlikte kullanabilir.*” Metinde, evlenen kadının sadece kendi soyadını taşımaya devam edip edemeyeceği hususu muğlak olsa da; madde gerekçesindeki “*eşlerin evlenmelerine rağmen, evlenme öncesindeki soyadlarını kullanmalarına imkân tanınmaktadır*” ifadesinden; eşlerin evlenmekle soyadını değiştirme zorunluluğunun olmadığı anlaşılmaktadır. Teklifte, “geçici madde” kapsamında, kanunun yayımı tarihinden itibaren 1 yıl içinde soyadını değiştirmek isteyen eşlerin, dilekçeyle yerleşim yeri nüfus müdürlüğüne müracaat edebilmeleri de öngörülmüştür. TMK m.321’de “*çocuğun soyadı*” başlıklı teklif metni: “*Çocuk, anne ve babasının soyadını alır. Çocuğun ikiden fazla soyadı olamaz. Eşler bir aile adı seçmez iseler, doğması muhtemel çocuklarının hangi eşin soyadını alacağını kararlaştırarak, bunu en geç evlenme başvurusunu yaptıkları tarihte yazılı olarak bildirirler. Aile adı tespit edilmediği ve muhtemel çocuğun soyadının hangi eşin soyadı olacağını eşlerce kararlaştırılmadığı durumlarda çocuk, annesinin soyadını alır.*” şeklindedir.<sup>[82]</sup>

Kanımca, TMK m.187'nin başlığı “*Eşlerin soyadı*” şeklinde değiştirilmelidir. Madde metninde ise eşlerin, evlenmekle birlikte soyadlarında bir değişiklik olmayacağı; her eşin evlenmeden önce kullandığı soyadını muhafaza edeceği; ancak eşlerin aralarında anlaşıp nüfus müdürlüğüne yazılı olarak bildirmek suretiyle içlerinden birinin soyadını “aile adı” olarak belirleyebilecekleri ifade edilmelidir. Eşlerden birinin soyadının aile adı olarak kararlaştırılması durumunda, kendi soyadı aile adı olarak kararlaştırılmayan eş, evlenmeden önce kullandığı soyadını aile adının önünde kullanmayı talep edebilmelidir; daha önce iki soyadı kullanan eş, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilmelidir. Evliliğin ölüm ya da boşanma gibi bir nedenle sona ermesi durumunda eşlerin soyadının ne olacağı konusunda ise, yukarıda

[81] Çakırca, s. 161-163.

[82] Altunel, s. 196-197.

ayrıntılı biçimde açıklanan *Alman Hukuku'ndaki Durumun* benimsenmesi gerektiğini düşünmekteyim. Çocuğun soyadının ne olacağı konusunda ise, *Altunel*'in görüşüne aynen katılmaktayım. Kanun'da bu yönde yapılacak bir düzenleme ile kadın-erkek eşitliği sağlanmış olacak; hayatın her alanında artık aktif olarak yer alan kadının medeni hal değişikliğine bağlı olarak soyadını değiştirme mecburiyetinin kalkmasıyla kişilik hakları içinde yer alan "isim hakkı" korunmuş olacak ve kadınlar sosyal hayatta yaşadıkları zorluklardan kurtulacaklardır.

## SONUÇ

Tüm insanlar sahip oldukları kişiliğin bir unsuru olarak diğerlerinden ayırt edilmeyi sağlayan bir ad ve soyadına sahiptirler. Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan, bir ailenin fertlerini birbirine bağlayan ve nesilden nesile geçen addır. Bir kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan kişilik haklarındanndır. Soyadının hukuki niteliğinin kişilik hakkı olması sebebiyle kişinin bu hakkından vazgeçmesi, devretmesi ve feragat etmesi mümkün değildir. Soyadı üzerindeki hak, mutlak haklardan olması sebebiyle herkese karşı ileri sürülebilir. Soyadı; soybağı, evlat edinme, idari karar, mahkeme kararı, seçme ya da evlenme yoluyla kazanılmaktadır.

Kadının soyadı konusunda öngörülen TMK m.187 emredici nitelikte bir düzenleme olup maddeye göre, "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*" TMK m.173'te ise boşanan kadının kişisel durumu düzenlenmiştir. Buna göre, "*Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hakimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir. Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hakim, kocasının soyadını taşımasına izin verir. Koca, koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.*" TMK m.173'teki sorun boşanan kadınlarla; TMK m.187'deki sorun ise evlenen kadınların soyadı ile ilgilidir. Yıllarca kendi soyadı ile tanınmış, çevre edinmiş, şöhret olmuş kadın, evlenmekle kocasının soyadını almak zorunda kalmakta ve



resmi ya da özel kayıtlara kocasına ait soyadını bildirme zorunluluğu altında bırakılmaktadır. Fransız, Alman, İsviçre ve İspanya Hukuku gibi yabancı hukuklarda ise soyadı konusunda çok daha eşitlikçi bir tutumun benimsendiği ve bu yönde iç hukuk düzenlemelerinin oluşturulduğu görülmektedir.

AİHM, Türkiye'deki uygulama ile ilgili olarak AİHS'nin 8 ve 14. maddelerinin ihlal edildiği yönünde kararlar vermiş; AYM ve Yargıtay da son yıllarda AİHM ile benzer yönlerde kararlar vermeye başlamıştır. Özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.09.2015 tarihli Kararı (2014/2-889 E.- 2015/2011 K.) kadının soyadı konusunda devrim niteliğinde bir karar olmuştur. Ülkemizde halihazırda yürürlükte olan kadının soyadı ile ilgili düzenleme, Anayasa'nın 2, 10, 12, 17, 41 ve 90. maddeleri ile AİHS'ne; CEDAW'a; Medeni ve Siyasal Haklara Dair Uluslararası Sözleşmeye ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenter Meclisi Karar ve Tavsiyelerine aykırılık teşkil etmektedir.

TMK'nın 187. maddesinin değiştirilmesi hususunda pek çok hukukçu tarafından değişiklik önerileri getirilmiş ve TBMM'ne de çeşitli kanun teklifleri sunulmuştur. Şahsi kanaatim ise TMK m.187'nin başlığının “*Eşlerin soyadı*” şeklinde değiştirilmesi ve madde metninde eşlerin, evlenmekle birlikte soyadlarında bir değişiklik olmayacağını, her eşin evlenmeden önce kullandığı soyadını muhafaza edeceğinin, ancak eşlerin aralarında anlaşıp nüfus müdürlüğüne yazılı olarak bildirmek suretiyle içlerinden birinin soyadını “aile adı” olarak belirleyebileceklerinin ifade edilmesi gerektiği yönündedir. Eşlerden birinin soyadının aile adı olarak kararlaştırılması durumunda, kendi soyadı aile adı olarak kararlaştırılmayan eş, evlenmeden önce kullandığı soyadını aile adının önünde kullanmayı talep edebilmelidir; daha önce iki soyadı kullanan eş, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilmelidir. Evliliğin ölüm ya da boşanma gibi bir nedenle sona ermesi durumunda eşlerin soyadının ne olacağı konusunda ise, eşler bir aile adı seçmişlerse sağ kalan veya boşanan eşin, evlenme yoluyla sahip olduğu aile adını koruyacağı fakat aile adını kullanma hakkına sahip olan taraf doğum yoluyla kazandığı soyadına ya da aile adını almadan önceki soyadına dönmek isterse bu arzusunu nüfus idaresine beyan edebileceği; bununla birlikte, aile adının da korunması isteniyorsa doğum yoluyla kazandığı soyadının ya da aile adının belirlenmesi sırasında sahip olunan soyadının, aile adının önüne ya da arkasına eklenecek kullanılmasının da mümkün olacağı şeklindeki *Alman Hukuku'ndaki Durumun* benimsenmesi gerektiğini düşünmekteyim. Çocuğun soyadının

ne olacağı konusunda ise, *Altunel*'in görüşüne aynen katılmaktayım. Yani, evlilik dışında doğan çocuk, annenin soyadını almalıdır. Çocuğun annesi ile babası sonradan evlenir ve “aile adı” seçerlerse; ergin olmayan çocuğun soyadı, aile adıyla değişmeli; ergin olan çocuk ise, yerleşim yerinin bağlı olduğu nüfus idaresine başvurarak soyadını, aile adıyla değiştirebilmelidir. “Aile adı” belirlenmiş bir evlilikte doğan çocuklar, aile adını almalı; aile adı yoksa, doğumdan itibaren 1 ay içinde eşlerin ortak kararıyla annenin veya babanın soyadı seçilerek çocuğa verilmelidir. Evlilikte doğacak çocuğun anne ya da babanın hangisinin soyadını alacağı seçimini, eşler evlilik başvurusu sırasında da yapabilmeli; süresinde belirleme yapılmadığı takdirde vesayet mahkemesi, soyadı seçme yetkisinin anneye veya babaya verilmesi yönünde takdir hakkı kullanmalıdır. İlk çocuğa verilen soyadı, sonraki çocuklar için de geçerli olmalıdır.

**KAYNAKÇA**

1. **ABİK** Yıldız (Ankara 2005), *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğunun Soyadı*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı.
2. **ALTUNEL** Mesude (2015), “*Evli Kadının Soyadı*”, Adalet Dergisi, Sayı: 51, ss. 177-200.
3. **AYAN** Mehmet ve **AYAN** Nursen (Ankara 2016), *Kişiler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 8.Baskı.
4. **ÇAKIRCA** Seda İrem (2012), “*Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi*”, İÜHFİM C. LXX, Sayı: 2, ss. 145-164.
5. **DURAL** Mustafa ve **ÖĞÜZ** Tufan (İstanbul 2016), *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 17. Baskı.
6. **DURAL** Mustafa, **ÖĞÜZ** Tufan ve **GÜMÜŞ** Mustafa Alper (İstanbul 2016), *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı.
7. **GENÇCAN** Ömer Uğur (Ankara 2016), *6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Aile Mahkemesi Davaları*, Yetkin Yayıncılık, 2. Baskı.
8. **HATEMİ** Hüseyin ve **KALKAN OĞUZTÜRK** Burcu (İstanbul 2014), *Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 4. Bası.
9. **HELVACI** Serap ve **KOCABAŞ** Gediz (2015), “*Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı*”, MÜHFHAD Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan Özel Sayı Cilt 21, Sayı: 2, ss. 615-644.
10. **İNAL** Nihat (Ankara 2016), *Ad Yaş Kişilik Cinsiyet Dernek Vakıf Davaları*, Bilge Yayınevi, 1. Baskı.
11. **KAYIHAN** Şaban ve **ÜNLÜTEPE** Mustafa (Ankara 2016), *Medeni Hukuk Bilgisi*, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı.
12. **KILIÇOĞLU** Ahmet (Ankara 2015), *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı.

13. **KILIÇOĞLU YILMAZ** Kumru (2014), “*Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, ss. 580-592.
14. **MOROĞLU** Nazan (2012), “*Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’*”, TBB Dergisi, Sayı: 99, ss. 245- 269.
15. **MOROĞLU** Nazan (2005), “*Medeni Yasa’ya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri*”, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 5, ss. 1492-1511.
16. **OĞUZMAN** Kemal, **SELİÇİ** Özer ve **OKTAY-ÖZDEMİR** Saibe (İstanbul 2012), *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Baskı.
17. **ÖZBUDUN** Ergun (Ankara 2012), *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı.
18. **ÖZTAN** Bilge (Ankara 2012), *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, 37. Bası.
19. **ÖZTAN** Bilge (Ankara 2015), *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, 6. Bası.
20. **TEZİÇ** Erdoğan (İstanbul 2012), *Anayasa Hukuku*, Beta Basım, 14. Bası.
21. **YILMAZ** Merve (2012), “*Evli Kadının Soyadı*”, TAAD, Yıl:3 Sayı:10, ss. 129-151.
22. **ZEYTİN** Zafer ve **ÖMER** Ergün (Ankara 2017), *Türk Medeni Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı.

## İNTERNET KAYNAKLARI

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

[www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)



# FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NUN EK MADDE 4 HÜKMÜNÜN İHLALİ SUÇLARI\*

Yusuf BAŞLAR\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0003-3575-6345>

**DOI:** 10.30915/abd.700029

**Makalenin Geldiği Tarih:** 30.05.2018 **Kabul Tarihi:** 17.08.2018

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Dr. / Starts Editörlük ve Danışmanlık Hizmetleri.



## ÖZ

Fikri mülkiyet haklarının işletilmesi, bu haklara yönelik ihlallere karşı hukuk tarafından koruma altına alınmasını gerekli kılmaktadır. İhlallerin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda ise cezai müeyyideler de gündeme gelmekte ve böylece fikri mülkiyet haklarının korunması güçlenmektedir. Bu bağlamda internet kullanımının ülkemizde yaygınlaşmasının bir sonucu olarak telif hakları ve bağlantılı haklara konu değerleri içeren eser, icra ve fonogramların elektronik ortamda da sağlıklı bir şekilde korunabilmesi amacıyla 05.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'ndaki cezai yaptırımını öngören düzenlemelerden biri de FSEK'in 71/2 hükmünde bulunmaktadır. Biz de bu çalışmamızda FSEK'in 71/2 hükmünde cezai yaptırıma bağlanan, FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün ihlali sonucunda oluşan ve bilişim suçu niteliğinde olan suçları 03.05.2018 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nda öngörülen hükümleri de dikkate alarak inceleyeceğiz.

**Anahtar Kelimeler:** FSEK'te Düzenlenen Suçlar, Bilişim Suçları, FSEK'in Ek Madde 4 Hükmü, Hak Yönetim Bilgileri, İçerik Sağlayıcıların Cezai Sorumluluğu.

CRIMES OF VIOLATION OF  
ANNEX ARTICLE 4 PROVISION OF THE LAW  
ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS

ABSTRACT

The exercise of intellectual property rights requires protection by law against violations of these rights. In case that a violation constitute a crime at the same time, criminal sanctions are also comes up on the agenda and thus the protection of the intellectual property rights is strengthened. In this context, as a result of the widespread use of the Internet in our country, in order to protect the works, performances and phonograms that contain the copyrights and the values of the related rights, in a proper way in electronic media as well, one of the regulations envisaging penal sanctions in the Law on Intellectual and Artistic Works (FSEK) dated 05.12.1951 and numbered 5846 is provided in the provision of the section 71/2 of the Law. In this study, we will examine the crimes committed in the event of a violation of Annex Article 4 provision of the FSEK and described as a cybercrime which are punishable by the provision of the section 71/2 of the FSEK, taking into account the provisions of the Law on the Amendment to the Intellectual and Artistic Works Law numbered 5846 which referred to be enacted to the Turkish Grand National Assembly on 03.05.2018.

**Keywords:** Crimes Defined in FSEK, Cyber Crimes, FSEK Annex The Provision of Article 4, Right Management Information, Content Providers' Criminal Liability.



## GİRİŞ

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, eser sahibine eserinden istifade etme ve üçüncü kişilerin bu hakları izinsiz olarak kullanmalarını önleme imkânı tanımaktadır. Üçüncü kişilerin, münhasıran eser sahibine tanınan mali ve manevi hakları ihlal ederek gerçekleştirdikleri tecavüzlere karşı tazminat yükümlülüğü ve cezalandırılmalarına yönelik cezai yaptırımlar FSEK’te düzenlenmektedir. Bağlantılı hak sahiplerinin haklarına yönelecek tecavüzler de bu tür hukuki ve cezai yaptırımlara tabidir<sup>[1]</sup>.

İnternet kullanımının ülkemizde yaygınlaşmasının bir sonucu olarak telif hakları ve bağlantılı haklara konu değerleri içeren eser, icra ve fonogramların elektronik ortamda da sağlıklı bir şekilde korunabilmesi amacıyla FSEK’in Ek Madde 4 hükmü ilk olarak 21.02.2001 tarihli ve 4630 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanunla FSEK sistemine dâhil edilmiştir<sup>[2]</sup>. Sonraki süreçte ise 03.03.2004 tarihli ve 5101 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla hem FSEK’in Ek Madde 4 hükmünün 3. ve 4. fıkraları değiştirilerek içerik sağlayıcıların cezai sorumluluğu maddeye eklenmiş hem de madde metninde geçen hükümlerin ihlali durumunda uygulanacak olan cezalar yeniden belirlenmiştir<sup>[3]</sup>. Son olarak 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun değişikliği ile de elektronik hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi ile içerik sağlayıcıların cezai sorumluluğuna ilişkin düzenleme FSEK 71/2 hükmünde yeniden düzenlenmiştir<sup>[4]</sup>.

Biz de bu çalışmamızda FSEK’in 71/2 hükmünde yaptırıma bağlanan FSEK’in Ek Madde 4 hükmünün ihlali sonucunda oluşan eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi ile FSEK’te

- 
- [1] **Turan, H. S.**, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 119.
- [2] **Alimoğlu, K.**, “Fikir ve Sanat Eserleriyle İlgili Manevi, Mali ve Bağlantılı Hakların İhlali Suçları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 141.
- [3] **Kılıçoğlu, A.**, “Fikri Haklar Alanında 5101 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler” TBB Dergisi, Sayı: 55, 2004, s. 79.
- [4] **Yazıcıoğlu, R. Y.**, Fikri Mülkiyet Hukukundan Doğan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 176; **Alimoğlu**, s. 141.

tanınmış hakların ihlalinin devamı suçlarını 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısında öngörülen hükümleri de dikkate alarak inceleyeceğiz.

## **I. İnternet ve Fikrî Hakların Korunması**

Çeşitli ağların birleşmesi sonucunda oluşması bakımından “ağların ağı” olarak da tanımlanan internet, “international” ve “network” kelimelerinin birleşmesinden oluşmaktadır. Buna göre internet, dünya üzerinde bulunan bilişim ağlarının ve bilgisayarların dünya çapında birbirleriyle bağlanarak belli esaslar dâhilinde kendine özgü bir dille iletişimlerinin sağlanmasını ifade etmektedir<sup>[5]</sup>. Başka bir ifadeyle internet, birden fazla haberleşme ağının (network) birlikte oluşturdukları metin, resim, müzik, grafik vb. dosyalar ile bilgisayar programlarının kısaca tüm insanlık bilgisinin paylaşıldığı ve bilgisayarlar arasında karşılıklı olarak iletildiği, bilgisayarlar arasında kurulmuş bir ağ olarak da tanımlanabilir<sup>[6]</sup>.

Coğrafi mesafeler internet ve internet teknolojileri sayesinde aşılmış ve ülke sınırlarının çok uzaklarındaki hedeflere kolay erişim olanağı sağlanmıştır. İnternetin kötü niyetle gerçekleşen hak ihlali niteliğindeki kullanımlarını engellemek ise her zaman kolay olmamaktadır<sup>[7]</sup>. Özellikle bilgisayar ağlarına dayalı olarak çalışan internet teknik bir araç olmaktan öteye gitmemekle birlikte internetin günümüzde yaygın bir iletişim ağı olarak kullanılması, her geçen gün öneminin ve kullanımının artmasına bağlı olarak çeşitli yönleriyle de tartışılan bir olgu halini almıştır<sup>[8]</sup>.

Bu bağlamda internet kullanımının yaygınlaşması sonrasında ilk ve en önemli hukuki problemler fikrî mülkiyet hukuku alanında ortaya çıkmıştır. Önceleri Mp3'ler ile popüler hale gelen sorunlar “DivX” teknolojisi ve daha sonra ortaya çıkan daha ileri teknolojilerle müzik endüstrisinden film endüstrisine buradan da hayatın üretkenlik taşıyan her alanına yayılmıştır<sup>[9]</sup>.

[5] **Yenidünya, A. C. / Değirmenci, O.**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 36-37.

[6] **Özdilek, A. O.**, İnternet ve Hukuk, Papatya Yayıncılık, İstanbul 2002, s. 13.

[7] **Güneş, İ.**, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 277.

[8] **Ketizmen, M.**, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 20.

[9] **Tekinalp, Ü.**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 65; **Özdilek**, s. 65.

İnternet kullanımını ile bilginin kısa sürede ve düşük maliyetle iletiminin sağlanabilmesine karşın klasik anlamdaki koruma sistemlerinin yetersiz kalması eser sahiplerinin haklarının yeterince korunamaması sonucunu doğurmuştur. Sanal ortamdaki bu iletişim, fikrî hakların ihlali potansiyelini hem artırmış hem de klasik ihlal yöntemlerinden çok daha vahim sonuçlar doğmasına neden olmuştur. Bu konuda ortaya çıkan sorunların çözümü fikrî mülkiyet hukuku alanında çalışan örgütlerin ve bilim adamlarının en önemli uğraş alanı haline gelmiştir<sup>[10]</sup>.

İnternetin yaygın şekilde kullanılmaya başlanması sonrasında fikrî mülkiyet hukukunun korunmasında yeni yöntemlere ihtiyaç duyulması üzerine Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü (WIPO) himayesinde toplantılar yapılmıştır. Bu kapsamda WIPO Komitelerinde yürütülen çalışmalar neticesinde hazırlanan WIPO Telif Hakları Sözleşmesi (WCT) 1996 yılında imzaya açılmış ve 157 ülkenin katılımıyla kabul edilmiştir<sup>[11]</sup>.

Benzer şekilde bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmelerin yarattığı değişimi karşılayamayan Roma Sözleşmesi hükümlerini, icracı sanatçılar ve fonogram yapımcıları açısından yeni koşullara uyarlamak ve daha etkin bir koruma sağlamak amacıyla da WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi (WPPT) 1996 yılında 178 ülke tarafından kabul edilmiştir<sup>[12]</sup>.

Bu Sözleşmeler, sayısal (dijital) ortamda hakkın tanımı, kapsamı, on-line uygulamalar ve lisans verme hususlarına açıklık getirmektedir. Sözleşmelerde çoğaltma hakkı, sayısal ortam göz önüne alınarak geniş bir şekilde tanımlanmış, ayrıca eserin elektronik ortamda sayısal formda bulundurulmasının çoğaltma olacağı kabul edilmiştir. Yine her iki sözleşmede eserin internet ortamında bulundurulması özel bir hak kategorisi olarak düzenlenmiştir.

[10] **Kocabay, D.**, “İnternette Fikri Hakların Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 2.

[11] Bkz; <http://www.telifhaklari.gov.tr/WIPO-Telif-Haklari-Anlasmasi-WCT> (24.04.2018); WIPO Telif Hakları Sözleşmesi sonucunda dijital iletim hakkı tekeli ve mutlak bir hak olarak kabul edilmiş ve sanatsal ve edebî eserlerin kablolu veya kablosuz umuma iletimi eser sahibinin iznine bağlanmıştır. Ayrıca eser sahibinin meşru menfaatleri ihlâl edilmeksizin ve eserden normal faydalanmayı engellemeksizin, fikrî haklar alanında üye ülkelerin istisna getirmelerine imkân tanınmıştır. Aynı şekilde, üye ülkelerin kopyalama teknolojilerinin kötüye kullanımı alanında etkin koruma getirme zorunluluğu getirilmiştir. **Kocabay**, s. 9.

[12] Bkz; <http://www.telifhaklari.gov.tr/WIPO-Icralar-ve-Fonogramlar-Sozlesmesi-WPPT> (24.04.2018).

Sözleşmelerde yer alan bu inhisari nitelikteki hak ile kuşkudan uzak, açık ve anlaşılması kolay bir şekilde, hak sahiplerinin, eserlerinin sayısal formda dağıtılmasını yasaklama yetkisi olduğunu iddia etmesi sağlanmıştır<sup>[13]</sup>.

Benzer şekilde Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesinin “Telif haklarının ve benzer hakların ihlaline ilişkin suçlar” başlıklı 10. maddesinde de telif hakkı ve benzer hakların ihlali fiillerinin kasıtlı olarak, ticari ölçekte ve bir bilgisayar sistemi aracılığıyla yapılması durumundan taraf ülkelerin kendi ulusal mevzuatı kapsamında cezaî bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapmaları gerektiği hükme bağlanmıştır<sup>[14]</sup>.

Sözleşmenin Açıklayıcı Memorandumunun 107. Paragrafında, Sözleşmenin “Telif haklarının ve benzer hakların ihlaline ilişkin suçlar” başlıklı 10. maddesi “Fikrî mülkiyet haklarının, özellikle de telif haklarının ihlali, internette en yaygın olarak işlenen suçlar arasındadır. Bu durum hem telif hakkı sahipleri hem de bilgisayar ağları üzerinde profesyonel olarak çalışan kişiler için rahatsızlık yaratmaktadır. Koruma altındaki eserlerini telif hakkı sahibinin onayı olmadan internet üzerinde yeniden üretimi ve yayımı son derece yaygındır. Koruma altındaki eserler arasında edebiyat, fotoğraf, müzik eserleri, görsel-işitsel eserler ve diğer eserler bulunmaktadır. Dijital teknolojiler aracılığıyla izinsiz kopya çıkarmanın kolaylığı ve elektronik ağlarda yeniden üretim ve yayımın boyutları ceza hukuku hükümleri eklemeyi ve bu alandaki uluslararası işbirliğini genişletmeyi zorunlu hale getirmiştir<sup>[15]</sup>” şeklinde açıklanmıştır.

Ülkemizce taraf olunan yukarıdaki uluslararası Sözleşmeler uyarınca FSEK’te yapılan düzenlemeler çerçevesinde fikir ve sanat eserleri üzerinde sanal ortamda gerçekleşen ihlallere ilişkin hukuki ve cezai sorumlulukların

[13] **Kültür ve Turizm Bakanlığı**, “Sayısal Haklar Yönetimi (DRM)”, 2006, [http://bilgiteplumu.gov.tr/Documents/1/2005\\_Eylem\\_Plani/060000\\_Eylem20SayisalHaklarYonetimi.pdf](http://bilgiteplumu.gov.tr/Documents/1/2005_Eylem_Plani/060000_Eylem20SayisalHaklarYonetimi.pdf), (25 Mayıs 2018), s. 56-57.

[14] Sözleşmenin fikrî mülkiyet hukuku konusunda herhangi bir kayıt getirmeksizin bu konuda imzacı devletlerin iç hukuklarında düzenlemeye gitme yönünde yükümlülük getirmesinin doğru olmadığı görüşü için bkz. **Uçkan, Ö. / Beceni, Y.**, “Bilişim-İletişim Teknolojileri ve Ceza Hukuku”, İnternet ve Hukuk. Yeşim Atamer (drl.), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, s. 385-386.

[15] **Tevetoğlu, M.** (drl.), “Konvansiyon Maddeleri İle İlgili Değerlendirmeler”, Bilişim Hukuku, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 786.

belirlendiği yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda yapılan ve pek çok açıdan eleştiri konusu olan düzenlemelerden biri de aşağıda inceleyeceğimiz FSEK'in Ek Madde 4 hükmüdür.

## II. FSEK'in Ek Madde 4 Hükmü ile Getirilen Düzenleme

Yukarıda da değinildiği üzere fikrî ürünler internet ortamında çok yaygın biçimde kullanılmaktadır. Müzik klipi ve şarkılar, oyunlar, şiirler, filmler, romanlar, bilimsel yazılar, grafikler, fotoğraflar, projeler, resimler, bilgisayar programları gibi eserler internet içeriğinin yarısından fazlasını oluşturmaktadır. Bu anlamda internet ortamındaki eser ve veri tabanlarının nasıl korunacağı önem arz etmektedir<sup>[16]</sup>.

WCT'nin 11. ve 12. maddelerine, WPPT'nin 18. ve 19. maddelerine göre Sözleşmeye taraf olan ülkeler, eser sahiplerinin, yorumcuların ve fonogram yapımcılarının haklarını korumak üzere kullandıkları teknolojik önlemlerin ihlalini engellemek için gerekli yasal düzenlemeleri yapmak zorundadır. Sözleşmelere taraf olan ülkeler ayrıca; yetkisiz olarak elektronik hak yönetim bilgisini kaldıran veya bu bilgiye zarar veren, elektronik hak yönetim bilgisi kaldırılmış veya zarar görmüş eserleri, icraları veya fonogramları dağıtan, dağıtılmasına yardımcı olan veya ileten kimselere karşı gerekli yaptırımları içeren yasal düzenlemeleri yapmak zorundadır<sup>[17]</sup>.

Ülkemizde FSEK'te telif haklarına ilişkin WIPO sözleşmeleri de dikkate alınarak 1995<sup>[18]</sup>, 2001<sup>[19]</sup>, 2004<sup>[20]</sup>, 2006<sup>[21]</sup> ve 2008<sup>[22]</sup> yıllarında yapılan değişikliklerle fikrî hakların korunması amaçlanmıştır. Bu koruma alanın

[16] **Avşar, B. Z. / Öngören, G.**, Bilişim Hukuku, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, İstanbul 2010, s. 231.

[17] **Kültür ve Turizm Bakanlığı**, s. 57.

[18] 07.06.1995 tarihli ve 4110 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun.

[19] 21.02.2001 tarihli ve 4630 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun.

[20] 03.03.2004 tarihli ve 5101 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.

[21] 28.12.2006 tarihli ve 5571 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu ile Turizmi Teşvik Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

[22] 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

ilki tazminat ve yasaklama davalarına; ikincisi ise ceza hükümlerine ilişkin gerçekleşmiştir<sup>[23]</sup>.

Bu bağlamda çalışmamızın konusunu oluşturan ve ihlali cezai yaptırıma bağlanan FSEK'in Ek Madde 4 hükmünden bahsetmek gerekmektedir. FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 1. fıkrasında “*Eser ve eser sahibi ile eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve şartlar ile ilgili olarak eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görülen bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar yetkisiz olarak ortadan kaldırılamaz ve değiştirilemez. Bilgileri ve bilgileri temsil eden sayıları ve kodları yetkisiz olarak değiştirilen veya ortadan kaldırılan eserlerin asılları veya kopyaları dağıtılamaz, dağıtılmak üzere ithal edilemez, yayımlanamaz veya topluma iletilemez.*” hükmüne yer verilmiştir.

FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 2. fıkrasında ise “*Yukarıdaki fıkra hükümleri fonogramlar ve fonogramlarda tespit edilmiş icralar bakımından da uygulanır.*” hükmüne yer verilerek 1. fıkradaki koruma, fonogramlar ve fonogramlarda tespit edilmiş icralar bakımından da sağlanmıştır.

Bu bağlamda çalışmamızın konusu olan ve FSEK'in 71/2 hükmünün ilk cümlesinde düzenlenen eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi suçunun eylem unsurunu oluşturan Ek Madde 4 hükmünün 1. ve 2. fıkraları ile ilgili düzenleme hakkında genel bir değerlendirmede bulunmak gerekmektedir.

FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 1. ve 2. fıkralarındaki düzenlemeler ile Kanun'un koruması altında olan fikir ve sanat eserleri üzerindeki hak yönetim bilgilerinin korunması amaçlanmıştır. Buna göre mevcut düzenlemelerin WCT ve WPTT'de yer alan hak yönetim bilgilerinin korunması ile ilgili düzenlemelerle uyumlu oldukları söylenebilir<sup>[24]</sup>.

FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrasında ise “*Dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses velveya görüntü nakline yarayan araçlarla*

[23] **Avşar / Öngören**, s. 232.

[24] **Bayamlıoğlu, İ. E.** “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 280; **Yavuz, L.**, “Elektronik Ortamda Umuma Arz Edilen Eserlerde Sayısal Haklar Yönetimi (Teknik Koruma Önlemleri ve Hak Yönetim Bilgileri)”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2008, s. 129; **Kültür ve Turizm Bakanlığı**, s. 85.

*servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlê durdurulmasını ister. İhlâlê devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlê durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. ...” hükmüne yer verilmiştir.*

Bu bağlamda içerik sağlayıcılar ve servis sağlayıcılar ile ilgili 5101 sayılı Kanun ile FSEK’in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrasında yapılan düzenleme özel bir öneme sahiptir. Zira bu düzenleme ile hukuk sistemimiz açısından önemli bir yenilik getirilerek ilk defa internet süjelerinin sorumluluğuna ilişkin bir pozitif düzenleme eser ve bağlantılı hakların korunması bağlamında mevzuatımıza girmiştir<sup>[25]</sup>.

FSEK’in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrası kapsamında yapılan düzenleme ile Dijital Bin Yıl Telif Hakkı Yasası (DMCA)’ndakine benzer bir uyar ve kaldır (notice and take down)<sup>[26]</sup> sistemi kurulmak istendiği görülmektedir. DMCA’daki düzenlemeye göre servis sağlayıcılar hak sahiplerinden kendilerine gelen hak ihlalinin yaşandığına dair bildirim üzerine ihlale sebebiyet veren veriyi sistemden kaldırmaktadırlar. Servis sağlayıcılar Telif Hakları Bürosuna kendilerine hak sahipleri tarafından yapılan bildirimleri almak ve cevaplamakla yetkili kıldıkları kimseyi ve iletişim bilgilerini, Telif Hakları Bürosu tarafından yayınlanan bir form aracılığıyla bildirmektedir<sup>[27]</sup>.

[25] **Sınar, H.**, “Ceza Hukuku Açısından Telif Haklarının Korunması”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 372.

[26] Bu sistemin temeli, Servis Sağlayıcıların kendilerine bildirilen ihlali derhal kaldırması esasına dayanmakta olup sistem, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1998 yılında yürürlüğe konulan “Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu” (Digital Millennium Copyright Act) ile uygulanmaya başlamıştır. Servis Sağlayıcıların içeriğın iletimine katkılarının olmaması durumunda ihlalin gerçekleşmesi mümkün olmayacağından bu Kanun yürürlüğe girmesinden önce Servis Sağlayıcılar telif hakkı ihlallerine yardım eden ya da ihlale göz yuman ve bundan kar elde eden kurumlar olarak eleştirilmekteydi. Bkz. **Çelik, E.**, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Sunumu Yolu İle Umuma İletim Hakkının İhlali”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 155.

[27] **Kültür ve Turizm Bakanlığı**, s. 64; **Bayamlıoğlu**, s. 281; **Güneş**, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 291.

Bu bağlamda FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrasındaki düzenlemede içerik sağlayıcıya yapılan bildirim, uyar ve kaldır sistemine uygun olmakla birlikte içerik sağlayıcının üçüncü kişilerin bilgilerini yayınlaması veya bu doğrultuda bir hizmet vermesi durumunda içeriğin hak ihlaline sebebiyet verip vermediğini içerik sağlayıcının bilmesinin mümkün olmaması sebebiyle uygulamada problemlere neden olmaktadır. Ayrıca içerik ve servis sağlayıcılara, hak ihlali ihtimali karşısında içeriği hemen kaldırma ve içerik sahibi ile ilgili bilgileri olası hak sahibine verme yükümlülüğü uygulamada kişisel verilerin korunmasına zarar verecek ve içerik sağlayıcı ile servis sağlayıcılardan hizmet alan kullanıcıların şahsi haklarının ihlali sonucunu doğurabilecek niteliktedir.<sup>[28]</sup>

FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrasındaki düzenleme ile uygulanmak istenen uyar ve kaldır sistemi, DMCA'daki düzenleme ve Amerika'daki uygulamanın aksine servis sağlayıcı yerine içerik sağlayıcılar hakkında öngörülmüş olmasının içerik sağlayıcıların fonksiyonlarına ve bünyesine uygun olmaması, madde metninde belirtilen internet süjelerinin hukuksal ve cezai sorumlulukları bakımından üstlendikleri işleve göre net bir şekilde tanımlanmamış ve bu anlamda servis sağlayıcı ile içerik sağlayıcısının işlevlerinin birbirine karıştırılmış olması cihetiyle de eleştirilmektedir.<sup>[29]</sup>

FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 1. ve 2. fıkralarında belirtilen eylemlerin gerçekleşmesi ya da aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca hakkı ihlal edilen hak sahiplerinin öncelikle içerik sağlayıcısına ihlalin durdurulması için başvurması ve üç gün içerisinde bu ihlalin durdurulmaması hallerinde FSEK'in 71/2 hükmünde cezai yaptırıma bağlanan ve aşağıda ayrıntısıyla inceleyeceğimiz suçlar oluşacaktır.

### III. FSEK'in Ek Madde 4 Hükümünün İhlali Suçları

#### A. Genel Olarak

Fikrî mülkiyet haklarının işletilmesi, bu hakların hukuk tarafından koruma altına alınmasını gerekli kılmaktadır. Kamu otoritesi, vermiş olduğu tekelleci hakkı yasa ile tanıırken bu hakkın kullanımına ilişkin desteğini de sağlamak

[28] **Kültür ve Turizm Bakanlığı**, s. 85.

[29] **Baştürk, İ.**, "Genel Olarak Fikir ve Sanat Eserleri ve Bunlara İnternet Yoluyla Tecavüz İle Sonuçları", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, s. 202; **Sınar**, s. 380.



ve geçerlilik süresi boyunca koruma sağlamak durumundadır. Söz konusu hakka destek ve koruma sağlanmasına ilişkin bu durum doğal ve beklenen haliyle hakkın ihlali karşısında tespit, men, eski duruma getirme, tazminat ve iptal davaları ile yerine getirilmektedir<sup>[30]</sup>. İhlallerin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda cezai müeyyideler de gündeme gelmekte ve böylece fikrî mülkiyet hukukunun koruması güçlenmektedir<sup>[31]</sup>.

5728 sayılı Kanunla FSEK’te yapılan değişiklik ile eser sahibinin manevi, mali ve bağlantılı haklarını ayrı ayrı maddelerde yaptırım altına alan düzenlemeden vazgeçilerek yanlış bir düşünce ve başarısız bir düzenleme tarzı ile hak sahiplerinin manevi, mali ve bağlantılı hakları olarak belirlenen üç ayrı nitelikteki hakkı Kanunun 71/1 hükmünde tek bir yaptırım altında toplanmaya ve tek bir potada eritmeye çalışılmıştır<sup>[32]</sup>. Benzer bir yaklaşımın çalışmamızın konusu olan FSEK’in 71/2 hükmü bakımında da geçerli olduğu görülmektedir.

FSEK’in 71/2 hükmünde aynı cezai yaptırıma bağlanan iki ayrı suç düzenlenmiştir<sup>[33]</sup>. Bu bakımdan aynı fıkra hükmünde düzenlenen ve fakat faili, mağduru, işleniş biçimi ve konusu bakımından farklılıklar arz eden suçları aynı suçun farklı seçimlik hareketleri olarak değerlendirmeyip ayrı ayrı suçlar olarak ele almak daha isabetli olacaktır. Bununla birlikte eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi suçu ile FSEK’te tanınmış hakların ihlalinin devamı suçunun incelenmesi sırasında, her iki suç tipi, -eylem unsuru dışındaki- suçun maddi unsurları bakımından büyük ölçüde benzerlik göstermesi nedeniyle ortak başlıklar altında incelenecektir. Eylem unsuru bakımından farklılık arz eden her iki suç tipi bu yönüyle ayrı ayrı ele alınacaktır.

Belirtmek gerekir ki FSEK’in 71/2 hükmünde yaptırıma bağlanan FSEK’in Ek Madde 4 hükmünün ihlali suçlarının işlenmesinde daha çok elektronik yöntemler ve internet kullanılmaktadır. Bu nedenle bu suçların da -FSEK’in 72. maddesinde düzenlenen koruyucu hakları etkisiz kılmaya

[30] **Güneş, İ.**, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamada Sınai Mülkiyet Hakları ve Cezai Koruma, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2007, s. 34.

[31] **Başlar, Y.**, “Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Bandrol Suçları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 7, 2016, s. 251.

[32] **Yazıcıoğlu**, s. 167.

[33] **Özderyol, T.**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 230.

yönelik hazırlık hareketleri suçu gibi- bilişim suçlarından olduğu kabul edilmelidir<sup>[34]</sup>.

## B. Korunan Hukuki Yarar

Her iki suçla da korunan hukuki yarar, genel anlamda eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinin mali ve manevi haklarıdır<sup>[35]</sup>. Gerçekten de gerek FSEK'in 71/2 hükmü gerekse bu hükmün göndermesiyle FSEK'in Ek Madde 4 hükmünde belirtilen eylemlerle özellikle de internet yoluyla gerçekleşen ihlallerde eser sahibinin mali haklarının yanı sıra manevi haklarının da ihlal edilmesi söz konusu olabilmektedir. FSEK kapsamında düzenlenen diğer suçlarda olduğu gibi bu suçlarla da hak sahiplerinin haklarının korunması ve dolaylı da olsa bu hakların ihlaline yönelik her türlü hareketin cezalandırılması amaçlanmıştır. Bu düzenlemenin diğerlerinden farkı ise suçların işlenmesinde daha çok elektronik yöntemler ve internetin kullanılması gerekliliğidir<sup>[36]</sup>.

## C. Maddi Unsurlar

### 1. Fail

FSEK'in 71/2 hükmünde düzenlenen, FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün ihlali suçlarından eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi suçu özgü (mahsus) suç niteliğinde değildir. Bu bakımdan Kanunun Ek Madde 4 hükmünün 1. fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak gerçekleştiren herkes bu suçun faili olabilir. Bu anlamda failin sıfatı bu suç bakımından özellik arz etmemektedir.

Buna karşın aynı fıkra metninde düzenlenen FSEK'te tanınmış hakların ihlalinin devamı suçu, fail bakımından özellik arz etmektedir. Buna göre madde metninde "*Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, ..... hapis cezasına hükmolunur.*" hükmüne

[34] **Karagülmez, A.**, Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 176; **Dülger, M. V.**, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 769; **Başlar, Y.**, Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 109.

[35] **Alimoğlu**, 137, 141; **Dülger**, s. 635.

[36] **Özderyol**, s. 230.

yer verilmiştir. Bu bakımdan söz konusu suç ancak içerik sağlayıcılar<sup>[37]</sup> tarafından işlenebilir nitelikte olduğundan özgü (mahsus) suç niteliğindedir.

04.05.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (5651 sayılı Kanun)'un 1-f hükmünde; “İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi ve veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Başka bir ifadeyle içerik sağlayıcı; internette erişimi mümkün olan herhangi bir internet sitesinin içeriğinin oluşmasına bilgi aktarımı yoluyla katkı sağlayan kurum, kişidir. Bu bilgi aktarımı web sayfası sahibi tarafından aktarım, internet ortamına bilgi yükleme (uploading) gibi değişik biçim ve yöntemlerle yerine getirilebilir<sup>[38]</sup>. Bu anlamda bir web sayfasının sahibi içerik sağlayıcısıdır<sup>[39]</sup>.

FSEK'in 71/2 ve Ek Madde 4 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde internet ortamında internet sitesi kurmak suretiyle ses, resim, görüntü vs. hakları paylaşımına ve kullanıma açan içerik sağlayıcılar dışında, bu paylaşımlara katılan veya bireysel çerçevede bilgisayarındaki verileri başkalarının paylaşımına açanlar bakımından herhangi bir sorumluluğun öngörülmediği anlaşılmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile konuya ilişkin özel yasa düzenlemeleri çerçevesinde paylaşımına açılan verileri şahsi amaçlı olarak elde eden ve kullananlara sorumluluk yüklenmesi bu çerçevede mümkün gözükmemektedir<sup>[40]</sup>.

[37] Madde metninde her ne kadar “bilgi içerik sağlayıcı” ibaresi kullanılsa da suçun failinden bahsederken -5651 sayılı Kanunda belirtildiği gibi- “içerik sağlayıcılar” ibaresinin kullanılmasının daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Nitekim 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısında da “bilgi içerik sağlayıcılar” ifadesi yerine 5651 sayılı Kanunla ve yine aynı Kanun Tasarısı ile FSEK'e eklenmesi öngörülen 77/B maddesiyle uyumu sağlamak amacıyla “içerik sağlayıcılar” ibaresi kullanılmıştır. <http://www.msg.org.tr/UserFiles/files/GENEL%20GEREKCE%20VE%20MADDE%20GEREKCELERI.pdf> (25 Mayıs 2018).

[38] Soysal, T., “İnternet Servis Sağlayıcıların Hukuki Sorumlulukları”, TBB Dergisi, Sayı: 61, 2005, s. 309; Güneş, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 274.

[39] Keskin, İ., “İnternet Servis Sağlayıcıları”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 84, Sayı: 5, 2010, s. 2932.

[40] Şen, E. / Yurttaş, Y., “Bilgisayar Programları Karşısında Özel Hayatın Korunması”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 42, Şubat 2010, s. 38.

Benzer şekilde FSEK'in Ek Madde 4 hükümünün 3. fıkrasında servis sağlayıcıdan, ihlale devam eden içerik sağlayıcısına vermiş olduğu hizmeti durdurmasının isteneceğinden söz edilmekte, ancak servis sağlayıcının cezai sorumluluğuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan servis sağlayıcılar FSEK'te tanınmış hakların ihlalinin devamı suçunun faili değildir. Bununla birlikte 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısıyla FSEK'e eklenmesi öngörülen 77/B maddesinde "*İçeriğin yayından çıkarılması veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*"<sup>[41]</sup> düzenlemesine yer verilmek suretiyle erişimi engelleme kararını uygulamayan yer ve erişim sağlayıcılar bakımından cezai müeyyide öngörülmektedir.

İnternet süjelerinin işlev olarak birbirlerinden ayrılmadıkları durumlar da mevcuttur. Servis sağlayıcının aynı zamanda içerik sağlayıcısı olarak da hizmet verebilmesi mümkündür.<sup>[42]</sup> Bu noktada önemli olan husus, ihlalin gerçekleştiği zaman diliminde internet süjelerinin hangi işlevi yerine getirdiklerinin belirlenmesidir. Zira bu belirlemeye göre söz konusu süjenin hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>[43]</sup>. Bu bağlamda servis sağlayıcıların bizatihi içerik sağlayıcısı işlevini yerine getirdikleri durumlarda birinci derecede sorumlulukları gündeme geleceğinden servis sağlayıcılar söz konusu suçun da faili olacaktır.

FSEK'in Ek Madde 4 hükümünün ihlali suçları ancak gerçek kişiler tarafından işlenebilmekte olup -26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun genel sistematığı gereği diğer suçlarda olduğu gibi- tüzel kişiler bu suçların faili olamazlar. Ancak, bu suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, FSEK'in 81/son hükmü uyarınca ilgili tüzel kişi hakkında TCK'nın 60. maddesinde düzenlenen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların gerçek kişi faillerinin tespitinde ise suç unsuru eylemin gerçekleşmesinden özellikle işletmeyi fiilen

[41] Bkz; <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi> (25 Mayıs 2018).

[42] **Yıldız, S.**, "Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 111.

[43] **Sınar**, s. 373.

idare edenler esas sorumlu sayılmakta, ayrıca illiyet bağının kurulabildiği hallerde tüzel kişinin ortakları ve yetkili temsilcileri de suçun faili olarak cezalandırılmaktadır<sup>[44]</sup>.

## 2. Mağdur

Eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi suçunun mağduru FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 1. fıkrasında belirtildiği üzere “*eser sahibi ile eser üzerindeki mali, manevi ve bağlantılı haklardan herhangi birinin sahibi*” kişidir. Bununla birlikte FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 2. fıkrasında yapılan atıf uyarınca, fonogram ve fonogram üzerinde hak sahibi olan kişi de söz konusu suçun mağduru sıfatını haizdir. FSEK'te tanınmış hakların ihlalinin devamı suçunun mağduru ise eser sahipleri ile bağlantılı hak sahipleridir.

## 3. Suçun Konusu

Suçun konusu, kanunda yapılan suç tanımında gösterilen hareketin üzerinde gerçekleştiği obje ya da insandır<sup>[45]</sup>. Buna göre suçun konusunun belirlenmesinde FSEK 71/2 hükmünde düzenlenen her iki suç bakımından ayrı ayrı değerlendirmelerde bulunulması gerekmektedir.

Eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi suçunun konusunu “*eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görülen bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar*” oluşturmaktadır. FSEK'te tanınmış hakların ihlalinin devamı suçunun konusunu ise FSEK'te belirtilen ve ihlaline devam edilen “*mali, manevi ve bağlantılı haklar*”ın bütünü oluşturmaktadır.

## 4. Eylem

### a. Eser Üzerindeki Hak Yönetim Bilgilerinin Ortadan Kaldırılması ve Değiştirilmesi

Eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin kaldırılması ve değiştirilmesi suçunun eylem unsuru FSEK 71/2 hükmünde “*Bu Kanunun ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler*

[44] Turan, s.186.

[45] Centel, N., Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s.189.

..... hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda söz konusu suçun eylem unsurunu FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 1. fıkrasında belirtilen fiiller oluşturmaktadır.

FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 1. fıkrasında “Eser ve eser sahibi ile eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve şartlar ile ilgili olarak eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görülen bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar yetkisiz olarak ortadan kaldırılamaz ve değiştirilemez. Bilgileri ve bilgileri temsil eden sayıları ve kodları yetkisiz olarak değiştirilen veya ortadan kaldırılan eserlerin asılları veya kopyaları dağıtılamaz, dağıtılmak üzere ithal edilemez, yayınlanamaz veya topluma iletilemez.” düzenlemesine yer verilmektedir. Ayrıca aynı maddenin 2. fıkrasında “Yukarıdaki fıkra hükümleri fonogramlar ve fonogramlarda tespit edilmiş icralar bakımından da uygulanır.” denilmek suretiyle aynı suçun eylem unsuruna, fonogramlar ve fonogramlarda tespit edilmiş icralara yönelik fiiller de eklenmiştir.

WCT'nin 12/2 hükmünde, “hak yönetim bilgisi”nin tanımı yapılmıştır. Buna göre; “hak yönetim bilgisi” ifadesi, bilgi öğelerinden herhangi biri eser nüshası üzerinde olduğunda veya eserin topluma iletimine bağlı olarak görüldüğünde eser, eser sahibi, eser üzerindeki herhangi bir hakkın sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve koşullar hakkındaki bilgiler ve bu bilgileri temsil eden tüm sayı ya da kodları tanımlayan bilgiler anlamına gelmektedir.<sup>[46]</sup> Sözleşme uyarınca taraf ülkelerin, yetkisiz olarak hak yönetim bilgisini kaldıran veya zarar veren kimselere karşı gerekli yaptırımları içeren yasal düzenlemeleri yapmaları gerekmektedir<sup>[47]</sup>.

Bu bağlamda FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 1. fıkrasının ilk cümlesinde “ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi” yasaklanan bilgilerin esasen WCT'de tanımı yapılan “hak yönetim bilgisi” olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Buna göre eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin yetkisiz olarak ortadan kaldırılması ya da değiştirilmesi durumunda söz konusu suç oluşacaktır.

[46] Bkz; <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14283/wipo-telif-haklari-andlasmasi-1996.html> (07 Mayıs 2018).

[47] **Kültür ve Turizm Bakanlığı**, s. 57.

Kanun metninde her ne kadar “hak yönetim bilgisi” terimine açıkça yer verilme de madde içeriği ve madde gerekçesinde atıf yapılan telif haklarına ilişkin WIPO sözleşmelerinin yukarıda belirtilen hükümleri bu sonucu ortaya koymaktadır<sup>[48]</sup>. Bu bakımdan bahse konu suçun gerçekleşmesine neden olan eylem bizatihi eserin değiştirilmesi<sup>[49]</sup> ya da ortadan kaldırılması olmayıp; eser üzerinde bulunan hak yönetim bilgilerinin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılmasıdır<sup>[50]</sup>. Bu anlamda Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik, Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesine İlişkin Yönetmelik ve Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik gibi düzenlemeler uyarınca belirlenen eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması suç olarak kabul edilmektedir<sup>[51]</sup>.

Esere eklenmiş sayısal nitelikteki bir etiket niteliğinde olan hak yönetim bilgisi, sayısal haklar yönetimi (DRM)<sup>[52]</sup> sistemlerinin işleyişi bakımından hayati öneme sahiptir. Bu sayısal kod, eserin ağ üzerinde doğru biçimde tanımlanarak DRM sistemi tarafından uygun koruma rejimine tabi kılınmasında, başka bir ifadeyle eserin kopyalanmasının ve kullanılmasının hangi kurallar çerçevesinde gerçekleşeceğinin belirlenmesinde kullanılır<sup>[53]</sup>. Bu bakımdan yine madde metninde açıkça belirtilmemekle birlikte telif haklarına ilişkin WIPO sözleşmelerinin ilgili madde başlıkları ve içeriklerinden<sup>[54]</sup>

[48] **Özderyol**, s. 232.

[49] Bir eserin hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın değiştirilmesi durumunda FSEK'in 71/1-1 hükmünde düzenlenen suç oluşacaktır. **Yusuf Başlar**, “Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklara Yönelik İhlaller”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 28, 2011, s. 668.

[50] **Yavuz, L.**, s. 129.

[51] **Turan**, s. 181; **Baştürk**, s. 194.

[52] Sayısal haklar yönetimi (DRM) özetle; elektronik yöntemler kullanılmak suretiyle medya üzerinde bulunan fikri hakların korunması, izlenmesi, kısıtlanması ve tanımlanmasını ifade etmektedir. **Türkekul, E.**, “İnternette Telif Hakları”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Bilişim ve Hukuk, Cilt: 2, 08-11 Ocak 2008, Ankara, s. 198; Sayısal Haklar Yönetimi, genel olarak teknik koruma önlemleri ve hak yönetim bilgisi şeklinde sınırlandırılan iki ana başlık altında karşımıza çıkmaktadır. **Yavuz, L.**, s. 114.

[53] **Bayamlıoğlu**, s. 186.

[54] WIPO Telif Hakları Sözleşmesinin “Hak Yönetim Bilgilerine İlişkin Yükümlülükler” başlıklı 12. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendi “Yetkisiz olarak elektronik hak yönetim bilgilerini değiştirmek ya da ortadan kaldırmak” şeklindedir. Bkz; <http://teftis>.

bu eylemlerin -kural olarak- elektronik sistemlerde yer alan eserler üzerinde ve elektronik yöntemlerle gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır<sup>[55]</sup>.

Benzer şekilde WCT'ye taraf olan ülkelerin elektronik hak yönetim bilgisi değiştirildiği ya da ortadan kaldırıldığı bilinen eserleri veya nüshalarını dağıtmak üzere ithal eden, yayınlayan ya da ileten kimselere karşı gerekli yaptırımları içeren yasal düzenlemeleri yapmak zorunda oldukları görülmektedir<sup>[56]</sup>.

FSEK'in Ek Madde 4 hükümünün 1. fıkrasının ikinci cümlesinde “*Bilgileri ve bilgileri temsil eden sayıları ve kodları yetkisiz olarak değiştirilen veya ortadan kaldırılan eserlerin asılları veya kopyaları dağıtılamaz, dağıtılmak üzere ithal edilemez, yayınlanamaz veya topluma iletilmez.*” denilmek suretiyle hak yönetim bilgileri değiştirilen veya kaldırılan eser asıllarının veya kopyalarının dağıtılması, dağıtılmak üzere ithal edilmesi, yayınlanması veya topluma iletilmesi de yasaklanmıştır.

FSEK'in Ek Madde 4 hükümünün 1. fıkrasında soyut şekilde hak yönetim bilgisine müdahale, FSEK'in 71/2 hükmünde belirtilen cezai yaptırıma tabi tutulmaktadır. Suçun oluşması için bu müdahalenin ticari amaçla yapılması gerekmediği gibi müdahaleye konu eserin yayını ve kamuya iletimi gibi şartlar da aranmamakta, hiçbir istisna olmaksızın fail hakkında yaptırım öngörülmektedir. Buna göre bir kimsenin sayısal bir etiket olan “hak yönetim bilgisine” müdahale eden bir programı deneme maksadıyla yazmaya çalışması durumunda dahi söz konusu suç oluşmaktadır. Hâlbuki WCT'nin 12. maddesi sayısal hak yönetim bilgisine müdahaleyi, ancak yapılan eylemin WCT veya Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi (Bern Konvansiyonu) kapsamındaki hakların ihlali veya kolaylaştırıcı olduğunun bilinmesi halinde hukuka aykırı kabul etmiştir<sup>[57]</sup>.

---

[kulturturizm.gov.tr/TR,14283/wipo-telif-haklari-andlasmasi-1996.html](http://kulturturizm.gov.tr/TR,14283/wipo-telif-haklari-andlasmasi-1996.html) (07 Mayıs 2018).

[55] **Özderyol**, s. 232; **Alimoğlu**, s. 138.

[56] WIPO Telif Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinin 1. fıkrasının (ii) bendi “Elektronik hak yönetim bilgilerinin izinsiz değiştirildiği ya da ortadan kaldırıldığı bilinen, eserleri veya eser nüshalarını yetkisiz olarak dağıtmak, dağıtmak üzere ithal etmek, radyo ve televizyonla yayınlamak ya da topluma iletmek” şeklindedir. Bkz; <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14283/wipo-telif-haklari-andlasmasi-1996.html> (07 Mayıs 2018).

[57] **Bayamlıoğlu**, s. 283.



WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi'nin 19/2 hükmünde de “hak yönetim bilgisi”nin tanımı yapılmıştır. Buna göre; “hak yönetim bilgisi” ifadesi, bilgi öğelerinden herhangi biri tespit edilmiş icra veya fonogram nüshaları üzerinde olduğunda veya tespit edilmiş icranın veya fonogramın topluma sunumu veya iletme bağı olarak görüldüğünde icracı, icracının icrası, fonogram yapımcısı, fonogram, icra veya fonogram üzerindeki herhangi bir hakkın sahibi ya da fonogram veya icra kullanımına ilişkin koşullar ve süreler hakkındaki bilgiler ve bu bilgileri temsil eden tüm sayı ya da kodları tanımlayan bilgiler anlamına gelmektedir.<sup>[58]</sup> Sözleşme uyarınca taraf ülkelerin sayısal hak yönetim bilgisi kaldırılmış veya zarar verilmiş icraları veya fonogramları dağıtan, dağıtılmasına yardımcı olan veya ileten kimselere karşı gerekli yaptırımları içeren yasal düzenlemeleri yapmaları gerekmektedir.<sup>[59]</sup>

WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesinin bir gereği olarak düzenlenen FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 2. fıkrası ve bu fıkranın aynı maddenin birinci fıkrasına yapmış olduğu atıf uyarınca da fonogramlar ve fonogramlarda tespit edilmiş icraların hak yönetim bilgileri ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi ve ayrıca hak yönetim bilgisi kaldırılmış veya değiştirilmiş fonogram ve icraların asıllarının veya kopyalarının dağıtılması, dağıtmak üzere ithal edilmesi, yayınlanması veya topluma iletilmesi durumunda da suçun eylem unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

FSEK'in 71/2. hükmü ile Kanununun Ek Madde 4 hükmünün 1. fıkrasındaki fiilleri yetkisiz olarak işleyenlerin cezalandırılacağı öngörülmesine karşın, Ek Madde 4 hükmünün 2. fıkrasında yer alan fonogram ve icraların zikredilmemesi uygulamada tereddüt oluşturacak nitelikte<sup>[60]</sup> ise de söz konusu hareketlerin gerçekleşmesi durumunda da FSEK 71/2 hükmünde düzenlenen suçun oluşacağı kanaatindeyiz<sup>[61]</sup>.

[58] Bkz; <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14282/wipo-icralar-ve-fonogramlar-andlasmasi1996.html> (07 Mayıs 2018).

[59] **Kültür ve Turizm Bakanlığı**, s. 57.

[60] **Turan**, s. 251.

[61] Bununla birlikte 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısı ile FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 2. fıkrasında değişikliğe gidilerek hak yönetim bilgileri olarak adlandırılan ve eser üzerinde bulunan sayı ve kodların yetkisiz olarak kaldırılması veya değiştirilmesini engelleyen hükmün, fonogram ve icraların yanı sıra, yapımlar ve yayınlar bakımından da geçerli kılınması öngörülmektedir. Bkz; <http://www.msg.org.tr/UserFiles/files/>

Belirtmek gerekir ki; WCT'nin 11. maddesinde “Teknolojik Önlemlere İlişkin Yükümlülükler” düzenlenmiştir<sup>[62]</sup>. Bununla birlikte “hak yönetim bilgisi”ne ilişkin WCT'nin 12. maddesinin, esas düzenleme olan WCT'nin 11. maddesini tamamlayıcı nitelikte olduğu dikkate alındığında; WCT'nin 12. maddesi ile uyumlu şekilde “hak yönetim bilgisi”ni doğrudan koruma altına alan FSEK'in Ek Madde 4 hükümünün 1. fıkrasındaki düzenlemenin esere erişimi düzenleyen teknolojik önlemlere ilişkin hiçbir düzenlemeye yer vermediği görülmektedir. Bu bakımdan Türk Hukukunda eserin korunmasına yönelik teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesi, hak yönetim bilgisinin kaldırılması ya da değiştirilmesi sonucunu doğurmadığı sürece tek başına suç unsuru teşkil etmeyecektir<sup>[63]</sup>. Aynı durum WPPT'nin 18. maddesi<sup>[64]</sup> bağlamında fonogramlar ve fonogramlarda tespit edilmiş icralar bakımından da söz konusudur.

GENEL%20GEREKCE%20VE%20MADDE%20GEREKCELERI.pdf (25 Mayıs 2018).

- [62] WPPT'nin “Teknolojik Önlemlere İlişkin Yükümlülükler” başlıklı 18. maddesinde; “Akit Taraflar, ilgili eser sahiplerine yetki veya kanunla izin verilmeyen fiillerin gerçekleştirilmesini kısıtlayan ve bu Anlaşma ve Bern Sözleşmesi ile kendilerine tanınan haklar çerçevesinde eser sahiplerince kullanılan etkin teknolojik yöntemlerin etkisiz hale getirilmesine karşı uygun yasal koruma ve etkin yasal yaptırımlar öngöreceklendir.” hükmüne yer verilmiştir. Bkz; <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14283/wipo-telif-haklari-andlasmasi-1996.html> (07 Mayıs 2018).
- [63] **Bayamloğlu**, s. 282; **Levent Yavuz**, s. 129; Bununla birlikte FSEK'in 72. maddesinde yalnızca bilgisayar programlarına ilişkin olarak sağlanan ve koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerini yaptırıma bağlayan düzenleme, 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısıyla yapılması öngörülen değişikliklerle madde başlığı “Teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik eylemler” olacak şekilde ve tüm eser, icra, yapım ve yayınları kapsayacak biçimde yeniden düzenlenmiştir. Bu bağlamda Tasarı metnindeki düzenlemenin öğretideki eleştirileri önemli ölçüde karşılayacak nitelikte olduğu söylenebilir. Bkz; <http://www.msg.org.tr/UserFiles/files/GENEL%20GEREKCE%20VE%20MADDE%20GEREKCELERI.pdf> (25 Mayıs 2018).
- [64] WCT'nin “Teknolojik Önlemlere İlişkin Yükümlülükler” başlıklı 11. maddesinde; “Akit Taraflar, ilgili icracı sanatçılar ya da fonogram yapımcılarına yetki veya kanunla izin verilmeyen fiillerin gerçekleştirilmesini kısıtlayan ve bu Anlaşma ile kendilerine tanınan haklar çerçevesinde icracı sanatçılar ve fonogram yapımcılarınca kullanılan etkin teknolojik yöntemlerin etkisiz hale getirilmesine karşı uygun yasal koruma ve etkin yasal yaptırımlar öngöreceklendir.” hükmüne yer verilmiştir. Bkz; <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14282/wipo-icralar-ve-fonogramlar-andlasmasi1996.html> (07 Mayıs 2018).

## b. FSEK’te Tanınmış Hakların İhlalinin Devamı Suçu

Fikrî haklara yönelik ihlaller nedeniyle bu hakların korunması zorunluluğu eserlerin çoğaltılması ile doğrudan bağlantılıdır. İnternet ise günümüzde eserlerin yayım, basım ve çoğaltım olanaklarının çok kolay bir şekilde gerçekleştirilebildiği imkânlar sunmaktadır. Dolayısıyla eser sahiplerinin haklarının internet ortamında da korunması zarureti ortaya çıkmıştır<sup>[65]</sup>.

Teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak fikrî mülkiyet hukukuna konu olan klasik hak sahipliği ve telif hakkı kavramları değişikliğe uğramış, ayrıca bu kavramlara verilen anlamlar da sorgulanmaya başlanmıştır. Özellikle sunucu (server) temelinden bağımsız “Peer to Peer” (P2P) sistemlerinin geliştirilmesi ve yoğun biçimde kullanılması bu konudaki tartışmaların daha da büyümesine neden olmuştur<sup>[66]</sup>.

Mevzuatımızda fikrî mülkiyet hukukunun internet aracılığı ile ihlali neticesinde suç faillerine yönelik öngörülen cezai sorumluluk hükümleri FSEK’in 71/1 hükmünde düzenlenmektedir. Bununla birlikte FSEK’in 71/2 hükmünde bir internet süjesi olan içerik sağlayıcılar bakımından ayrı bir ceza sorumluluğu öngörülmektedir.

Esasen ülkemizde internet süjelerinin sorumluluğunun düzenlendiği genel nitelikteki kanun 5651 sayılı Kanun’dur. Bununla birlikte FSEK’in 71/2 hükmünde bir internet süjesi olan içerik sağlayıcısının cezai sorumluluğunu öngören ayrıksı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu bağlamda yasa koyucu FSEK’in 71/2 hükmündeki “... *bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” düzenlemesiyle içerik sağlayıcılarının FSEK’te korunan hakların ihlaline devam etmeleri durumunda cezai yönden sorumlu olacaklarını hükme bağlamıştır.

İçerik sağlayıcıların hangi hallerde belirtilen suçu gerçekleştirmiş sayılacağı yukarıda ayrıca incelediğimiz FSEK’in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrasında belirtilmiştir<sup>[67]</sup>. Buna göre suçun eylem unsurunun gerçekleşmesi için içerik sağlayıcısının yalnızca FSEK’te korunan bir hakkı ihlal etmesi yetmeyip

[65] Soysal, s. 331.

[66] Uçkan / Beceni, s. 385-386; Avşar / Öngören, s. 259.

[67] 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısında FSEK’in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrasının madde metninden çıkarılması, bu düzenlemenin 77/B maddesi olarak

FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrası uyarınca hakları ihlal edilen kişilerin içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içerisinde ihlalin durdurulmasını istemeleri ve buna rağmen içerik sağlayıcısının ihlale devam etmiş olması gerekmektedir. Bu anlamda suç, üç günlük sürenin dolmasından itibaren işlenmeye başlayacaktır<sup>[68]</sup>. Bunun doğal sonucu olarak da içerik sağlayıcıların gerçekleştirmiş oldukları ihlaller hak sahiplerince öğrenilmediği ve uyarı prosedürü tamamlanmadığı sürece cezai yaptırıma tabi olmayacaklarının da kabulü gerekmektedir<sup>[69]</sup>.

Hakkının ihlale uğradığını düşünen suç mağdurunun öncelikle yapması gereken içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içerisinde ihlalin durdurulmasını istemek olmasına karşın yasa hükmünde bunun yöntemi belirtilmemiştir. Yine karşı tarafın cevabının nasıl alınacağı da hiçbir şekilde belli değildir. Bu durumun belirlenmesi uygulamadaki işleyişe kalmaktadır. Herhangi bir şekil şartının öngörülmemesi karşısında bu ihbarın e-posta yoluyla yapılabilmesi mümkün<sup>[70]</sup> olduğu gibi hak sahibinin bu durumu belgeleyen evrakı ekleyerek bir yazı ile başvurması da yeterli olacaktır. Söz konusu yazının noter marifetiyle gönderilmesi ise ispat kolaylığı bakımından daha sağlıklı olacaktır<sup>[71]</sup>.

daha kapsamlı şekilde yeniden düzenlenmesi öngörülmektedir. Bkz; <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi> (25 Mayıs 2018).

- [68] 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısında içerik sağlayıcılar ve yer sağlayıcıların ihlale konu eser, icra, yapım ve yayınları içerikten çıkarmaları için belirtilen üç günlük sürenin, yirmi dört saat olarak değiştirilmesi öngörülmektedir. Bkz; <http://www.msg.org.tr/UserFiles/files/GENEL%20GEREKCE%20VE%20MADDE%20GEREKCELERI.pdf> (25 Mayıs 2018).
- [69] Böyle bir kabulün kanunla sağlanmak istenen cezai koruma sistemi ile bağdaşmayacağı yönündeki aksi düşünce için bkz; **Baştürk**, s. 201-202.
- [70] **Alica, T.**, “İnternette Telif Hakları”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Bilişim ve Hukuk, Cilt: 2, 08-11 Ocak 2008, Ankara, s. 196; **Bozbel, S.**, “Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?”, Tekin Memiş (Ed.), Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009 içinde, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, 156; **Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü**, “Fikri ve Sınai Haklar Yargı İstişare Grubu Birinci Toplantısı”, Antalya, 22 Kasım 2008, <https://slidex.tips/download/fkr-ve-sina-haklar-yargi-stare-grubu-brnc-toplantisi>, (22 Mayıs 2018), s. 12.
- [71] **Özderyol**, s. 237; 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısında bu uyarının içerik sağlayıcısına veya yer sağlayıcıya internet sayfalarındaki elektronik posta veya diğer iletişim araçlarına gönderilebileceği öngörülmektedir. Bkz; <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi> (25 Mayıs 2018).

Diğer taraftan internet ortamında yazılı basında olduğu gibi bir *impressum* yükümlülüğü bulunmadığından hak sahibinin içerik sağlayıcısını tespit etmesi ve bizzat ulaşabilmesi pek de mümkün görünmemektedir. İçerik sağlayıcısına ancak ona hizmet veren servis sağlayıcı üzerinden ulaşılabilmesi mümkündür. Ancak FSEK Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrası servis sağlayıcıya başvurmadan önce içerik sağlayıcısına başvurulmasını öngörmesi nedeniyle bu suçun oluşmasını da oldukça zorlaştırmaktadır<sup>[72]</sup>.

Belirtmek gerekir ki bahse konu suç içerik sağlayıcısının başvuruya kayıtsız kalarak eseri ya da bağlantılı hakka konu ürünü sağlamış olduğu içerikte tutmaya devam etmesi ile oluşmakla birlikte ihlale konu eseri ya da ürünü içeriğe yerleştiren kişi üçüncü kişi değil de bizzat içerik sağlayıcısı ise bu durumda zaten umuma iletim hakkı başta olmak üzere somut olayın özelliklerine göre FSEK'in 71/1 hükmünde tanımlanan diğer suçların oluşması söz konusu olabilecektir<sup>[73]</sup>.

FSEK'te tanınmış hakların ihlalinin devamı suçunda fail tarafından önceden yapılmış olan ve FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrasında tanımlanan bir eylem bulunmakta olup kendisinden söz konusu eylemin doğurduğu tehlikenin kaldırılması istenmekte olduğundan bu suç ihmali suç niteliğindedir<sup>[74]</sup>. Bu suç, ihmali nitelikte gerçekleşen ihlale devam etme eylemi sürdüğü müddetçe işlenmeye devam edeceğinden aynı zamanda mütemadi suç niteliğindedir.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki kanun koyucunun telif haklarının korunması bağlamında refleks biçimde bir hukuksal düzenleme rejimini benimseyerek ilk olarak 5101 sayılı Kanunla FSEK'in Ek Madde 4 hükmüne eklenen bir fıkra ile daha sonra da 5728 sayılı Kanunla FSEK'in 71/2 hükmünde yapılan düzenleme ile bir internet süjesi olan içerik sağlayıcısının internet üzerinde gerçekleşen telif hakları ihlallerinden doğan sorumluluğunu belirlediği görülmektedir. Ancak gerek 5101 sayılı Kanunla getirilen düzenleme gerekse 5728 sayılı Kanunla FSEK'in 71/2 hükmünde

[72] **Sınar**, s. 380-381; **Soysal**, s. 333; 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısı metninde hakkı ihlale uğrayan hak sahibine içerik sağlayıcısının yanı sıra yer sağlayıcıya da başvurma imkânı tanınmıştır. Bkz; <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi> (25 Mayıs 2018).

[73] **Turan**, s. 183.

[74] **Özderyol**, s. 238; **Turan**, s. 141.

yapılan düzenlemenin başarılı bir düzenleme olduğunu söylemeye imkân bulunmamaktadır<sup>[75]</sup>.

İçerik sağlayıcıların internet üzerinden gerçekleştirilen fikrî mülkiyet hakkı ihlallerinden doğan cezai sorumluluğunu FSEK'in oldukça karmaşık yapıya sahip ceza sorumluluğu anlayışı yerine karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalar da dikkate alınarak 5651 sayılı Kanun çerçevesinde yeniden ele almak daha uygun bir çözüm yolu olacaktır<sup>[76]</sup>.

#### **D. Manevi Unsur**

FSEK'in 71/2 hükmünde düzenlenen suçlar ancak kasten işlenebilen suçlar olup taksirle işlenebilen suç tiplerinden değildir. Dikkatsizlik ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak bu suçların gerçekleşmesi mümkün değildir. Belirtilen suçların gerçekleşmesi için genel kast yeterlidir. Buna göre bir kimsenin kasıtlı olarak Kanunun Ek Madde 4 hükmünün 1. fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işlemesi ya da içerik sağlayıcısının Kanunda tanınmış hakları ihlal etmeye devam etmesi belirtilen suçların oluşumu için yeterlidir.

#### **E. Hukuka Aykırılık Unsuru**

FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün ihlali suçlarında hak sahibinin izni eylemi hukuka uygun hale getirecektir. Kanunda hak sahibinin izninin yazılı olmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen izin yazılı veya sözlü olabileceği gibi sarih veya zımni olarak da verilmiş olabilir<sup>[77]</sup>.

Hak sahibi tarafından verilen rızanın eylemi hukuka uygun hale getirmesi için suçun işlenmesinden önce verilmesi gerekmektedir. Suçun işlenmesinden sonra verilecek rıza (icazet) eylemi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Zira rıza geçmişe etkili değildir. Bununla birlikte FSEK'in 75. maddesi uyarınca takibi şikâyete bağlı bu tür suçlar bakımından suçun işlenmesinden sonra verilecek rıza aynı zamanda şikâyetten vazgeçme anlamını taşıyacağı için bu

[75] **Sınar**, s. 380.

[76] Aynı görüş için bkz; **Sınar**, s. 382.

[77] **Başlar, Y.**, "Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketi Suçu", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 1, Mayıs 2013, s. 251.

durumda yargılama şartı olan şikâyetin bulunmaması nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapma olanağı bulunmayacaktır<sup>[78]</sup>.

## F. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 1. Teşebbüs

FSEK'in 71/2 hükmünde düzenlenen suçlar, sırf hareket suçu yani neticesi harekete bitişik suçlardan olduklarından teşebbüse uygun suç tipleri değildir. Ancak, icrai nitelikteki eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi suçu bakımından hareketlerin bölünebildiği hallerde fail teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir. Bununla birlikte failin hazırlık hareketlerini gerçekleştirmekle birlikte icra hareketlerine başlamadığı hallerde ise söz konusu suça teşebbüs de gerçekleşmiş sayılmayacaktır. İhmalî bir suç olan FSEK'te tanınmış hakların ihlalinin devamı suçu için ise böyle bir durum da söz konusu değildir.

### 2. İştirak

FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün ihlali suçları, iştirak konusu bakımından herhangi bir özellik göstermeyip genel hükümlere tabidir. TCK'nın 37 vd. maddelerindeki iştirake ilişkin hükümler bu suçlar bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda bahse konu suçlar tek faille gerçekleşebileceği gibi birden çok fail tarafından müştereken de işlenebilir. Bu durum halinde fiili birlikte gerçekleştiren kimseler müşterek faillik (TCK m. 37/1) esasına göre sorumlu olurlar. Ayrıca suçun icrai ya da ihmalî hareketlerini birlikte gerçekleştirmeyen ve fakat suç işleme konusunda faile karar verdiren kişiler "azmettirme" (TCK m. 38), suçun işlenmesine yardım eden kişiler ise "yardım etme" (TCK m. 39) hükümleri uyarınca sorumlu olurlar.

Bununla birlikte FSEK'te tanınmış hakların ihlalinin devamı suçunun iştirak halinde işlenmesi ancak kanunun yüklediği yükümlülüğün birden fazla muhatabının olması ve bu kimselerin suç işlenmesi konusunda göstermiş oldukları müşterek irade ile yükümlülüğü ihmal etmeleri durumunda mümkündür<sup>[79]</sup>. Bu anlamda madde metninde ceza sorumluluğu belirtilmeyen servis sağlayıcılar da ihlali gerçekleştiren ve ihbara rağmen ihlaline devam

[78] **Özderyol**, s. 234; **Yazıcıoğlu**, s. 211-212; **Turan**, s. 201; **Başlar**, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki*, s. 680.

[79] **Turan**, s. 211.

eden içerik sağlayıcısına verdiği hizmeti suça iştirak kastı ile durdurulmaması durumunda kastına göre iştirak hükümleri uyarınca sorumlu olabilecektir<sup>[80]</sup>.

### 3. İçtima

TCK'nın genel gerekçesinde<sup>[81]</sup> belirtildiği üzere ceza hukukunun temel kurallarından birisi “*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*” şeklindedir. Ancak 5728 sayılı Kanunla FSEK'in 71. maddesinde yapılan değişiklik uygulamada ciddi tereddütlere mahal verecek niteliktedir. Özellikle FSEK'in 71/1-1 hükmünde farklı hukuki konusu olan ve farklı hukuki yararları koruyan suçlar, aynı suçun farklı seçimlik hareketleri zannedilebilecek şekilde düzenlenmiştir. Hâlbuki FSEK'in 71/1-1 hükmü içerisinde hak sahibinin Kanunun çeşitli maddelerinden kaynaklanan manevi, mali ve bağlantılı haklarına ilişkin tecavüz suçları bir arada düzenlenmiştir. Birbirinden farklı üç yararı koruyan suçlara yönelik bir arada gerçekleştirilen düzenleme tek bir suç ihdas etmeye yönelik değildir. Netice itibarıyla daha önce üç farklı madde içinde düzenlenen suçlar (FSEK m. 71, 72 ve 80) bugün tek bir madde içinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte mezkûr suçların korudukları hukuki yarar ve suçların yöneldikleri suç konuları farklı olduğu için bu üç suçun bağımsızlığı değişmemiştir. Bu nedenle de üç ayrı suçu ilgilendiren icra hareketlerinin aynı madde içinde düzenlenmesi diğer suçların oluşumu açısından seçimlik hareket teşkil etmemektedir<sup>[82]</sup>.

Bir suçun maddi unsuruna ilişkin olarak sayılan eylemlerin hepsinin aynı madde / fıkra hükmünde gösterilip aynı müeyyideye tabi kılınmış olması, mutlaka seçimlik hareketli suçun düzenlendiği sonucunu doğurmamaktadır. Nitekim kanun, birden fazla suçu aynı hükümde göstermiş de olabilir<sup>[83]</sup>. Bu bağlamda FSEK'in 71/1-1 hükmündeki hatalı düzenleme biçimi FSEK'in 71/2 hükmünde düzenlenen suçlar bakımından da söz konusudur. Buna göre FSEK'in 71/2 hükmünde aynı cezai yaptırıma bağlanan ve fakat faili, mağduru, işleniş biçimi ve konusu bakımından farklılık arz eden iki ayrı suç düzenlenmiştir. Bu bakımdan söz konusu aynı fıkra hükmünde düzenlenen

[80] **Avşar / Öngören**, s. 260-261.

[81] Bkz; <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (25.08.2019).

[82] **Yazıcıoğlu**, s. 214-215; Benzer görüş için bkz. **Turan**, s. 212-213; **Başlar**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki, s. 682-683.

[83] **Erem, F. / Danışman, A. / Artuk, M. E.**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997, s. 256.



suçları aynı suçun farklı seçimlik hareketleri olarak değerlendirmeyip ayrı ayrı suçlar olarak ele almak gerekmektedir. Başka bir ifadeyle eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi eylemi ile FSEK’te tanınmış hakların ihlalinin devamı eyleminin ayrı ayrı gerçekleştirilmesi durumunda iki ayrı suçun gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Bununla birlikte eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi suçu kendi içerisinde seçimlik hareketli bir suçtur. Bu bakımdan suçun eylem unsurunun belirlendiği FSEK’in Ek Madde 4 hükmünün 1. fıkrasında bu suçların oluşmasına yönelik eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması, değiştirilmesi ya da bu şekilde değiştirilen veya ortadan kaldırılan eserlerin asılları veya kopyalarının dağıtılması, dağıtılmak üzere ithal edilmesi, yayınlanması veya topluma iletmesi hareketlerinden hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin, birden fazla hareketin bir arada gerçekleştiği durumlarda dahi, seçimlik hareketli suçun niteliği gereği ortada daima tek bir suçun varlığı kabul edilmelidir.

Zincirleme suç hükümleri bu suçlar bakımından da uygulanabilir. Şayet aynı fail tarafından aynı suç işleme iradesi kapsamında kısa zaman aralıklarıyla aynı hak sahibine ait eserlere ilişkin ihlalin söz konusu olduğu hallerde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır<sup>[84]</sup>. Ancak zincirleme suç hükümlerinin kabul edilmesi suçun aynı eser, fonogram ve icra hakkında işlenmesine, yani suçun konusunun da aynı olmasına bağlıdır. Buna göre örneğin FSEK’in Ek Madde 4 hükmünün 1. fıkrasında belirtilen “üstündeki bilgiler yetkisiz kişilerce değiştirilen eserleri dağıtmak” eylemi gerçekleştirilirken aynı yazarın aynı kitabını farklı tarihlerde farklı sevkiyatlarla satışa sunması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Failin aynı “dağıtmak” eylemini aynı yazarın başka bir eseri hakkında farklı bir zamanda işlemesi, yani suçun konusunun değişmesi halinde artık yeni ve bağımsız bir suçun varlığı söz konusu olacaktır<sup>[85]</sup>.

Belirtmek gerekir ki içtima hükümleri FSEK’te tanınmış hakların ihlalinin devamı suçu bakımından özellik göstermektedir. Buna göre, eser sahibi veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlali durumunda içerik sağlayıcısına gerekli uyarının yapılmasına rağmen bu ihlalin devamı halinde FSEK’in 71/2 hükmündeki cezai müeyyide uygulanacaktır. İçerik sağlayıcısı bu

[84] **Özderyol**, s. 240.

[85] **Turan**, s. 214.

hükümle örneğin bir web sitesinde hak sahibinden izinsiz olarak yayınlanan bir eserden dolayı sorumlu tutulmakta ve ihlale son vermemesi durumunda cezalandırılmaktadır. Görüleceği üzere böyle bir durumda aynı zamanda eser sahibinin mali haklarından, umuma iletim ve çoğaltma hakkının ihlali de söz konusu olacaktır. Ancak bu eylemlerin içerik sağlayıcısı dışındaki kişiler tarafından işlenmesi durumunda faille FSEK'in 71/1-1 hükmünde öngörülen yaptırım uygulanacaktır<sup>[86]</sup>.

5728 sayılı Kanun değişikliği öncesinde yukarıda belirtilen eylemlerin bizzat içerik sağlayıcısı tarafından gerçekleştirilmesi durumunda içerik sağlayıcılar hakkında özel normun öncelikle uygulanırlığı prensibince<sup>[87]</sup> FSEK'in Ek Madde 4 hükümünün 4. fıkrası atfı sonucu FSEK'in 5101 sayılı Kanunla değişik 72/2 hükmü uyarınca daha hafif bir yaptırımla cezalandırılması öngörülmekteydi. Bu durum içerik sağlayıcısı tarafından bizzat gerçekleştirilen umuma iletim ve çoğaltma hakkı ihlalleri bakımından adalet ve hakkaniyet ilkelerine ters olması bakımında da eleştirilmekteydi<sup>[88]</sup>. Ancak 5728 sayılı Kanunla değişik FSEK'in 71/2 hükmündeki düzenlemede “*fiilin daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde*” ibaresinin eklenmesi nedeniyle içerik sağlayıcısı tarafından bizzat gerçekleştirilen umuma iletim ve çoğaltma hakkı ihlalleri durumunda içerik sağlayıcılar da FSEK'in 71/2 hükmü yerine FSEK'in 71/1-1 hükmünde öngörülen daha ağır cezai yaptırım ile cezalandırılacaktır.

### G. Görev ve Kovuşturma

5846 sayılı FSEK'in 76. maddesi uyarınca FSEK'in Ek Madde 4 hükümünün ihlali suçlarına ilişkin davalara bakmakla görevli mahkeme Adalet Bakanlığınca kurulacak ihtisas mahkemeleridir. Bununla birlikte ihtisas mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kuruluna yetkilendirilecek Asliye Ceza Mahkemeleri davaya bakmakla görevlidir.

FSEK'in 75'inci maddesi uyarınca aynı Kanunun 71/2 hükmünde düzenlenen FSEK'in Ek Madde 4 hükümünün ihlali suçları takibi şikâyete bağlı

[86] Özderyol, s. 240.

[87] İçel, K., “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 7, Sayı 14, 2008, s. 37.

[88] Özderyol, s. 240.

suçlardandır<sup>[89]</sup>. Bununla birlikte yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet Başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet Başsavcılığına verilmemesi halinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilecektir<sup>[90]</sup>.

FSEK'in 75. maddesinde hak sahiplerinin haklarını takip etmelerine yardımcı olacak bir olanak öngörülmektedir. Buna göre, bu Kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar dolayısıyla başta Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve malî hak sahibi olan kişiler şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilirler. Bu anlamda FSEK'in 71/2 hükmünde düzenlenen suçlar da dâhil olmak üzere şikâyete tabi olan suçların tespiti halinde bir ihbar ve bilgilendirme sistemi bulunmaktadır<sup>[91]</sup>.

FSEK'in 71/2 hükmünde düzenlenen suçlara yönelik şikâyet prosedürü 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın 158/5 hükmünde belirtildiği üzere yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. Burada önemli olan hak sahibinin şikâyet iradesini açık bir şekilde ortaya koymasıdır. Bu bağlamda FSEK'in 71/2 hükmünde düzenlenen eser üzerindeki hak yönetim bilgilerinin ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi suç bakımından şikâyet prosedüründe herhangi bir duraksama yaşanmayacağı açıktır. Buna karşın FSEK'te tanınmış hakların ihlalinin devamı suç bakımından suçun meydana geldiği zaman da gözetilerek ayrı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

[89] **Yenidünya, A. C.**, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: X, Sayı: 3-4, 2006, 257; **Hafizoğulları, Z.**, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 48, Sayı: 1-4, 1999, s. 2; **Albayrak, M.**, “Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 57, 2005, s. 334.

[90] **Yavuz, M. R.**, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71. Maddesinde Düzenlenen Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 91-92; **Başlar, Y.**, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki*, s. 683.

[91] **Güneş, İ.**, “5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri”, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 14, 2008, s. 354.

Bu bağlamda FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrasında belirtilen hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişilerin ihlalin devamı durumunda Cumhuriyet savcısına yaptıkları başvuru bir şikâyet olmayıp servis sağlayıcıdan ihlale devam eden içerik sağlayıcısına verilen hizmetin üç gün içinde durdurulmasına yönelik bir taleptir. Bu nedenle hak sahiplerinin içerik sağlayıcısı hakkında bir suç soruşturması başlatılması hususunda taleplerinin olması durumunda CMK'nın 158/5 hükmünde belirtilen usul uyarınca şikâyette bulunmaları gerekmektedir.

### DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Modern dünyada gelişmişliğin göstergesi kabul edilen fikrî mülkiyet hukuku konusunda görülen eksikliklerin giderilmesi amacı, mevzuatımızın fikrî mülkiyet hukukunun uluslararası alanda kavuştuğu himayeye ulaştırılması çabası, eser sahibinin haklarına ilişkin tanımların teknik gelişmeler ışığında geliştirilmesi ihtiyacı, fikrî mülkiyet hukukuna yönelik ihlallerinin çeşitlilik kazanması ve özellikle teknolojik ilerlemenin fikrî haklara tecavüzleri son derece kolay hale getirmesi gibi nedenlerle ülkemizde belirli aralıklarla yasal düzenlemeler yapılmaktadır.<sup>[92]</sup> Ancak mevcut hukuki durumun derinlikli bir analizi yapılamadan gerçekleştirilen düzenlemeler beklenen sonucu doğurmamaktadır<sup>[93]</sup>.

Diğer taraftan FSEK'te sık aralıklarla yapılan yasa değişiklikleri ile Kanuna eklenen cezai müeyyideler ceza hukuku sistemimizin temel kavram ve müesseseleri ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya koymaktadır. Bu anlamda FSEK'in ceza hükümleri içeren özel bir kanun olduğu göz ardı edilerek FSEK hükümleri ile adeta bazı yeni ceza hukuku müesseseleri ve kavramları oluşturulmaya veya mevcut kavramlara yeni anlamlar yüklenmeye çalışıldığı görülmektedir. FSEK'in ceza hükümlerinin bir sistematığının bulunmaması ise uygulamada pek çok sorun ve tereddüte kaynak teşkil etmektedir<sup>[94]</sup>.

FSEK'in ceza hükümlerinin sistematikten uzak görünümü çalışmamızın konusunu oluşturan ve FSEK'in 71/2 hükmünde düzenlenen, aynı

[92] **Duran, B.**, "Türkiye'de Fikri Haklar ve Markaların Ceza Hukuku Bakımından Korunması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, s. 81; **Turan**, s. 251.

[93] **Bayamlioğlu**, s. 285.

[94] **Baştürk**, s. 167; **Bayamlioğlu**, s. 285; **Başlar**, Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik, s. 257.

zamanda bir bilişim suçu niteliğinde de olan FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün ihlali suçları bakımından da pek çok açıdan sorun oluşturmakta ve eleştiriye tabi tutulmaktadır. 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısının da -sınırlı iyileştirmeler dışında- yapılan eleştirilerin bütününe karşılayamadığı değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısında mevcut düzenlemedeki “bilgi içerik sağlayıcılar” ibaresinin “içerik sağlayıcılar” şeklinde değiştirilmesi, “servis sağlayıcılar” bakımından bulunan yükümlülüklerin 5651 sayılı Kanunda tanımı yapılan “yer sağlayıcılar” açısından yeniden belirlenmesi, hakkı ihlale uğrayan hak sahibinin içerik sağlayıcısının yanı sıra yer sağlayıcıya da uyarıda bulunma imkânının tanınması, bu uyarının içerik sağlayıcısına veya yer sağlayıcıya internet sayfalarındaki elektronik posta veya diğer iletişim araçlarına gönderilebilmesi, içerik sağlayıcılar ve yer sağlayıcıların ihlâlê konu eser, icra, yapım ve yayınları içerikten çıkarmaları için öngörülen üç günlük sürenin, yirmi dört saat olarak değiştirilmesi gibi uygulamadaki işleyişle ilgili öğretilere dile getirilen bazı eleştirilere yönelik düzenlemeler olmakla birlikte yapılan düzenlemelerin oldukça dar kapsamlı, yetersiz ve yaşanan sorunları bütünüyle çözüm sunmaktan uzak olduğu görülmektedir.

03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısı metnindeki düzenlemelerin mevcut sorunları daha karmaşık hale getirebilecek yönleri de bulunmaktadır. Buna göre yukarıda da değinildiği üzere tasarı metninde hakkı ihlale uğrayan hak sahibinin içerik sağlayıcısının yanı sıra yer sağlayıcıya da başvurma imkânı tanınmıştır. Ancak tasarı metninde hak sahibinin yer sağlayıcıya başvurulması ve belirtilen süre içerisinde ihlalin ortadan kaldırılmaması durumunda yer sağlayıcının cezai sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Aynı şekilde hak sahibinin yer sağlayıcıya başvurması ancak bu durumdan içerik sağlayıcısının haberdar olmaması durumunda ise içerik sağlayıcısının cezai sorumluluğunun ne şekilde belirleneceğine ilişkin herhangi bir açıklığın bulunmaması da uygulama açısından sorun oluşturacak niteliktedir.

Diğer taraftan 03.05.2018 sevk tarihli kanun tasarısı metninde 5651 sayılı Kanunla uyumlu olarak, hakları ihlal olunan hak sahiplerinin, içerik sağlayıcısına veya yer sağlayıcıya ihlale konu içeriğin yayından çıkarılması yönünde herhangi bir uyarı gönderme şartı olmadan da dilerse doğrudan Cumhuriyet savcısına başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini isteyebilme

hakkı verilmesi öngörülmektedir<sup>[95]</sup>. Bununla birlikte bu değişikliğin hayata geçmesi durumunda suçun oluşma anına ilişkin bazı tereddütlerin de gündeme gelmesi muhtemel görülmektedir. Zira mevcut düzenlemede suçun oluşması, içerik sağlayıcısının kendisine yapılan uyarıya rağmen belirtilen süre içerisinde ihlale konu içeriği yayından çıkarmamasına bağlıdır. Tasarı hükmüne göre hak sahiplerinin herhangi bir uyarı yapmaksızın doğrudan Cumhuriyet savcısına müracaat etmesi durumunda suçun hangi halde oluşacağı belirsizdir.

Sonuç olarak yasa koyucu fikrî hakların korunmasına yönelik FSEK'te ağır cezai müeyyideler öngören yasal düzenlemeleri tercih ettiği<sup>[96]</sup>, nitekim Ek Madde 4 hükmünün 1. fıkrası çerçevesinde gerçekleşen hak yönetim bilgilerine yönelik müdahalelerin de ağır cezai yaptırımlara tabi tutulduğu görülmektedir. Buna karşın bu tür ihlallere ilişkin ağır cezai yaptırımlar yerine tazminat sorumluluğu kapsamında sorunların çözümü yerinde olacaktır. Zira pek çok açıdan tartışmalı bir alanda hürriyeti bağlayıcı nitelikte ya da bireylerin geleceklerini tehlikeye atacak şekilde yaptırımlardan kaçınılması yerinde olacaktır<sup>[97]</sup>.

Benzer durum internet ve ağ sistemleri üzerindeki fikrî mülkiyet haklarına ilişkin olarak özellikle FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrasının ihlali şeklinde gerçekleşen içerik sağlayıcılar tarafından gerçekleşen ihlaller açısından da geçerlidir. Bu bakımdan internet ve ağ sistemleri üzerindeki fikrî mülkiyet haklarına ilişkin ihlaller konusunda da cezai düzenlemeler yapmadan önce söz konusu ihlallerin nasıl tespit edileceği, fail ya da failere hangi yollarla ulaşılacağı ve ihlallerin ne şekilde durdurulabileceği hususlarında gerekli çalışmaların ve risk analizlerinin yapılması önem arz etmektedir<sup>[98]</sup>.

---

[95] <http://www.msg.org.tr/UserFiles/files/GENEL%20GEREKCE%20VE%20MADDE%20GEREKCELERI.pdf> (25 Mayıs 2018).

[96] **Baştürk**, s. 167.

[97] **Bayamlıoğlu**, s. 281, s. 292.

[98] **Uçkan / Beceni**, s. 386.

**KAYNAKÇA**

1. **Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü.** “*Fikri ve Sınai Haklar Yargı İstisare Grubu Birinci Toplantısı*”, Antalya, 22 Kasım 2008, <https://slidex.tips/download/fkr-ve-sina-haklar-yargi-stare-grubu-brnc-toplantisi>, (22 Mayıs 2018).
2. **Albayrak, Mustafa.** “*Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamaında Sorunlar ve Çözüm Yolları*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 57, 2005, s. 334-357.
3. **Alıca, Türkey.** “*İnternette Telif Hakları*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Bilişim ve Hukuk, Cilt: 2, 08-11 Ocak 2008, Ankara.
4. **Alimoğlu, Kemal.** “*Fikir ve Sanat Eserleriyle İlgili Manevi, Mali ve Bağlantılı Hakların İhlali Suçları*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
5. **Avşar, B. Zakir / Öngören, Gürsel.** *Bilişim Hukuku*, İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2010.
6. **Başlar, Yusuf.** “*Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklara Yönelik İhlaller*”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 28, 2011, s. 659-712.
7. **Başlar, Yusuf.** “*Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketi Suçu*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 1, Mayıs 2013, s. 243-259.
8. **Başlar, Yusuf.** “*Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Bandrol Suçları*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 7, 2016, s. 247-266.
9. **Başlar, Yusuf.** *Ceza Yargılamaında Elektronik Delil*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.
10. **Baştürk, İhsan.** “*Genel Olarak Fikir ve Sanat Eserleri ve Bunlara İnternet Yoluyla Tecavüz İle Sonuçları*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
11. **Bayamlioğlu, İbrahim Emre.** “*Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma*”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

12. **Bozbel, Savaş.** “*Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?*”, Tekin Memiş (Ed.), Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009 içinde, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
13. **Çelik, Emrah.** “*Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Sunumu Yolu İle Umuma İletim Hakkının İhlali*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
14. **Duran, Bekir.** “*Türkiye’de Fikri Haklar ve Markaların Ceza Hukuku Bakımından Korunması*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
15. **Dülger, Murat Volkan.** *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
16. **Erem, Faruk. / Danışman, Ahmet. / Artuk, Mehmet Emin.** *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997.
17. **Güneş, İlhami.** *Açıklamalı–İçtihatlı Uygulamada Sinaî Mülkiyet Hakları ve Cezai Koruma*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2007.
18. **Güneş, İlhami.** *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
19. **Güneş, İlhami.** “*5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri*”, Legal Fikri ve Sinaî Haklar Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 14, 2008, s. 339-355.
20. **Hafizoğulları, Zeki.** “*Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 48, Sayı: 1-4, 1999, s. 1- 14.
21. **İçel, Kayıhan.** “*Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 14, 2008, s. 35-49.
22. **Karagülmez, Ali.** *Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
23. **Keskin, İbrahim.** “*İnternet Servis Sağlayıcıları*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 84, Sayı: 5, 2010, s. 2921-2980.



24. **Ketizmen, Muammer.** *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
25. **Kılıçoğlu, Ahmet.** “*Fikri Haklar Alanında 5101 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 55, 2004, s. 65-84.
26. **Kocabay, Doğan.** “*İnternette Fikri Hakların Korunması*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
27. **Kültür ve Turizm Bakanlığı.** “*Sayısal Haklar Yönetimi (DRM)*”, 2006, [http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/2005\\_Eylem\\_Planı/060000\\_Eylem20SayisalHaklarYonetimi.pdf](http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/2005_Eylem_Planı/060000_Eylem20SayisalHaklarYonetimi.pdf), (25 Mayıs 2018).
28. **Özderyol, Teknail.** *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
29. **Özdilek, Ali Osman.** *İnternet ve Hukuk*, Papatya Yayıncılık, İstanbul 2002.
30. **Sınar, Hasan.** “*Ceza Hukuku Açısından Telif Haklarının Korunması*”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
31. **Soysal, Tamer.** “*İnternet Servis Sağlayıcıların Hukuki Sorumlulukları*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 61, 2005, s. 304-339.
32. **Şen, Ersan / Yurttaş, Yasemin.** “*Bilgisayar Programları Karşısında Özel Hayatın Korunması*”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 42, Şubat 2010, s. 29-42.
33. **Tekinalp, Ünal.** *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.
34. **Tevetoğlu, Mete.** (drl.), “*Konvansiyon Maddeleri İle İlgili Değerlendirmeler*”, Bilişim Hukuku, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
35. **Turan, H. Selcen.** *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

36. **Türkekul, Erdem.** “*İnternette Telif Hakları*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Bilişim ve Hukuk, Cilt: 2, 08-11 Ocak 2008, Ankara, s. 196-201.
37. **Uçkan, Özgür / Beceni, Yasin.** “*Bilişim-İletişim Teknolojileri ve Ceza Hukuku*”, İnternet ve Hukuk. Yeşim Atamer (drl.), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, s. 363-430.
38. **Yavuz, Mehmet Reşat.** “*Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71. Maddesinde Düzenlenen Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
39. **Yavuz, Levent.** “*Elektronik Ortamda Umuma Arz Edilen Eserlerde Sayısal Haklar Yönetimi (Teknik Koruma Önlemleri ve Hak Yönetim Bilgileri)*”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2008, s. 111-132.
40. **Yazıcıoğlu, R. Yılmaz.** *Fikri Mülkiyet Hukukundan Doğan Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
41. **Yenidünya, Ahmet Caner.** “*5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 3-4, 2006, s. 237-272.
42. **Yenidünya, Ahmet Caner / Değirmenci, Olgun.** *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003.
43. **Yıldız, Sevil.** “*Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi*”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.



# MÜSTEHCENLİK SUÇUNUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURLARI BAKIMINDAN EDEBİ ESERLER\*

Faruk Y. TURINAY\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0003-2427-2062>

**DOI:** 10.30915/abd.700061

**Makalenin Geldiği Tarih:** 15.05.2019 **Kabul Tarihi:** 03.07.2019

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Dr. / Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.



## ÖZ

Müstehcenlik, ceza hukuku açısından tanımlanması güç bir kavramdır. Nitekim müstehcenlik suçunu düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde müstehcenliğin tanımına yer verilmemektedir. Bununla beraber söz konusu madde kapsamında cezalandırılan fiiller oldukça çeşitlilik arz etmektedir. “Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri vermek ya da bunların içeriğini göstermek, okumak, okutmak veya dinletmek” ya da “şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üretmek, ülkeye sokmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, başkalarının kullanımına sunmak veya bulundurmak” bunlardan sadece bazılarıdır. Öte yandan maddenin son fıkrasına göre bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacaktır. Dolayısıyla bir eserin edebi değer taşıması halinde müstehcenlik suçu bakımından hukuka uygunluk halinin varlığından söz edilebilecektir. Bu çalışmada müstehcenlik suçunun hukuka uygunluk hallerinden biri olarak edebi eserlere ilişkin hukuki sorunlar ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** müstehcenlik, müstehcenlik suçu, edebi değer, hukuka aykırılık, edebi eser.

LITERARY WORKS IN TERMS OF  
THE ELEMENT OF ILLEGALITY OF  
THE CRIME OF OBSCENITY

ABSTRACT

Obscenity is a concept which is hardly defined in terms of the criminal law. In fact, there is no definition in the article 226 of the Turkish Penal Code No. 5237 which regulates the crime of obscenity. Nevertheless a diverse range of acts are punished in pursuance of the Article 226. “To give to a child obscene written or audio-visual material; or to read or induce another to read such material to a child or to make a child watch or listen to such material” or “to produce, to convey into the country, to offer for sale, to sell, transport, store or offer for the use of others written or audio-visual materials of sexual acts performed with the use of force, animals, a human corpse, or in any other unnatural manner” are only some of these. On the other hand, according to the last paragraph of the article, the provisions of this article may not be applicable for the scientific works; and also excluding third paragraph, the works which have artistic or literary value provided that children should be avoided to reach such material. Hence in the case of a work with literary value, it can be argued that a justification status comes into being as to the crime of obscenity. In this study, as a justification of the crime of obscenity, the legal problems concerning literary works are examined.

**Keywords:** obscenity, crime of obscenity, literary value, illegality, literary work.

## GİRİŞ

Müstehcenlik suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde düzenlenmektedir. Kodifikasyon biçimi bakımından dağınık olan ve çok çeşitli fiilleri tek başlık altında suç olarak düzenleyen maddede çocukların müstehcen içerikten korunmasına ilişkin hükümler olduğu gibi, “insanlık onuruna aykırı” olarak nitelendirilebilecek “hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde yapılan cinsel davranışlara ilişkin” hükümlerin yanı sıra belli bir kategori kapsamında değerlendirilmesi güç olan “doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin” hükümler de bulunmaktadır. Maddenin son fıkrasında 226. madde hükümlerinin bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacağı düzenlenmektedir. Çalışmamızın konusu, edebi eserler bakımından müstehcenlik suçuna ilişkin sorunları kapsamaktadır.

226. maddenin son fıkrasının lafzından anlaşıldığı üzere edebi değeri olan eserlerde madde hükümlerinin uygulanmaması kuralı her koşulda geçerli değildir. Kanun koyucu bu konuda iki istisna öngörmüştür: üçüncü fıkra hükmü ve çocukların söz konusu eserlere ulaşmasının engellenmesi. Bu itibarla, maddenin son fıkrasında edebi değer taşıyan eserlere ilişkin hükümde yer alan “üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla” ibaresi istisnanın istisnasını yaratmaktadır.

Bu çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde düzenlenen “müstehcenlik suçu” hakkındaki tüm tartışmalara gerekmediği sürece yer verilmeyecek, söz konusu maddenin son fıkrasında yer verilen “edebi değeri olan eserler”, suç bakımından incelenecektir. Bununla beraber “edebi değeri olan eserler” e ilişkin hüküm, istisnai hükümler dışında maddenin tümü bakımından geçerli olduğundan yeri geldikçe müstehcenlik suçunun genel mahiyetine ilişkin sorunlara değinilecektir. İstisnai bir düzenleme olarak eserin edebi değer taşıması kriterinin incelenmesi, görülecektir ki, müstehcenlik suçunun mahiyetini, gerekliliğini, kapsamını aydınlatmak bakımından önemli bir bakış açısı sağlamaktadır.

## I. KAVRAM

### A. Genel Ahlak

5237 sayılı Kanun'un 226. maddesinde düzenlenen suç, topluma karşı suçlar kapsamındaki “genel ahlaka karşı suçlar” arasındadır. İncelememize konu olan hükme yer veren yedinci fıkradaki “edebi değeri olan eser”in varlığı ise müstehcenlik suçunun kanun koyucu tarafından yaratılan hukuka uygunluk hallerinden biri ve istisnasıdır. Dolayısıyla kanun koyucunun “edebi değeri olan eser”leri müstehcen içerikli olsa bile “genel ahlak” bakımından suç olarak düzenleyecek ölçüde sakıncalı bulmadığı açıktır. Bu noktada “genel ahlak” kavramına da temas etmekte yarar vardır.

Ceza hukuku açısından genel ahlak, İtalyancada “*moralità pubblica*” ve “*il buon costume*”, Fransızcada ise “*mœurs*” ya da “*bonnes mœurs*” ve “*moralité publique*” terimleriyle ifade edilmekte olup Türkçede 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bu kavram yerine “*adab-ı umumiye*” ya da “*umumi adab*” terimlerinin kullanıldığı görülmektedir.<sup>[1]</sup>

*Antolisei*'ye göre, geniş bir anlamda anlaşılmaması gereken genel ahlak, toplumun etik bilincini ifade etmektedir.<sup>[2]</sup> Ancak söz konusu ahlaki bilinç, salt cinsel eksenli bir ahlakı esas almayıp kasten öldürmeden hırsızlığa kadar çok çeşitli suçların işlenmesi sonucu zedelendiği kabul edilen genel ve etik bir bilinçtir.<sup>[3]</sup> Antolisei'nin tanımladığı çerçevede kabul edilmesi halinde sakıncalı görünmeyen kavramın yine de geniş yorumlanmaya elverişli bir yapıda olduğunu belirtmek gerekir.

*Mayer*'e göre, ceza hukuku genel ahlakı ancak kamu düzenini gerçekten ilgilendirdiği durumlarda düzenleyebilir.<sup>[4]</sup> Bu yaklaşım Antolisei'nin genel

[1] İtalyan Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının dokuzuncu başlığı “*Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*”dir. Buna karşılık Fransız Ceza Kanunu, genel ahlak terimine hiçbir bağlamda yer vermemektedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının sekizinci babı ise “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” başlığını taşımaktadır.

[2] Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale: Parte Speciale – I*, quindicesima edizione integrata e aggiornata a cura di C. F. Grosso, Milano: Giuffrè Editore, 2008, s. 548.

[3] *Ibid.*

[4] Danièle Mayer, “*Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs*”, *Les bonnes mœurs*, présentation par Jacques Chevallier, Paris: Presses Universitaires de France, 1994, s. 56.



ahlakı çok çeşitli suçları ve esas olarak kamu düzenini ilgilendiren bir değer olarak gören yaklaşımıyla bağdaşmaktadır.

Hukuk ile ahlak arasındaki sınırı tespit etmek kolay olmayıp kanun koyucunun bu konuda özen göstermemesi halinde ceza kanununun etkinliğinin sarsılması ihtimali de vardır.<sup>[5]</sup> “Geniş anlamda genel ahlak” bakımından, her bir ferdin yaşam tarzı ile toplumun genelinin benimsediği tutumun karşılaştırılması sorunundan kaçınmak ise mümkün değildir.<sup>[6]</sup> Bu nedenle, kişiye, yere, zamana göre değişken bir kavram olan genel ahlakın hukuki niteliği tartışmalıdır.<sup>[7]</sup> Keza “genel ahlakın suçla korunan hukuki değer olarak esas alınması ceza hukukunun çağdaş gelişimine uygun değildir”.<sup>[8]</sup> Dolayısıyla ceza hukukunun genel ahlaka “kayıtsız” kalması, modern hukuk anlayışına daha uygun olacaktır.<sup>[9]</sup> Örneğin bu doğrultuda eski Fransız Ceza Kanunu’nda “genel ahlaka tecavüz” (*l’outrage aux bonnes moeurs*) yaptırıma bağlanmışken, yeni Fransız Ceza Kanunu’nda bu tutum terk edilmiş, ilgili suç (m. 227-24) genel ahlaka aykırılık oluşturan pornografi dışında, insan onurunu ağır şekilde zedeleyici ya da çocukları fiziksel açıdan tehlikeye sokacak eylemlere katılmaya teşvik edici içerikleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir.<sup>[10]</sup>

Anayasa Mahkemesi, genel ahlakı toplumun önemli bir kesiminin belli bir zamanda benimsediği ve kapsamı “kolayca anlaşılan” ahlak kurallarının bütünü olarak değerlendirmektedir.<sup>[11]</sup> Ancak genel ahlaka karşı suçlar arasında karmaşıklığı ve kapsamının belirsizliği ile temayüz eden müstehcenlik suçunun ve müstehcenlik kavramına ilişkin tartışmaların varlığı,

[5] Sulhi Dönmezer, *Umumi Adap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 25.

[6] Mayer, *op.cit.*, s. 56.

[7] Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız-İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 870-871.

[8] *Ibid.*, s. 871. Özbek, müstehcenlik suçuyla korunan hukuki değer yalnızca genel ahlak olmadığını, aynı zamanda çocuğun (bedensel ve zihinsel tamlığı gibi) maddi ve manevi varlığını koruma geliştirme hakkını ve bireylerin cinsel yaşamı ile özel hayatının gizliliğini bu kapsama dahil etmektedir. Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009, s. 39.

[9] Mayer, *op.cit.*, s. 57 vd.

[10] Jean Languier-Philippe Conte-Stéphanie Fournier, *Droit pénal spécial*, 15e édition, Paris: Éditions Dalloz, 2013, s. 279.

[11] Anayasa Mahkemesi, E. 1963/128, K. 1964/8, 28.01.1964, Özbek, *op.cit.*, s. 40.

genel ahlakın “kolayca anlaşılır” bir tanımının olmadığına işaret etmektedir. Genel ahlakın birçok ahlak anlayışının arkasında yatan duygu ve düşüncelerin bütünü olarak tanımlanması karşısında kavramın belirsizliği daha çok anlaşılmaktadır.<sup>[12]</sup>

Muğlak bir kavram olan “genel ahlak” terimi, Türk hukukunda, 5237 sayılı Kanun’da 1. maddede ceza kanununun amacı kapsamında gösterilen değerler arasında yer almamasına karşılık eşya müsaderesine ilişkin 54. maddede “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya ... veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir” hükmünde hukuken korunan bir değer olarak bulunmaktadır. Bunun dışında terime, sadece, söz konusu suçun düzenlendiği yedinci bölümün başlığında yer verildiği görülmektedir.

Genel ahlak bakımından son olarak belirtmek gerekir ki “genel ahlaka aykırılık” oluşturan suçlara yol açan fiiller arasında müstehcen yayın yapma fiili, gerek fiilin eskiliği gerekse yarattığı etkinin genişliği dolayısıyla ön planda gelmektedir.<sup>[13]</sup> Matbaanın icadından bu yana müstehcenliği önlemek amacıyla başvuru ilk yol sansür veya yayımlanmadan önce kontrol olagelmışken sonradan bağımsız bir suç olarak düzenleme eğilimi ağır basmıştır.<sup>[14]</sup>

## B. Müstehcen ve Müstehcenlik

### 1. Genel Olarak

“Müstehcen”, sadece hukuk metinlerinde değil, günlük dilde de kullanılan bir kelimedir. Günlük dilde ise genellikle görsel, işitsel ya da yazılı olarak algılanabilecek bir içerik ya da olguyu ahlaki açıdan kınayıcı şekilde nitelemek maksadıyla kullanılır.

Etimolojik açıdan incelendiğinde müstehcen kelimesinin Arapça h-c-n köküne dayanan ve “ayıp, çirkin sayılan” anlamındaki “mustahcan” sözcüğünün Türkçeye geçmesiyle kullanıma girdiği, yine aynı kökten türeyen

[12] Gülriz Uygur, “Genel Ahlakın Vazgeçilmezliği (mi?)”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2018, s. 13.

[13] Dönmezer, *op.cit.*, s. 170-171.

[14] *Ibid.*, s. 172. Müstehcenliğin ceza hukuku bakımından algılanış biçimi bakımından Anglo-Sakson ülkelerinin yaklaşımı dikkat çekicidir. Kıta Avrupası ülkelerinde müstehcenlik – en azından geçmiş dönemlerde- bağımsız bir suç olarak düzenlenirken Anglo-Sakson ülkelerinde bir tür “hakaret” fiili olarak değerlendirilmektedir. *Ibid.*

“hecin” sözcüğünün de “soysuz<sup>[15]</sup>, melez” anlamına geldiği görülmektedir.<sup>[16]</sup> Kelime, tespit edilen en eski kaynak olarak, Franciszek Meniński’nin *Thesaurus Linguarum Orientalium Turcicae, Arabicae, Persicae* kitabında kullanılmıştır<sup>[17]</sup>. Müstehcenle eş anlamlı “obscene” sözcüğü ise Latince “çamurlu, bulanık, kirli” anlamındaki *obscaenus* (obs: yakın, caenum: çamur) kelimesinden kökenlenmektedir.<sup>[18]</sup> Yine bu kelimenin kökeni olan Latince “obscaenitas”, uğursuzluk, kirlilik, ahlaksızlık, uygunsuzluk, açık saçıklık anlamına gelmektedir.<sup>[19]</sup> Etimoloji bakımından müstehcenliğin kirlilik ve çirkinliği çağrıştıran, kınanacak çok çeşitli davranışları kapsayan bir mahiyette olduğu söylenebilir.

Sözlüklerde müstehcen sözcüğü, “edebî aykırı”, “yakışsız”, “açık saçık”,<sup>[20]</sup> “istihcan edilmiş”, “edepsizce (olan)”<sup>[21]</sup> olarak tarif edilmektedir. Müstehcenlik, “soykırımın ya da savaşın müstehcenliği” gibi “insanı şok eden, sarsan” anlamıyla çok çeşitli bağlamlarda kullanılan bir kavram olmakla beraber müstehcenliğin birincil anlamı cinsellik bağlamında olup cinsel bir karakterin sergilediği ya da sarf ettiği, rahatsız edici ya da iğrendirici nitelikte eylemler, sözler ve görüntüleri kapsamaktadır.<sup>[22]</sup> Bu yüzden uygulamada müstehcenliğin cinsel tabunun bir boyutu olduğu yönünde görüşlere rastlanmaktadır.<sup>[23]</sup>

[15] Hasan Gerçekler, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 4, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 4569.

[16] Sevan Nişanyan, Nişanyan Sözlük, Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, <http://www.nisanyansozluk.com/?k=m%C3%BCstehcen&view=annotated>, erişim tarihi: 05.09.2018.

[17] *Ibid.*

[18] Walter W. Skeat, *An Etymological Dictionary of the English Language*, New York: Dover Publications, 2013, s. 779.

[19] Colin Crowder, “Obscenity”, Eds. Paul Barry Clarke-Andrew Linzey, *Dictionary of Ethics, Theology and Society*, London and New York: Routledge, 2013, s. 619.

[20] Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&xarama=kelime&guid=TDK.GTS.5b8fc918a04803.86994193](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&xarama=kelime&guid=TDK.GTS.5b8fc918a04803.86994193), erişim tarihi: 05.09.2018.

[21] Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 20. Baskı, Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2003, s. 748.

[22] Crowder, “Obscenity”, *op.cit.*, s. 619.

[23] *Ibid.*

Müstehcenliğin genel tanımı ışığında ceza hukuku bağlamında müstehcenlik kavramına bakıldığında, insanları rahatsız eden cinsel içerikli davranışların kişiden kişiye değiştiği göz önünde bulundurulursa, müstehcenliğin kanuni tanımının yapılmasındaki güçlük anlaşılacaktır. Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıcı Potter Stewart'ın, Mahkeme'nin 1964 tarihli *Jacobellis v. Ohio* davasında kayda geçen (müstehcenliğin tanımını) “belki anlaşılır şekilde yapmayı başaramam, fakat onu gördüğümde anlarım” şeklindeki ifadesi, söz konusu kavrama yönelik tanım sorununu dikkat çekici biçimde yansıtmaktadır.<sup>[24]</sup>

Doktrinde bir görüşe göre, müstehcenlik, “toplumda egemen olan değer ölçüleri nazara alındığında, fertlerin ar ve haya duygularını incitici nitelikte edep ve ahlak dışı söz ve/veya davranışlar”dır.<sup>[25]</sup> Yalkut'a göre, toplumda ahlaki çöküntüye yol açan, halkın utanma duygusunu inciten davranışlar müstehcen olmakla birlikte mutlak ve nispi müstehcenlik şeklinde iki ayrı olgudan söz edilebilir.<sup>[26]</sup> Erem ve Toroslu, müstehcenliğin, bir davranışın ortak utanma duygularını ya da bir başka deyişle toplumun geneline hakim olan ar ve haya hissini rencide edip etmemesi kıstasıyla tanımlanabileceği kanaatinde dir.<sup>[27]</sup> Donay ise müstehcenliğin cinsellikle kavramsal bağlantısına vurgu yapmakta, genel mahiyette utanma duygusunun rencide edilmesinden söz etmektedir.<sup>[28]</sup> Özbek'e göre, cinsel arzuları tahrik ancak istismara yönelik olduğu takdirde müstehcenlik sayılabilecek olup<sup>[29]</sup> “5237 sayılı TCK anlamında müstehcenlik, pornografi olarak anlaşılmalı ve cezalandırılan şey sadece pornografi olmalıdır”.<sup>[30]</sup> Erem'e göre, ahlaksız davranışların hepsi

[24] *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964), J. Stewart, concurring opinion, Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage, second edition*, New York: Oxford University Press, 2001, s. 610.

[25] Çetin Arslan-Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004, s. 935.

[26] Necdet Yalkut, “Türk ve İtalyan Hukukunda Müstehcen”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 3-4, 1976, s. 279.

[27] Faruk Erem-Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 385.

[28] Süheyl Donay, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 1968, s. 136.

[29] Özbek, *op.cit.*, s. 46.

[30] *Ibid.*, s. 50.

değil, ancak bir bölümü müstehcenlik kapsamında değerlendirilebilir.<sup>[31]</sup> Yarsuvat, yer ve zamana göre ahlaki kaidelerin değişebileceğini belirterek;<sup>[32]</sup> Parlar, müstehcen olanın belirlenmesinde fiilin işlendiği zamanda toplumun ahlaki, sosyolojik koşullarının dikkate alınması gerektiği görüşünü ortaya koyarak,<sup>[33]</sup> Marakoğlu ise müstehcenliğin “bir bireyin yaşamının değişik dönemlerdeki algısına göre” bile değişebileceğini ifade ederek<sup>[34]</sup> kavramın nispiğini teyit etmektedir. Bakıcı da müstehcenlik kavramının sadece toplumdaki topluma değil, belli bir toplumun yaşadığı dönemden döneme değiştiğinin altını çizmektedir.<sup>[35]</sup> Özellikle son değinilen görüş, müstehcenliğin ceza hukukunun belirlilik ilkesiyle bağdaşmayan değişken niteliğini gözler önüne sermektedir.

Müstehcenliğin ceza kanununda düzenlenmesinde iki eğilim ön plana çıkmaktadır: müstehcenliğin tanımının doğrudan kanunda yapılması ve müstehcenlik kapsamında cezalandırılacak fiillerin kanunda düzenlenip müstehcenlik kavramının sınırlarının çizilmesinin hâkime bırakılması.<sup>[36]</sup> İlk eğilime örnek olarak İtalyan Ceza Kanunu gösterilebilecek olup Kanun’un “müstehcen fiiller ve eşyalar: kavram” başlıklı 529. maddesinde müstehcenlik, “ceza kanununun uygulanmasında, ortak duygular açısından edebe zarar veren fiiller ve eşyalar müstehcen sayılır” hükmüyle tanımlanmıştır.<sup>[37]</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, bu bakımdan ikinci eğilimin görüldüğü

[31] Faruk Erem, “Müstehcenlik”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 1984, s. 103.

[32] Duygun Yarsuvat, “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu*, İstanbul: Sermet Matbaası, 1977, s. 669.

[33] Ali Parlar, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt II, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015, s. 2478.

[34] A. Ozan Marakoğlu, *Edepsiz Kitaplar: Edebiyat Eserleri ve Müstehcenlik Suçu Bağlamında Bir Hukuk Eleştirisi*, Ankara: Liberte Yayınları, 2014, s. 112.

[35] Sedat Bakıcı, *Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 1994, s. 330.

[36] Dönmezer, *op.cit.*, s. 181.

[37] Codice Penale Italiano, “Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore.” İtalyan Anayasa Mahkemesi, 191 sayılı ve 10-16 Aralık 1970 tarihli kararıyla bu hükmün İtalyan Anayasası’nın 25. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olmadığına karar vermiştir. *Gazz. Uff.* 23 dicembre 1970, n. 324, <http://www.ipsoa.it/codici/cp/12/t9>, erişim tarihi: 06.11.2018.

kanunlardandır.<sup>[38]</sup> Fransız Ceza Kanunu gibi düzenlemelerde ise teknik olarak “müstehcenlik suçu” hiç düzenlenmemiştir; örneğin bu Kanun’da suç kapsamına alınan konuya ilişkin fiiller “şiddet, terörizmi teşvik ya da pornografi içeren veya insan onurunu ağır şekilde zedeleyici ya da çocukları fiziksel açıdan tehlikeye sokacak eylemlere katılmaya teşvik edici içerikleri üretme, nakletme, yayma fiilleri” (m. 227-24)<sup>[39]</sup> ile çocuk pornografisidir (m. 227-23).

Dolaylı bir hukuki tanıma ulaşmak amacıyla, açık bir müstehcenlik tanımına yer vermeyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun müstehcenlik suçuna ilişkin 226. maddesi incelendiğinde çocuklara müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri vermek ya da bunların içeriğini göstermek, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlamak, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanmak, şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üretmek gibi çok çeşitli fiillerin yaptırım altına alındığı görülmektedir. Ne var ki sözü edilen çeşitli fiillerin pek çoğunda “müstehcen” tanımı yapılmaksızın fiile konu olan içeriğin sıfatı olarak kullanılmakta, dolaylı da olsa net bir tanımı çıkarsamak mümkün olmamaktadır. Madde içeriğinden çıkarılamayan kanuni tanım, ancak müstehcenlik suçunun yer aldığı bölüm olan “genel ahlaka karşı suçlar” ifadesinden yararlanılarak yapılabilecektir. Kavramın genel tanımı da göz önüne alınırsa,

[38] Müstehcenlik tanımı bakımından Türk kanunları incelendiğinde 1881 sayılı ve 1931 tarihli mülga Matbuat Kanunu’nun 31. maddesinde “Türk Ceza Kanunu’nun 423 ve 427. maddeleri mucibince müstehcen sayılan maddeler halkın ar ve haya duygularını inciten ve ayıp sayılan şeylerdir. Yukarıki tarifin şümulüne giren bir san’at veya ilim eseri, alâkadarlarının istifadesi için neşredilir, bu da eserin mevzu ve şekli ile neşir vasıta ve mahallinin nevi ve cinsi arasındaki münasebet karinelerde anlaşılırsa müstehcen sayılmaz.” şeklinde bir tanımlayıcı hüküm vardır. Buna benzer bir madde ne mülga 5680 sayılı ve 15 Temmuz 1950 tarihli Basın Kanunu’nda, ne de yürürlükteki 5187 sayılı ve 9 Haziran 2004 tarihli Basın Kanunu’nda bulunmaktadır.

[39] Code Pénal Français, “Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu’en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d’un tel message, est puni de trois ans d’emprisonnement et de 75 000 euros d’amende lorsque ce message est susceptible d’être vu ou perçu par un mineur”, <http://codes.droit.org/CodV3/penal.pdf>, erişim tarihi: 06.11.2018.

müstehcenlik suçunun ceza hukuku bakımından tanımı “genel ahlaka karşı işlenen, rahatsız edici veya iğrendirici nitelikte davranışlar” şeklinde yapılabilecektir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, bu tanımda bile en ayırt edici unsur olan “rahatsız edici veya iğrendirici nitelik”, 226. maddeden ancak çok dolaylı biçimde çıkarılabilmektedir.

Müstehcenlik suçunu düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 226. maddesinde müstehcenlik tanımına yer verilmediği gibi doktrin bir kenara bırakılırsa Türk hukukunda da kavramın herkesçe kabul gören bir tanımı yapılmamıştır. Kanun koyucunun tanım yapmama tercihinin ötesinde, müstehcenliğin kınayıcı nitelikte ahlaki bir kavram olmasının da kavramın tanımının yapılmasını zorlaştırdığı izahıta varestedir. Kanaatimizce ceza kanununda müstehcenlik suçuna yer verildiği halde, müstehcenliğin yine bu kanun tarafından tanımının yapılmamış olması belirlilik (*lex certa*) ilkesi açısından suçta ve cezada kanunilik prensibine aykırılık oluşturmaktadır.<sup>[40]</sup>

## 2. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

### a) Erotizm ve Müstehcenlik

Günlük dilde erotizm ile müstehcenliğin kimi zaman birbirinin alternatifi olarak kullanıldığı, müstehcen olan bir içeriğin erotik olarak da nitelendirildiği görülmektedir. Erotik kelimesinin kökeni Eski Yunan aşk tanrısı ya da sembolü Eros ve bundan türeyen Yunanca “aşktan kaynaklanan, aşka dair” anlamına gelen “erotikos”dan Fransızcaya geçen “érotique” sözcüğüdür.<sup>[41]</sup> Türk Dil Kurumu Sözlüğü, kelimeyi, “cinsel duygular veya onlara bağlı

[40] Özbek müstehcenliğin tanımının yapılmamasını doğru bulmaktadır. Yazara göre “kavramın içeriğinin belirlenmesinin eskiden olduğu gibi yine öğreti ve mahkeme kararlarına bırakılması yerinde olmuştur”. Özbek, *op.cit.*, s. 45. Öte yandan Özbek’e göre 5237 sayılı Kanun’da müstehcenlikten “ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme” getirmekten kaçınılmış olması bir vakıadır. Madde gerekçesiyle birlikte göz önüne alınırsa kanunilik ilkesi bakımından aykırılık oluşturur. Özbek, *op.cit.*, s. 49. Özbek, yine yakın bir bağlam içerisinde 765 sayılı Kanun’daki müstehcenlik düzenlemesindeki “halkın ar ve haya duygularını inciten” ifadesinin belirlilik ilkesine ve kanunilik prensibine aykırı olduğunu belirtmekte, örf ve adet kurallarıyla suç ve ceza yaratılamayacağı ilkesine m. 226 bakımından vurgu yapmaktadır Özbek, *op.cit.*, s. 46, s. 49.

[41] Skeat, *op.cit.*, s. 199.

olan duyumların uyandırdığı duygu ve coşkularla ilgili olan, kösnül, şehvani, şehevî, erosal” şeklinde tanımlamaktadır.<sup>[42]</sup>

Hukuki açıdan “erotik olan” ile “müstehcen olan”ın ayırımını yapmak kolay değildir. örneğin Belçika’da, yürürlükteki hukuk bakımından olmasa da XX. yüzyılın başında verilmiş yargı kararlarına, “sadece erotik ya da kışkırtıcı” olan içerik ile “müstehcen olup genel ahlaka yönelik ağır bir ihlal oluşturan” içerik arasındaki ayırımın yapılması hususundaki zorluğun yansımış olması dikkat çekicidir.<sup>[43]</sup> Türk hukukunda ise Yargıtay, “*Müstehcenlik konusunu inceleyen, “porno – (obsen-müstehcen) ve erotik” kavramlarını birlikte değerlendirmek gerekir. ... Erotik sözcüğü ise, sevginin cinsel yönünü ve cinsel aşkı anlatması açısından edebiyat, resim, tiyatro, fotoğraf, film gibi her türlü sanat dalının bir türü olarak kabul edilmiştir. ... Bu durumda kitap tümü ile ele alındığında, cinsellik-seks olayı, pornografik veya müstehcem değil erotik bir bütünlük taşımaktadır.*” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur.<sup>[44]</sup> Bu bağlamda Yargıtay’ın erotizmi müstehcenlikten ayıran özelliği “sanatsal nitelik” olarak gördüğü söylenebilecektir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki “modern ceza hukukunda erotizm cezalandırılmamaktadır.”<sup>[45]</sup>

Kanaatimizce erotizm Yargıtay’ın da dolaylı olarak işaret ettiği üzere sanatsal nitelik bakımından müstehcenlikten ayrılabilir. Zira müstehcenlikte “rahatsız edici” ve “kınayıcı” nitelik ön plandadır. Ancak erotizm-müstehcenlik ayırımının yapılması her zaman mümkün olmayacağı gibi bu ayırımın yapılmasının mümkün olduğu hallerde de müstehcenliğin hukuken daha net olduğu ve müstehcenlik suçu bakımından da kanunilik ilkesine uygunluğun söz konusu olduğu söylenemeyecektir. Asıl sorun, teknik bir olgu olan “pornografi” yerine ahlaki bir yargı içeren “müstehcenliğin” ceza kanununda düzenlenmiş olmasıdır.

[42] Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b97c8682b42e9.91106429](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b97c8682b42e9.91106429), erişim tarihi: 11.09.2018.

[43] Liège, 29 octobre 1901, 1902-II; Corr. Bruxelles, 10 novembre 1908, *Journal des Tribunaux*, 1908, col. 1347, Michel van de Kerchove, *Le droit sans peines: aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1987, s. 224.

[44] Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 1985/872, K. 1985/1682, Karar tarihi: 03.04.1985, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8cd-1985-872.htm&kw=erotik#fm>, erişim tarihi: 11.09.2018.

[45] Özbek, *op.cit.*, s. 199.



## b) Pornografi ve Müstehcenlik

Pornografi ile müstehcenlik kavramları analiz edilirken birbirleriyle karşılaştırılması kaçınılmaz olan iki kavram olmakla beraber, hukuken tanımlanarak ayırt edilmelerinde giderek artan bir zorluk yaşandığı söylenebilir.<sup>[46]</sup> İlk bakışta, pornografi müstehcenliğe göre nispeten daha tanımlanabilir bir kavram olarak görünmektedir.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, pornografiyi pornoyla eş anlamlı olarak “amacı cinsel dürtülere yönelik olan, ahlaki değerlere aykırı düşen yayın, resim vb.” içerik olarak tarif etmektedir.<sup>[47]</sup> Kanaatimizce bu tanım yeterince daraltılmamış, teknik olarak kullanılmaya elverişli olmayan bir tanımdır. Hatta bu tanımın pornografinin değil, müstehcenliğin tanımı olduğu dahi söylenebilir.

Pornografinin insanı cinsel objeye indirmediği, cinsel eylemi dolaylı değil doğrudan, sanatsal bir bakış açısı olmaksızın, abartılı, kaba ve rahatsız edici biçimde yansıttığı, cinsel olarak uyarılmayı hedeflemesi itibariyle provokasyon içerdiği, cinselliği vahşileştirdiği; fakat bütün bu özelliklere rağmen net bir tanımının yapılamayacağı şeklinde açıklamalara da rastlanmaktadır.<sup>[48]</sup>

Larguier, Conte ve Fournier’ye göre genel ahlaka kıyasla çok daha dar bir anlama sahip olan ve yeni Fransız Ceza Kanunu’nun yaptırıma bağladığı “pornografi” kavramı, edebe aykırı içerikle ortaya çıkan davranışların yanı sıra, sadece çıplaklık ya da erotizm kategorisinde değerlendirilebilecek bazı fiilleri de dışlamaktadır.<sup>[49]</sup> Yine de pornografi ile erotizm ayrımı tartışmalıdır.<sup>[50]</sup> Özellikle de sanat, müstehcenlik, liberalizm, ahlakçılık gibi kavramlar göz önünde bulundurulursa bu ayrımı yapmak iyice zorlaşır.<sup>[51]</sup>

[46] Ian Hunter-David Saunders-Dugald Williamson, *On Pornography: Literature, Sexuality and Obscenity Law*, London: Macmillan, 1993, s. 3-4.

[47] Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b98fdb7092dd9.15019415](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b98fdb7092dd9.15019415), erişim tarihi: 11.09.2018.

[48] Özbek, *op.cit.*, s. 19-20.

[49] Larguier-Conte-Fournier, *Droit pénal spécial, op.cit.*, s. 279.

[50] *Ibid.*

[51] *Ibid.*

Öte yandan Yargıtay'ca yapılan tanım ve müstehcenlikle mukayesesi belirsizdir: “Eski Yunanca (*porne-fahişe*) sözcüğünden türeyen porno ve bu konuda yapılan yayınları belirleyen pornografi, aşırı, çok şiddetli, makul olmayan bir biçimde şehvet duygularının tahrik edilmesi anlamına gelirken, müstehcen, çok değişik tanımlar yapılmış olmakla beraber Kanunumuzdaki tanımı ile halkın ar ve haya duygularını incitecek (söz, yazı, vs.) anlamına gelmektedir. Bu tanıma göre müstehcen kavramı topluma, kişiye, çevreye göre nomatifsayılmalıdır. Bunun bir sınırı bulunduğu da kuşkusuzdur.”<sup>[52]</sup> Kabul edilecektir ki, “makul olmayan bir biçimde şehvet duygularının tahrik edilmesi” şeklindeki bir tarifin ceza hukuku bakımından kanunilik ilkesiyle bağdaştığı söylenemeyecektir. Bu bağlamda, daha önce de belirtildiği gibi Özbek, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen müstehcenlik suçu bakımından müstehcenliğin, pornografi olarak anlaşılması gerektiğini, ancak pornografinin cezalandırmaya konu olabileceğini ifade etmektedir<sup>[53]</sup>.

### c) Cinsel İstismar ve Müstehcenlik

Cinsel istismar, kısaca, belli bir mağdur grubuna karşı cinsel davranışlar şeklinde tezahür eden yararlanma veya kötüye kullanma olarak tanımlanabilir.<sup>[54]</sup> Cinsel istismar, aynı zamanda, “çocuk istismarı”nın (fiziksel ve duygusal istismar ile ihmalin yanı sıra) bir parçası olup “psikososyal gelişimini tamamlamamış ve yaşı küçük olan bir çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel stimülasyon için kullanılması” şeklinde tarif edilmektedir.<sup>[55]</sup> Teşhircilikten pornografiye kadar pek çok davranışın cinsel istismar kapsamında değerlendirilmesi söz konusudur.<sup>[56]</sup> Eklemek gerekir ki cinsel istismar çoğu zaman “çocukların cinsel istismarı” anlamında kullanılan bir kavramdır.

Çeşitli müstehcenlik tanımlarında ise “istismar” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca, müstehcenlik ile cinsel istismarın ortak yönünün, kavramlara konu olan davranışların “cinsel nitelik” taşıması oluşu ilk bakışta

[52] Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 1985/872, K. 1985/1682, Karar tarihi: 03.04.1985, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8cd-1985-872.htm&kw=erotik#fm>, erişim tarihi: 11.09.2018.

[53] Özbek, *op.cit.*, s. 50.

[54] Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, İstanbul: Der Yayınları, 2014, s. 13.

[55] Oğuz Polat, *Klinik Adli Tıp: Adli Tıp Uygulamaları*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2007, s. 125-126.

[56] *Ibid.*, s. 126.

anlaşılan hususlardandır. Bununla beraber teknik anlamda cinsel istismarın, özellikle de çocukların cinsel istismarının müstehcenlikten farklı olduğunu vurgulamak gerekir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "çocukların cinsel istismarı" suçunu düzenleyen 103. maddesi incelendiğinde kanun koyucunun "cinsel istismar" tanımının "on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış ile diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışları kapsadığı görülmektedir (m. 103/1-a, 1-b). Söz konusu tanımda cinsel istismarın "her türlü cinsel davranış" anlamına geldiği açıktır.

5237 sayılı Kanun'un müstehcenlik suçuna ilişkin hükümleri değerlendirildiğinde, özellikle m. 226/1-a ve b'de düzenlenen, bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri vermek, bunların içeriğini göstermek, okumak, okutmak, dinletmek; bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen göstermek, görülebilecek şekilde sergilemek, okumak, okutmak, söylemek, söyletmek davranışları ile m. 226/3'te düzenlenen ve "çocuk pornografisi" olarak nitelenebilecek, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanmak fiilinin cinsel istismar kavramına daha yakın olduğu ve koşulları oluşmuşsa cinsel istismar kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir.<sup>[57]</sup> Yine belirtmek gerekir ki çocukları cinsel içerikli görüntü, ses veya metinlere maruz bırakmak fiillerinin müstehcenlikten çok çocukların cinsel dokunulmazlığına aykırı davranış niteliği taşıdığı, bu sebeple "genel ahlaka karşı suçlar"dan ziyade "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" kapsamında düzenlenmesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir.<sup>[58]</sup>

Müstehcenlik (m. 226) ile çocukların cinsel istismarı (m. 103) fiillerinin her ikisi de suçtur. Yukarıda belirtildiği gibi her ikisi de cinsel nitelik taşıyan belli davranışları kapsamaktadır. Her iki kavramın da toplumsal değerlere, genel ahlaka karşı bir ihlal niteliği taşıdığı söylenebilir. Ancak çocukların cinsel istismarında genel ahlaka aykırılığa göre çok daha ağır basan değerler,

[57] Kartal, *op.cit.*, s. 32.

[58] *Ibid.*, s. 33.

çocukların maddi ve manevi varlığı ve bütünlüğü ile cinsel dokunulmazlık değerleridir.

### C. “Edebi Değeri Olan Eser” veya “Edebi Eser”

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu’nun 226. maddesinin son fıkrası, müstehcenlik suçuna ilişkin söz konusu maddedeki düzenlemenin konusu bakımından (üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla) iki istisna öngörmüş olup bunlardan biri suça konu olan eserin “edebi değeri olan eser” olmasıdır. Kanun koyucunun “edebi eser” yerine “edebi değeri olan eser” terimini kullanmayı tercih etmesi, müstehcenlik suçunun söz konusu hukuka uygunluk halinin edebiyat açısından daraltılmasına yönelik bir tutum olarak görülebilirse de bu düşüncüyü temellendirmek mümkün görünmemektedir. Ancak kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapma ihtiyacı duyması, uygulamada edebi eserlerin müstehcenlik suçu kapsamında değerlendirilmesi tehlikesinin varlığına işaret eden bir durum olarak görülebilecektir.<sup>[59]</sup> Çünkü sadece hukuken değil uygulama bakımından da ifade özgürlüğünün güvence altında olduğu bir hukuk düzeninde edebi eserlerin suç kapsamı dışında tutulması için kanun koyucunun özel olarak düzenleme yapmasının gereksiz olduğu söylenebilir.<sup>[60]</sup>

Değinen ön sorunların ardından “Edebi değeri olan eser” terimini ele almak için “edebiyat” ve “edebi” sözcüklerinin anlamını incelemek gerekecektir.

“Edebiyat” *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*’nde “olay, düşünce, duygu ve hayallerin dil aracılığıyla sözlü veya yazılı olarak biçimlendirilmesi sanatı, yazın”<sup>[61]</sup> ve daha teknik açıdan “sanatça, yani insanda estetik duyguyu heyecana getirecek değerde meydana getirilmiş şiir, sahne eseri, hikâye, roman, söylev gibi nazım veya nesir halindeki eserlerin hepsi.” şeklinde tarif edilmektedir.<sup>[62]</sup> *Edebiyat Terimleri Sözlüğü*’nde ise edebiyat “geniş anlamında söz ve yazı sanatlarının, bu sanatlarla ilgili bütün eserlerin toplu adı” ve “edebi değerde olabilen, estetik duygularımızı etkileyebilen her

[59] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 36.

[60] *Ibid.*

[61] Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b9b91738dfa60.20892996](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b9b91738dfa60.20892996), erişim tarihi: 14.09.2018.

[62] *Ibid.*

tür ve biçimdeki eserler”<sup>[63]</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlarda ön plana çıkan unsurlar “sanatsallık” ve “estetik” ve “edebi değer”dir. Ancak vurgulamak etmek gerekir ki, bir eseri “sanatsal” ya da “estetik” hale getiren, anlatımın “süslü”, “incelikli” olması değildir; “süslü anlatım” (*préciosité*, Türkçede buna “tasannu” diyebiliriz), edebiyat biliminde belli bir sosyal döneme özgü bir akımdan ibaret olup bu tarzın çoğu zaman eleştirilenlerin tenkidine konu olduğu bilinmektedir.<sup>[64]</sup> Fuat Köprülü ve Abdülkadir Gölpinarlı gibi seçkin edebiyat eleştirilenleri gerçek edebiyatın “tasannu” (süslü anlatım) ile değil, “zarif”, “hayal-engiz” (hayal gücünü tetikleyen) “buluşlar” sayesinde suretiyle ortaya çıktığı görüşündedir.<sup>[65]</sup>

“Edebî” sözcüğüne ilişkin tanımlar ise genellikle edebiyat tanımlarına göndermede bulunmakta olup daha kısa ve belirsizdir: “edebiyatla ilgili, edebiyata ilişkin, yazınsal”,<sup>[66]</sup> “edebiyat bakımından değeri olan”.<sup>[67]</sup> Dikkat edilirse, söz konusu kelimelere ilişkin tanımların bir yerden sonra kendini tekrar ettiği, dolayısıyla kelimenin anlamını açıklığa kavuşturmak konusunda yetersiz olduğu görülecektir. Fakat burada sorun, sözlüklerin ve sözlük yazarlarının yetersizliği değil, söz konusu terimlerin özellikle ceza hukukuna dayanak oluşturacak biçimde objektif olarak tanımlanmaya elverişli olmamasıdır.

Gerçekten “edebi değeri olan eser” veya “edebi eser” kavramlarının anlamı dönemden döneme farklılık arz etmektedir. Edebiyat tarihinde Stendhal, Herman Melville, Marcel Proust, Friedrich Hölderlin gibi pek çok yazar,

[63] L. Sami Akalın, *Edebiyat Terimleri Sözlüğü*, 3. Baskı, İstanbul: Varlık Yayınevi, 1972, s. 59.

[64] Marcel Braunschvig, *Notre littérature: étudiée dans les textes*, Paris: Librairie Armand Colin, 1948, s. 403 vd. Hatta süslü anlatımın edebi açıdan olumlu olarak değerlendirilmesinin genel değil, istisnai bir durum olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Braunschvig, *op.cit.*, s. 403.

[65] Halil İncalcık, *Has-bağçede Ays u Tarab: Nedimler Şâirler Mutribler*, 4. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2018, s. 383; “Tezkirecilerin (*biyografi yazarlarının*) belirttiği gibi, aranan şiir (*edebiyat*) edebi sanatların uygulandığı masnu’ şiirlerdir (*eserlerdir*). Ama tasannu’, sırf tasannu’da kalmamalı; lâtif, nâzık, zârif... olmalı, garâbete kaçmamalı, hayal gücüyle bulunmuş yeni buluşlarla ‘tâze’ olup taklid olmamalı.” İncalcık, s. 384.

[66] Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&çarama=kelime&çguid=TDK.GTS.5b9b91738dfa60.20892996](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&çarama=kelime&çguid=TDK.GTS.5b9b91738dfa60.20892996), erişim tarihi: 14.09.2018.

[67] Akalın, *op.cit.*, s. 58.

yaşadıkları dönemde yeterince “edebi” bulunmamış, ancak eserleri sonradan dünya klasikleri arasında yerini almıştır.

Yine, tarihin çeşitli devirlerine yayılan geniş bir yelpazede, yayımlandığı dönemde müstehcenlik ya da ahlaksızlık gerekçesiyle haklarında dava açılan, takibata uğrayan ya da sansürlenmiş Ovidius (*Aşk Sanatı*), Giovanni Boccaccio (*Decameron*), James Joyce (*Ulysses*), Ernest Hemingway (*Silahlara Veda*), D. H. Lawrence (*Oğullar ve Sevgililer*), Scott Fitzgerald (*Muhteşem Gatsby*), J. D. Salinger (*Çavdar Tarlasında Çocuklar*), Aldous Huxley (*Cesur Yeni Dünya*), Henry Fielding (*Tom Jones*), William Faulkner (*Döşegimde Ölürken*), Gustave Flaubert (*Madame Bovary*), Walt Whitman (*Çimen Yaprakları*), Charles Baudelaire (*Elem Çiçekleri*), Henry Miller (*Yengeç Dönencesi*), Vladimir Nabokov (*Lolita*)<sup>[68]</sup> gibi pek çok müellifin eserleri de sonraki dönemlerde klasik veya modern klasik edebiyatın doğal birer parçası olarak kabul edilmiştir. Türk yazarlardan ise Hüseyin Rahmi Gürpınar, Melih Cevdet Anday, Çetin Altan, Can Yücel, Nedim Gürsel, Rıfat Ilgaz gibi isimlerin eserleri aynı akıbete uğramıştır.<sup>[69]</sup>

Kanaatimizce edebiyat ve edebi eser kavramlarına ilişkin tanımların ceza hukuku ve müstehcenlik suçunun hukuka aykırılık unsuru bakımından yararlı, belirleyici ve aydınlatıcı olduğunu söylemek güçtür. Öte yandan “edebi eser” ile kanun koyucunun tercih ettiği “edebi değeri olan eser” ibaresi arasında dikkate değer bir farkın olduğu söylenemeyecektir. Ayrıca “edebi değeri olan eser” terimini “seçkin ya da yüksek edebiyat eseri” olarak değerlendirmek de doğru değildir. Kanun koyucu, “genel anlamıyla” edebi olarak görülebilecek eserleri müstehcenlik suçu kapsamı dışında tutmak amacıyla m. 220/7’de bu tür eserlerle ilgili düzenleme yapmıştır. Mutlaka bir tanım yapmak gerekirse, hangi edebi türde olursa olsun, okuyucusuna çeşitli duygu ve düşünceleri asgari bir estetik tutumla aktaran her eser edebi eser olarak değerlendirilebilir.

[68] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 37-38.

[69] *Ibid.*, s. 38.

## II. HUKUKA UYGUNLUK HÂLİ OLARAK ESERİN “EDEBİ DEĞER” TAŞIMASI

### A. Edebi Eser Üretme ve Yayma Hakkı

Anayasa'nın “bilim ve sanat hürriyeti” başlıklı 27. maddesinin ilk fıkrasına göre herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Fıkra kapsamındaki “sanat” terimi kuşkusuz edebiyat eserlerini de kapsamaktadır. Dolayısıyla edebi eser üretme ve yayma hakkı anayasal bir haktır.

Aynı maddenin ikinci fıkrası ise hakkın sınırlanmasına ilişkindir. Buna göre yayma hakkı, Anayasanın 1., 2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz (m. 27/2). Görüldüğü gibi sınırlandırma gerekçeleri arasında çocukların ya da gençlerin korunması düzenlenmemiş olup Türk Anayasası'nın en azından Alman Anayasası'na göre bu açıdan daha özgürlükçü olduğu yönünde görüşlere rastlanmaktadır.<sup>[70]</sup>

Öte yandan belirtmek gerekir ki sanat (edebiyat) eseri üretme ve yayma hakkının Anayasa'nın ilk üç maddesindeki ilkelerle doğrudan sınırlanabilecek bir mahiyette olduğunu söylemek güçtür. Üstelik m. 27/2, ilk üç maddeye aykırılığı değil, bu hükümlerin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılması yasağını öngörmektedir ki edebi eser üretmek ve yaymak suretiyle ilk üç maddedeki hükümlerin değiştirilmesinin mümkün olmadığı izahtan varestedir. Ayrıca, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırlarını gösteren 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın *yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak* ve ancak kanunla sınırlanabilecektir. Edebi eser üretme hakkının ilk üç maddedeki hükümleri değiştirmeye yönelik kullanılamayacağı açıkken ve bunun dışında da “ilgili madde” olan m. 27'de başkaca bir sınırlama sebebi olmadığına göre, ilaveten genel sınırlandırma sebepleri (m. 13) arasında da edebiyat (sanat) özgürlüğü / müstehcenlik meselesine ilişkin bir sebep olmadığı<sup>[71]</sup> görülmekteyken edebi eser üretme ve yayma hakkına yönelik sınırlamalar anayasaya uygunluk bakımından problemlili görünmektedir.

[70] Özbek, *op.cit.*, s. 91.

[71] *Ibid.* Özbek yine de sanat özgürlüğünün insan haysiyeti değeriyle sınırlandırılacağı görüşündedir. *Ibid.*

Anayasamızın edebiyat ve sanat eseri üretme ve yayma hakkına yaklaşımı sadece hak tanıma şeklinde değil, devlete sosyal bir görev yüklenme boyutlarını da kapsayacak şekildedir. Anayasa'nın "sanatın ve sanatçının korunması" başlığını taşıyan 64. maddesine göre, Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korumakla yükümlü olup sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri almak durumundadır.

## B. Düzenlemenin Mahiyeti

5237 sayılı Kanun'un müstehcenlik suçunu düzenleyen 226. maddesinin son fıkrasında bu madde hükümlerinin bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacağı hükme bağlanmaktadır.

İtalyan Ceza Kanunu'nda müstehcenliğin tanımının yapıldığı 529. maddenin ikinci fıkrasında on sekiz yaşından küçüklere satışı sunulmamak, satılmamak ya da herhangi bir şekilde temin edilmemek kaydıyla bilim ve sanat eserlerinin müstehcen sayılmayacağı düzenlenmiştir.<sup>[72]</sup> İtalyan kanun koyucunun edebiyat bir sanat dalı olduğu için ayrıca "edebiyat eseri" terimini kullanma ihtiyacı duymadığı açıktır.<sup>[73]</sup>

Fransız Ceza Kanunu gibi diğer pek çok çağdaş ulusal düzenlemede ise "müstehcenlik" suçu yer almadığı için edebi eserler bakımından böyle bir düzenleme yapılması da söz konusu değildir.

Türk mevzuatı bakımından, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 426. maddesi ile devamındaki maddeler, 5237 sayılı Kanun'un 226. maddesindeki suçu düzenlemekte olup 765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde kamuoyunda "7. uyum paketi" olarak adlandırılan 30 Temmuz 2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanun'un<sup>[74]</sup> 3. maddesiyle sözü edilen 426. maddeye bir fıkra eklenmişti. Bu fıkraya göre "bilim ve sanat eserleri ile edebi değere sahip olan eserler bu madde kapsamı dışındadır". Türk doktrininde bilimsel, edebi

[72] Codice Penale Italiano, "Non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto", <http://www.ipsoa.it/codici/cp/l2/t9>, erişim tarihi: 08.10.2018.

[73] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 68.

[74] Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun numarası: 4963, Kabul tarihi: 30.07.2003, Resmi Gazete, Sayı: 25192, Tarih: 07.08.2003.



ve sanatsal eserler bakımından müstehcenlik suçunda kanunla bir hukuka uygunluk halinin düzenlenmesi daha önce de önerilmekteydi.<sup>[75]</sup> 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na 2003 yılında dahil edilen söz konusu düzenlemeyi bu önerilerin gerçekleştirilmesi olarak değerlendirmek mümkündür.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 3266 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler, müstehcenlik suçunu düzenleyen 426. maddeye müstehcenlik tanımının eklenmesini de içermektedir.<sup>[76]</sup> Kanundaki tanıma göre “halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı davranışlar” müstehcendir. Bakıcı'ya göre 765 sayılı Kanun, müstehcenlikten söz edilebilmesi için hem failin saikini esas alan subjektif kriteri, hem de eseri okuyan, dinleyen, izleyen kişinin algısını esas alan objektif kriteri kümülatif olarak gerektirmektedir.<sup>[77]</sup>

Türk mevzuatında müstehcenliği ve bu olgunun edebi eserler açısından arz ettiği niteliği düzenleyen bir hükme yer veren 1881 sayılı ve 1931 tarihli mülga Matbuat Kanunu'nun 31. maddesine göre “Türk Ceza Kanunu'nun 423 ve 427. maddeleri mucibince müstehcen sayılan maddeler halkın ar ve haya duygularını inciten ve ayıp sayılan şeylerdir. Yukarıki tarifi şümülüne giren bir san'at veya ilim eseri, alâkadarlarının istifadesi için neşredilir, bu da eserin mevzu ve şekli ile neşir vasıta ve mahallinin nevi ve cinsi arasındaki münasebet karinelerde anlaşılırsa müstehcen sayılmaz”. Söz konusu düzenlemede “ayıp” gibi ahlaken kınama içeren bir sözcüğe yer verilmesi dikkat çekmektedir. Ayrıca edebi eserler bakımından istisna getirildiği görülmektedir. İstisnanın kriteri, eserin ilgililerin yararlanması amacıyla yayımlanması olup bu olgu eserin konusu ve biçimi ile yayımlanma aracı ve yerinin türü arasındaki ilişkinin mahiyetinin saptanmasıyla anlaşılacaktır. “İlgililerin yararlanması amacıyla yayımlanması” kriterinin ne anlama geldiğini tespit etmek güçtür. Hangi eser ilgililerin yararlanması amacı dışında yayımlanabilir? Bu kıstas, “gizlice yayımlamak” deyişi kadar oksimoron bir ifadeyi içermektedir. Kuşkusuz, eseri yayımlama faaliyeti bizatihi ilgililerin yararlanmasına sunulmasını doğal olarak bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla bu kriteri sınırlandıran “eserin konusu ve biçimi ile yayımlanma aracı ve yerinin türü arasındaki ilişki” de açıklaması öngörülen olgunun belirsizliği

[75] Erem, “Müstehcenlik”, *op.cit.*, s. 105.

[76] Bakıcı, *op.cit.*, s. 330.

[77] *Ibid.*

sebebiyle işlevsizdir.<sup>[78]</sup> Bu konuda genel olarak düzenlemeyi isabetli bulan Dönmezer, edebi eserlerin “herkesi” ilgilendirdiğini vurgulama ihtiyacı duymuştur.<sup>[79]</sup> Bizce de özellikle edebi eserler bakımından belli bir kesimin hedef alınmasından söz edilemez. Söz konusu düzenleme bağlamında ek olarak not etmek gerekir ki mülga 5680 sayılı ve 15 Temmuz 1950 tarihli Basın Kanunu’nda da yürürlükteki 5187 sayılı ve 9 Haziran 2004 tarihli Basın Kanunu’nda da benzer bir hüküm bulunmamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda müstehcenliğin tanımına yer verilmediğini vurgulamak gerekir. Diğer taraftan, 765 sayılı Kanun’daki durumun aksine “edebi değeri olan eserler”e ilişkin düzenleme 5237 sayılı Kanun’un kabul edildiği ilk halinde de mevcut olup sonradan değişikliğe uğramamıştır. Bununla beraber 5237 sayılı Kanun’un Adalet Bakanlığı’nın kabul ettiği maddeler kapsamında ilgili maddenin gerekçesinde yedinci fıkrada düzenlenen bu hükme ilişkin bir bilgi bulunmamakta, buradaki gerekçede son fıkra olarak incelememize konu yedinci fıkra değil, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine ilişkin altıncı fıkra gösterilmektedir.<sup>[80]</sup> “Edebi değeri olan eserler”e ilişkin düzenlemeyi içeren yedinci fıkra, Adalet Komisyonu’nun kabul ettiği metinde yer almaktadır.<sup>[81]</sup> Bu bilgilerden hareketle söz konusu fıkranın Adalet Komisyonu tarafından tasarı metnine eklendiği anlaşılmaktadır.

### C. Edebi Eserlerin Müstehcenlik Suçu Bakımından Hukuki Niteliği

Suçun hukuka aykırılık unsuru, suç konusu fiilin genel olarak hukuk düzenine aykırılığı, suç konusu fiili hukuka uygun hale getiren bir kanun hükmünün bulunmaması anlamına geldiğine göre, m. 226/son hükmünün müstehcenlik suçu kapsamındaki bir fiili hukuka uygun hale getirmesi dolayısıyla edebi değeri olan eserler söz konusu suç için hukuka uygunluk hali

[78] Aksi yönde bkz: Dönmezer, *op.cit.*, s. 184 vd.

[79] Dönmezer, *op.cit.*, s. 184, 28 numaralı dipnot. “Edebi eserlerle herkes alâkalanabilir ve hatta diyebiliriz ki edebi eserlerle yalnızca alâkadar olması icabeden bir zümre de yoktur.” *Ibid.*

[80] Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, 12.05.2003, s. 624, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, erişim tarihi: 07.10.2018.

[81] Türk Ceza Kanunu Tasarısı, s. 623, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, erişim tarihi: 07.10.2018.

teşkil etmektedir. Müstehcenlik suçu bakımından edebi eserlerin hukuki niteliği konusunda doktrindeki görüşler de bu doğrultudadır.<sup>[82]</sup>

Ancak edebi eserlerin müstehcenlik suçunun hukuka uygunluk hali kapsamında değerlendirilmesi, salt m. 226/7’de yer alan düzenlemeye dayanmaktadır. Kanun koyucu böyle bir hukuka uygunluk hali öngörmeseydi de edebi eserler yukarıdaki başlıkta belirtildiği gibi Anayasa’nın 27. maddesine dayanan edebi eser üretme ve yayma hakkı kapsamında değerlendirilmek durumunda olup 5237 sayılı Kanun’un m. 26/1 hükmünde düzenlenen “hakkın kullanılması” kapsamında zaten bir hukuka uygunluk hali teşkil etmekteydi.<sup>[83]</sup> Bilindiği üzere, hukuka uygunluk halleri kanunlarda açıkça öngörülenlerle sınırlı değildir.<sup>[84]</sup> 5237 sayılı Kanun’un 226/7 hükmü ile edebi eserlerin müstehcenlik suçunun hukuka uygunluk hali olarak görülüp görülmemesine ilişkin tartışma tümüyle ortadan kaldırılmış bulunmaktadır.<sup>[85]</sup> Fakat bu konudaki asıl sorun neyin “edebi değeri olan eser” niteliği taşıyıp taşımadığı meselesidir.

Belirtmek gerekir ki kanun koyucu müstehcenlik suçunun hukuka uygunluk halinin kapsamı bakımından bilimsel eserler ile sanatsal ve edebi değer taşıyan eserler arasında ayırım yapmıştır.<sup>[86]</sup> Bilimsel eserler bakımından hukuka uygunluk hali suç kapsamındaki her fiilde ve koşulda, mutlak surette geçerli iken, sanatsal ve edebi değeri olan eserlerde hukuka uygunluk, ancak “üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla” geçerlidir. Bu çerçevede bilimsel eserler cinsel içerikli olsalar bile müstehcen sayılmayacaktır.

Kanun koyucunun bilimsel ve edebi eserler arasında ayırım yapması doğru olmamıştır. Bilimsel ve edebi eser türlerinin her ikisi de toplumun belli bir kesimine hitap eder. Anayasal koruma (m. 27) da her ikisi için eşit düzeydedir. Diğer yandan edebi eserlerin “çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla” hukuka uygunluk hali sayılması çelişkili olup “bilimsel

[82] Erem, *op.cit.*, s. 105; Özbek, *op.cit.*, s. 74; Gökhan Taneri, “Müstehcenlik Suçu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2018, s. 603-605.

[83] Özbek, *op.cit.*, s. 74, s. 90.

[84] Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt II, 9. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 1986, s. 30-31.

[85] Özbek, *op.cit.*, s. 74.

[86] Erdal Baytemir, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 654.

eserlerdeki müstehcenliğin çocuklara zararlı olmadığı, buna karşılık edebi eserlerdeki müstehcenliğin ise zarar verdiği” gibi makul olmayan bir sonuç çıkarılmasına elverişlidir.<sup>[87]</sup> Dahası, kanun koyucunun bu hatalı ayrımı, edebi eserlerin çocuklara hitap etmediği gibi yanlış bir varsayıma da yol açmaktadır.<sup>[88]</sup> Öte yandan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 1/B maddesinde “sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” olarak tanımlanan “eser” kavramı, söz konusu Kanun’da fikir ve sanat eserlerinin, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar, sinema eserleri ile işleme ve derleme türlerinden ibaret olduğunun düzenlenmesinin yanı sıra Türkiye’nin de tarafı olduğu Edebi ve Sanatsal Eserlerin Korunmasına Dair Bern Konvansiyonu’nda edebi ve sanatsal eser kavramlarının kapsayıcı ve bütüncül biçimde tanımlanması karşısında bilimsel-edebi eser ayırımının isabetli olduğunu savunmak güçtür.<sup>[89]</sup>

Öte yandan gerçek bilimsel eserler ile sözde bilimsel eserler arasında ayırım yapılması gerektiği yönünde görüşler vardır.<sup>[90]</sup> Aşağıda inceleneceği üzere, “edebi değeri olan” eserler bakımından söz konusu sözde-gerçek ayırımına gerek yazarın niyeti gerekse metnin içeriği bakımından çok daha yaygın şekilde rastlanmaktadır.

#### D. Doktrindeki Görüşler

Eserin edebi değere (bazı yazarlara göre müstehcen olmama özelliğine) sahip olup olmadığı konusunda doktrinde çeşitli, ancak bir noktadan sonra birbiriyi kısmen örtüşen görüşler ileri sürülmüştür.

Sorunun çözümünün kolay olmadığı gerçeğini teslim eden Dönmezer’e göre, dikkate alınması gereken iki kıstas söz konusudur: eserin genel yapısı, müellifin maksadı.<sup>[91]</sup> Eserin bir bölümünde müstehcen sayılabilecek unsurların, konunun gerekli kıldığı az ya da çok ahlaka aykırı pasajların olması değil, bir bütün olarak eserin şehvet eğilimini kışkırtacak, utanma ve ahlak

[87] Özbek, *op.cit.*, s. 93.

[88] *Ibid.*

[89] Tahir Hami Topaç-Caner Gürühan-Aydın Aygün, “Bilimsel, Sanatsal ve Edebi Değer Taşıyan Eserlerde Müstehcenliğin İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 7, Sayı:25, 2016, s. 159.

[90] Baytemir, *op.cit.*, s. 654.

[91] Dönmezer, *op.cit.*, s. 182-185.

duygusunu rencide edebilecek nitelikte olması eseri “müstehten” olarak niteleyebilmek bakımından zorunludur.<sup>[92]</sup> Yazarın bu değerlendirmesinde müstehtenliğe hukuki bir çerçeve getirme, onu sınırlama çabası, söz konusu olguyu toplumsal ve ağır bir ihlal olarak ele alma eğilimi dikkat çekmektedir. Yine de yazarın kullandığı “fakat bazan bir tek pasaj, hatta eserin serlevhası, böyle bir incelemeğe mahal olmaksızın esere müstehten vasfının izafesi için kâfi gelebilir”<sup>[93]</sup> cümlesiyle kendi içinde bir çelişkiye düştüğü aşıkardır. Dönmezer’e göre belli bir zaman ve yerde, orta düzeydeki bir okurun ar ve haya duygusuna zarar vermeye elverişli metinlerin o döneme göre müstehten olduğu söylenebilecektir.<sup>[94]</sup> Müellifin amacına ilişkin kıstas bakımından ise Dönmezer, Flaubert’in davaya konu olan romanı Madame Bovary’ye ilişkin beraat kararına yansıyan, Flaubert’in ciddi ve psikolojik bir eser yaratmayı amaçladığı, ahlaka aykırı pasajları sırf şehvetperestliği teşvik etmek için yazmadığı şeklindeki gerekçesini örnek göstermektedir.<sup>[95]</sup> Bu noktada Flaubert’in yaşadığı dönemdeki ceza hukuku anlayışıyla çağdaş ceza hukuku anlayışı arasında büyük farkın olduğu, üstelik o koşullarda bile yazarın beraat etmiş olduğu olgusunu vurgulamak gerekecektir. Nitekim sonradan “klasik edebi eser” olduğu anlaşılan eserleri yazan pek çok yazarın kendi dönemlerinde müstehtenlik suçundan mahkum olduğu malumdur.

Edebi eserin cinsel konularda bile müstehten sayılmayacağını savunan Erem, cinsel davranışın gerçekçi bir yaklaşımla olduğu gibi anlatılmasını eserin edebi niteliğini kaldıran bir özellik olarak görmekte, konu özgürlüğünün müstehtenliği mazur gösteremeyeceğinin altını çizmektedir.<sup>[96]</sup> Yazar, sanat amacının yokluğu ile istismarın varlığını da müstehtenliğin kriteri olarak değerlendirmektedir.<sup>[97]</sup>

Gürelli, aile kurumunun toplumsal değerine, müstehtenlik teşkil eden içeriğin aile müessesesine zararı verip vermemesine dikkat çekmektedir.<sup>[98]</sup> Yazar böylece suçla korunan hukuki değeri somutlaştıran bir sosyolojik kurum ola-

[92] *Ibid.*, s. 182-183.

[93] *Ibid.*, s. 183.

[94] *Ibid.*, s. 186.

[95] *Ibid.*, s. 184.

[96] Erem, “Müstehtenlik”, *op.cit.*, s. 104.

[97] *Ibid.*

[98] Nevzat Gürelli, “Ceza Hukukunda Müstehtenlik Kavramı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1966, s. 582-583.

rak aileyi ön plana çıkarmaktadır. Yazar ayrıca eser sahibinin maksadı, eserin muhtevası ve eserin icra edeceği tesir şeklinde üç kriter öngörmektedir.<sup>[99]</sup> Bu kriterlere bakıldığında, yayımlanan bir eserin yayımlanmasından önceki (saik) ve sonraki (toplumsal etki) durumların vurgulanmasının subjektif, eserin içeriği ise objektif bir değerlendirmeyi gerektirdiği söylenebilir.

Müstehcenlik-edebilik/sanatsallık sorununa ilişkin olarak Karadayı, sanatsallık tanımı yapan pek az yazardan biridir. Yazara göre sanat, geçici ya da güncel değil, sürekli ve genel nitelikte olup ciddi, objektif, ulusal ya da evrensel bir yaratı olma özelliğine sahiptir.<sup>[100]</sup> Dar ya da bütüncül olmayan bir bakış açısıyla bu tür eserlerin anlaşılması mümkün olmadığı gibi müstehcenlik kapsamında görülmesi de temel hak ve hürriyetler, demokrasi, uygarlık açısından gerilemeye yol açacak bir olgudur.<sup>[101]</sup> Karadayı'nın müstehcenlik-edebilik/sanatsallık sorununa yaklaşımının daha somut ve deskriptif olduğu, bilhassa bu görüşlerin ileri sürüldüğü dönem göz önünde bulundurulursa da ilerici ve özgürlükçü olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.

Önder'e göre, biri eseri meydana getiren fail bakımından, biri de eserin içeriği ve mahiyeti bakımından olmak üzere iki kıstas kullanılabilir.<sup>[102]</sup> Failin cinsel duyguları kışkırtmayı maksat edinmesi öznel kıstası sağlarken eserin içeriği ve mahiyetinin ortalama bir insanın utanma duygusunu rencide etmesi nesnel kıstası sağlamaktadır.<sup>[103]</sup> Yazara göre müstehcenlik ve sanat değeri birbirini dışlayan kavramlar olup müstehcen olan eser, sanat (edebiyat) eseri olamaz.<sup>[104]</sup>

Bilimsel ve sanatsal eserlerin (edebî eserler, "sanatsal" kategorisi içinde değerlendirilebilir) müstehcen sayılamayacağı kanaatinde olan Soyaslan, müstehcenlik ile sanatsallık (edebîlik) olgularının aynı eserde bulunamayacağı kanaatinde dir.<sup>[105]</sup> Yazarın yaklaşımından, sanatsal (edebî) eserlerin maksat-

[99] *Ibid.*, s. 584-585.

[100] İsmet Kemal Karadayı, "Müstehcen Yayınlar ve Son Uygulamalar", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 5, 1974, s. 891.

[101] *Ibid.*

[102] Ayhan Önder, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, 3. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 1991, s. 390 vd.

[103] *Ibid.*

[104] *Ibid.*, s. 391.

[105] Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 569.

larının haricinde kullanılması sonucunda müstehcenlik özelliği kazandıkları, dolayısıyla sanatsal niteliklerini yitirdikleri sonucu çıkarılabilecektir.<sup>[106]</sup>

Baytemir'in müstehcenliğin saptanmasında eserin içeriğini ön plana çıkardığı gözlemlenmektedir. Yazara göre, "cinsel bir davranışı, olduğu gibi anlatmakta o anlatılanla gerçek arasında tam bir uygunluk bulunsa dahi 'edebi eser' niteliği yoktur. Sanatta 'konu özgürlüğü' müstehcen olmayı gerektirmez".<sup>[107]</sup> Baytemir'in burada edebi akımların en yaygınlarından olan gerçekçiliği tümüyle edebiyat alanının dışına çıkaracak mahiyette bir görüş ileri sürdüğü görülmektedir. Öte yandan, yazar, bir eserin edebi niteliğe sahip olup olmadığının belirlenmesinde -Dönmezer'e paralel olarak- eserin tamamının göz önünde tutulmasını ve -Önder'in öznel kıstası doğrultusunda- eser sahibinin okuyucuya vermek istediği fikrin tam olarak tespit edilmesini önermektedir.<sup>[108]</sup> Baytemir'e göre "bu belirlemede, sanat adamlarının yanlış ve ahlaka aykırı toplumsal eğilimlerin anlamsızlığını teşhir suretiyle eleştirmelerinin görevlerinin zorunlu gereklerinden olduğu gerçeği de göz ardı edilmemelidir". Baytemir'in burada ileri sürdüğü görüş, "sanat adamları"na yerine getirilmesi zorunlu olan ahlaki bir görev yüklenmesini peşin olarak kabul etmektedir. Bu görüşün müstehcenliğin sınırlarını ne kadar genişletme eğiliminde olduğu açıkça görülmektedir.

Eserin içeriğini kriter olarak esas alan Bakıcı'nın değerlendirmesinde bilimsel ve sanatsal eserleri bir arada ele alındığı, ayrıca edebi eserler için kriterlerin belirtilmediği görülmektedir.<sup>[109]</sup> Söz konusu çerçevede "cinsel organların ön plana çıkarılması, ..., cinselliğe değer verilmesi, ar ve haya duygularını incitmesi ve eserin estetik bir yanının bulunmaması hallerinde müstehcenlikten bahsedilebileceği" ileri sürülmektedir.<sup>[110]</sup> Yazarın ifadelerinden bu hallerin her birinde müstehcenliğin söz konusu olduğu anlaşılabilir. Bu hallerin her birinde müstehcenliğin söz konusu olduğu anlaşılabilir. Bu hallerin her birinde müstehcenliğin söz konusu olduğu anlaşılabilir. Bu hallerin her birinde müstehcenliğin söz konusu olduğu anlaşılabilir. Bu hallerin her birinde müstehcenliğin söz konusu olduğu anlaşılabilir.

Ceza hukuku bakımından müstehcenliğin pornografi olarak anlaşılması gerektiğini düşünen Özbek'e göre eserin "objektif açıdan bir bütün olarak

[106] *Ibid.*

[107] Baytemir, *op.cit.*, s. 654.

[108] *Ibid.*, s. 655.

[109] Bakıcı, *op.cit.*, s. 330.

[110] *Ibid.*

önemli ölçüde cinsel dürtüleri tahriki amaçlıyor” olması, “cinselliği mutlak hale getirmiş olması”, sanatsal kaygıdan uzak şekilde cinsel nesneleştirmenin söz konusu olması, eseri “pornografik” ve yine yazara göre bu nedenle “müstehcen” hale getirmektedir.<sup>[111]</sup> Müstehcenlik-pornografi ayrımı bakımından da her pornografik içeriğin müstehcen olduğu, ancak bunun aksinden söz edilemeyeceği, bu itibarla müstehcenliğin kavramsal olarak pornografiden daha kapsamlı olduğu yazarın ileri sürdüğü görüşler arasındadır.<sup>[112]</sup> Özbek, müstehcenliğin (pornografinin) sanat eserinde bulunabileceğini, sanat ile müstehcenlik arasında keskin bir tasnif yapmanın mümkün olmadığını, 5237 sayılı Kanun’un m. 226/7 hükmünün de bu olguyu teyit ettiğini, “çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla” hükmüne göre ise müstehcen eserin sanat olabileceği ancak bu noktada çocukların korunması değerinin sanat özgürlüğüne üstün sayıldığını, dolayısıyla zor “ve bazen katlanılmaz” olsa da mahkemelerce çözülmesi gereken asıl sorunun kavramların tanımında değil, değerler çatışmasının nasıl çözümleneceğinde ve sanat özgürlüğünün kapsamının saptanmasında olduğunu, “şüpheden sanat yararlanır” ifadesiyle de sanat kavramının ise geniş yorumlanması gerektiğini savunmaktadır.<sup>[113]</sup> Yazara göre edebi-sanatsal eser/müstehcenlik sorununda çatışan değerler arasında genel ahlak yoktur, çatışma sanat özgürlüğü ile “çocuklar ve bireylerin özel hayatı ve cinsel özgürlüğü” arasındadır.<sup>[114]</sup>

## E. Eserin “Edebi Değer” ve “Müstehcenlik” Niteliği Bakımından Bilirkişilik Sorunu

### 1. Genel Olarak

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “bilirkişinin atanması” başlığını taşıyan 63. maddesine göre, “çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir”. Hükmün devamındaki 3 Kasım 2016 tarihli ve 6754 sayılı Kanun’un 42. maddesiyle değişik cümlede ise “genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda

[111] Özbek, *op.cit.*, s. 20-21.

[112] *Ibid.*, s. 21.

[113] *Ibid.*, s. 88-89, s. 92-93.

[114] *Ibid.*, s.92.



bilirkişiye başvurulama”yacağı ayrıca düzenlenmiştir. Kanuni düzenleme çerçevesinde eserin edebi değerinin saptanması ve müstehcenliği meselesinde ilk akla gelen sorun, bir eserin edebi değer taşıyıp taşımadığının hâkimin genel bilgisi ya da deneyimiyle veya hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenip çözülemeyeceğidir. Bununla beraber sorun burada sona ermemektedir; çünkü eserin öncelikle müstehcenliğinin saptanması gerekmektedir<sup>[115]</sup> ki daha sonra Türk Ceza Kanunu’nun m. 226/7’deki edebi değer taşıyıp taşımadığı saptanarak hukuka uygunluk hali olup olmadığı belirlensin. Bir başka deyişle, eser “müstehcen” değilse, onun “edebi değer” taşıyıp taşımadığının bir önemi yoktur. Eserin ancak müstehcen olduğu saptandıktan sonra edebi nitelikte olup olmadığı araştırılmalıdır. Bütün bu sorunlara karşılık, müstehcenlik ile edebi değer taşıma olgularının birbirini dışlayıp dışlamadığı, yukarıda da tartışıldığı gibi, önemli bir başka mesele olup sorunu daha da karmaşık hale getirmektedir.

5271 sayılı Kanun’un m. 63/2 hükmü uyarınca hâkim veya mahkeme, bilirkişi atanması ve gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması konusunda takdir yetkisine sahiptir. 1117 sayılı Kanun uyarınca her ne kadar Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu resmi bilirkişi olarak görevli olsa da hâkim ya da mahkeme gerekçesini gösterdiği sürece Kurul’un yanı sıra bir ya da birden fazla bilirkişi tayin edebilecektir. Yargıtay’a göre de hukuki durum bu şekildedir.<sup>[116]</sup>

Uygulamada bir eserin müstehcen olup olmadığının / edebi değer taşıyıp taşımadığının saptanmasında (uygulamada bu iki sorun yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz gibi iki ayrı sorun olmasına rağmen aynı sorunmuşçasına ele alınmaktadır)<sup>[117]</sup> mahkemenin kendi kanaatiyle yetinmediği ve bilirkişiye müracaat ettiği bir vakıadır. Hatta bilirkişiye başvurulmaksızın mahkemenin karar vermesinin Yargıtay’ca bozma sebebi yapılmış olduğu bilinmektedir.<sup>[118]</sup>

[115] Osman Yaşar-Hasan Tahsin Gökcan-Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 6373.

[116] Yaşar-Gökcan-Artuç, *op.cit.*, s. 6378.

[117] Örneğin “...suça konu kitabın edebi değere sahip olup olmadığı ve müstehcen olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda ek rapor alındıktan sonra...” Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 502, K. 6242, 30.04.2004, Özbek, *op.cit.*, s. 101.

[118] Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 13411, K. 577, 20.01.1953, Dönmezer, *op.cit.*, s. 195; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 575, K. 170, 18.03.2004, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 7362, K. 7909, 20.12.2004, Özbek, *op.cit.*, s. 76-77.

Dahası, bilirkişilik müessesesi Yargıtay tarafından o kadar önemsenmektedir ki eski tarihli bir kararda bilirkişinin müstehcen olduğuna kanaat getirdiği bir eser hakkında verilen beraat kararının da Yüksek Mahkeme tarafından bozulduğu görülmektedir.<sup>[119]</sup> Yargıtay'ın yakın tarihli *Genç Bir Don Juan'ın Maceraları* (Guillaume Apollinaire) kitabına ilişkin kararındaki değerlendirmeler daha da dikkat çekicidir. Bu kararda “*Soruşturma aşamasında iki kişilik bilirkişi heyetinden alınan 28.04.2009 tarihli ve yargılama aşamasında Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu tarafından düzenlenen 11.08.2010 tarihli raporlarda belirtilen, yargılamaya konu kitabın hiçbir sanatsal ve edebi değerinin bulunmadığı biçimindeki değerlendirmelere hangi nedenlerle itibar edilmediği açıklanmadan, 12.03.2010 tarihli genel ve soyut ifadeler kullanılarak hazırlanan bilirkişi raporuna itibar edilerek, sanıkların eylemlerin TCK.nın 37. maddesi göndermesiyle 226/5. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı maddenin 7. fıkrası uyarınca kitabın sanatsal ve edebi değeri olduğu gerekçesiyle beraatlere hükümlenmesi*” kanuna aykırı bulunmuştur.<sup>[120]</sup> Yargıtay, sırasıyla soruşturma evresinde atanmış bilirkişiden ve kovuşturma evresinde resmi bilirkişiden (Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu) alınan kitabın edebi değerinin yokluğu yönündeki bilirkişi raporunu esas almayan yerel mahkemenin tutumunu olumsuz olarak değerlendirirken kitabın edebi değer varlığı kanaatinde bulunan bilirkişi raporuna itibar edilmesini ise bozma sebebi olarak görmektedir. Buradan hareketle, daha önceki Yargıtay kararlarında görülen bilirkişinin müstehcen olduğuna kanaat getirdiği eser hakkında verilen beraat kararını bozma eğiliminin sürdürüldüğü söylenebilecektir. Bilirkişi raporlarından ise varılmak istenen hükme göre tercih yapıldığı, ancak içeriğinin tartışılmadığı gözden kaçmamaktadır.

Yargıtay'ın müstehcenlik suçunda edebi (yazılı) eserlerin aksine, görsel (sanatsal, örneğin film gibi) eserlerde hâkimin bizzat incelemesini yeterli ya da mümkün görmesi<sup>[121]</sup> dikkat çekicidir. Buradan Yüksek Mahkeme'nin

[119] Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 4923, K. 4911, 09.05.1952, Dönmezer, *op.cit.*, s. 196.

[120] Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2012/13056, K. 2013/1527, 19.02.2013, <https://www.eralp.av.tr/t-c-yargitay-14-ceza-dairesi-e-201213056-k-20131527-t-19-2-2013/>, erişim tarihi: 11.11.2018.

[121] “... veya bizzat izlemek suretiyle bir kanaate varılmadan...”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 499, K. 5424, 07.07.2004, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2002/8817, K. 2003/6087, 06.11.2003, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 8559, K. 8383, 12.12.2002, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2002/3875, K. 2003/2172, 21.04.2003, Özbek, *op.cit.*, s. 101.

roman, öykü gibi bir edebi eseri, bir filme göre daha özel, daha teknik ve maddi içerikli bir sorunun konusu olarak gördüğü sonucu da çıkarılabilir. Neticede Yargıtay'ın genel olarak bir eserin edebi değerinin ya da müstehcenliğin saptanması sorununu, hâkimin genel bilgisi ya da deneyimiyle veya hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözülemeyecek, uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir sorun olarak gördüğü söylenebilir.

Müstehcenlik suçu bakımından bir eserin edebi değer taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde bilirkişiye başvurma konusunda olumlu, olumsuz ve eserin türüne ya da mahiyetine ilişkin ayırım yapılmasını savunan görüşler olduğundan bahsedilebilir.

Bilirkişiye başvurulmasında olumlu yaklaşıma sahip *Gürelli*'ye göre, bir eserin müstehcen olup olmadığının tespit edilmesi hukuki bir uzmanlık işi değil, teknik bir iştir.<sup>[122]</sup> Müstehcenlik olgusunun toplumdan topluma değişkenliği, çok boyutlu olması, değerlendirmeye konu eserin bilirkişilerce ele alınmasını gerekli kılmaktadır.<sup>[123]</sup>

*Dönmezer*'e göre bir eserin müstehcenliği hususunda en ehliyetli merci mahkeme olup ondan daha çok halkın ar ve haya duygularını rencide eden şeyleri bilen, toplumsal gelenek ve görenekleri, düşünce akımlarını her gün denetleme durumundaki bir kişi olarak tanıyan başka bir kişi düşünülemez.<sup>[124]</sup> Ayrıca müstehcenlik sorununun maddi değil, hukuki bir mesele olması sebebiyle de bilirkişiye başvurulması doğru değildir.<sup>[125]</sup>

*Önder*, bir eserin müstehcen olup olmadığını takdir etme görevinin hâkime ait olduğunu belirtmektedir.<sup>[126]</sup> Hâkim, müstehcenlik olgusunu somut olayı değerlendirerek tespit edecektir.<sup>[127]</sup> Hâkimin, fiilin işlendiği sırada toplumun sosyo-kültürel yapısını dikkate alması ise tabiidir.

*Özbek*'e göre suç tanımında yer alan müstehcenlik, “normatif, değerlendirilebilir nitelik taşıyan bir terim” olup bu değerlendirme bizzat “hâkim tarafından yapılmalıdır.”<sup>[128]</sup> Sorun genellikle her ne kadar incelemeye konu

[122] Gürelli, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, *op.cit.*, s. 583.

[123] *Ibid.*

[124] Dönmezer, *op.cit.*, s. 196.

[125] *Ibid.*

[126] Önder, *op.cit.*, s. 390 vd.

[127] Timuçin Köprülü, “Müstehcenlik”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2008, s. 29.

[128] Özbek, *op.cit.*, s. 101-102.

m. 226/7-hukuka aykırılık unsuru açısından davaya konu olsa da eserin müstehcen ya da sanatsal/bilimsel eser olduğunu tespit etme görevi mahkemeye aittir.<sup>[129]</sup>

Sanatsal (edebi) eserin müstehcen olup olmadığının belirlenmesinde kural olarak en yetkin kişinin toplumu, bireyi pek çok açıdan tanıyan yargıç ya da savcı olduğunu savunan Karadayı, bazı eserler açısından ise bilirkişiye müracaat edilebileceği kanısındadır.<sup>[130]</sup>

*Marakoğlu*, müstehcenliğin bizzat yargıç tarafından saptanması yerine bilirkişiye başvurulmasını, özgün bir yaklaşımla, müstehcenlik suçunun yarattığı tehlike bakımından ele alarak şu soruyu sormaktadır: “Eğer müstehcen içerik, yargıcın veya ortalama bir kimsenin bakışıyla tespit edilemeyip ayrıca özel bir uzman görüşünü gerektirir nitelikte karmaşık müstehcen olduğu iddia edilen bir şeyin açıkça topluma tehlike oluşturduğu nasıl söylenebilir?”<sup>[131]</sup>

*Bakıcı* ise ancak “sanat eserleri” bakımından bilirkişiye başvurulabileceğini, bunun dışındaki “resim, film ve eserlerin müstehcen olup olmadığının tespiti”nin hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi birikimiyle mümkün olduğunu, “özel ya da teknik bir bilgi”yi gerekli kılmadığını belirtmektedir.<sup>[132]</sup> Yazarın yaptığı bu ayırmda edebi eserin bilirkişiye başvurulmasına gerek olmayan ikinci kategorideki eserler kapsamında olduğu söylenebilecektir. Yazar, ayrıca, eserin hakim ya da bilirkişi tarafından ama her halükârda incelenmesinin icap ettiğini, sanığın beyanıyla yetinilmesinin mümkün olmadığını eklemektedir.<sup>[133]</sup>

*Yalkut*'un da eserin niteliğiyle ilgili bir ayırma giderek konuyu değerlendirdiği gözlemlenmektedir. Yazara göre, eserde müstehcenlik olgusu herkes tarafından görülebilecek şekilde, apaçık biçimde saptanabiliyorsa bilirkişiye başvurmak gereksizken, nispi (kesin olmayan) müstehcenlik halinde bilirkişiye başvurulması mümkündür.<sup>[134]</sup> Fakat her koşulda mahkeme, takdir

[129] *Ibid.*, s. 102.

[130] Karadayı, *op.cit.*, s. 893.

[131] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 92.

[132] Bakıcı, *op.cit.*, s. 333.

[133] *Ibid.*

[134] Yalkut, *op.cit.*, s. 284.

yetkisini nesnel ölçütler çerçevesinde kullanarak sorunu çözmeli, eserin niteliğini belirlemelidir.<sup>[135]</sup>

## 2. Resmi Bilirkişi: Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu

### a) Kurulun Yapısı, Niteliği, Görevleri ve Alınacak Tedbirlerin Kapsamı

21 Haziran 1927 tarihli ve 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu ile kurulan Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu, m. 2/3 uyarınca müstehcenlik suçuyla ilgili olarak yargı organlarına resmi bilirkişilik yapmakla görevlendirilmiştir.

Esasen 1117 sayılı Kanun, on sekiz yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde zararlı tesir yapacağı anlaşılan süreli yayınlar ile süreli yayın tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin tabi tutulacağı sınırlamaları (m. 1) ve bu sınırların belirlenmesi usulünü düzenlemektedir. Süreli yayınlar ile süreli yayın tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin 1. maddede belirtilen sınırlamaya tabi tutulabilmesi için Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesinde oluşturulan yetkili kurulun, söz konusu eserlerin on sekiz yaşından küçükler için zararlı olduğuna dair karar vermesinin gerekli kılınması (m. 2/1) sonucunda Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu teşkil edilmiştir. 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 38. maddesiyle değişik m. 2/4 uyarınca Kurul, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanının belirleyeceği biri başkan olmak üzere Bakanlığın beş birim amirinden teşekkül etmektedir. 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Kurul'un üye yapısının hem alan hem de sayı bakımından daraltıldığı ve bu doğrultuda Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesine dâhil edildiği gözlemlenmektedir.<sup>[136]</sup>

[135] *Ibid.*

[136] Kurul, 02/07/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nın 38. maddesiyle yapılan düzenleme öncesinde Başbakanlık bünyesinde oluşturulmuş olup "Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu" adını taşımaktaydı. Bu dönemde kurul üyelerinin sayısı on bir olup Kurul, Başbakanlık tarafından en az 15 yıl kamu hizmeti yapmış kişiler arasından seçilecek bir üyenin yanı sıra Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Yüksek Öğretim Kurulu, Diyanet İşleri Başkanlığı, Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nca seçilecek birer üyeden teşekkül etmekteydi.

Kurul, basılmış eserlerin küçükler için zararlı olup olmadığı hususunda yapacağı incelemede, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'ndaki genel amaç ve temel ilkeleri gözönünde bulundurmak zorundadır (m. 2/2). Salt çoğunlukla karar alan (m. 2/6) Kurul tarafından gerekli görülen hallerde sürekli veya geçici olarak görev yapmak üzere özel ihtisas komisyonları kurulabilir. Kurulun, bu komisyonlarda görev yapmasını uygun göreceği kamu personeli ilgili kamu kurumunun muvafakati alınarak Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığınca görevlendirilir (m. 2/9).

Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun faaliyet biçimi hem re'sen, hem de talep üzerine gerçekleşebilmektedir. Kurul, 1117 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre on sekiz yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde zararlı tesir yapacağı anlaşılan süreli yayınlar ile bu kapsama girmeyen eserleri re'sen inceleyebileceği gibi, resmi makamların, amaçları arasında çocuk ve gençlerin korunmasına yer veren derneklerin, kadın ve basın dernek ve kuruluşlarının başvurularını da inceleyerek karara bağlamaktadır.

Çocukları zararlı yayınlardan korumak amacıyla Kurul'un yerine getirdiği görevler ile alınması öngörülen tedbirler, Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, Kurul tarafından incelenerek küçükler için zararlı olduğuna karar verilmiş basılmış (bir aydan daha sık periyotlu süreli yayınlar ile sinema ve her türlü film afişleri, ilanlar, fotoğraflar, kabartma ve her türlü posterler, kartpostallar, takvimler hariç) eserlerin sahiplerine, sorumlu müdürlerine ve telif hakkı sahiplerine, eserin bu niteliğe sahip olduğu kurulca tebliğ edilmek durumundadır (m. 4/1). Tebligat yapılan bu kişiler, ellerinde mevcut eserlerin ön kapaklarına "küçükler için zararlıdır" damga veya işaretini herkesin kolayca görüp okuyabileceği şekil ve büyüklükte basması mecburidir (m. 4/2-3). Damgalanan söz konusu eserlerin tüketici ulaştırılması da sınırlanmış olup açık sergilerde ve seyyar müvezziler tarafından satılması, dükkanlarda, cemakanlarda ve benzeri yerlerde teşhir edilmesi, bir yerden bir yere teşhir maksadıyla açık bir surette nakledilmesi ve dağıtıcılar tarafından bunlar için sipariş kabul edilmesi, gazeteler, mecmualar, duvar ve el ilanları, radyo ve TV ile veya diğer suretlerle ilan edilmesi, satışı için reklam ve propaganda yapılması ve nihayet para karşılığında veya parasız küçüklere gösterilmesi, verilmesi ile okul ve benzeri yerlere sokulması yasaklanmıştır

---

1117 sayılı Kanun'un daha eski halinde ise söz konusu komisyonun Maarif Vekaleti (Milli Eğitim Bakanlığı) bünyesinde teşekkül etmesinin öngörüldüğü bilinmektedir. Dönmezer, *op.cit.*, s. 197.

(m. 4/4). Çocuklara zararlı olduğuna karar verilen eserler, ancak on sekiz yaşından büyük olanlara içi görülmeyen zarf veya poşet içinde satılabilecek, bu zarf ve poşetlerin üzerinde eserin ismi ile “Küçüklere zararlıdır” ibaresinden başka hiç bir yazı ve resim bulunmayacaktır (m. 4/5).

Kanun, çocukların zararlı yayınlardan korunması hususunda sadece zorlayıcı tedbirler değil, aynı zamanda otokontrol olarak nitelenebilecek bazı önlemleri de öngörmektedir: Buna göre, “haklarında Kurulun her hangi bir kararı bulunmadığı halde, basılmış eserlerinin konusu veya ihtiva ettiği yazı ve resimler sebebiyle küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı kanaatinde olan eser sahipleri kendiliklerinden, eserin üzerine ‘küçüklere zararlıdır’ damga veya işaretini basarak içi görünmeyen zarf veya poşet içinde satışa arz edilebilirler”. Eser sahibinin kendi eserine re’sen tedbir uyguladığı bu durumda, söz konusu 4. maddenin ilgili fıkralarındaki hükümler uygulanacaktır (m. 4/8).

Kanun’un 7. maddesinde öngülen tedbirlere aykırı sayılan davranışlar için öngörülen yaptırımlar düzenlenmektedir. Yayımlanan süreli ve süresiz yayınların Kurul tarafından re’sen incelenebilmesini kolaylaştırmak amacıyla da ikişer nüshanın Kurul’a gönderilmesi zorunlu tutulmuştur (m. 8). 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 10. maddesinde de basımcının, bastığı her türlü yayının imzalı iki nüshasını, dağıtım veya yayımın yapıldığı günde, mahallin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etme yükümlülüğü düzenlenmiş olduğu, iki düzenlemenin bir ölçüde paralellik arz ettiği söylenebilir.

### **b) 1117 sayılı Kanun Bakımından Eserin Niteliği**

1117 sayılı Kanun’un makalemizin konusu bakımından en çok önem arz eden hükümlerinden biri de 6. maddesi olup hükme göre “fikri, içtimai, ilmi ve bedii kıymeti haiz olan eserler bu kanunun şumulünden hariçtir”.

Öncelikle belirtmek gerekir ki hükümde doğrudan “edebi değer taşıma” kriteri geçmemekle birlikte bu niteliği kapsayan “bedii” (estetik) terimine yer verilmiştir.

İkinci olarak, bu hüküm ile 5237 sayılı Kanun’un 226. maddesinin son fıkrasındaki hüküm karşılaştırıldığında bu hükmün ilgili eserlere tanıdığı istisnai durumun, hem eserin niteliklerinin kapsamı, hem de 5237 sayılı Kanun’da yer verilen, “istisnanın istisnası” olan “...üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla” benzeri bir hükme yer

vermemesi açısından daha özgürlükçü olduğu açıktır. 5237 sayılı Kanun'da sadece “bilimsel” ve “sanatsal / edebi değeri olan” eserler müstesna iken, 1117 sayılı Kanun'da ilmi (bilimsel) ve bedii (estetik değeri olan sanatsal ve edebi) eserlerin yanı sıra fikri (düşünsel) ve içtimai (toplumsal) eserler de istisna kapsamındadır. Her iki eser türünün de çok geniş bir içeriğe sahip olduğu göz önünde bulundurulursa, iki hüküm arasındaki fark daha rahat anlaşılacaktır.

Diğer taraftan, 1117 sayılı Kanun'la teşkil edilen Kurul'un ve çocuklara zararlı eserlere ilişkin alınacak “tedbirlerin” idari nitelikte olduğu, buna karşılık 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen müstehcenliğe ilişkin fiillerin “suç” niteliği taşıdığını, bu doğrultuda 1117 sayılı Kanun'daki istisnai düzenlemenin idari nitelikte bir istisna, 5237 sayılı Kanun'daki söz konusu istisnanın ise müstehcenlik suçuna ilişkin olarak yaratılan bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu vurgulamak gerekir. Çelişki de bu noktada başlamaktadır. Şöyle ki idari mahiyetteki istisnanın kapsamı daha genişken ceza hukukunu ilgilendiren istisna (hukuka uygunluk sebebi) daha dar kapsamlıdır. Halbuki kanun koyucunun kural ihlallerine yönelik tutumu açısından ceza hukukunun en önemli özelliklerinden biri “ultima ratio” (son çare) olmasıdır.<sup>[137]</sup> Kanaatimizce, bu sebeple müstehcenlik suçu bakımından eserin niteliğine ilişkin olarak ayrıca bir hukuka uygunluk hali yaratılacaksa, bunun idari tedbirler için öngörülen istisnadan daha geniş kapsamlı olarak düzenlenmesi gerekirdi.

### **c) Eserin Niteliğinin Belirlenmesi Gerekliliği Karşısında Kurul'un Yetkisi ve Yetkinliği**

Davaya konu olan eserin edebi niteliğinin belirlenmesi, bilirkişilik sorununa ilişkin görüşümüzü ortaya koyduğumuz bölümde de belirtildiği gibi yüksek düzeyde uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi, bu bağlamda edebiyat alanında yetkinliği gerektiren bir konudur. Üstelik bu yetkinlik, kavramlar bahsindeki edebi değer taşıyan esere ilişkin bölümde vurguladığımız üzere bir romanın, öykü kitabının ya da başka türde bir eserin “edebilik” gibi aynı çağda yaşayan en yetkin kişilerce bile tespit edilmesi güç olan bir kriter açısından incelenmesini gerektirdiği için çok daha güç elde edilebilecek bir yetkinliktir.

[137] Uğur Alacakaptan, “Öteki Ceza Hukuku”, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, Cilt I, Ankara: Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi-Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, 2008, s. 397 vd.



Buna karşılık, 1117 sayılı Kanun'un m. 2/3 hükmüne göre Küçükleri Mızır Neşriyattan Koruma Kurulu, söz konusu Kanunla kendisine verilen görevlere ilaveten, Türk Ceza Kanununun 426. maddesinde tanımlanan suçla ilgili olarak yargı organlarına resmi bilirkişilik yapmakla görevlidir. Resmi bilirkişi olarak görevlendirilen Kurul, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 38. maddesiyle değişik m. 2/4 uyarınca Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanının belirleyeceği biri başkan olmak üzere Bakanlığın beş birim amirinden oluşmakta, üstelik Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesinde faaliyet göstermektedir. Bu çerçevede Kurul üyelerinin belirlenmesinde edebi alanda yetkinlikle ilgili hiçbir kriter bulunmadığı gibi Kurul üyeleri tamamen Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bürokratlarından oluştuğu görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki Kurul'un önceki yapısında Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından, güzel sanatlar dalında ün yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye"nin yanı sıra "Ankara, İstanbul ve İzmir Gazeteciler Cemiyetlerinin tesbit edecekleri birer basın mensubu aday arasından Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünce kura ile tesbit edilecek bir üye"nin bulunmaktayken değişiklik sonrası Kurul'un bürokratik niteliği daha belirgin hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi Kurul'un önceki yapısının anayasaya uygun olduğuna hükmetmiştir.<sup>[138]</sup> Mahkeme'nin ilgili kararı incelendiğinde Kurul'un tümüyle bürokratik olmadığını vurgulandığı, Kurul'un önceki durumundaki yapısının Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine ilişkin olarak 2. maddesi, "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesi, "düşünce ve kanaat hürriyeti" başlığı altındaki 25. maddesi, "Mahkemelerin bağımsızlığı"na ilişkin 138. maddesi ile "Hakimlik ve savcılık mesleği"ne ilişkin 140. maddesine aykırı bulunmadığı, da bu bağlamda not edilebilir.<sup>[139]</sup>

[138] Cumhur Şahin, "Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik", *Bilirkişilik Sempozyumu (9-10 Kasım 2001)*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2001, s. 208.

[139] Anayasa Mahkemesi, E. 1986/12, K. 1987/4, 11.02.1987, Resmi Gazete, Tarih: 21.11.1987, Sayı: 19641, "Kurulu oluşturan üyelerin hemen hepsinin memur statüsünde bulunmaları, bir güvenceye sahip olmamaları, sürekli olarak siyasal iktidarın güdümünde ve baskısı altında kalmalarının kaçınılmazlığı nedeniyle yansız karar veremeyecekleri, bu durumun ise düşünce ve kanaat özgürlüğünü olduğu kadar, kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını da ihlal eder nitelik taşıdığı savı ile Yasanın 1. maddesinin ve 2. maddesinin anılan bölümleri ile birlikte Anayasa'nın 17. ve 25. maddelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Hemen işaret etmek gerekir ki Kurul üyelerinin tümü memur statüsünde değildir. Yasanın 2. maddesinin dördüncü

Aynı kararda karşıoy sahibi olan bir yargıcın 1117 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 3266 sayılı Kanun'un kabulü sürecindeki Adalet Bakanı'nın demecinden yaptığı alıntıda, muzır yayınlar ile müstehcen yayınların birbirinden farklı olduğu, bir eserin müstehcenliğine karar verecek olanın Kurul değil, hâkim olduğu yönündeki açıklamalar dikkat çekicidir.<sup>[140]</sup>

fıkrasının (g) bendinde “Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından, güzel sanatlar dalında ün yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye” ile aynı fıkranın (j) bendinde “Ankara, İstanbul ve İzmir Gazeteciler Cemiyetlerinin tesbit edecekleri birer basın mensubu aday arasından Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğüne kura ile tesbit edilecek bir üye...” memur statüsünde düşünülemez. Bununla beraber, çeşitli Bakanlıklara ve idari kuruluşlara mensup ve Bakanlıklar ve kuruluşlar tarafından seçilen 11 kişiden oluşan Kurul'un büyük çoğunluğunun memur statüsünde bulunması itibarıyla siyasal iktidarların etki alanı içinde buldukları varsayılsa bile, bu durum, Kurul'un siyasal iktidarların anlayış ve isteklerine göre karar vereceğini göstermez. Herşeyden önce; bu bir uygulama sorunudur. Yasaya göre Başbakanın ya da diğer siyasal makam ya da organın Kurul'a emir ya da talimat vermek, Kurul kararlarını değiştirmek gibi yasal yetkileri bulunmamaktadır. ... Üyelerinden her birinin bir uzmanlık dalından geldiği belli olan Kurul'a resmi bilirkişilik görevinin verilmesindeki asıl amacın, müstehcenlik konusundaki görüşlere istikrar getirerek Mahkemelerin daha isabetli ve daha sağlıklı kararlar vermelerine katkıda bulunmak olduğu anlaşılmaktadır. Şu halde, Kurul'un, resmi bilirkişi sıfatıyla görevlendirilmesinin ve verdiği raporların, mahkemece yeterli görüldüğünde hükme dayanak yapılmasının, toplumda yerleşmiş adalete duygusunu sarsıcı hiçbir yönü yoktur. Kaldı ki, usul yasaları mahkemenin, verilen raporu yeterli bulmaması halinde, başka bir bilirkişiye müracaat etmek yetkisini saklı tutmaktadır ve 3266 sayılı Yasada bunu engelleyen bir hüküm yer almamaktadır. Sorunun ağırlıklı özü de burada toplanmaktadır. Açıklanan nedenlerle, Yasanın 2. maddesindeki, Kurul'a resmi bilirkişilik görevi veren hükmün, dava dilekçesinde yer alan Anayasa'nın 2. maddesindeki “Hukuk Devleti”, 138. maddesindeki “Mahkemelerin bağımsızlığı” ve 140. maddesindeki “Hakimlik ve savcılık mesleği” ne ilişkin ilkelere aykırılığı söz konusu olamaz.”, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a6943a9d-57a5-4713-8b98-953015d6cfb0?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 11.11.2018.

[140] “Getirilen kanunun amacı; kanun dışı kazanç yollarına sapma eğilimleri uyandırıcı, maceraperestliğe ve tembelliğe yol açıcı, korku ve dehşet hisleri uyandırıcı, ruh ve beden sağlığı üzerinde zararlı etkiler yaparak dengesiz şahsiyet teşekkülüne sebep olucu, kanun dışı yollarla hak aramayı telkin edici, suçluları kahramanlaştırarak bu yolda özendirici etkilerde bulunucu, milli duyguları, örf, adet ve inançları zayıflatıcı veya yok edici, halkın ar ve haya duygularını incitici veya cinsi arzularını tahrik ve istismar edici gibi birçok amacı hedef alan muzır neşriyatı önlemektir. Muzır neşriyatla, müstehcen neşriyat birbirinden farklıdır. Kanunun muzır neşriyatla ilgili olarak getirdiği bir yasaklama yoktur, isteyen muzır neşriyat yapar; ancak belli kalıplar, belli ölçüler içinde yapar bunu. Dilediğince, lalettayin yapamaz hükmünü getirmektedir. Müstehcenlik ise, Türk Ceza Kanununun ilgili maddeleri içinde müeyyide altına

Yürürlükteki düzenlemeler çerçevesinde Kurul üyeleri arasında edebiyat alanında yetkin (örneğin edebiyat doktoru ya da profesörü ya da tanınmış ulusal veya uluslararası edebiyat ödülllerinden birini almış müellifler gibi) kişilerin bulunmaması müstehcenlik suçunda edebi ve resmi bilirkişilik görevinin ifası bakımından başlı başına bir sorundur. Kurul'un güzel sanatlar dalında ün yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye ile basın mensubu bir üyenin bulunduğu eski hali bile edebi yetkinlik açısından eleştirilmekteyken,<sup>[141]</sup> mevcut halinde tümüyle Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bürokratlarından oluşan yapısının yetkinlik bakımından evleviyetle problemli olduğu aşıkardır. Kurul'un bünyesinde yer aldığı Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının edebiyat alanıyla bir ilgisinin bulunmaması da sorunun bir başka boyutudur. Bu tablo karşısında esasen çocukların korunmasına ilişkin idari tedbirleri almakla görevli bürokratik bir organ olan Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun bu görevine ek olarak eserin edebi değer taşıması kıstasına ilişkin olarak müstehcenlik suçuyla ilgili resmi bilirkişi olarak görevlendirilmiş olmasının isabetli olmadığını söylemek gerekir.

#### **d) Kurulun Konuya İlişkin Kararlarının Mahiyeti**

Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun asıl görevi, adından da anlaşılacağı üzere idari nitelikte olup Kurul'un yapısı da idari/bürokratik mahiyettedir. Bu mahiyetteki Kurul'un aynı zamanda 1117 sayılı Kanun'la resmi bilirkişi olarak görevlendirilmesi sonucunda bu sıfatla vereceği kararlarda Kurul'un idari vasfının etkisinin olmadığı söylenemez. Nitekim bir örnek olması açısından Kurul'un 2012 yılının ilk üç ayında bilirkişi olarak incelediği kırk bir dosyadan kırkının "aşırı müstehcen" olarak nitelendirdiği görülmektedir.<sup>[142]</sup>

---

alınmıştır. Neyin müstehcen olduğu, neyin olmadığı resim mi müstehcendir, kitap mı müstehcendir, heykel mi müstehcendir; onu tayin ve takdir yetkisi bağımsız Türk hakimine aittir. Kurula ait değildir." Bu konuşmanın da ortaya koyduğu gibi yasa tamamen küçükleri korumak amacım taşımakta olup, bütün toplumun korunması gibi bir erek söz konusu değildir." <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a6943a9d-57a5-4713-8b98-953015d6cfb0?excludeGerekce=True&word sOnly=False>, erişim tarihi: 11.11.2018.

[141] Ahmet Gök, "Edebi ve Sanatsal Eserlerin Özgürlük Mücadelesi", s. 3, [http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document\\_de5144e36374403b9c2e29af01b37f21.pdf](http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_de5144e36374403b9c2e29af01b37f21.pdf), erişim tarihi: 11.11.2018.

[142] *Ibid.*, s. 6.

Marakoğlu'nun 2000 ile 2008 yılları arasında Kurul'un resmi bilirkişi sıfatıyla "edebiyat eseri" kapsamındaki kitaplara ilişkin olarak hazırladığı raporlara dair yaptığı bir araştırma, Kurul'un müstehcenlik ve edebi nitelik olgusuna yaklaşımını anlamak bakımından incelenmeye değerdir. Genel bir bakışla söz konusu zaman diliminde Kurul tarafından incelenen ve yarısından fazlası kurmaca (roman ya da öykü) türünde olan 33 kitaptan 6'sının müstehcen olmadığı, 27'sinin müstehcen olduğu yönünde bilirkişi raporu hazırlanmış, bu raporların 2'si oyçokluğuyla 31'i ise oybirliğiyle karara bağlanmıştır.<sup>[143]</sup>

Raporlarda belirli bazı ifadelerin kalıp olarak aynen kullanıldığı görül-  
mekte olup örneğin raporların yarısından fazlasında (19)<sup>[144]</sup> "... *insanlar ilkel hayatlarından bugüne kadar dünyanın her yerinde ve her toplumunda cinsi uzuv bölgesini kapalı tutmayı ve cinsi münasebetin gizliliğini vazgeçilmez kural olarak uygulaya gelmişlerdir. Bu, toplumumuzda da böyledir. Toplumumuzun ahlak anlayışı ve kuralları ile örf ve âdetleri cinsi münasebetin aşîkârlığını kabul etmez.*" ifadeleri aynen yer almaktadır.<sup>[145]</sup> Bu ifadelerdeki pek çok sorundan biri, çıplaklığın müstehcenlik olarak algılanmış olmasıdır ki gerek Yargıtay gerekse doktrindeki çoğunluk bu olgunun tek başına bir eserin müstehcenliğini ortaya koymadığı görüşündedir; bir diğer önemli sorun ise rapora konu olan çalışmanın, gerçek yaşamdan bir kayıt, hatta görsel bir eser değil, kâğıda basılmış cümlelerden oluşan yazılı bir eser olması olup yazılı bir eserde, raporda belirtildiği gibi "*cinsi münasebetin aşîkârlığı*"nın gerçek olarak gösterilmesinin teknik olarak mümkün olmasıdır.<sup>[146]</sup> Yazılı bir metindeki "hikâye" ile gerçek hayattaki bir "olay"ın somut ve maddi anlamda aynı mahiyette olduğu kuşkusuz kabul edilemez. Keza söz konusu on dokuz raporda "*Toplumlar varlıklarını koruyabilmek ve toplum düzenini sağlayabilmek amacıyla sosyal normları oluşturmuşlardır. Basın-yayın, araç ve organları bizzat bu normlara uymak zorunda oldukları gibi, toplumu bu konuda yönlendirme, ikaz etme, hatırlatma görev ve sorumluluğu ile de yükümlüdürler. Bu görev ve sorumluluk toplumsal*

[143] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 98.

[144] Örnek olarak Kurul'un Kadın Argosu Sözlüğü adlı eser hakkındaki bilirkişi raporu incelenebilir. Dosya No: 34 Rapor No: 2002/233 Rapor Tarihi: 23.12.2002, Rapor metni için bkz: <https://www.metiskitap.com/Catalog/Text/70278>, erişim tarihi: 13.11.2018.

[145] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 99.

[146] *Ibid.*, s. 99-100.

niteliktedir. Söz konusu kitapta yayınlanan yazıların bu toplumsal görev ve sorumluluk ile bağdaştırılması mümkün değildir.” ibareleri yer almaktadır.<sup>[147]</sup> Halbuki edebi eserler yazan müellifin toplumu belli bir konuda aydınlatma görevinin olduğu yönündeki görüşü tümüyle varsayımsal<sup>[148]</sup> ve hukuki dayanaktan yoksundur; böyle bir yükümlülük ne Anayasa’da ne de kanunlarda yer almamaktadır. Söz konusu raporlarda belli ifadelerin aynen kullanılması ise incelemeye konu her bir eser için yeterince özgün tetkik yapılmadığına işaret etmesi itibariyle eleştiriye açıktır.

Kurul’un edebiyat alanında uzman olmayan kişilerden oluşmasının (bu durum, Kurul’un son değişiklik sonucu aldığı yapısında daha belirgindir) yaratabileceği sakıncaların en çarpıcı örneği, 2002 tarihli Kurul raporunda görülmekte olup bu raporda 2004 yılı Nobel Edebiyat Ödülü sahibi Avusturyalı yazar Elfriede Jelinek’in<sup>[149]</sup> *Piyanist* adlı romanının “estetik yapıdan uzak olduğu; zaman zaman argo ve amiyane tabirlere rastlandığı, bayağı ve ustaliksiz anlatım tarzlarına başvurulduğu yönündeki değerlendirmelerin yapılmasından iki yıl sonra yazarın dünya çapında en büyük edebiyat ödülü kabul edilen Nobel ödülünü alması, Kurul’un edebi yetkinliğini yansıtmaması açısından dikkat çekicidir.<sup>[150]</sup>

Raporlarda incelenen kitaplardan bazı alıntılar yapılarak eserin müstehcen olduğu ya da edebi değer taşımadığı yönündeki değerlendirmeler, eserin bütününe ele alınması gerekliliği karşısında isabetli görünmediği gibi; bu raporlarda kurgusal kişilerle yazarın gerçek kişiliğinin karıştırılması, hukukça korunmayan toplumsal bazı özelliklere hukuki işlev, yazara da hukuki temeli olmayan toplumsal bir görev yüklenmesi, edebiyatın sadece “sanatlı”, “şairâne” bir ifade kalıbı olarak görülerek günlük hayata ilişkin argo dil, toplumla çatışan birey gibi olgulara yer verilmesinin edebiyat-dışı sayılması, nesnel ve ayrıntılı araştırmaya dayalı tespitler yerine öznel

[147] *Ibid.*, s. 100-101.

[148] *Ibid.*, s. 101.

[149] The Swedish Academy, The Nobel Prize in Literature 2004, <https://www.nobelprize.org/prizes/literature/2004/summary/>, erişim tarihi: 13.11.2018. Nobel Komitesi, Jelinek’e ödülü, “romanlarında ve oyunlarındaki seslerin ve yankıların müzikal akışı ve fevkalade bir dil çabasıyla toplumsal klişelerin saçmalığını ve onların boyun eğdirici gücünü gözler önüne serdiği” için verdiğini açıklamıştır.

[150] Marakoğlu, *op. cit.*, s. 102.

düşüncelere, varsayımlara dayalı ifadeler kullanılması gibi sorunlar<sup>[151]</sup> bilirkişi olarak Kurul'un 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesi uyarınca "uzmanlık, özel ve teknik bilgi" bakımından yeterli olmadığı izlenimini oluşturmaktadır.<sup>[152]</sup>

Sonuç olarak, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun 5237 sayılı Kanun'un m. 226/7 hükmü kapsamında eserin edebi değer taşıyıp taşımadığı ve müstehcen olup olmadığı konusundaki raporları, gerek Kurul'un bürokratik-idari niteliği, asıl faaliyetini oluşturan küçükleri korumaya yönelik idari tedbirlere ilişkin görevleriyle bağlantılı yapısı, gerekse müstehcenlik ve edebiyat alanında yetkin kişilerden oluşmamış olmasının etkisiyle isabetli hukuki kriterler elde etmek için elverişli mahiyette değildir.

[151] *Ibid.*, s. 104 vd.

[152] William Burroughs'un *Yumuşak Makine* adlı romanı dolayısıyla açılan davada Kurul'un verdiği bilirkişi raporundaki eleştiriye oldukça açık nitelermeleri tenkit eden yayıncının açıklamaları bu açıdan dikkate şayandır: "140 sayfalık kitabın yirmi ayrı sayfasından bazen bir cümle bazen birkaç paragraf alarak "işte bu yazılanlardan dolayı müstehcendir" sonucuna ulaşmak bir edebiyat metnine yapılmış koskoca bir haksızlıktır. Tüm dünyanın okuyup bir öncü yazar olarak kabul ettiği William Burroughs'u Başbakanlığa bağlı edebiyatçı, estet, eleştirmen, çevirmen gibi sıfatlardan yoksun bir kurulun incelemeye kalkması böyle "ucube" bir durumu ortaya çıkarmıştır. Çünkü edebiyat ve karşı-edebiyat metinlerinin hiçbirinde kurulun yazdığı üzere; "konu bütünlüğü", "anlatım bütünlüğüne riayet" aranmayacağı gibi, "tarihi mitolojik unsurların yaşam tarzlarından örnekler vererek kişisel ve objektif olmayan gerçek dışı yorumlarda bulunmak" ve "argo ve amiyane tabirlerle kopuk anlatım tarzının benimsenmesi" de bir suç teşkil etmez. Bu kurallar ancak resmi yazışmalarda, raporlarda ya da ders kitaplarında dikkate alınabilecek genel kurallardır. Oysa sanat ve edebiyat kavramları bu kalıpların hiçbirine oturtulamaz, böyle yapmayan yazar bir soruşturma konusu haline getirilemez. Kimsenin mitolojik unsurlara dair objektif bir yorumda bulunmak gibi bir zorunluluğu yoktur. "Mezkûr kitabın bu haliyle edebi eser niteliği taşımadığı, okuyucu haznesine ilave katkısının olmayacağı, kriminolojik açıdan da kitapta, insanın bayağı, adi, zayıf yönlerinin işlenmesinin okuyucu üzerinde suça izin verici tavırları geliştirmektedir." Ayrıca hiçbir yazarın insanın her koşulda güzel yönlerini göstermek gibi bir mecburiyeti olmadığı gibi, okuyucu haznesine katkısının ne olacağı ve edebi nitelik taşıyıp taşımadığının ölçütü de resmi bir devlet kurumu değildir, kitabın okurudur." Sel Yayıncılık, Savcılık İfadesi, <http://www.selyayincilik.com/duyuru/ama-sayin-willam-burroughs-yazmayin-oyle-burasi-turkiye-15>, erişim tarihi: 17.11.2018.

### 3. Bilirkişilik Sorununa İlişkin Görüşümüz

Kanımızca eserin müstehcen olup olmaması ile edebi değer taşıyıp taşıması sorunları birbirine karıştırılmalıdır. Eserin müstehcen olup olmaması, suçun maddi unsurunun oluşup oluşmadığına ilişkin bir sorun iken, eserin edebi niteliğe sahip olup olmaması suçun hukuka aykırılık unsurunun (m. 226/7) oluşup oluşmamasına ilişkindir. Buradan da kanun koyucunun m. 226/7'deki düzenlemesinden (doktrindeki bazı yazarların da savunduğu şekilde) müstehcenlik ile edebiliğin birbirini dışlamayan kavramlar olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. Bilirkişilik sorununun ise 5271 sayılı Kanun'un 63. maddesi çerçevesinde ve belirttiğimiz gibi müstehcenlik ile edebilik iki ayrı sorun açısından ayrı ayrı çözülmesi gerektiği açıktır. Bir eserin müstehcen olup olmadığının hâkimin genel bilgisi, deneyimi, mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözülebilecek bir sorun olduğu, uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektirmediğini söylemek mümkündür. Hâkim müstehcenlik gibi toplumsal yönleri olan, genel ahlakla ilintili bir olguyu saptamak konusunda bilgi, deneyim açısından yeterince donanımlı olduğu gibi ceza kanununda düzenlenen bir suçun tanımında yer alan "müstehcenlik" teriminin anlamını belirlemek açısından da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle donanımlıdır. Ceza hâkiminin yaygın bir kavram olan "müstehcenliğin" saptanmasını bilirkişiye bırakması, kendi asli görevini bir başka merciye bırakması olarak değerlendirilebilir. Eserin edebi nitelikte olup olmaması (hukuka aykırılık unsuru bağlamında) ise bize göre uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir konudur. Hâkimden edebiyat alanındaki son gelişmeleri, örneğin büyümlü gerçekçilik, yeni realizm, bilinç akışı gibi akımları, üslupları roman, öykü, şiir gibi türlerin edebi değerini bilmesi, ulusal ve uluslararası edebiyat standartlarındaki edebi önemini tespit edebilmesi beklenemez. Bu yüzden, uzmanlık, özel ve teknik bilgi gerektiren eserin edebi niteliği hususunda hâkim mutlaka bir ya da birkaç yetkin bilirkişiden yararlanmalıdır. Ancak bu noktada bilirkişinin uzmanlık yeteneğinin, edebiyat alanındaki özel ve teknik bilgi düzeyinin fevkalade önem taşıdığına altını çizmek isteriz. Hâkimin tayin edeceği bilirkişi ulusal ya da uluslararası alanda edebi açıdan donanımlı kişiler arasından seçilmeli, müstehcenlik suçunda edebi nitelik açısından yapılacak bilirkişilik meselesi aşağıda incelenecek Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu örneğinde gerçekleştiği gibi salt resmi, bürokratik bir sorun olarak görülmemelidir.

## F. Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi incelemeye konu olan sorunu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesine uygunluk sorunu olarak ele almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlama sebepleri arasında yer alan “demokratik bir toplumda ... ahlakın korunması” edebi eserlere yönelik hak sınırlamaları bakımından incelemenin merkezini oluşturmaktadır. Örneğin *Handyside v. İngiltere* davasında,<sup>[153]</sup> 1971 yılında yayımlanan *Küçük Kırmızı Ders Kitabı* adlı kitabı konu alan takibat ve tedbir şeklinde hak müdahaleleri bakımından, Mahkeme, 10. maddenin ikinci fıkrası bağlamında kamu mercilerinin bir müdahalenin söz konusu olduğunu, ifade özgürlüğünün devlet ya da toplumun büyük bir kesimine yadırgatıcı, rahatsız edici, sarsıcı gelen düşünce ve yayınları da kapsadığını, sınırlamanın demokratik toplum için gerekli ve orantılı olması gerektiğini, buna karşılık ifade hürriyetini kullanan her bireyin de yükümlülükleri olduğunu, bu bilgiler ışığında İngiliz Müstehcen Yayınlar Kanunu uyarınca yapılan müdahalenin genel ahlakı korumaya yönelik olması dolayısıyla Sözleşme'ye aykırılık oluşturmadığını belirtmiştir.<sup>[154]</sup> Kanaatimizce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önemli bir içtihadı olarak görülen ve başta Mahkeme tarafından olmak üzere geniş ölçüde atıf yapılan<sup>[155]</sup> *Handyside* kararından edebi eserin niteliği ile müstehcenliği arasındaki ilişki konusunda bir çıkarım yapmak mümkün olmadığı gibi kararda genel ahlakın ne olduğu ve davaya konu eserin niteliğiyle bağlantısı konusunda kaydadeğer bir analize de rastlanmamaktadır. 2010 tarihli *Akdaş v. Türkiye* davasında ise Hades Yayınları'nın editörü olan davacı Rahmi Akdaş'ın 1999 yılında Fransız yazar Guillaume Apollinaire'in *On Bir Bin Kırbaç* (*Les onze mille verges*) adlı erotik romanını yayımlaması üzerine müstehcenlik suçundan ağır para cezasına mahkum edilmesi incelemeye konu edilmiş olup Mahkeme “bir müdahalenin varlığı, bu müdahalenin kanun tarafından öngörülebilirliği ve somut olayda izlenen amacın meşruluğu yani ahlakın korunması konusunda, taraflar arasında tartışma olmadığı”ni tespit etmiş, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası bakımından ise sanat

[153] *Handyside v. the United Kingdom*, 5493/72, 7 December 1976, Bkz: <https://swarb.co.uk/handyside-v-the-united-kingdom-echr-7-dec-1976/>, erişim tarihi: 10.11.2018.

[154] Özbek, *op.cit.*, s. 78-79.

[155] *Handyside* kararına atıf yapılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından bazıları için bkz: <https://swarb.co.uk/handyside-v-the-united-kingdom-echr-7-dec-1976/>, erişim tarihi: 10.11.2018.



özgürlüğü ile ahlakın korunması dengesi bakımından *Vereinigung Bildender Künstler v. Avusturya, Müller ve diğerleri v. İsviçre* kararlarını hatırlatarak ifade özgürlüğünün görev ve sorumluluk da gerektirdiğini, davaya konu esere ilişkin olarak tatbik edilmiş olan 765 sayılı Kanun'un 426. maddesinin amacının ahlakın korunması olduğunu, ahlakın ise değişken bir kavram olduğunu, davaya konu romanın ilk kez yayımlanmasının üzerinden çok uzun zaman geçtiğini, çok sayıda ülkede ve muhtelif dillerde yayımlandığını ve son olarak "Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin kültürel, tarihi ve dini özelliklerine verilen önemin/değerin Avrupa Edebiyatı mirasında yer alan bir esere halkın belli bir dilde, mevcut durumda Türkçe olarak erişimine engel" olunmasının 10. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirtmiştir.<sup>[156]</sup> Bu kararda, davaya konu olan kitabın "Avrupa Edebiyatı" klasiklerinden biri olmasının rol oynadığı açıktır. İfade özgürlüğü ve "Demokratik toplumun gerekleri" kriteri ile "Avrupa edebi mirası" (*patrimoine littéraire européen*) olgusunun ilişkilendirilmesini hukuki, tutarlı bir temele oturtmak ise olanaklı görünmemektedir. Türk edebiyatı ya da herhangi bir ulusal edebiyat bakımından kıymet taşıyan ve tek bir dilde yayımlanan, tek baskı yapan bir eserin müstehcenlik suçuna konu edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olabileceği imasını bünyesinde barındırdığı için kararın gerekçesini tasvip etmek mümkün değildir.

Alman yargı mercileri müstehcenlik-edebilik konusuna diğer yargı organlarına göre daha geniş ölçüde katkıda bulunmuştur. Federal Yüksek İdare Mahkemesi, *Postacı Kapıyı İki Kez Çalar* adlı romana ilişkin 1966 tarihli kararında sanatın korunması ve gençlerin korunması olarak korunması ve gerektiğinde aralarında tercih yapılması gereken iki ayrı hukuki değer olduğunu, bir sanat eserinin varlığı açıksa sanatın korunmasının gençlerin korunmasından daha önemli olduğunu, eserin sanatsal niteliğinin hem sanatsal bir yaratım çabasının varlığı hem de içeriğinin ("eğlencelik, basit bir çalışma" olup olmadığı) esas alınarak belirlenebileceğini, inceleme sonucunda eserin sanat eseri olduğu açıksa pornografik olsa bile sanatın korunması değerinin gençlerin korunmasına üstün geldiğini belirterek korunan hukuki değerler arasında özgürlükçü bir ayrıma dayanan bir hukuki muhakeme ortaya koymuştur.<sup>[157]</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin

[156] Akdaş v. Türkiye, 41056/04, 16.02.2010, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22site%22:%7B%22001-161487%22%7D%7D>}, erişim tarihi: 17.11.2018.

[157] Özbek, *op.cit.*, s. 82-83.

Gençler İçin Tehlikeli Neşriyatın Yayılması Hakkında Kanun'un anayasaya uygunluğunu denetlediği 1971 tarihli Mephisto kararında, sanat eserinin öncelikle sanatçının şahsiyetinin dışavurumu ve duygularının, düşüncelerinin bir yöntemle yaratıcı şekilde ifade edilmesi olduğu biçiminde bir tanıma yer verilmiş; eserin yaratılmasıyla dış dünyaya sunulmasının sanat özgürlüğünün ayrılmaz parçaları olduğu, sanat eserinde ne kadar gerçek yaşamdan ilham alınırsa alınsın sanatsal biçimin ön planda olduğu, Alman Anayasası'ndaki açık hüküm uyarınca *anayasadaki kayıtlamalar dışında sanatsal özgürlüğün sınırsız bir özgürlük olduğu*, sanat özgürlüğünün bir başka anayasal değer olan kişiliği özgürce geliştirme hakkıyla çatışabileceği ortaya konulmuştur.<sup>[158]</sup> Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin 1972 tarihli *Fortsetzungsroman Die Sünde der Söhne* kararında Mephisto kararına göre gerilediği söylenecek bir özgürlük anlayışıyla sanat özgürlüğünün mutlak anlamda sınırsız olmadığı, insan onuruyla kayıtlanmış olduğu, sanat eserinin "sanata hizmet eden, belli bir sanatsal düzeye sahip eser" olarak tanımlanabileceği, bunların ötesinde sanat eserinin toplum için sahip olduğu işleve önem verilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>[159]</sup> Kuşkusuz, bu kararda Mahkeme'nin sanat eseri tanımı sanata hizmet etme, belli bir düzeyde sanatsal olma gibi objektif olmayan, totolojik mahiyette olduğu gibi sanata ve sanatçıya toplumsal bir işlev yüklemesi ve onları özgül değerini yok sayarak araçsallaştırması kabul edilemez bir totaliter tavrın yansıması olarak değerlendirilebilir. Öte yandan aynı mercinin 1987 tarihli *Josephine Mutzenbacher* kararında pornografik yayınlardan gençlerin korunması bakımından düşük tehlikeli yayın-yüksek tehlikeli yayın ayırımının yapılarak ilkinde sanat özgürlüğünün ikincisinde ise gençlerin korunması değerinin tercih edilmesi gerektiği ileri sürülürken Federal Yüksek Mahkeme'nin 1990 tarihli *Opus pistorum* kararında pornografi ile sanat olgularının birbirini dışlamadığı, pornografik bir eserin pekala sanat eseri olabileceği, sanat terimini içeriksel değil, biçimsel kriter çerçevesinde geniş yorumlamak gerektiği, yukarıda değinilen Mephisto kararının bu açıdan eleştiriye açık olduğu, gençlerin korunması ile sanatın korunması değerlerinin anayasal açıdan eşit değerde olduğu, *Fortsetzungsroman Die Sünde der Söhne* kararındaki sanatsal düzey belirleme çabasının isabetsizliği vurgulanmıştır.<sup>[160]</sup> Bir değerlendirme yapmak gerekirse, gerek çatışan

---

[158] *Ibid.*, s. 83-85.

[159] *Ibid.*, s. 85-86.

[160] *Ibid.*, s. 86-87.

anayasal değerlere ilişkin, gerekse önceki Alman mahkeme içtihatlarındaki çelişkili ve yasaklayıcı ifadelerle ilişkin eleştirel yaklaşımından dolayı *Opus pistorum* kararının diğer kararlardan daha önemli ve kaydadeğer olduğu söylenebilecektir. Nihayet Federal Anayasa Mahkemesi'nin incelemeye konu soruna ilişkin 1990 tarihli kararında pornografik bir edebi eserin (romanın) sanatsal olabileceğinin belirtilmesi<sup>[161]</sup> dolayısıyla bu kararın Alman içtihatlarındaki (*Opus pistorum* gibi) özgürlükçü kararlar arasında değerlendirmek mümkündür.

Amerikan hukukunda öznel ve ahlaki nitelemelerden ibaret Hicklin kriterlerinin esas alındığı *Bennett* davası bir kenara bırakılırsa; 1889 tarihli *Clarke* davasında eserin niteliği, korunmak istenen toplum ya da toplumun parçası, eserin geneline hakim olan yapı ve eserin yazılma amacı kıstaslarına yer verilmiş, incelemeye konu eserin Kitab-ı Mukaddes ile İngiliz şairi Shakespeare ve Romalı yazar ve tarihçi Suetonius'un eserleriyle mukayese edilmesi önerilmiştir.<sup>[162]</sup> Kuşkusuz Türk hukukundaki müstehcenlik suçuna ilişkin uygulama ve bilirkişi raporlarının içeriği düşünüldüğünde, söz konusu eserlerin ya da onlara benzer nitelikli eserlerin edebiliğinin ve müstehcenliğinin resmi bilirkişi olan Kurul tarafından mukayese yöntemiyle dikkate alınmasının umulması iyimserlik olarak görülebilir. 1957 tarihli *Roth* davasında yargıç Brennan'ın dahil olduğu çoğunluk görüşü ifade ve basın özgürlüğünün sınırsız olmadığını savunurken, karşı oy kullanan yargıç Black ve Douglas bu özgürlüğün mutlak güvence altında olduğunu ileri sürmüştür; daha önemlisi Brennan müstehcenlikle cinselliğin eş anlamlı olmadığını, edebi eserlerde cinselliğe yer verilmesinin anayasal korumayı ortadan kaldırmayacağını, müstehcenliğin "ortalama ve normal bir kişi için çağdaş toplumsal ölçülere göre söz konusu eser bir bütün olarak ele alındığında eserin baskın konusunun şehvet duygularına hitap etmesi" şeklindeki kriterle saptanması gerektiğini öne sürmüştür.<sup>[163]</sup> *Miller v. California* davasında Yüksek Mahkeme, müstehcenliğin "ortalama bir kişi", "çağdaş toplumsal ölçüler", "materyalin bir bütün olarak ele alınması" kıstaslarının yanı sıra "şehvet duygularına hitap etmesi", "uygulanacak hukuka ... aykırı olarak cinsel davranışları açıkça" müteceviz surette tasvir etmesi ve materyalin bir

[161] *Ibid.*, s. 87-88.

[162] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 74-77.

[163] *Ibid.*, s. 79-80.

bütün olarak “ciddi anlamda edebi, sanatsal... değerden yoksun olması” kriterleriyle saptanmasının icap ettiğine kanaat getirmiştir (*Miller Testi*).<sup>[164]</sup>

Türk Anayasa Mahkemesi 765 sayılı Kanun döneminde müstehcenlik-edebilik/sanatsallık ilişkisini konu olan bir içtihat geliştirmiştir. Mahkeme’ye göre “kesin olarak denilebilir ki, müstehcen yayınların sanat ve kültür yaşamıyla hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Aksine, müstehcende kamu yararına, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırılık ve tecavüz hali vardır. Cezaî önlem ve yaptırım, kamu düzeni ve yararı için kuşkusuz, zorunludur” şeklinde bir içtihat ortaya koymuştur.<sup>[165]</sup> Müstehcenliğin hukuki sınırlarını çizmek bakımından bu ifadeler yeterli görünmemektedir. Ayrıca Mahkeme’nin bu kanaatlerle müstehcenliğin sanat ve edebiyat eserleri bakımından değerlendirilmesi hususunda özgürlükçü denilebilecek bir bakış açısını mı yansıttığı, yoksa müstehcenlik ile “sanat ve kültür yaşamı” arasında ayırımın kolaylıkla yapılabileceğini mi savunduğu da belirsizlikle malul olup metinden anlaşılmamaktadır. Fakat şurası açıktır ki Mahkeme, müstehcen olan eserin edebi (sanatsal) olmayacağı, edebi (sanatsal) eserin de müstehcen olamayacağı şeklinde bir kanaate sahip olup bu kanaatin doktrindeki (yukarıda görüşlerine yer verilen) bazı yazarlarca da paylaşıldığı görülmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi müstehcenliğin karmaşık ve muğlak bir kavram olduğunu kabul etmekte, ayrıca eserin niteliğinin bütüncül ve hassas bir yaklaşımla ele alınmasının gerekli olduğuna işaret etmektedir. Mahkeme bireysel başvuru üzerine verdiği bir kararda, “*kitabın kurgusal bir roman olduğu ve özgün tarzı gözetildiğinde Anayasa’nın 26. ve 27. maddelerinin yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına aldığı unutulmamalıdır... Bir eserin sanatsal veya edebî değerinin bulunup bulunmadığının değerlendirmesinde yargı yerlerinin tam bir serbestiye sahip olduğu kabul edilemez. Yargı organlarının ifade özgürlüğü alanında yapacakları değerlendirmelerde ifadeler bağlamlarından koparılmadan incelenmelidir. Aksi bir tutum Anayasa’nın 13. ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı*

[164] *Ibid.*, s. 83.

[165] Anayasa Mahkemesi, E. 1986/12, K. 1987/4, Karar Tarihi: 11.02.1987, Resmi Gazete, Tarih: 21.11.1987, Sayı: 19641, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a6943a9d-57a5-4713-8b98-953015d6cfb0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 10.09.2018.

*sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. Özellikle karmaşık ve muğlak bir olgu olan müstehcenlik söz konusu olduğunda -bu bütüncül yaklaşım ilkesinin bir gereği olarak- yargı erklerinin yapacakları değerlendirmelerde sanat alanının veya eserin özelliklerine, müstehcen olduğu değerlendirilen kısımların ifade edildiği bağlama, yazarın kimliğine, yazılma zamanına, amacına, hitap ettiği kişilerin kimliklerine ve onların estetik anlayışlarına, eserin muhtemel etkilerine ve eserdeki diğer ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır”*<sup>[166]</sup> şeklinde bu yöndeki kanaatini ortaya koymuştur. Konumuz açısından Türk Anayasa Mahkemesi’nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre nispeten önemli sayılabilecek bir katkıda bulunduğu söylenebilir.

Türk Yargıtayı, genel olarak bakıldığında edebi eserin niteliğinin belirlenmesine ciddi ölçüde katkıda bulunabilecek bir içtihat geliştirmemiş olup bu hususun ancak bilirkişi tarafından tespit edilebileceği kanaatindedir.<sup>[167]</sup> Üstelik müstehcenlik suçu bakımından davaya konu olan eserin edebi nitelik taşıyıp taşımadığı hususunda mahkemenin bilirkişinin raporunda varılan kanaatin mahkeme tarafından zorunlu olarak dikkate alınması gerektiği, dolayısıyla meselenin hukuki değil maddi, teknik bir sorun olduğu yönünde tutum takındığı bir kararı da bulunmaktadır.<sup>[168]</sup>

Edebi eser-müstehcenlik ilişkisi bir kenara bırakılıp sadece müstehcenlik kavramına bakıldığında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 1996 tarihli kararından söz edilebilir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, müstehcenliğin değişken bir kavram olduğunu belirterek “eylemin işlendiği dönemin toplumsal ve kültürel düzeyi” ile failin “cinsel duyguları tahrik gayesi” (subjektif kıstas) ve

[166] Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Başvuru Numarası: 2014/20168, Karar Tarihi: 26.10.2017, Resmi Gazete Tarihi: 28 Aralık 2017, Resmi Gazete Sayısı: 30284, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2017-20168.htm&kw=pornografi#fm>, erişim tarihi: 12.09.2018.

[167] Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 13411, K. 577, 20.01.1953, Dönmezer, *op.cit.*, s. 195; “... suça konu kitabın edebi değere sahip olup olmadığı, müstehcen olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda ek rapor alındıktan sonra sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken noksan araştırmayla yazılı biçimde hüküm kurulması...” Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 575, K. 170, 18.03.2004, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 7362, K. 7909, 20.12.2004, Özbek, *op.cit.*, s. 76-77.

[168] Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 4923, K. 4911, 09.05.1952, Dönmezer, *op.cit.*, s. 196.

incelemeye konu eseri okuyan (ya da dinleyen, izleyen) kişinin görüşünün (objektif kıstas) dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>[169]</sup>

Hukuk ile ahlakın birbirinden net biçimde ayrılmadığı hukuk düzenlerinde ceza kanununun ahlaki yargı içeren düzenlemelere yer vermesi konuya ilişkin hukuki sorunun yalnızca bir parçası olup sorunun daha önemli boyutu yüksek mahkeme kararlarında somutlaşmaktadır<sup>[170]</sup>. Bu noktada Kanun'un 226. maddesinde yer verilen “doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişkiler” ifadesinin<sup>[171]</sup> kapsamı ve yüksek mahkemelerce yorumlanma biçimi ön plana çıkmaktadır<sup>[172]</sup>.

Kanun'da yer verilen “doğal olmayan yoldan” ifadesinin, Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 12., 17., 20. ve 42. maddelerine aykırılığı ileri sürülmesi üzerine somut norm denetimi yoluyla uyumsuzluğu inceleyen Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemenin, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış ibaresinin muğlak olduğu, oral ya da anal ilişkinin yasaklar kapsamına alınarak cezai müeyyideye bağlandığına ilişkin gelişmiş toplumlarda herhangi bir yasağa rastlanılmadığı, iki yetişkin karşı cinsin rıza ve istemleri dahilinde oral ve anal ilişki yaşamamaları suç teşkil etmemesine karşılık buna ilişkin görüntülerin bir gösteri aracında bireysel olarak seyredilmesinin suç teşkil etmesinin çelişkili olduğu yönündeki gerekçesine rağmen “*doğal olmayan yol*” ibaresinin kişiden kişiye veya toplumdaki topluma farklılık gösterebileceği düşünülebilir ise de kanun metni bir bütün

[169] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 5-27, K. 45, 19.03.1996, Marakoğlu, *op.cit.*, s. 85-86.

[170] S. Sinan Kocaoğlu, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (TCK m. 102-105), Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 74.

[171] Bu konuda bkz: Ersan Şen, “TCK m. 226/4'ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, [http://sen.av.tr/tr/makale-detay/139/tck\\_m.226/4%E2%80%99%C3%BCn\\_anayasaya\\_ayk%C4%B1r%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1\\_sorunu.html](http://sen.av.tr/tr/makale-detay/139/tck_m.226/4%E2%80%99%C3%BCn_anayasaya_ayk%C4%B1r%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1_sorunu.html); Ezgi Cankurt, “Cinsel Yönelime İlişkin Yaşam Tarzına Müdahalenin TCK Bakımından Değerlendirilmesi”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 6, Aralık 2017, s. 132-133; Mehmet Nihat Kanbur, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) Cilt: 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 4159, 4165, 4167; Turan Yıldırım, “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 2, Aralık 2018, s. 469.

[172] Kocaoğlu, *op.cit.*, s. 74.

olarak değerlendirildiğinde ve korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizzatı kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır. “Doğal olmayan yol” kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içerik kazanacağında şüphe yoktur. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın “belirlilik” ve “kanunilik” ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.” şeklinde ifade ettiği gerekçeye dayanıp ceza hükmünün öngördüğü yasağın “toplumun genel ahlakının korunması ve dolayısıyla kamu yararı amacıyla yönelik olduğu” nu belirterek iptal talebini oyçokluğuyla reddetmiştir<sup>[173]</sup>.

Karşı oy gerekçelerinde iptale konu olan ibarenin belirsizliği, “tanımlanması neredeyse imkansız” olduğu, üstelik uygulamada “anal, oral, grup seks, lezbiyen, eşcinsel ilişki” ihtiva eden ürünlerin Yargıtay’ca “doğal olmayan yoldan” yapılan cinsel davranışın kapsamında görülerek hüküm kurulduğu<sup>[174]</sup>, oysa “cebir, şiddet içermeyen ve rızaya dayalı bu hallerin, gerçekte ‘özel hayatın gizliliği’ koruması altında olduğu ve bunun bir özgürlük sorunu teşkil ettiği hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik kararları ile ortaya” konulduğu, uygulamanın aksi yönünde olmasının iptale konu ibarenin muğlaklığını, özel hayatın gizliliği, belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırı olduğunu kanıtladığı, “toplumun ahlaki standartlarına uygun”luk kıstasının kullanılmasının “demokrasi ilkesine aykırı”, “kişi özgürlüğüne yapılan ölçsüz ve ağır bir müdahale” olduğu vurgulanmaktadır<sup>[175]</sup>.

Mahkeme kararına yansıyan tartışmalarda görüldüğü üzere “doğal olmayan yoldan” ifadesinin tıpkı müstehcenlik gibi hukuken muğlak, kişiden

[173] Anayasa Mahkemesi, E. 2014/18, K. 2015/35, 01.04.2015, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGercek=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 22.09.2019.

[174] Anayasa Mahkemesi’nin varlığını vurguladığı uygulamaya örnek bir karar için bkz: Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2013/2042, K. 2015/131, 13.01.2015, Kocaoğlu, *op.cit.*, s. 75.

[175] Anayasa Mahkemesi, E. 2014/18, K. 2015/35, 01.04.2015, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGercek=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 22.09.2019.

kişiye, toplumdan topluma<sup>[176]</sup> değişen nitelikte olduğu açıktır. Çağdaş ceza hukukundaki eğilim dikkate alınırsa Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında ve benzeri nitelikte genel ahlaka vurgu yapan kararlarda bu kavramın ancak "hukuk uygulayıcılarının kendi ahlak anlayışlarını" yansıttığı söylenebilir<sup>[177]</sup>.

Gerçekten "doğal cinsel ilişki" ve kanunda yer verilen "doğal olmayan cinsel ilişki" nedir? Ceza yaptırımını karşısında bir cinsel davranışın doğal olup olmadığı hangi kriterlere göre belirlenecektir? Anayasa Mahkemesi'nin çoğunluk görüşünün belirttiği gibi mahkeme ya da hukuk doktrinine mensup yazarlar bir davranışın doğal olup olmadığına ne şekilde kanaat getirecektir? Yine aynı görüşün ileri sürdüğü üzere doğal olmayan cinsel davranışın "*şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar*" ile ağırlık açısından karşılaştırılarak kapsamının saptanması nasıl mümkün olabilir? Bir davranışın çok somut bir niteliğini ifade eden "doğallık" unsuru, kararda belirtildiği şekilde "*demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulun*" ma kıstasıyla nasıl açığa kavuşturulabilir? Bu soruları bireysel ahlaki tercihleri ifade etmeksizin hukuki akıl yürütme sınırları içinde kalarak tutarlı biçimde yanıtlamak mümkün değildir.

İnsan davranışlarının doğallığı ya da bir başka deyişle insan doğası temelde yeme-içme ve cinsel hayat gibi fizyolojik ihtiyaçlar üzerinden tanımlanmaktadır<sup>[178]</sup>. Dolayısıyla prensipte doğal (doğaya uygun) olanın genel olarak "cinsel davranış" olduğu söylenebilir. Bu çerçevede cinsel davranışlar yeniden aynı "doğal olma" kriteriyle tasnif edilmeye çalışıldığında birer toplumsal kurallar bütünü olan din, ahlak ve hukuk kurumları akla gelmektedir. Hukukun din ve ahlak kurallarından ayrı bir kurallar bütünü olduğu ise açıktır. Bu noktada doğal cinsel davranışın "çoğunluğun cinsel uygulaması" olduğu yönünde bir görüşün de bulunduğu söylenebilir<sup>[179]</sup>. Fakat ceza hukukunun toplumun çoğunluğunun hangi cinsel davranışları tercih ettiğini araştırması ve bunu doğal cinsel davranışı belirlerken kriter olarak esas alması, takdir edileceği gibi abesle iştigaldir.

[176] Bu konuda Afrika ile Avrupa ülkelerindeki doğal cinsel davranış algısının ne denli farklı olduğuna işaret eden bir örnek için bkz: Kocaoğlu, *op.cit.*, s. 82.

[177] Kocaoğlu, *op.cit.*, s. 75.

[178] *Ibid.*, s. 80.

[179] *Ibid.*, s. 81.



Öte yandan kavramsal arka plan ve gelişim çizgisi incelendiğinde doğal-doğal olmayan cinsel ilişki ayrımının Batı Hristiyan dünyasının değerler sisteminin bir parçası olmasının yanı sıra semavi din geleneğinin ve Türk ceza mevzuatının Batı hukuk geleneğinden resepsiyon yoluyla oluşturulmasının da etkisiyle Türk yargı uygulamasının ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun bir parçası haline geldiği söylenebilir<sup>[180]</sup>. Zaten muğlak bir düzenleme mahiyetindeki müstehcenlik suçuna ilişkin maddede doğal olmayan cinsel ilişki gibi üreme amacı dışındaki tüm cinsel davranışları doğal olmayan kategorisine dahil etme potansiyeli taşıyan böyle bir ifadeye yer verilmesi eleştirilmektedir<sup>[181]</sup>.

Yargıtay içtihatlarında (5. ve 14. Ceza Dairesi) doğal olmayan cinsel ilişkinin, genel olarak incelendiğinde heteroseksüel cinsellik dışındaki tüm cinsel davranışlar şeklinde değerlendirildiği gözlemlenmektedir<sup>[182]</sup>. Kararlarda, doğal olmayan cinsel ilişki kapsamındaki tüm davranış türleri belirtilmese de anal, oral, grup, lezbiyen ilişkilerin bu kapsamda değerlendirildiği not edilebilir<sup>[183]</sup>.

“Doğal olmayan cinsel ilişki” kavramına da yer veren, Yargıtay’ın 2013 tarihli *Genç Bir Don Juan’ın Maceraları* (Guillaume Apollinaire) kitabına<sup>[184]</sup> ilişkin kararında olumsuz yöndeki atanmış ve resmi bilirkişi raporlarıyla yetinmeyen, başka bir bilirkişi tayin eden ve Yargıtay’ın nitelendirmesiyle “genel ve soyut ifadeler kullanılarak hazırlanan” ve eserin edebi değer taşıdığı yönündeki üçüncü bilirkişi raporunu esas alarak beraat kararı veren ilk derece mahkemesinin kararı bozmaya konu olmuştur. Yargıtay, “*yargılamaya konu edilen kitapta hiçbir olay örgüsüne yer verilmeden sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan ifadelerle ters lezbiyen, doğal olmayan ve hayvanlarla yapılan cinsel ilişkilerin, çocuklar kullanılmak suretiyle bayağı bir dil kullanılarak anlatılması, ifadelerin toplumun ar ve*

[180] *Ibid.*

[181] Selda Taner-Merve Sarı, “Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?”, [http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document\\_6817d21ac0e2447eac82602103ded0aa.pdf](http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_6817d21ac0e2447eac82602103ded0aa.pdf), erişim tarihi: 23.09.2019.

[182] Kadir Eryılmaz, “Türkiye Yargısının Ahlakla İmtihanı: ‘Doğal Olmayan’ İlişki”, *Hukuk Kuramı*, Cilt: 2, Sayı: 5, Eylül-Ekim 2015, s. 16.

[183] *Ibid.*, s. 17.

[184] Kitabın Türkçe çevirisi için bkz: Guillaume Apollinaire, *Genç Bir Don Juan’ın Anıları*, İstanbul: Mitra Yayınları, 2013.

*haya duygularını incitici, cinsel arzuları tahrik ve istismar edecek şekilde aynı zamanda kişilerin dışkılamaları dahi tiksinti verecek şekilde ifade edilmek suretiyle hiçbir sanatsal ve edebi değer katılmadan kurgulan*” dığına kanaat getirmiştir.<sup>[185]</sup>

Yargıtay kararında sözü edilen, eseri edebi nitelikten yoksun bulan ve yerel mahkemenin dikkate almadığı belirtilen bilirkişi raporlarından birinde eserin “bir ailenin birlikte okuyup incelemeyeceği”nden<sup>[186]</sup> söz edilmektedir. Yazılı bir eserin genellikle belli bir okur tarafından tek başına “okuyup incelendiği”, okuma eyleminin kolektif değil bireysel bir eylem olduğu göz önünde bulundurulursa bu tespit ilginç görünmektedir. Kararda eserin edebi değerine ilişkin değerlendirmelere bakıldığında “hiçbir olay örgüsüne yer verilmemesi”, “sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan ifadeler”, “bayağı bir dil kullanılması” ve nihayet “hiçbir sanatsal ve edebi değer katılmadan kurgulanmış” olması şeklinde kriterler görülmektedir. Fakat bu kriterler Yargıtay’ın eserde edebi nitelik olduğu yönünde görüş beyan eden bilirkişi raporu için ifade ettiği gibi “genel ve soyut” görünmektedir. Gerek bu bağlamda gerekse bilirkişinin yetkinliği meselesi açısından Yargıtay’ın Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu raporunu özel ve somut nitelikte görürken Galatasaray Üniversitesi’nde Fransız dili ve edebiyatı uzmanlarınca hazırlanan<sup>[187]</sup> Fransızca özgün metne bilirkişi raporunu genel ve soyut olarak nitelendirmiş olması dikkate şayandır.<sup>[188]</sup> Bir eserde dilin “basit, sıradan olması” edebi açıdan o eseri niteliksiz hale getirmeyecektir. “Bayağı bir dil kullanılması” ise öznel bir kıstas görünümünde olup kişisel duyarlılığa göre değişken mahiyettedir. “Hiçbir olay örgüsüne yer verilmemesi” ise nesnel olmakla birlikte modern edebi akımlar ve Apollinaire’in XX. yüzyıl yazarı olması dikkate alındığında ancak eseri inceleyen modern Fransız edebiyatı alanında yetkin bir bilirkişi tarafından kolaylıkla tespit edilebilecek bir kıstastır. Doğal olmayan cinsel ilişki bağlamında ise ne anlama geldiği anlaşılmayan “ters lezbiyen” ifadesine yer verilmesi dikkat çekicidir. Ayrıca Yargıtay’ın bu kararında kitabın kurgusal başkahramanının yaşının 18’den

[185] Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2012/13056, K. 2013/1527, 19.02.2013, <https://www.eralp.av.tr/t-c-yargitay-14-ceza-dairesi-e-201213056-k-20131527-t-19-2-2013/>, erişim tarihi: 11.11.2018.

[186] Cemal Bâli Akal, *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu*, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2014, s. 122.

[187] *Ibid.*

[188] Gök, “Edebi ve Sanatsal Eserlerin Özgürlük Mücadelesi”, *op.cit.*, s. 5.

küçük olmasıyla m. 226'da düzenlenen çocukların müstehcen ürünlerin imalinde kullanılması arasında bağlantı kurması ise kurgu ile gerçeğin, soyut yaratı ile somut olgunun karıştırıldığını göstermektedir.<sup>[189]</sup> Türk Yargıtay'ının edebi eser-müstehcenlik ilişkisinin yeterince tartışılmaması nedeniyle burada incelenmesine ihtiyaç duyulmayan konuya ilişkin diğer kararlarında ise yukarıdaki kararda olduğu gibi bilirkişi raporuna gönderme yapan ya da oradaki ifadeleri tekrar eden bir içerikle karşılaşıldığını, bilirkişi raporlarının eleştiriye açık mahiyetinin çalışmamızın ilgili bölümünde değerlendirildiğini, bu nedenle sorunun çözümü bakımından Yargıtay kararlarının katkısının olmadığını not etmek gerekir.<sup>[190]</sup>

Apollinaire'in söz konusu eserinin yoğun ölçüde cinsel içerikli olduğu açıktır. Ancak bu kitabın edebi niteliğinin olmadığını değil, müstehcen olduğunu gösterir. Daha önce de belirttiğimiz gibi bir eserin müstehcenliği ile edebi niteliği iki ayrı sorundur. Ancak mahkemenin tayin edeceği bilirkişinin Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu yerine hukukçu akademisyen olması şeklindeki öneri<sup>[191]</sup> de sorunu çözmeyecektir.<sup>[192]</sup> Eserin gerçek edebi niteliğini ise hukuk alanında değil, edebiyat alanında yetkin bir bilirkişi tespit edebilecektir. Mahkeme de bu tespite göre m. 226/7 çerçevesinde eserin hukuka uygunluk hali kapsamında olup olmadığına hükmedebilecektir.

[189] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 41.

[190] Örneğin *Görgülü ve Bilgili Bir Burjuva Kadınının Mektupları* adlı kitaba ilişkin Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin E. 2012/13054, K. 2013/388 sayılı 22.01.2013 tarihli kararı. Topaç-Gürühan-Aygün, *op.cit.*, s. 157.

[191] Yaşar-Gökcan-Artuç, *op.cit.*, s. 6378.

[192] Gök, "Edebi ve Sanatsal Eserlerin Özgürlük Mücadelesi", *op.cit.*, s. 6.

## SONUÇ

Müstehcenlik suçunda incelemeye konu olan eserin edebi değer taşımasının söz konusu suçun hukuka aykırılık unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bununla beraber eserin edebi niteliğinin incelenmesinden önce müstehcen olduğunun saptanması gerekir. Suçun kanuni tanımında yer alan ve hâkimin genel bilgisi, deneyimi, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgisiyle çözülebilir bir olgu olan müstehcenlik olgusunun, bir eserde bulunup bulunmadığının tespiti, bilirkişi tarafından değil, bizzat mahkeme tarafından gerçekleştirilmelidir. Bu tespit neticesinde eserin müstehcen olduğu ortaya çıktığı takdirde çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir sorun olan eserin edebi değer taşıyıp taşımadığı sorunu da edebiyat alanında yetkin, edebiyat uzmanları ya da bu alanda ulusal ya da uluslararası düzeyde ödül sahibi olan müellifler arasından seçilecek bilirkişiler tarafından çözülmelidir.

Dönmezer sanatsal/edebi eserler ve müstehcenlik bağlamında, “sanat eserlerinde müstehcen ile sanatın birbirinden tefriki bazen o merteye müşkül olur ki, Amerikan yazarlarından Miller’ın eserlerini bazıları en aşağı ve müteceviz müstehcenlik nümuneleri saydıkları halde, edebi çevreler mensupları aynı eserleri samimi bir sanat ifadesi olarak telakki etmişlerdir” demektedir. Gerçekten “edebi değer taşıma” kriteri, edebiyat tarihinin klasikleşmiş müelliflere ilişkin sunduğu sayısız örnek göz önünde bulundurulursa, mahkemenin tayin edeceği bir bilirkişi ya da bürokratlardan oluşan bir komisyon tarafından tespit edilemeyecek kadar karmaşık ve sofistikedir. Dahası edebi kalıcılığın, aynı çağda yaşayan ve edebiyat alanında en eğitilmiş, bilgili, evrensel nitelikte entelektüeller tarafından bile saptanması kolay değildir.

Mevcut düzenlemeler yürürlükte kalmaya devam ettiği takdirde Özbek’in belirttiği, cinsel arzuları tahrik niteliğindeki eylemlerin ancak istismara yönelik olduğu takdirde müstehcenlik sayılabileceği,<sup>[193]</sup> müstehcenliğin, tanımlanması mümkün ve daha somut olan, tespit içeren<sup>[194]</sup> “pornografik” anlamıyla sınırlı olarak anlaşılması gerektiği kıstasları edebi eserlerin müstehcenlik suçu bakımından değerlendirilmesinde kullanılabilir. Edebi eserin amacının edebi bir metin yaratmak olduğu göz önünde bulundurulursa,

[193] Özbek, *op.cit.*, s. 46.

[194] Marakoğlu, *op.cit.*, s. 116.

edebi eserlerde cinsel içerikli bölümlerin istismara yönelmediği, edebi bir metin oluşturmakta araç olarak kullanıldığı varsayılabilir.

Müstehcenliğin hukuken temel alınmaya elverişli bir tanımının yapılması güçtür. Nitekim 5237 sayılı Kanun'da bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Müstehcenliğin dar anlamda, “hiçbir estetik veya bilimsel boyutu olmayan pornografik olgu” olarak tarif edilmesi düşünülebilecektir. Edebiyat ya da “edebi değer taşıma” ise kanaatimizce, seçkin ya da klasik edebiyat anlamında evrensel düzeyde, özgün, yaratıcı ve kalıcı metinler kaleme alma sanatı olarak tanımlanabilirse de Türk Ceza Kanunu bağlamında edebi değer taşıyan eseri, “asgari bir estetik tutumla, okuyucusuna çeşitli duygu ve düşünceleri aktaran her türlü eser” olarak tanımlamak gerekmektedir.

Edebilik ve müstehcenlik, çalışmamızda açıklanan sebeplerden dolayı hukuken birbirinden bağımsız iki ayrı olgu olup bunların mevcudiyetinin ayrı ayrı saptanması gerekir. Bu doğrultuda müstehcenlik suçunu düzenleyen maddenin sistematigi ve burada düzenlenen suçun yapısı ile kanunla belirlenmiş hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ilişki göz önünde bulundurulursa, müstehcenlik suçu bakımından ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu olan eserlerin “müstehcenlik” niteliğinin yargı mensubu tarafından; sonraki aşamada, eserin bu niteliğe sahip olduğu tespit edildiği takdirde, “edebi” niteliğinin ise edebiyat alanında yetkin bilirkişiler tarafından saptanmasının gerekli olduğunu hatırlatmakta yarar vardır.

5237 sayılı Kanun'un m. 226/7 hükmünde düzenlenen hukuka uygunluk hali bakımından bilimsel eserler ile edebi eserler arasında ayırım yapıldığı; edebi eserler bakımından hem daha sınırlı, hem de “değer taşıma” gibi ek bir ibareye yer veren bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Çalışmamızda belirttiğimiz, iki tür arasında ayırım yapılmasının gereksiz olduğunu ortaya koyan nedenler ile eserin edebi olmasının hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmesi gereken bir durum olduğu açık olsa da maddedeki bu hükmü çıkarmanın belirsizliklere yol açma ihtimali dolayısıyla ilgili hükmün şu şekilde düzenlenmesini öneriyoruz:

*“Bu madde hükümleri, bilimsel, sanatsal ve edebi eserler hakkında uygulanmaz.”*

Müstehcenlik suçu bakımından edebi eserler meselesiyle ilgili belki de gözden en çok kaçan durum, suçun düzenlenme amacı ile edebi eserlerin içeriği arasındaki giderek zayıflamakta olan alakadır. Müstehcen içeriğe

ulaşmak isteyen çocuk ya da erişkin herhangi bir kişinin, görüntülü pek çok içeriğe çok daha kolay ve hızlı bir biçimde ulaşma imkanı varken bunu tercih etmeyip “müsteahcen içeriğe”, bir kitap alıp okuyarak ulaşacağını varsaymak pek de makul değildir. Bu itibarla müsteahcenlik olgusu bakımından iletişim ve kayıt teknolojisinin gelişmesi karşısında basılı eserlerin içeriklerinin ceza hukuku bakımından eski önemini koruduğu söylenemeyecektir.

**KAYNAKÇA**

Akal Cemal Bâli, *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu*, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2014.

Akalın L. Sami, *Edebiyat Terimleri Sözlüğü*, 3. Baskı, İstanbul: Varlık Yayınevi, 1972.

Alacakaptan Uğur, “Öteki Ceza Hukuku”, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, Cilt I, Ankara: Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi–Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, 2008, ss. 366-405.

Anayasa Mahkemesi, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

Antolisei Francesco, *Manuale di Diritto Penale: Parte Speciale – I*, quindicesima edizione integrata e aggiornata a cura di C. F. Grosso, Milano: Giuffrè Editore, 2008.

Arslan Çetin-Azizağaoğlu Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>.

Bakıcı Sedat, *Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 1994.

Baytemir Erdal, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.

Braunschvig Marcel, *Notre littérature: étudiée dans les textes*, Paris: Librairie Armand Colin, 1948.

Code Pénal Français, <http://codes.droit.org/CodV3/penal.pdf>.

Codice Penale Italiano, <http://www.ipsoa.it/codici/cp/l2/t9>.

Crowder Colin, “Obscenity”, Eds. Paul Barry Clarke-Andrew Linzey, *Dictionary of Ethics, Theology and Society*, London and New York: Routledge, 2013, ss. 619-623.

Devellioğlu Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 20. Baskı, Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2003.

Donay Süheyl, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 1968, ss. 129-145.

Dönmezer Sulhi, *Umumi Adap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.

Dönmezer Sulhi-Erman Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt II, 9. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 1986.

Eralp Özgür (aktaran), Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2012/13056, K. 2013/1527, 19.02.2013, <https://www.eralp.av.tr/t-c-yargitay-14-ceza-dairesi-e-201213056-k-20131527-t-19-2-2013/>.

Erem Faruk, “Müstehcenlik”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 1984, ss. 102-106.

Erem Faruk-Toroslu Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.

Eryılmaz Kadir, “Türkiye Yargısının Ahlâkla İmtihani: ‘Doğal Olmayan’ İlişki”, *Hukuk Kuramı*, Cilt: 2, Sayı: 5, Eylül-Ekim 2015, ss. 11-19.

Garner Bryan A., *A Dictionary of Modern Legal Usage, second edition*, New York: Oxford University Press, 2001.

Gerçeker Hasan, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 4, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.

Gök Ahmet, “Edebi ve Sanatsal Eserlerin Özgürlük Mücadelesi”, [http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document\\_de5144e36374403b9c2e29af01b37f21.pdf](http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_de5144e36374403b9c2e29af01b37f21.pdf).

Gürelli Nevzat, “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1966, ss. 569-587.

Hunter Ian-Saunders David-Williamson Dugald, *On Pornography: Literature, Sexuality and Obscenity Law*, London: Macmillan, 1993.

İnalcık Halil, *Has-bağçede ‘Ays u Tarab: Nedimler Şâirler Mutrîbler*, 4. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2018.

Karadayı İsmet Kemal, “Müstehcen Yayınlar ve Son Uygulamalar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 5, 1974, ss. 889-894.



Kartal Pınar Memiş, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, İstanbul: Der Yayınları, 2014.

Kazancı İctihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

Kerchove Michel van de, *Le droit sans peines: aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1987.

Kocaoğlu S. Sinan, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m. 102-105)*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Köprülü Timuçin, “Müstehcenlik”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2008, ss. 28-31.

Larguier Jean–Conte Philippe–Fournier Stéphanie, *Droit pénal spécial*, 15e édition, Paris: Éditions Dalloz, 2013.

Marakoğlu A. Ozan, *Edepsiz Kitaplar: Edebiyat Eserleri ve Müstehcenlik Suçu Bağlamında Bir Hukuk Eleştirisi*, Ankara: Liberte Yayınları, 2014.

Mayer Danièle, “Le Droit Pénal Promoteur de la Liberté des Moeurs”, *Les bonnes moeurs*, présentation par Jacques Chevallier, Paris: Presses Universitaires de France, 1994, ss. 55-60.

Nişanyan Sevan, Nişanyan Sözlük, Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, <http://www.nisanyansozluk.com/?k=m%C3%BCstehcen&view=annotated>.

Önder Ayhan, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, 3. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 1991.

Özbek Veli Özer, *Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.

Özbek Veli Özer-Doğan Koray-Bacaksız Pınar-Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Parlar Ali, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt II, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.

Polat Oğuz, *Klinik Adli Tıp: Adli Tıp Uygulamaları*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.

Sel Yayıncılık, Savcılık İfadesi, <http://www.selyayincilik.com/duyuru/ama-sayin-willam-burroughs-yazmayin-oyle-burasi-turkiye-15>.

Skeat, Walter W., *An Etymological Dictionary of the English Language*, New York: Dover Publications, 2013.

Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Şahin Cumhuri, “Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik”, *Bilirkişilik Sempozyumu (9-10 Kasım 2001)*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2001, ss. 190-236.

Taner Selda – Sarı Merve, “Kimin Ahlakı Kimi Rahatsız Ediyor?”, [http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document\\_6817d21ac0e2447eac82602103ded0aa.pdf](http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_6817d21ac0e2447eac82602103ded0aa.pdf)

Taneri Gökhan, “Müstehcenlik Suçu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2018, ss. 561-624.

The Swedish Academy, The Nobel Prize in Literature 2004, <https://www.nobelprize.org/prizes/literature/2004/summary/>.

Topaç Tahir Hami-Gürühan Caner-Aygün Aydın, “Bilimsel, Sanatsal ve Edebi Değer Taşıyan Eserlerde Müstehcenliğin İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 7, Sayı:25, 2016, s. 153-168.

Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, 12.05.2003, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>.

Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&view=bts](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts).

Uygur Gülriz, “Genel Ahlâkın Vazgeçilmezliği (mi?)”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2018, ss. 12-14.

Yalkut Necdet, “Türk ve İtalyan Hukukunda Müstehcen”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 3-4, 1976, ss. 279-286.

Yarsuvat Duygun, “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu*, İstanbul: Sermet Matbaası, 1977, ss. 647-715.

Yaşar Osman-Gökcan Hasan Tahsin-Artuç Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.



AVRUPA BİRLİĞİ'NİN  
DİJİTAL TEK PAZARDA  
TELİF HAKLARI DİREKTİFİ  
ÇERÇEVESİNDE MÜZİK SEKTÖRÜNDE  
'DEĞER BOŞLUĞU' KAVRAMI VE  
DÜZENLEMENİN İNTERNET İÇERİK  
PAYLAŞIM SİTELERİNE ETKİLERİ\*

Tamer SOYSAL\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0001-6763-5041>

**DOI:** 10.30915/abd.701420

**Makalenin Geldiği Tarih:** 16.09.2019 **Kabul Tarihi:** 01.10.2019

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Dr. Hakim. 2802 sayılı Kanun'un 50 nci maddesi uyarınca Malta Valetta Büyükelçiliği nezdinde ve 'Uluslararası Adalet ve Hukukun Üstünlüğü Enstitüsü'nde (IJ Malta) 'Kıdemli Hukuk Danışmanı (Senior Judicial Advisor)' sıfatı ile görevli.



## ÖZ

Dijital çağ ile birlikte büyük internet içerik paylaşım sitelerinin kullanılmaya başlamasıyla telif hakları hukukunda yeni sorun alanları oluştu. Bu karmaşık sorunlardan biri, özellikle film ve müzik sektörü ile ilgili oluşan değer boşluğu kavramıdır. Bu çerçevede, hak sahipleri, çalışmalarını ile ilgili lisans hakkı alırken ve çalışmalarının çevrimiçi ortamda dağıtımını karşılığında bedel talep ettiklerinde zorluklarla karşılaşmaktadırlar. Değer farkı, YouTube gibi kullanıcı yükleme hizmetlerinde oluşan değer ile hak sahiplerine ve topluluklarına dönen gelir arasındaki artan uyumsuzluğu ifade eder. Avrupa Parlamentosu, 26 Mart 2019 tarihinde Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi'ni kabul etmiştir. Direktif, 15 Nisan 2019 tarihinde Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi tarafından da onaylanmıştır. Direktif, mevcut durumda belirli çevrimiçi içerik paylaşım sitelerinin, içerik sahiplerinin zararına olarak faydalandığı değer aktarımını yeniden dengeleme amaçlı düzenlemeler içermektedir. Taslak Direktif'te değer farkı konusunun düzenlendiği 38 ve 39. gerekçeler ile 13 üncü madde düzenlemesi internet aktörleri tarafından yoğun şekilde eleştirilmişti. Bununla birlikte, söz konusu eleştiri konularının büyük kısmı, kabul edilen Direktif metninde yer almamıştır. Değer boşluğu kavramının ve sektör ile oluşan sorunlar uygulamada genel olarak müzik sektörü ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla makalede müzik sektörü esas alınarak bir inceleme yapılmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Değer boşluğu, Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi, İnternet İçerik Paylaşım Siteleri, Telif Hakkı İhlali.

THE CONCEPT OF 'VALUE GAP' IN  
THE MUSIC SECTOR WITHIN THE FRAMEWORK  
OF THE EUROPEAN UNION'S DIRECTIVE ON  
COPYRIGHT IN THE DIGITAL SINGLE MARKET  
AND THE EFFECTS OF THE DIRECTIVE ON  
INTERNET CONTENT SHARING SITES

ABSTRACT

The rise of the giant internet-content sharing sites in the digital age has created new challenges for copyright law. One of these complicated issues is the concept of value gap especially related to music and film sector. In this new framework, rightholders face difficulties when seeking to license their rights and be remunerated for the online distribution of their works. The value gap describes the growing mismatch between the value that user upload services, such as YouTube and the revenue returned to the right holders and their communities. On 26 March 2019, the European Parliament endorsed the Directive on copyright in the Digital Single Market. The Directive was approved by the Council of the European Union on 15 April 2019. The Directive includes provisions intended to rebalance the transfer of value which currently benefits certain online content sharing sites to the detriment of creators of content. The Draft Directive's provisions on value gap, recitals 38 and 39 and Article 13, were heavily criticized by internet actors. However, much of the criticisms in question was eliminated in the text of the adopted Directive. In practice, the concept of value gap and the problems with the sector arise in general in relation to the music sector. In this respect, an examination will be made based on the music sector.

**Keywords:** Value gap, Directive on Copyright in the Digital Single Market, Internet content-sharing sites, Copyright Infringement.

## I. GİRİŞ

Dünya edebiyat tarihinin en önemli eserlerinden kabul edilen İtalyan Şair Dante tarafından tam 12 yılda kaleme alınan 14.233 satırdan teşekkül eden İlahi Komedyası eseri telif hakları koruması elde etmek bir yana, henüz matbaa icat edilmediğinden ancak el yazmaları ile sonraki kuşaklara aktarılabilmiştir.<sup>[1]</sup> Matbaanın icadından sonra, eserin ilk basılı nüshası 1472 yılında yapılmıştır. Müzik eserlerinin korunmasına yönelik ilk yasalar, 18. yüzyılın ilk yarısında kabul edilmeye başlamıştır. 1777 yılında İngiltere’de, 1831 yılında ABD’de notaya dökülmüş müzik eserlerinin de korunabileceği yasalar kabul edilmiştir.<sup>[2]</sup> Buna rağmen dünya müzik tarihinin en önemli eserlerinden Requiem, 40. Senfoni ve Türk Marşı’nın bestecisi Mozart, 1791’de 35 yaşında yoksulluk içinde hayatını kaybetmiştir. Öyle ki bugün halen mezarının yeri dahi bilinmemektedir.<sup>[3]</sup> Eser sahiplerinin, eserlerine ilişkin ekonomik haklara kavuşmalarının 19. yüzyıl ile başladığı söylenebilir.<sup>[4]</sup>

- 
- [1] İlahi Komedyası eserin günümüzde Dante tarafından yazılmış bir nüshası bulunmamaktadır. Eserin, 1320 yılında tamamlanmasından sonra İtalyan Giovanni Boccaccio tarafından 1350’lerde kaleme alınmış bir nüshası günümüze ulaşmıştır. Bkz. The Divine Comedy, <https://www.wdl.org/en/item/10650/> (Son Erişim Tarihi: 20.05.2019).
- [2] History of Copyright: A Chronology in relation to Music, <http://eprints.chi.ac.uk/2350/1/Little%2C%20J.%20D.%20C%20History%20of%20Copyright%20-%20%20%20A%20Chronology.pdf> (Son Erişim Tarihi: 14.04.2019) Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun Tarihsel Gelişimi için bkz. Tamer Soysal, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun Tarihsel Gelişimi ve 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Cezai Hükümler; Legal Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Dergisi, C. 1, S. 3, Ekim 2005.
- [3] Peter J. Davis, Mozart’s Illnesses and Death, Journal of Royal Society of Medicine, V. 76, September 1983, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1439384/pdf/jrsocmed00232-0072.pdf>, (s. 776-785).
- [4] İlhan Öztrak; Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Korunması Yönünden Pozitif Hukuktaki Tarihi Gelişim, Ankara Üniversitesi, SBF Dergisi, C. 25, S. 3, 1970 (s. 1-7), s. 2.

Xerox firması tarafından 1959 yılında geliştirilen Xerox<sup>[5]</sup> 914 fotokopi<sup>[6]</sup> makinesi ile birlikte yeni bir dönem başlamıştır. Hızlı, ucuz ve basit fotokopi çoğaltması ile birlikte eser sahiplerinin ekonomik hakları zarar görmeye başlamıştır.<sup>[7]</sup> Eser sahipleri için en büyük darbe ise 2000'li yıllara doğru başlayan dijitalleşme ile gelmiştir. Eser sahiplerinin eserlerinden önemli kazanımlar sağladığı refah dönemi bu nedenle çok da uzun sürmemiştir.

Michael Jackson'un 1982'de çıkardığı Thriller albümü dünya genelinde 33 milyon satış rakamına ulaşmıştır.<sup>[8]</sup> Ülkemizde 1985 yılında çıkan İbrahim Tatlıses'in Mavi Mavi albümü 3 milyonu aşan bir satış yakalamıştır. Yine 1990 yılında Coşkun Sabah'ın Aşığım Sana Albümü, Sezen Aksu'nun 1991 yılında çıkan Gülümse Albümü ve Tarkan'ın 1997 yılında çıkan Ölürüm Sana Albümleri 2.7 milyon satış rakamını yakalamışlardır.<sup>[9]</sup> Günümüzde

[5] 1942 yılında elektrostatik yöntem ile kuru fotokopi tekniğinin bulunmasıyla birlikte, bu makineye Eski Yunan dilinde 'kuru (dry)' anlamındaki 'xeros' ve 'yazmak' anlamındaki 'graphia' kelimelerinin birleştirilmesiyle oluşturulan 'Xerography (kserografi)' denilmiştir. Bu ifade, sıvı kimyasallar olmaksızın yapılan kopyalama tekniğini ifade için seçilmiştir. Makineyi yapan Haloid firması, 1958 yılında adını 'Haloid Xerox' yapmış, 1961 yılında ise sadece 'Xerox' olarak değiştirmiştir. Bkz. <https://www.britannica.com/topic/Xerox-Corporation> ve <https://www.britannica.com/technology/xerography>.

[6] Fotokopi kelimesi, İngilizce 'photo' ve 'copy' kelimelerinin birleşiminden oluşan 'photocopy' kelimesinden dilimize geçmiştir. Kelimenin ilk kullanımına 1924 yılında 'fotografik çoğaltma (photographic reproduction)' şeklinde rastlanmakla birlikte, bugünkü anlamıyla kullanımı, 1942 yılında elektrostatik fotokopi makinesi olan kserografi (xerography) makinesi ile kopyalama sonrasında başlamıştır. Haloid Şirketi'nin (1961 yılında ismini Xerox olarak değiştirmiştir), 1959 yılında direk ışığa duyarlı yüzeyleri kullandığı zerografik yöntem ile hızlı kopyalama makinesini yapmasıyla birlikte, 'photocopy' kelimesi de, bu makine ile yapılan çoğaltmaları ifade için yaygın bir kelime olarak kullanılmaya başlamıştır. Kelimenin kökenleri için bkz. <https://www.etymonline.com/search?q=photocopy> Ayrıca bkz. <https://en.wikipedia.org/wiki/Photocopier>.

[7] Thomas Eger; Marc Scheufen, The Past and the Future of Copyright Law: Technological Change and Beyond, January 2012, Liber Amicorum Boudewijn Bouckaert (s. 37-65), s. 48.

[8] The 20 Best-Selling Albums in History, August 20, 2018, <http://mentalfloss.com/article/62536/20-best-selling-albums-history> (Son Erişim Tarihi: 10.05.2019).

[9] Türk Pop Tarihinin En Çok Satan 6 Albümü, 03.07.2017, <http://www.hurriyet.com.tr/kelebek/keyif/turk-pop-tarihinin-en-cok-satan-6-albumu-40507900> (Son Erişim Tarihi: 15.05.2019).



ise albüm satışlarını ancak binli satış rakamları ile ifade etmek olasıdır.<sup>[10]</sup> Müzik sektörünün gelirleri de oluşan dijitalleşme ile birlikte dijital ortama kaymıştır. Ancak bu yeni dijital ortam ile birlikte oluşan, global gelirlerde yaşanan büyüme tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Eser sahipleri, telif haklarının ihlal edildiğinden şikayet ederlerken; internet şirketleri kendi faaliyetlerinin geleneksel kurallar ile düzenlenemeyeceğini iddia etmişlerdir. Uygulamada genel olarak içerik paylaşım sitelerinin yayınladığı telif hakkı bulunan materyaller ile ilgili ihtilaflar müzik eserlerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Sinema endüstrisi, telif hakkı ihlallerini daha kolay takip edebilmekte ve önlemlerini daha kolay bir şekilde alarak uygulayabilmektedir. Dijital Telif Hakları Direktifi'nin konuyu düzenleyen 17 nci madde düzenlemesi genel olarak müzik sektörü temsilcilerinin konuya yoğun olarak gündeme getirmeleri sonucu kabul edilen bir madde olarak anılmaktadır.<sup>[11]</sup> Müzik sektörü temsilcileri, dijital müzikte<sup>[12]</sup> inanılmaz bir artış yaşandığını

[10] Cengiz Semercioglu, İşte Albüm Satış Rakamları, 26 Aralık 2017, Hürriyet Gazetesi, <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/cengiz-semercioglu/iste-album-satis-rakamlari-40689492>.

[11] Stan Adams, Doing the Wrong Thing for the Wrong Reasons: Article 13 Replaces Safe Harbours with Upload Filters Won't Help Artists But Will Hurt The Internet, January 18, 2019, <https://cdt.org/blog/doing-the-wrong-thing-for-the-wrong-reasons-article-13-replaces-safe-harbors-with-upload-filters-which-wont-help-artists-but-will-hurt-the-internet/>; Julia Reda, Proposed Copyright Directive, Value Gap Provision, 1 December 2018, <https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2018/12/Audiovisual-and-Sports-on-Value-Gap.pdf> (Son Erişim Tarihi: 20.10.2019).

[12] Devamlı şekilde zamanda ilerleyen ve zamana göre değişken ve sonsuz sayıda değer alabilen analog sistemlerin karşıtı olarak kullanılan dijital kelimesi, bir sinyalin durumunu göstermek için 'bilgilerin '1' ya da '0' dan oluşan ikili sayı serileri olarak kayıt etme ve saklama işlemini ifade etmektedir. Dijital sinyallerle fiziksel olarak işlem yapan ortamlar da dijital ya da sayısal ortamlar olarak ifade edilmektedir. Günümüz elektronik teknolojisinde sinyaller genel olarak sayısal olarak işlem görmektedir. Dijital kullanım ise dijital sinyaller ve bilgisayar teknolojileri ile bağlantılı teknolojilerin kullanılmasını ifade etmektedir. Bu kapsamda dijital kamera, dijital müzik, dijital sinema gibi ifadeler; analog bilgiye göre daha kolay saklanabilen, depolanan, etkin ve güvenli şekilde işlenebilen teknolojileri içermektedir. Dijital müzik ifadesi de, dijital bir formata kaydedilmiş veya dönüştürülmüş müziği ifade eder. Sıkıştırılmış müzik formatları olarak compact disc (CD) ve MP3 ilk dijital müzik formatlarıdır. Dijital müzik, CD ve kaset gibi fiziksel bir ürün olarak üretim, depoloma ve taşıma gibi lojistik ve pazarlama faaliyetlerini gerektirmeyen ve internet başta olmak üzere kablolu ve kablosuz ağlar vasıtasıyla dağıtılabilmek imkânı sağlayan ve bilgisayar, cep telefonu, taşınabilir müzik çalar gibi aygıtlar başta olmak üzere sabit disk ve bellek kartları aracılığıyla çalıştırılıp muhafaza edilebilme özelliğine sahip çeşitli müzik

ancak müzik sektörünün bu artıştan pay alamadığını belirterek aradaki değer farkının (*value gap*) telafi edilmesi gerektiği vurgusunu yapmaktadır. Avrupa Birliği'nin yeni Telif Hakları Direktifi düzenlemesi bu tartışmaların odağında kabul edilmiş ve tartışılmaya devam etmektedir.

## II. İNTERNETTE İÇERİK/MÜZİK PAYLAŞIM SİTELERİ, ORTAYA ÇIKAN HUKUKSAL SORUNLAR VE DEĞER BOŞLUĞU KAVRAMI

### A. TELİF HUKUKU BAKIMINDAN MÜZİK ESERLERİ

Müzik, tek başına bir eğlence ve sanat formu olarak yaygınlığı yanında, işitsel olanağa sahip medyanın (televizyon, radyo, sinema, video, internet gibi) ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.<sup>[13]</sup> Müzik olduğu ilk çağlardan bu yana; insanlar ve toplumlar için kendini ifade etme, tanımlama, anlatma ve birbirleri ile uzlaşma yolu olarak kullanılmıştır.<sup>[14]</sup> Müzik, duygu, düşünce, tasarım ve izlenimleri, belli bir amaç ve yöntemle, belirli bir güzellik anlayışına göre birleştirilmiş seslerle işleyip anlatan estetik bir bütün olarak ifade edilmektedir.<sup>[15]</sup> Bu yönüyle müzik eserleri de, telif hakları hukukunda estetik nitelik taşıyan eser kategorilerinden birini oluşturmaktadır. Müzik eserleri, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK)<sup>[16]</sup> 3 üncü

---

formatlarını içermektedir. Günümüzde müzik sektörü (endüstrisi) büyük ölçüde dijital müziğe dayalı olarak faaliyetlerini sürdürmektedir. Digital kelimesi için bkz. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/digital>; Dijital müzik için bkz. <https://www.yourdictionary.com/digital-music>; Mihalis Kuyucu, Yeni Medya ve Dijital Müzik: Yeni Medyanın Müzik Endüstrisinin Ekonomik Yapısına Etkisi, International Symposium on Language and Communication: Exploring Novelities, June 17-19, 2013, Izmir Turkey, (1383-1400)., s. 1385.

- [13] Umut Yener Kara, Müzik Üstüne Düşünceler, Moment Dergi, Sayı 1 (1), 2014 (s. 87-103), s. 88.
- [14] Çiğdem Eda Angı, Müzik Kavramı ve Türkiye'de Dinlenen Bazı Müzik Türleri, İdil Dergisi, C. 2, S. 10, 2013 (s. 59-81)., s. 61.
- [15] Angı, s. 61.
- [16] 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kabul Tarihi: 05.12.1951, Resmi Gazete: 13.12.1951, 7981. 5846 sayılı Kanun'da 01.01.1983 tarihinde 2936. 07.06.1995 tarihinde 4110 sayılı, 21.02.2001 tarihinde 4630 sayılı Kanun, 03.03.2004 tarihinde 5101 sayılı Kanun ile değişiklikler yapılmıştır. Bkz. Soysal, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 625 vd. Kanun'da dünyadaki gelişmelere paralel şekilde gerekli değişikliklerin yapılması planlanmakta ve bu amaçla hazırlanmış bir Tasarı bulunmakla birlikte Tasarı'nın yeterli olmadığı ve yeteri kadar tartışılmadığı da ifade edilmektedir. Bkz. Canan Küçükali, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme, Terazi Hukuk Dergisi, S. 135, Kasım 2017, 84 vd.

maddesinde musiki eserler şeklinde ifade edilmiştir. Arapça kökenli musiki kelimesi insanın duygu ve düşüncelerinin seslerle ifade edildiği sanat, müzik anlamını taşımaktadır.<sup>[17]</sup> FSEK’te musiki eserleri, her nevi sözlü ve sözsüz besteler olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık müzik eserleri türlerine herhangi bir örnek verilmemiştir. Sözlü müzik, müziğin duygusal desteği ile birlikte sözler üzerine inşa edilen beste ve güfteleri ifade ederken; sözsüz müzik sadece enstrümanların oluşturduğu müziği ifade eder.<sup>[18]</sup> Bu anlamda her türlü opera, operet, senfoni, keman, piyano ve diğer saz eserleri, ilahiler, şarkılar, türküler, marşlar müzik eserlerini oluşturmaktadır.<sup>[19]</sup>

Müzik eserleri de tıpkı diğer eser türlerinde olduğu gibi sahibinin hususiyetini taşımak zorundadır. Hususiyet bazen melodide, bazen yapıda bazen her ikisinde birden bulunabilecektir.<sup>[20]</sup> Eser olan, müziğin icrası değil, müziğin kendisidir. İcracı sanatçılar, asıl eseri meydana getiren eser sahibinin düşünce ve duygularının iletilmesinde aracılık yapmaktadırlar.<sup>[21]</sup> İcracı sanatçının fikri emeği sonucunda, ortaya var olandan başka bir eser çıkmamakta, mevcut eserin yorumlanması suretiyle eserin halka ulaşması sağlanmaktadır.<sup>[22]</sup> Bu yüzden icracı sanatçılar asıl eser sahibi olarak değil, bağlantılı hak sahibi olarak korunmaktadır. Müzik eserlerinde asıl eser sahibi, beste sahibi ve güfte sahibi (söz yazarı) kabul edilir.<sup>[23]</sup> Haldun Taner’in “Keşanlı Ali Destanı” eserinin sahnelendiği tiyatrodaki Ali rolünde, sanatçı Engin Cezzar, Ünlü besteci Mozart’ın “21. Piyano Konçertosunu” çalan Fazıl Say, “Davacı” adlı sinema filminde rol alan Kemal Sunal, Şekip Ayhan Özışık’ın “Yeterki

[17] Kubbealtı Akademisi, Musiki, <http://www.lugatim.com/s/musiki>. (Son Erişim Tarihi: 30.09.2019).

[18] Burcu Akyüz, Müzik Eseri ve Müzik Eseri Sahibinin Mali Hakları ile Korunması, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009., s. 25.

[19] Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 123.; İlhan Öztrak, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971, s. 23; Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Yayınları, Ankara, s. 293 vd.; Akyüz, s. 24.

[20] Tekinalp, s. 124.

[21] Halil Arslanlı, Fikri Hukuk Dersleri, İstanbul 1954, s. 49.

[22] Gökçen Türker, İcracı Sanatçıların Hakları, Yetkin, 2016, s. 44.

[23] Sami Karahan; Cahit Suluk; Tahir Saraç; Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2013, s. 61.; Savaş Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 47.; Türker, s. 44.

Gel Bana Senede Bir Gün” adlı bestesini seslendiren Emel Sayın, hep icracı olarak haklardan yararlanacaklardır.<sup>[24]</sup>

Müzik eserinde, görme duyusuna hitap eden unsur ve özellikler mevcutsa, bunlar ayrıca korumadan faydalanacaktır. Örneğin bir bale eserinde beste müzik eseri olarak, dans figürleri ise FSEK'in 2/2 bendi kapsamında 'sözsüz sahne eseri' kapsamında eser korumasından faydalanacaktır.<sup>[25]</sup> Aynı şekilde bir şarkıya ait söz, edebi bir esere ilişkin şartları taşıyorsa, 'ilim ve edebiyat eseri' kapsamında korumaya hak kazanması da mümkündür. Müziğin söz yazarı ve bestecisi farklı kişiler ise bu kişiler arasında ortak bir anlaşma mevcutsa, bu eser 'ortak eser' kabul edilecek; aralarında bir anlaşma yoksa, sonraki için eserin izinsiz işlendiği kabul edilecektir.<sup>[26]</sup>

Müzik eserleri güfteli (sözlü) ya da güftesiz (sözsüz) bestedir.<sup>[27]</sup> Bu anlamda müzik eserleri, duyu organlarınca algılanan insan tarafından oluşturulmuş ses diziliş ve tonlarını ifade eder. Müzik bir ses sanatı olup, malzemesini ses oluşturur.<sup>[28]</sup> Buna karşılık sesin kaynağı müzik eserinin tanımlanmasında belirleyici değildir. Sesler, herhangi bir müzik aletinden, elektronik araçlardan, insan gırtlığından çeşitli yüksekliklerle çıkabilir. Sesin güzel veya çirkin olması, tek başına eser vasfını belirleyici olarak yorumlanamaz. Ses, önceden bir hazırlık yapılmaksızın anlık da tespit edilmiş olabilir. Sesin notalarla veya manyetik bant ya da plakla veya dijital araçlarla tespit edilmesi eser vasfının oluşumu için zorunlu değildir.<sup>[29]</sup> Ancak eser sahibinin mali haklarından olan çoğaltma hakkının kullanılabilmesi için eserin maddi bir cisim üzerinde tespiti şarttır. Bu tespit; eserin plak, band, cd, yahut bilgisayar veya internet gibi bir araca kaydetme şeklinde yapılabilecektir.<sup>[30]</sup>

[24] İlhami Güneş, FSEK'te Yer Alan İcracı Hakları ve Uygulama, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2012, (s. 169-181). s. 173.

[25] Akyüz, s. 25.

[26] Karahan; Suluk, Saraç; Nal, s. 61.

[27] Bu husus, WIPO tarafından “musical compositions with or without words” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. WIPO, Understanding Copyright and Related Rights, 2016, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_909\\_2016.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf), s. 7. (Son Erişim Tarihi: 30.09.2019).

[28] Bozbel, s. 45.

[29] Bozbel, s. 46; Karahan; Suluk; Saraç; Nal, s. 60.

[30] Akyüz, s. 83.

Eser sahibinin, eserinden ekonomik kazanç elde etmesini sağlayan haklar eser sahibinin mali haklarını oluşturur. Mali hakların ilk sahibi, eserin yaratıcısı olan eser sahibidir.<sup>[31]</sup> Müzik eserleri bağlamında, mali hakların sahibi de besteyi yapan ve güfteyi yazan olarak kabul edilecektir. Mali haklar, eser sahibinin eser sahipliğinden doğan ve kendisine münhasır yetkiler veren mutlak haklardandır. Eser sahibinin mali hakları, FSEK'in 20 nci maddesinde sınırlı sayıda sayma yoluyla belirlenmiştir.<sup>[32]</sup> Buna göre eser sahibinin mali hakları işleme hakkı (FSEK, m. 21), çoğaltma hakkı (FSEK, m. 22), yayma hakkı (FSEK, m. 23), temsil hakkı (FSEK, m. 24/1), yayın ve umuma iletim hakkı (FSEK, m. 25) ve pay alma hakkı (FSEK, m. 45) şeklinde oluşmaktadır. Eser sahibinin mali hakları eser sahibi yaşadığı sürece ve ölümünden itibaren 70 yıl müddetle korunurlar (FSEK, m. 26).<sup>[33]</sup>

Müzik eserini icra eden icracı sanatçıların da, kural olarak eser sahibinin haiz olduğu mali haklara sahip olduğu kabul edilir. İcracı sanatçılara bu haklar, FSEK'in 80 inci maddesi ile Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği<sup>[34]</sup> ile tanınmıştır.<sup>[35]</sup> Verilen bu haklar kapsamında, müzik

[31] Bozbel, s. 98.

[32] Dünya uygulamasında, eser sahibinin mali haklarının genel olarak tahdidi (sınırlı sayıda) şekilde sayılmadığı belirtilerek bu hükmün gelişen teknolojik araçlar nedeniyle yeterli olmadığı belirtilmiş ve eleştirilmiştir. Bkz. Bozbel, s. 99.; Akyüz, s. 78.; Türker, s. 98. Alman Telif ve Bağlantılı Haklar Kanunu'nun 15/1 maddesinde ve İsviçre Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Kanunu'nun 10 uncu maddesinde mali haklar sayılırken "özellikle (in particular/insbesondere)" kullanılmak suretiyle tadadi (sınırlı sayıda olmayan) bir sayma tercih edilmişken, Japon Patent Kanunu'nun 17 nci maddesiyle mali hakların sayma yoluyla belirlendiği görülmektedir. Alman Telif ve Bağlantılı Haklar Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz-UrHG), [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_urhg/englisch\\_urhg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html); İsviçre Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. Swiss Federal Act on Copyright and Related Rights, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19920251/index.html>; Japon Telif Hakları Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. Copyright Law of Japan, <https://www.cric.or.jp/english/cs/index.html> (Son Erişim Tarihi: 30.09.2019)

[33] Eser sahibinin mali hakları için bkz. Ali Demirbaş, Fikir ve Sanat Kanununda Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Korunma, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.

[34] Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği, Resmi Gazete, 16.11.1997, 23172.

[35] Buna karşılık Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nın, 5846 sayılı Kanun'a eklenmesi öngörülen 80/F maddesiyle "Eser

parçalarının dijital hale dönüştürülmesi ve internet ortamına konulması, CD'den kopyalanarak sabit diske kaydedilmesi, hafızaya alınması, tarayıcı vasıtasıyla görüntülenmesi ve dinlenmesi (streaming) gibi işlemler birer çoğaltma işlemi kabul edilecek ve eser sahibinin iznini gerektirecektir.<sup>[36]</sup> Bir müzik eserinin, akıllı telefonda web sitesinden veya uygulamalar vasıtasıyla indirilmesi de bu anlamda çoğaltma fiilini oluşturacaktır. Bir müzik eserinin internet ortamında ulaşılabilir hale getirilmesi ile eser sahibinin mali haklarından olan yayın ve umuma iletim hakkı (FSEK, m. 25) ihlal edilmiş olacaktır.

Eser ve bağlantılı hak sahiplerinin, teknolojinin gelişmesiyle çok çeşitli ortamlarda eserlerinin yayılması nedeniyle mali haklarını korumaları güçleşmiştir. Bu güçlüğü bertaraf etmek üzere, eser ve bağlantılı hak sahipleri, eserlerine ait hakların toplu yönetimi, takibi ve pazarlanması için meslek birlikleri<sup>[37]</sup> adı verilen örgütlerden faydalanmaktadır. Meslek birlikleri, eser ya da hak sahipleri ile yapılan sözleşme kapsamında, bu kişilerin sahip olduğu esere bağlı mali hakları üyeleri adına takip eden, tecavüz durumunda dava açan, eseri kullanmak isteyenlerle eser sahipleri adına sözleşmeler akdeden, sözleşme kurallarına uyulup uyulmadığı denetimini yapan, eser ve bağlantılı hak sahiplerine ödenecek ücretleri tahsil edip, üyelerine dağıtan özel hukuk tüzel kişilerini ifade etmektedir.<sup>[38]</sup> Dünyada genel olarak 'copyright societies' veya 'collective administrations' şeklinde ifade edilen meslek birlikleri AB Dijital Telif Hakları Direktifi'nde 'kollektif yönetim birlikleri (collective management organisations)' şeklinde ifade edilmiştir. Günümüzde müzik eserlerine ilişkin Türkiye'de faaliyet gösteren önemli

---

sahiplerine tanınan mali hakların kapsam ve tahditlerinin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde bağlantılı hak sahiplerine de uygulanacağı" düzenlemesi yapılmaktadır. Bkz. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı, <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi>. (Son Erişim Tarihi: 10.06.2019).

[36] Zehra Özkan, Karşılaştırmalı Hukukta Müzik Eserlerinin Dijital İletimi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 56 vd.

[37] Meslek Birlikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Erverdi, Eser Sahipleri Meslek Birlikleri ile Üyeleri Arasındaki İlişki, Müzik Meslek Birlikleri Üzerinden Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.; Meliha Akbilek, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Meslek Birlikleri, Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.

[38] Bozbel, s. 269 vd.

meslek birlikleri şu şekilde belirtilebilir:<sup>[39]</sup> MESAM (Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği),<sup>[40]</sup> MSG (Musiki Eser Sahipleri Grubu Birliği),<sup>[41]</sup> MÜYOR-BİR (Müzik Yorumcuları Meslek Birliği),<sup>[42]</sup> MÜZİKBİR (Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği),<sup>[43]</sup> MÜ-YAP (Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği),<sup>[44]</sup> MÜYA-BİR (Bağlantılı Hak Sahipleri Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği)<sup>[45]</sup>

Bu birlikler, telif hakkı sahipleri adına ve hesabına hareket eden, kendine özgü yapıda<sup>[46]</sup> ve özel hukuka tabi tüzel kişilikler olarak faaliyetlerini sürdürmektedir.

## B. İNTERNETTE İÇERİK/MÜZİK PAYLAŞIM SİTELERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE OLUŞAN HUKUKİ SORUNLAR

Hiç şüphesiz YouTube iletişim dünyası için devrim niteliğinde bir araçtır. Genel olarak yeryüzünün herhangi bir noktasından, herhangi bir noktasına YouTube aracılığıyla mesaj iletmek mümkündür.<sup>[47]</sup>

- 
- [39] Kültür ve Turizm Bakanlığı, Telif Hakları Genel Müdürlüğü, <http://www.telifhaklari.gov.tr/Muzik> (Son Erişim Tarihi: 31.10.2019).
- [40] 08.12.1986 tarihinden beri faaliyetlerini sürdürmektedir. Bkz. MESAM, <http://www.mesam.org.tr/mesam-hakkinda>.
- [41] 26.07.1999 tarihinden beri faaliyetlerini sürdürmektedir. 7800'ü aşkın eser sahibine ait 600.000 eserin haklarının korunduğu belirtilmektedir. Bkz. MSG, <https://msg.org.tr/hakkimizda2>.
- [42] 19.04.2000 tarihinden beri faaliyetlerini sürdürmektedir. Bkz. MÜYOR-BİR, [http://muyorbir.org.tr/page/muyorbir\\_0](http://muyorbir.org.tr/page/muyorbir_0).
- [43] 14.04.2008 tarihinden beri faaliyetlerini sürdürmektedir. 72 yapımcı üyesi ve 30.000 civarında müzik eserinin haklarının korunduğu belirtilmektedir. Bkz. MÜZİKBİR, <https://www.muzikbir.org/>.
- [44] 22.11.2001 tarihinden beri faaliyetlerini sürdürmektedir. 195 üye, 32.000 yerli ve 27.640 yabancı müzik eserinin haklarının korunduğu belirtilmektedir. Bkz. MÜ-YAP, <http://tr.mu-yap.org/>.
- [45] 22.08.2006 tarihinden beri faaliyetlerini sürdürmektedir. Bkz. <http://www.muyabir.org.tr/>.
- [46] Meslek birlikleri kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu yahut ticaret hukuku kapsamında şirket vasfına sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle bu birlikleri, kendine özgü yapısı olan, eser sahiplerinin müşterek mümessili olarak görmek gerekir. Bkz. Arslanlı, s. 162.; Bozbel, s. 275.
- [47] İkinci Dünya Savaşı gazisi bir Amerikalı olan Martin Harris hastalıkları nedeniyle zor geçen ömrünün son demlerinde, 86 yaşındayken, 2006 yılında YouTube'a bir

YouTube, 14 Şubat 2005 tarihinde Chad Hurley, Steven Chen ve Jawed Karim tarafından kullanıcıların kolay bir şekilde istedikleri videoyu yükleyip diğer kullanıcılarla paylaştıkları bir platform olarak kurulmuştur. YouTube kısa sürede büyük ilgi görmüş ve 2013 yılı sonu itibarıyla 61 farklı ülke ve dilden her ay 1 milyarı aşkın kullanıcının ziyaret ettiği, her ay 6 milyar saat videonun izlendiği, her dakika 100 saatlik videonun yüklendiği bir site olmuştur. Time Dergisi tarafından 2006 yılının buluşu seçilen YouTube, Kasım 2006'da 1.65 milyar dolara Google tarafından satın alınmıştır. Günümüzde YouTube'un günlük 30 milyon, aylık 2 milyar aktif kullanıcısı bulunmaktadır ve 5 milyarı aşkın video paylaşılmaktadır.<sup>[48]</sup>

YouTube kimilerince geleceğin film pazarlaması<sup>[49]</sup> ve kimilerince de herkes için ücretsiz içerik yükleme olanağı sağlayan yasa dışı bir oluşum<sup>[50]</sup> olarak ifade edilmiştir. Yasal tartışmaların temelinde YouTube'a yüklenen ses, televizyon, film gibi içeriklerin % 30-70 arasında bir oranının yetkisiz olarak yüklendiği, pek çoğunda telif hakkı problemi olduğu düşünceleri yer almıştır.<sup>[51]</sup> Almanya'da Müzik Meslek Birlikleri Derneği-GEMA,<sup>[52]</sup>

---

video yüklemiş ve savaş ile ilgili hiçbir yerde anlatmadığı anılarını anlatmıştır. Martin Harris, bu görüntüyü YouTube'a yükledikten bir ay sonra yaşamını yitirmiştir. Onun ölümünden sonra eşi YouTube'a bir video yüklemiş ve eşinin YouTube sayesinde hiçbir yerde anlatmadığı savaş anılarını paylaşabildiğini, bunun eşini çok mutlu ettiğini belirtmiş ve YouTube'a teşekkür etmiştir. Bkz. Kurt Hunt, Copyright and YouTube: Pirate's Playground or Fair Use Forum, Michigan Telecommunications and Technology Law Review: N. 197, 2007, <http://www.mttlr.org/volfourteen/hunt1.pdf> (s. 197-222)., s. 197. (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).

[48] YouTube by the Numbers: Stats, Demographics and Fun Facts, September 5, 2019, <https://www.omnicoreagency.com/youtube-statistics/>. (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

[49] Laura M. Holson, Hollywood Asks YouTube: Friend or Foe, January 15, 2007, <https://www.nytimes.com/2007/01/15/technology/15youtube.html>. (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).

[50] Verne Kopytoff, Copyright Questions Dog YouTube/Deals with Entertainment industry limit Site's Liability, October 27, 2006, <https://www.sfgate.com/business/article/Copyright-questions-dog-YouTube-Deals-with-2485823.php>. (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[51] Holson, <https://www.nytimes.com/2007/01/15/technology/15youtube.html>. (Son Erişim Tarihi: 10.04.2019).; Hunt, s. 198.

[52] GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte), Müzik Eserlerinin Temsili ve Mekanik Çoğaltma Hakları Topluluğu (GEMA), Almanya'da 70.000'i aşkın üyesi olan müzik meslek birliğidir.



YouTube'un yüklediği telif hakkını ihlal eden müzik parçaları nedeniyle 2009 yılından itibaren<sup>[53]</sup> çeşitli Alman mahkemeleri nezdinde pek çok dava açmış ve mahkemeler genel olarak YouTube'un bu videolar nedeniyle telif hakkı ihlalinden sorumlu olduğuna hükmetmiştir.<sup>[54]</sup> Açılan davalar sonucu, YouTube'un Almanya'da meslek birlikleri ile olan lisans anlaşması iptal edilmiş, yapılan görüşmeler sonucunda Google ve YouTube arasında 1 Kasım 2016 tarihinden itibaren hak sahiplerine adil bir pay ödenmesine ilişkin yeni bir anlaşma yapılmıştır.<sup>[55]</sup>

Türkiye'nin de taraf olduğu,<sup>[56]</sup> 6 Mart 2002 tarihinde<sup>[57]</sup> yürürlüğe giren Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Antlaşması'nın<sup>[58]</sup> 8 inci maddesinde eser sahiplerinin "Bern Sözleşmesi'nin<sup>[59]</sup> 11 (1) (ii), 11 Mükerrer (1) (i) ve (ii), 11 ikinci mükerrer (1) (ii) ve 14 (1) (ii) ve 14 mükerrer (1) maddeleri hükümleri haleldar edilmeksizin, eserlerinin telli ya da telsiz ortamda, toplum üyelerinin kendileri tarafından seçilen bir yer ve zamanda bu eserlerden kişisel

---

1915 yılında kurulmuş, 1933 yılında Stagma adını almış, ardından 1947 yılında yeniden GEMA adını almış, Münih ve Berlin'de idari merkezi bulunan meslek birliğidir. Bkz. <https://www.gema.de/en/>.

- [53] German GEMA in talks with YouTube on video dispute, April 23, 2009, <https://www.reuters.com/article/us-germany-youtube/german-gema-in-talks-with-youtube-on-video-dispute-idUSTRE53M4WJ20090423> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).
- [54] Germany Rules Against YouTube in Copyright Case, 22 April 2012, <https://breakingnewsenglish.com/1204/120422-copyright.html> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).
- [55] Germany: YouTube and GEMA reach a licensing agreement on music videos, November 4, 2016, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4446f517-d42c-4ccd-8d15-8f67c2b70f4e> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019)
- [56] Türkiye, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Antlaşması'nı 02.05.2007 tarihli Kanun ile kabul etmiş ve 28.11.2008 tarihi itibarıyla Antlaşma'ya taraf olmuştur. Bkz. Resmi Gazete: 14.05.2008, 26876.
- [57] Antlaşma, 20 Aralık 1996 tarihinde kabul edilmekle birlikte 06.03.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. [https://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/summary\\_wct.html](https://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/summary_wct.html) (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).
- [58] World Intellectual Property Organisation (WIPO), Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996, [https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=295166](https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166) (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).
- [59] Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886, [https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=283698](https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698) (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

olarak yararlanacak biçimde topluma iletilmesine izin verme hususunda” münhasıran hak sahibi oldukları düzenlemesi yer almaktadır.

Önceden sadece sahibinin hakimiyet alanında olan, onun dışında kimsenin göremediği, duyamadığı, okuyamadığı eserini kamuyla paylaşmak hususundaki eser sahibinin hakkı “umuma arz hakkı” olarak ifade edilmektedir.<sup>[60]</sup>

Telif hakları hukukunda korunan bir eserin, kamuyla paylaşılması, eser sahibine ait manevi haklarından birisi olan ‘umuma arz hakkı’ ve bu hakkın mali haklar alanındaki görünümü diyebileceğimiz ‘umuma iletim hakkı’ çerçevesinde korunur. Eserin umuma arzı, eser sahibinin ister rızası olsun, ister olmasın, eserin herhangi bir şekilde umuma sunulmasını içerir. Bir eserin umuma arz edilip edilmemesini münhasıran eser sahibi tayin eder (FSEK, m. 14/1). Umuma arz, ancak bir kez gerçekleşebilen ve eser sahibinin iradesi ile eserin tamamının veya bazı parçalarının ilk defa olarak aleniyete sunulmasını ifade eder.<sup>[61]</sup> Buna karşılık umuma iletim, bir eserin aile ve iş ilişkileri dolayısıyla birbirine bağlı olan ve görevi gereği eseri bilen kişiler dışında çok sayıdaki belirsiz kişiye sunulmasını ifade eder. Umuma iletim; tıpkı yayma, temsil gibi eserin umuma arzının gerçekleştirilme şekillerinden birisidir.<sup>[62]</sup>

Bir eserin, internet ortamında ulaşılabilir kılınması, telif hakları hukuku anlamında bir umuma arz ve iletim şekli oluşturacaktır. Umuma iletimin nasıl yapılacağı telif hakları kanunlarıyla herhangi bir şekilde sınırlandırılmamıştır. Bu nedenle internet veya sosyal medya sitelerinde eserin paylaşılması eserin umuma arzı ve iletimi olarak nitelendirilecektir. Dolayısıyla eser sahibinin iznine tabi olacaktır. Eser sahibinin izni olmaksızın yapılan umuma arz ve iletimlerin, eser sahibinin mali ve manevi haklarını ihlal ettiği kabul edilecektir.

Avrupa Birliği (AB) hukukunda umuma iletim hakkı 2001/29 sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Bazı Yanlarının

[60] Tekinalp, s. 153.; Mustafa Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 135.

[61] Sinan Bayındır, Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 113, 2014 (s. 307-338), s. 310.

[62] Bayındır, s. 313.; Öztan, s. 293.; Karahan; Suluk, Saraç; Nal, s. 80.

Uyumlaştırılmasına İlişkin Direktif'in<sup>[63]</sup> 3/1 inci maddesinde; üye devletlerin, eser sahiplerine, eserlerini, bireylerin, kendi seçtikleri yer ve zamanda erişimlerine sunulmasını da içeren, telli veya telsiz araçlarla umuma her türlü iletimine izin verme ve yasaklama haklarını sağlayacakları düzenlemesi yer almıştır.

Türk hukukunda eserin umuma iletimi FSEK'in 25 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo, televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle 'umuma iletilmesi hakkı' münhasıran eser sahine aittir. Eser sahibi, eserinin aslı yada çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılması veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir (FSEK, m. 25/2).<sup>[64]</sup>

Eser sahibinin umuma arz ve iletim hakkı, 1976 tarihli ABD Telif Hakları Kanunu'nun<sup>[65]</sup> 106 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Eserin bu şekilde sahibinin izni olmaksızın Youtube'da paylaşılması fiilinin; ABD Telif Hakları Kanunu'nun 106/4 (*perform the copyrighted work publicly*) ve 106/5 (*display the copyrighted work publicly*), FSEK'in 25/2 ve AB 2001/29 sayılı

[63] Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Official Journal, L 167, 22.06.2001, p. 10-19.

[64] 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nın 8 inci maddesi ile söz konusu 25 inci madde şu şekilde düzenlenmektedir: "Bir eserin herhangi bir suretle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Umuma iletim hakkı özellikle; a. Eserin veya temsiline radyo, televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz vasıtalarla yayınlanmasını, b. Yayınlanan eserin yeniden iletilmesini, c. Eserin bir tespit, yayın veya yeniden iletim yahut dijital ağlar vasıtasıyla umumi mahallerde iletilmesini, d. Bir eserin, telli veya telsiz araçlarla kişilerin bireysel olarak seçtiklere yer ve zamanda erişime sunulmasını, kapsar." Bkz. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı, <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi> (Son Erişim Tarihi: 10.06.2019).

[65] Title 17 of the United States Code, Copyright Act, <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

Direktifi'nin 3 üncü maddeleri uyarınca telif hakkı ihlaline vücut verdiği söylenebilecektir.

1994 yılında internetin ticari kullanımına izin verilmesi sonrası oluşan hızlı gelişme ortamında WIPO, yeni dijital ortama uyumlaştırma kapsamında 1996 yılında iki yeni Antlaşma oluşturmuştur: WIPO Telif Hakları Antlaşması<sup>[66]</sup> ve WIPO İcralar ve Fonogramlar Antlaşması.<sup>[67]</sup> Her iki antlaşmanın da başlangıç kısmı aynı esas dahilinde düzenlenmiştir. WIPO İcralar ve Fonogramlar Antlaşması'nın giriş kısmında, "İcracı sanatçılar (*performers*) ve fonogram yapımcılarının (*producers of phonograms*) haklarının mümkün olduğu ölçüde etkili ve düzenli olarak korunmasının sürdürülmesi ve geliştirilmesi, ekonomik, sosyal, kültürel ve teknolojik gelişimin oluşturduğu sorunlara yeterli çözümler getirebilmek amacıyla mevcut bazı kuralların yorumlarına açıklık getirilmesi, icra ve fonogramların oluşturulması ve kullanımına ilişkin iletişim teknolojileri ve haberleşmenin yaklaşım ve gelişimindeki güçlü etkiyi bilerek, icracı sanatçılar ve fonogram yapımcılarının hakları ile özellikle eğitim, araştırma ve bilgiye erişim ile ilgili geniş kamu yararı arasındaki dengeyi koruma gereksinimlerini dikkate almak" gereği ifade edilmiştir.

Bununla birlikte, antlaşmaların kabul edildiği 1996 yılında Dünya nüfusunun ancak % 1'i internete bağlı durumdaydı ve internet ortamında 100.000 civarında web sitesi mevcuttu.<sup>[68]</sup> Sonraki döneme yön veren Google, Napster, İpod, YouTube ve Spotify henüz oluşmamıştı. Bu nedenle o dönemler için yeni teknolojilerin müzik endüstrisi üzerindeki etkisinin tahmin edilmesi ve buna uygun düzenlemeler yapılması beklenebilecek bir durum değildi.

1999 yılında Shawn Fanning ve Sean Parker tarafından oluşturulan Napster, müzik endüstrisine ilk ciddi hasarı vermiştir.<sup>[69]</sup> Napster sistemini, basit bir '*kaset takas ortamı*' olarak düşünmek mümkündür. Peer-to-peer (P2P)

[66] WIPO Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996, [https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=295166](https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166) (Son Erişim Tarihi: 30.09.2019)

[67] WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), adopted in Geneva on December 20, 1996, <https://wipolex.wipo.int/en/text/289795> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

[68] Tamer Soysal, İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet, Ankara, 2014. s. 74 vd.

[69] Michele Wilson Morris, Recording Industry Sues Napster for Copyright Infringement Music Industry News, December 15, 1999, The Story of Revolution: Napster &

adı verilen ağ teknolojisi yardımıyla merkezi sunucuya bağlanan internet kullanıcıları birbirleriyle müzik dosyası paylaşılabiliyorlardı.<sup>[70]</sup> Sisteme bağlanan ve elindeki bir müzik albümünü sisteme yükleyen kullanıcı, bu albümü diğer kullanıcıların yüklemesine de uygun hale getirmiş oluyordu.<sup>[71]</sup> 2000 yılında 20 milyon kayıtlı kullanıcısı olan Napster, 2001 yılında 70 milyon kayıtlı kullanıcı rakamına ulaşmıştır. Uluslararası Fonogram Endüstrisi Federasyonu (IFPI)<sup>[72]</sup> rakamlarına göre 1999 yılında 23.8 milyar dolar olan müzik endüstrisi geliri, Napster ile birlikte düşme eğilimine girmiş ve 2003 yılında global gelirlere % 30 düşme yaşanmıştır.<sup>[73]</sup> Napster'a karşı müzik endüstrisi daha 1999 yılından itibaren telif hakkı ihlali nedeniyle davalar açmışlardır.<sup>[74]</sup> ABD Federal Temyiz Mahkemesi vermiş olduğu Kararlar ile Napster'ın doğrudan telif hakkı ihlaline yol açmasa da dolaylı yoldan kullanıcıların telif hakkı ihlaline zemin hazırlamak suretiyle telif hakkı ihlali yaptığını belirlemiştir. Napster, ABD Telif Hakları Kanunu'nun 107 nci maddesinde düzenlenen dürüst kullanım doktrininden (*fair use doctrine*)<sup>[75]</sup> faydalandırılmamıştır. Çünkü Napster'ın sistemi bireysel kullanım amaçlı kopyalamaları aşan şekilde milyonlarca kullanıcıya bu imkanı sağlamaktadır. Napster mahkemelerin kararları doğrultusunda önce sistemine filtre uygulamasını koymuş, ardından da ücretli abonelik sistemini getirmiştir.

---

the Music Industry, Music Dish, September 2000, [http://www.musicdish.com/downloads/napster\\_compendium.pdf](http://www.musicdish.com/downloads/napster_compendium.pdf), s. 5. (Son Erişim Tarihi: 30.09.2019).

- [70] İnternet ortamında müzik sunumu ve oluşan hukuki sorunlar için bkz. Tekin Memiş, İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Seçkin, Ankara, 2002., s. 45 vd.
- [71] Napster dosya paylaşım sistemi için bkz. Jessica Hu; Charlene Leus; Barbara Tchobanian; Long T. Tran, Copyright vs. Napster: The File Sharing Revolution, University of California, Irvine Law Forum Journal, V. 2, Fall 2004, [https://www.socsci.uci.edu/lawforum/content/journal/LFJ\\_2004\\_compilation.pdf](https://www.socsci.uci.edu/lawforum/content/journal/LFJ_2004_compilation.pdf), s. 55 vd.
- [72] The International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), Dünya genelinde müzik kayıt endüstrisini temsil eden, kâr amacı gütmeyen bir kuruluştur. 1933 yılında İtalya'da kurulmuştur. Merkezi Londra'da olup, Hong Kong, Brüksel ve Miami'de bölgesel ofisleri bulunmaktadır. Bkz. <http://www.ifpi.org>.
- [73] IFPI, Global Music Report 2017, Annual State of the Industry, <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).
- [74] Wilson Morris, s. 5.
- [75] Dürüst kullanım doktrini için bkz. Holger Postel, The Fair Use Doctrine in the U.S. American Copyright Act and Similar Regulations in German Law, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, N. 5, 2006 (s. 142-157), [http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/ckjip/wp-content/uploads/sites/4/2013/06/08\\_5JIntellProp1422005-2006.pdf](http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/ckjip/wp-content/uploads/sites/4/2013/06/08_5JIntellProp1422005-2006.pdf), s. 143 vd. (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

Ancak kısa sürede açılan davalar sonucu, önemli tazminat ve cezalarla karşı karşıya gelen Napster, müzik endüstrisi ile antlaşma yoluna gitse de, toplam 26 milyon dolar ödemiş ve 2001 yılından itibaren faaliyetlerine son vermek durumunda kalmıştır.<sup>[76]</sup>

Napster kapandıktan sonra, Napster deneyiminden ders alan ve yine 'P2P' dosya paylaşım sistemini kullanan Gnutella ve Kazaa gibi dosya paylaşım platformları daha uzun ömürlü olarak sektörde yer almayı başarmışlardır.<sup>[77]</sup>

1998 yılında Google'un başlaması internetin her alanını etkileyen önemli bir dönüm noktası oluşturmuştur. 23 Ekim 2001 tarihinde Apple tarafından ilk taşınabilir medya çalar olan iPod piyasaya sürülmüş, ardından 2005 yılında YouTube ve 2008 yılında Spotify'nin başlamasıyla dijital müzik sektöründe yepyeni bir döneme girilmiştir.<sup>[78]</sup>

Bu hızlı gelişmeler sırasında dijital alanın yeni aktörlerine ilişkin ilk önemli düzenleme WIPO'nun 1996 tarihli iki antlaşması sonrasında, 1998 yılında Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu (DMCA)<sup>[79]</sup> ile ABD'de yapılmıştır.<sup>[80]</sup> Kanun ile dijital haklar yönetimi (DRM)<sup>[81]</sup> olarak bilinen, telif hakları, tescilli yazılım ve donanımın dijital ortamda korunması, korunan materyale erişimin sınırlandırılması teknolojileri benimsenmiştir.<sup>[82]</sup> Kanun'un 512 nci

[76] A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F. 3d 1004, 9th Circuit, February 12, 2001, <https://www.courtlistener.com/opinion/772042/am-records-inc-v-napster-inc/> (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).

[77] Napster ve Gnutella'nın dosya paylaşım sistemlerinin teknik karşılaştırması için bkz. Anthony J. Howe, Napster and Gnutella: A Comparison of Two Popular Peer-to-Peer Protocols, University of Victoria, [http://ahowe\\_ca.tripod.com/pdf/napstergnutella.pdf](http://ahowe_ca.tripod.com/pdf/napstergnutella.pdf), 2002, (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).

[78] The Value Gap, Its Origins, Impacts and a Made-in-Canada Approach, Music Canada, October 2017, <https://musiccanada.com/wp-content/uploads/2017/10/The-Value-Gap-Its-Origins-Impacts-and-a-Made-in-Canada-Approach.pdf>, s. 10. (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).

[79] The Digital Millennium Copyright Act of 1998, Kabul Tarihi: 12 Ekim 1998, Yürürlük Tarihi: 28 Ekim 1998, <https://www.aclu.org/other/text-digital-millennium-copyright-act-dmca> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

[80] Tamer Soysal, İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 61, 2005 (s. 304-339). s. 312. (Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları).

[81] Digital Rights Management-DRM, <https://www.britannica.com/topic/digital-rights-management> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

[82] Dijital Haklar Yönetimi Ülkemizde bir doktora tez çalışması olarak ilk kez 2007 yılında ele alınmıştır. Bkz. İbrahim Emre Bayamlioğlu, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda

maddesi ile internet servisi sağlayan şirketlerin ‘*salt iletim (mere conduit)*’ işlevini yerine getirdiği durumlarda sorumlu olmayacağı ve ancak ‘uyar ve kaldır (*notice and takedown*)’ prensibi çerçevesinde kanuna aykırı içerikten sorumlu olduğu veya bu içerikten ticari çıkar sağladığı durumlarda sorumlu olacağı düzenlemesi yapılmıştır.<sup>[83]</sup> Aynı felsefe 2000/31 sayılı AB E-Ticaret Direktifi<sup>[84]</sup> ile de benimsenmiştir.<sup>[85]</sup>

Napster sonrası dönemde, YouTube ve Spotify gibi internet sitelerinin kullanıma geçmesi, internet bağlantı hızlarının artması, akıllı telefonların yaygınlaşması ile birlikte Napster döneminde yaygın olan müzik/video indirme (download) yerine, verilerin cihaza indirilmeksizin kullanılması/tüketilmesini içeren ‘streaming’ dönemi başlamıştır.<sup>[86]</sup> Hiç şüphesiz bu gelişmeler, kullanıcılar nezdinde ses, görüntü gibi dosyaların çok daha kolay ulaşılmasını sağlamış; ancak telif haklarının ihlal edildiğine yönelik iddialar da artmıştır.

Dünya’nın en büyük dokuzuncu medya şirketi konumunda olan Viacom, telif haklarına sahip olduğu South Park, MTV Unplugged, Mean Girls, SpongeBob gibi çok izlenen programlar ile kendilerine ait binlerce klibin, YouTube’da hiçbir karşılık ödenmeksizin sürekli olarak oynatıldığını, bunun sadece kendisinin haklarına değil, genel olarak tüm sektöre darbe vurduğunu belirtmiş ve 13 Mart 2007 tarihinde Google ve YouTube aleyhine 1

---

Teknolojik Koruma, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2007. Çalışmanın yayımlanmış hali için bkz. İbrahim Emre Bayamloğlu, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, Bilişim ve Eser Koruması, WIPO, AB ve Türkiye’de Teknolojik Önlemler, DRM, Hukuki ve Sosyal Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

[83] Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s. 320.

[84] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), Date of Document: 08.06.2000, Date of effect: 17.07.2000, Official Journal L 178, 17.07.2000, p. 1-16. (2000/31/AT sayılı Elektronik Ticaret Başta Olmak Üzere, İç Pazarda Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Belirli Yasal Yönleri Hakkında Konsey ve Parlamento Direktifi (Elektronik Ticaret Direktifi).

[85] Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s. 311.

[86] James Mason; Jared Wiercinski, Music in the Digital Age: Downloading, Streaming and Digital Lending, CAML Review, V. 38, No. 1, 2010, <https://caml.journals.yorku.ca/index.php/caml/article/view/25697/23793>, s. 6. (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

milyar dolarlık dava açmıştır.<sup>[87]</sup> Davacı, YouTube'un kullandığı iş modeli ile herhangi bir lisans ve telif ücreti ödemeksizin hak sahipleri üzerinden milyarlarca dolar gelir elde ettiğini iddia etmektedir.

Viacom, telif hakkı kendilerinde olan 150.000 klibin, izin alınmaksızın YouTube'a yüklendiğini ve 1.5 milyar kez izlendiğini, YouTube'un lisans anlaşması yapmayarak ve bu kullanıma engel olmayarak telif hakkı ihlali yaptığını iddia etmiştir. New York Güney Bölge Mahkemesi, 2010 yılında verdiği Karar'da DMCA'nın '*uyar ve kaldır*' sistemini benimsediğini, YouTube'un hangi içerik için izin alındığını, hangi içeriğin telif hakkı ihlali oluşturacağını tek tek kontrol etmesinin mümkün olmadığını, YouTube'un telif hakkı ihlalden haberdar edildiği andan itibaren de hızlı bir şekilde hareket edeceği bir sistem kurduğunu, YouTube'un yazılım fonksiyonlarının genel olarak DMCA'nın muafiyet düzenlemeleri (*safe harbor provisions*) kapsamında kaldığını belirtmiş ve davayı reddetmiştir.<sup>[88]</sup> Temyiz Mahkemesi, 5 Nisan 2012 tarihinde verdiği Karar'da davacıların sunduğu bilgilerden, bazı içeriklerin telif hakkı ihlali oluşturduğunun anlaşılmasına rağmen bu içeriğin YouTube tarafından kaldırılmadığını belirtmiş, genel olarak YouTube'un yazılım fonksiyonlarının DMCA'nın muafiyet düzenlemeleri kapsamında kalmakla birlikte içeriğin dağıtımı ve paylaşılması (*syndication*) fonksiyonu yönünden dosyayı kısmen bozarak yeniden bölge mahkemesine göndermiştir.<sup>[89]</sup> 18 Nisan 2013 tarihinde Bölge Mahkemesi yeniden YouTube lehine karar vermiş ve dosya temyize gitmiş ise de 2014 yılında taraflar anlaşmış ve uyuşmazlık bu şekilde uzlaşma ile sonuçlanmıştır.<sup>[90]</sup>

Bu görüşlere rağmen YouTube'un hiçbir engel ile karşılaşmaksızın ve serbest bir şekilde herkese çalışmalarını toplum ile paylaşma fırsatı verdiği,

[87] Viacom in \$1 Billion Copyright Suit Versus Google, YouTube, March 13, 2007, <https://www.reuters.com/article/us-viacom-youtube/viacom-in-1-bln-copyright-suit-vs-google-youtube-idUSWEN535120070313>

[88] Karar için bkz. Viacom International Inc., v. Youtube Inc. and Google Inc., Case 1:07-cv-02103-LLS, United States District Court Southern District of New York, June 23, 2010, [https://www.eff.org/files/filenode/viacom\\_v\\_youtube/06-23-10\\_summary\\_judgment.pdf](https://www.eff.org/files/filenode/viacom_v_youtube/06-23-10_summary_judgment.pdf) (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

[89] Karar için bkz. Viacom International, Inc. v. YouTube Inc., 676 f. 3d 19, United States Court of Appeals, Second Circuit, April 5, 2012, [https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/cx/2012\\_Viacom.pdf](https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/cx/2012_Viacom.pdf) (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[90] Viacom v. YouTube, <https://www.eff.org/cases/viacom-v-youtube> (Son Erişim Tarihi: 15.05.2019).



bunun daha önce eşi görülmemiş bir iletişim platformu oluşturduğu, bu şekilde kamunun katılım ve tartışma olanağı elde ettiği ve bu iletişim metodunun ABD Anayasası'nda ifadesini bulan “*bilimin ve faydalı ilimlerin ilerlemesini teşvik*” amacına katkı sağladığı, YouTube'da kullanıcılar tarafından sunulan telif haklarını ihlal eden içerik oranının ancak % 10'lar düzeyinde olduğu, YouTube'un bildirim sonrası telif haklarına aykırı içeriği derhal kaldırdığı, YouTube'un genel olarak topluma sunduğu katkılar dikkate alınarak bu kullanımın ABD Telif Hakları Kanunu'nun 107 nci maddesi kapsamında 'dürüst kullanım (fair use)' olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşleri de ifade edilmiştir.<sup>[91]</sup> Ancak bize göre aşağıda açıklanan nedenlerle müzik sektöründe oluşan kazancın, paydaşlar arasında adil bir şekilde dağıtılmadığı ve sorunun telif hakkı ihlallerini de asgariye indirerek adil paylaşımı esas alan bir yaklaşım ile çözümlenmesi gerektiği görülmektedir.

### C. MÜZİK SEKTÖRÜNDE DEĞER ZİNCİRİ VE DEĞER BOŞLUĞU KAVRAMLARININ (VALUE CHAIN AND VALUE GAP) OLUŞUMU VE TANIMLANMASI

Müzik sektöründe, değeri oluşturan silsile (zincir) dijital yaratım araçları ile birlikte dönüşmüştür. Bununla birlikte değer zincirini başlatan ilk etken, daima eseri meydana getiren eser sahibi olmaktadır. Buna göre bir müzik eserinde eserin yazarı, bestecisi, yapımcısı ve eseri icra edenler eser zincirinin ilk halkasını oluşturmaktadır.<sup>[92]</sup> Eseri oluşturanın albüm şirketleri ile anlaşması sonrasında şirketler ve dağıtıcılar ile perakende satıcılar da halkaya dahil olmaktadır. Son kullanıcı albümü doğrudan perakende satıcılardan temin edebildiği gibi televizyon, radyo yahut dijital ortamdan da temin edebilmektedir.<sup>[93]</sup> Bu dağıtım zincirinde, oluşan toplam değer; paydaşlar arasında adil ve dengeli bir dağılımı olmaması durumunda, yahut hakkaniyeti zedeleyici bir durum oluşturması durumunda '*değer boşluğu*' olarak

[91] Hunt, s. 207-210.

[92] Gerold Pulverer, The Music Industry in a Digital Hassle, An Empirical Analysis on the Adoption of E-Business Models for Online Music Distribution, Thesis, 2009, Wirtschaftsuniversität Wien, <https://musikwirtschaftsforschung.files.wordpress.com/2009/03/pulverer-the-music-industry-in-a-digital-hassle-2010.pdf>, s. 5 vd. (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[93] Pulverer, s. 10.

ifade edilen haksız bir gelir yığılması oluşacaktır.<sup>[94]</sup> Dijitalleşme başlamadan veya dijitalleşme sonrası dosyaların indirilmeksizin kullanılması (*streaming*) yaygınlaşmadan, bu dağılımın taraflar arasında akdedilen sözleşmeler yoluyla kontrolü mümkündür. Ancak internetin mobil cihazlarda yaygın ve kolay bir şekilde kullanılabilir hale gelmesinden sonra, endüstri bu kontrolü sağlamamaya başlamıştır. Dolayısıyla hem telif hakları ile korunan pek çok eser bu yeni platformlarda kullanıcılar için ulaşılabilir olmuş, hem de tabir yerindeyse pastadan en büyük payı internet video paylaşım siteleri almaya başlamıştır. Napster sonrası oluşan durumda, uluslararası düzenlemeler ve ulusal kanunlar ile düzenleme yapma isteği, günümüzde yeni bir dönemi başlatmıştır. Oluşan bu değer boşluğunu azami ölçüde kontrol altına almaya ve paydaşlar arasında daha adil bir dağıtımını mümkün kılmak için hukuk müdahale etmek durumunda kalmıştır. Avrupa Birliği'nin 2001/29 sayılı Telif Hakları Direktifi'nde değişiklik yapma ve yeni bir düzenleme oluşturma çaba ve iradesini de bu kapsamda değerlendirmek doğru olacaktır.

IFPI 2016 Global Müzik Raporu'nda *değer boşluğu* (*value gap*) IFPI Yöneticisi Frances Moore tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: "Değer boşluğu, tüketicilerin zevk aldığı müzikler ile müzik topluluğuna geri dönen gelirler arasındaki hakkaniyete aykırı, açık dengesizlik halidir."<sup>[95]</sup> Rapor'da müzik sektörünün toplam gelirlerinin 2015 yılında % 3.2 artış ile 15 milyar ABD doları olarak belirlendiği, toplam gelirlerin % 45'inin dijital gelirlerden oluştuğu, bununla birlikte müzikteki dijitalleşme dikkate alındığında, bu gelirlerin minimum seviyede oluştuğu belirtilmiştir. Rapor'da kullanıcıların genel olarak müziği indirmeksizin YouTube, Spotify gibi ortamlarda dinlediği ve dünya genelinde müziğin tüketilmesinde inanılmaz bir artış yaşandığı, örneğin ABD'de toplam dinlenen müziğin % 93'ünün bu ortamlarda dinlendiği ve bu rakamın 317 milyarı bulduğu, buna rağmen müziğin üretici ve icracılarının bu büyük artıştan hakkaniyetli şekilde pay alamadığı, aynı orantısızlığın İngiltere ve Fransa'da da mevcut olduğu, bunun sebebinin pazarın bir tür çarpıklığı olan '*değer boşluğu*' olduğu ifade edilmiştir.<sup>[96]</sup> Değer boşluğunun ana sebebinin internet ortamında müzik

[94] Kavram, 'parasallaşma boşluğu (monetization gap)' şeklinde de ifade edilmektedir. Pulverer, s. 40.

[95] IFPI, Global Music Report, Music Consumption Exploding Worldwide, State of Industry Overview 2016, <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2016.pdf>, s. 5. (IFPI, Industry Overview 2016) (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[96] IFPI., Industry Overview 2016, s. 8.

paylaşımı yapan YouTube ve Spotify gibi şirketlerin telif hakları bulunan eserleri yasal muafiyetlere (*safe harbour*) dayanarak kullanmaları olduğu, bu şekilde müzik kuruluşlarının lisans haklarının devre dışı bırakıldığı vurgulanmaktadır. IFPI Raporu'nda, bu aşırı dengesizliği gidermek için ulusal ve uluslararası alanda düzenlemeler yapılması gerektiği, bu konuda Avrupa Komisyonu'ndan da beklentiler bulunduğu vurgulanmıştır.<sup>[97]</sup> Rapor'da YouTube'da ayda 800 milyondan fazla müzik videosu izlendiği, 900 milyonun insanın müzik dinlediği ancak sadece 65 milyon kayıtlı kullanıcıya ilişkin IFPI'ye pay verildiğinin altı çizilmektedir.<sup>[98]</sup>

Bununla birlikte IFPI tarafından *değer boşluğu* ile ifade edilen ekonomik bir değer olduğu, bu değerın tüketicinin ne için istekli ve ne kadar ücret ödemeyi kabul etmesi üzerinden de değerlendirilmesinin gerektiği, ayda yaklaşık 900 milyon insanın müzik videosu izlemesinin ve YouTube'a olan bu ilginin nedeninin müziğin ücretsiz ve kolay bir şekilde ulaşılabilir olması olduğu, eğer tüketicilerin elinden bu özgürlük alınır, reklam gelirlerine dayalı bu tür dijital ortamların varlığını devam ettirmesinin de güçleşeceği, bu müziklerin ücretli hale getirilmesi durumunda insanların buna istekli olmayacağı da ifade edilmektedir.<sup>[99]</sup> Bu kişilere göre müzik sektöründe bir değer boşluğu oluştuğu doğrudur ancak müzik sektörü bunun telafisini tüm internet kullanıcılarını hedefleyerek gerçekleştirmez. İnterneti bizzat ayakta tutan dinamiklere dokunulmamalıdır. Bahsi geçen ayda yaklaşık 900 milyon müzik videosunu izleyen grubun içinde; arada sırada müzik dinleyen kişiler, rastgele video açanlar, sadece ücretsiz olduğu için iş yaparken müzik dinleyenler ve sanatçıların hayranları (fans) da yer almaktadır. Nielsen'in 2013 yılındaki Raporu'na göre müzik tüketicilerinin % 40'ı sanatçıların hayranlarından oluşmaktadır. Bu % 40'lık topluluk, tüm müzik sektöründeki tüketimin % 75'ini oluşturmaktadır. Bu kesim, diğer kullanıcılardan farklı olarak müzik için para ödemeye hazır durumdadır. Eğer dijital sektör, sanatçı hayranlarını hedefleyen sanatçı ile bağlantı, etkileşim veya özel ürünler sunarsa, bu kitle yoluyla gelirlerini de artırmaları mümkün olacaktır.<sup>[100]</sup> Bu

[97] IFPI, Industry Overview 2016, s. 22-24.

[98] IFPI, Industry Overview 2016, s. 23.

[99] Joe Lennon, The Real Value Gap in the Music Industry, May 3, 2016, <https://medium.com/@joelennon/the-real-value-gap-in-the-music-business-5361d03b8f7a> (Son Erişim Tarihi: 15.04.2019).

[100] Lennon, <https://medium.com/@joelennon/the-real-value-gap-in-the-music-business-5361d03b8f7a> (Son Erişim Tarihi: 15.04.2019).

düşüncelere rağmen bu konuda ampirik bir araştırma yapmanın güçlüğü karşısında, sorunu bu ölçüde sınırlı tanımlamaya imkan olmadığı da açıktır.

### **III. DİJİTAL TEK PAZARDA TELİF HAKLARI DİREKTİFİ KAPSAMINDA DEĞER BOŞLUĞU DÜZENLEMESİ, ETKİLERİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **A. DİJİTAL TEK PAZARDA TELİF HAKLARI DİREKTİFİ (DSM DİREKTİFİ)<sup>[101]</sup>**

Avrupa Birliği Komisyonu, Eylül 2016'da Dijital Tek Pazarda<sup>[102]</sup> Telif Hakları Direktifi Önerisi<sup>[103]</sup> hazırlamıştır. Direktif Önerisi, Komisyon tarafından açıklandığı tarihten itibaren internet çevrelerince yoğun şekilde tartışılmıştır. Üye ülkeler arasında da Direktif Önerisi üzerinde uyuşma sağlanamamış, yeni Öneri Eylül 2018'de sunulmuştur. Tartışılan ve AB yasalaşma

[101] Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi için makalede 'DSM Direktifi' kısaltması kullanılacaktır.

[102] 25 Mart 1957 tarihinde Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Antlaşma ile 'ortak pazar (common market)' fikri oluşmuş; malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaşımını amaçlayan fikir, 10 Aralık 1991 tarihinde imzalanan ve Avrupa Birliği isminin alınmasına yol açan Maastrich Antlaşması sonrasında 1 Ocak 1993 tarihinden itibaren hayata geçirilmiştir. Dijital tek pazar ise internetin ortaya çıkması ve oluşan elektronik ve teknolojik değişimlerle birlikte çevrimiçi pazarların önündeki engellerin kaldırılarak 28 AB ülkesi ulusal pazarlarının dijital tek pazar haline dönüştürülmesini hedefleyen stratejiyi ifade etmektedir. Bkz. Digital Single Market, Bringing Down Barriers to Unlock Online Opportunities, [https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market\\_en](https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en) (Son Erişim Tarihi: 24.04.2019).

[103] European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market COM/2016/0593 final–2016/0280 (COD), Brussels, 14.9.2016, <https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>.

sürecinde üçlü organlarca (*trilogue procedure*)<sup>[104]</sup> incelenen metin,<sup>[105]</sup> 26 Mart 2019 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmiş ve 17 Mayıs 2019 tarihinde Topluluk Resmi Gazetesi'nde yayınlanmıştır.<sup>[106]</sup> Direktif, 5 başlık, 32 madde ve 86 gerekçeden (*recitals*)<sup>[107]</sup> oluşmaktadır.

[104] AB hukuku alanında 'trilogue procedure' olarak bilinen, bir AB hukuki metninin, AB'nin üç organı (AB Komisyonu, AB Parlamentosu ve AB Konseyi) tarafından tartışılmasını içeren yasalaşma sürecini ifade eder. Genellikle AB Direktif ve Tüzükleri AB Komisyonu tarafından hazırlanan Teklifler ile başlar. Ardından AB Konseyi ve Parlamento onayı ile geçerlilik kazanırlar. Bu üçlü inceleme aşaması, AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanan Ortak Açıklama ile resmileştirilmiştir. Bkz. Joint Declaration on Practical Arrangements for the Codecision Procedure (Article 251 of the EC Treaty), 2007/C 145/02, Official Journal of the European Union, 30.06.2007, C 145/5. AB'de 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile başlayan entegrasyon süreciyle AB Konseyi ve AB Parlamentosu'nun yasalaşma sürecinde eşit rol almaya başlamaları ile bu üçlü tartışmanın da önemi ve sayısı artmıştır. Komisyon genel olarak Konsey ve Parlamento arasında uzlaştırma rolü oynamaktadır. Görüşmeler sonunda dört sütunlu bir belge tanzim edilmektedir. İlk sütunda Komisyon Teklifi, ikinci sütunda Parlamento'nun pozisyonu, üçüncü sütunda Konsey metni ve son sütunda uzlaşılan metin yer almaktadır. İlk iki sütun tamamıyla kamuya açık ve şeffaf yürütülür. Bununla birlikte üçüncü sütun kısmen, dördüncü sütun ise tamamen kamuya kapalı şekilde yürütülmektedir. AB yasalaşma süreci için bkz. European Council, Council of Europe, Decision-Making Process, Ordinary Legislative Procedure, <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/decision-making/ordinary-legislative-procedure/legislative-proposal/> Dijital Tek Pazar Direktifi için hazırlanan dört sütunlu metin için bkz. Council of the European Union, Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM (2016) 593 Final, 2016/0280 (COD), 26 September 2018, Brussels, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12513-2018-INIT/en/pdf>.

[105] Metinler için bkz. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM (2016) 593 Final, 2016/0280 (COD), 26 September 2018, Brussels, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12513-2018-INIT/en/pdf> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

[106] Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, 17.05.2019, L 130/92.

[107] Recitals, bir yasal metin ile ilgili beyan, açıklama ve gerekçeleri içerebilmektedir. AB müktesabatında 'recitals' politik düşünceler ile normatif dil olmaksızın, yasal metnin gerekçelerini içeren kısmı ifade etmektedir. Genellikle 'Whereas (iken, dışından anlamı verir)' ile başlarlar. Bkz. Tadas Klimas; Jurate Vaiciukaite, The Law of Recitals in European Community Legislation, ILSA Journal of International & Comparative Law, V. 15, 2008, <https://www.researchgate.net/>

Yeni Dijital Tek Pazarda Telif Haklar Direktifi (DSM Direktifi) ile yazarlar, icracı sanatçılar ve yayıncılar ile dijital alanda faaliyet gösteren internet platformu şirketler arasında sorunların uzlaşmacı bir şekilde çözülmesi ve bir denge oluşturulması amaçlanmaktadır.<sup>[108]</sup>

Telif hakkı sahiplerine verilen bedel (*remuneration*) ile dijital platformların elde ettiği kâr arasındaki fark '*değer farkı (value gap)*' olarak anılmaktadır. Direktif Önerisi'nde 11 inci maddesinde (DSM Direktifi, m. 15) düzenlenen ve '*bağlantı vergisi (link tax)*' olarak anılan basılı yayın sahiplerine ödenmesi gereken ücret ile 13 üncü maddede (DSM Direktifi, m. 17) düzenlenen ve genel olarak internet içerik-paylaşım hizmet sağlayıcılara zorunlu filtreleme ve telif hakkı içeren materyali yeniden internete yüklememe yükümlülüğü getiren düzenlemeler en hararetli tartışılan maddeler olmuştur.

*Değer boşluğu (value gap)* ya da *değer kapma (value grab)*<sup>[109]</sup> olarak da adlandırılan anlayışın iki önemli yaklaşım problemi olduğundan bahsedilmiştir.<sup>[110]</sup> Öncelikle ilk problem olarak; ilk çıktığı andan itibaren bir fırsat olarak görülen internetin, sömürülen bir dijital tehdit (*digital threat*) olarak algılanmasına yol açıldığı belirtilmiştir. Bu şekilde bir yaklaşımın internet, dijitalleşme ve paylaşım ekonomilerinin internet kullanıcıları için sunduğu fırsatları zayıflattığı vurgulanmaktadır. İkinci olarak; genel olarak

[publication/228152770\\_The\\_Law\\_of\\_Recitals\\_in\\_European\\_Community\\_Legislation](http://www.ankarabarusu.org.tr/siteeler/2012yayin/dergi/fmr/fmr-2017-1.html) Makalede, 'Recitals (Gerekçe)' için 'rec.' kısaltması kullanılacaktır.

[108] Direktif Önerisi'nin amaçları ve genel çerçevesi için bkz. Bilge Kılıç, Dijital Tek Pazar Hedefiyle Avrupa Birliği Telif Hakları Hukukunda Avrupa Komisyonu Tarafından Sunulan Tüzük ve Direktif Tekliflerinin İncelenmesi, Ankara Barosu, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, S. 1, 2017, (s. 166-178), <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteeler/2012yayin/dergi/fmr/fmr-2017-1.html>.

[109] Müzik endüstrisi tarafından 13 Aralık 2016 tarihinde ABD Başkanı Donald Trump'a yazılan mektupta büyük teknoloji şirketlerinin ücretsiz müzik sayesinde büyüme sağladıkları ve oluşan yasal boşluklar nedeniyle bu alanda şirketler arasında yoğun bir 'değer kapma (value grab)' yaşandığı, bunun da fikri mülkiyet haklarının zayıflamasına yol açtığı vurgulanmıştır. Bkz. Open Letter from American Association of Independent Music, and Others, to Donald J. Trump, President-Elect of the United States, December 13, 2016, <http://www.riaa.com/wp-content/uploads/2016/12/Letter-to-POTUSE-from-Music-Community-121316.pdf> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[110] Giancarlo F. Frosio; Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy, Northwestern University Law Review, V. 112, 2017 (s. 19-46)., s. 27.(Frosio, Reforming Intermediary Liability).

dile getirilen değer boşluğu kavramının ve bunun giderilmesi yöntemlerinin ampirik araştırmalarla desteklenmemiş olması dile getirilmektedir.<sup>[111]</sup> Bu bağlamda DSM Direktifi'nin değer boşluğuna ilişkin düzenlemesine yöneltilen en önemli eleştirilerden bir tanesi, düzenlemenin bilimsel ve ampirik araştırmalara dayanılmaksızın sadece müzik sektörü temsilcilerinin talep ve raporları doğrultusunda ekonomik gerekçelerle yapılmış olduğu şeklinde belirtilmiştir.<sup>[112]</sup> Bu konuda Direktif Taslağı'na ilişkin Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 14 Eylül 2016 tarihli Etki Değerlendirmesi Raporu'nda<sup>[113]</sup> etki değerlendirmesinin, niceliksel faktörlerin tespitinin mümkün olmaması nedeniyle içeriğin oluşturduğu nitelikler ve ekonomik etkilere göre yapıldığının belirtildiği vurgulanmaktadır.<sup>[114]</sup> Bu konuda öngörülen telif hakları düzenleme ve yaklaşımları ile ampirik araştırmalar arasında bir bağlantı kurulmadığının altı çizilmiştir.<sup>[115]</sup>

Kimileri yapılan bu düzenlemeyi endişe verici bulmuş ve Direktif Önerisi'nin 13 üncü maddesinin hatalı kurgulanmış, kötü yazılmış ve yerleşik AB düzenlemeleri ile uyumsuz hatta AB temel haklar şartı ve telif hakları mevzuatına ihanet olarak nitelendirmiştir.<sup>[116]</sup> Buna karşılık Uluslararası

[111] Frosio, *Reforming Intermediary Liability*, s. 28.

[112] European Copyright Society, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 24 January 2017, s. 5, <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf> (Son Erişim Tarihi: 24.04.2019).

[113] Commission Staff Working Document *Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules* Brussels, 14.09.2016, Part 1, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2016/EN/SWD-2016-301-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>, s. 72. (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[114] Giancarlo F. Frosio; *From Horizontal to Vertical: An Intermediary Liability Earthquake in Europe*, *Oxford Journal of Intellectual Property Law & Practice*, V. 12, I. 7, July 2017 (s. 565-583), s. 571. (Frosio, *From Horizontal to Vertical*).

[115] Frosio, *From Horizontal to Vertical*, s. 571; Ian Hargreaves, *An Independent Report, Digital Opportunity, A Review of Intellectual Property and Growth*, May 2011, s. 6, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf) (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[116] Christina Angelopoulos, *EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence*, *Kluwer Copyright Blog*, October 6, 2016, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/06/eu-copyright-reform-outside-safe-harbours-intermediary-liability-capsizes-incoherence/> (Son Erişim Tarihi: 06.05.2019).

Edebiyat ve Güzel Sanatlar Birliği (ALAI)<sup>[117]</sup> tarafından 18 Şubat 2017 tarihli Görüş yazısında, sektöre ilişkin getirilen AB Dijital Telif Hakları Direktif Önerisi'nin ve bu kapsamda paydaşlar arasında değer paylaşımına ilişkin yaklaşımının genel olarak olumlu olduğu belirtilmiştir.<sup>[118]</sup>

## **B. TELİF HAKLARI İLE KORUNAN İÇERİĞİN İNTERNET İÇERİK PAYLAŞIM SERVİS SAĞLAYICILARI TARAFINDAN KULLANILMASI (MADDE 17)**

DSM Direktif Önerisi'nde İkinci Bölüm "Korunan İçeriğin Çevrimiçi (Online) Hizmetlerce Belirli Kullanımları" başlığı ile 13 üncü maddeden oluşmaktaydı. 13 üncü maddenin başlığı ise "Bilgi Toplumu Hizmet Sağlayıcıları tarafından korunan içeriğin, kullanıcılar tarafından yüklenen çok sayıda Eser ve Diğer Konuların Depolanma ve Erişim Sağlama Suretiyle Kullanımı" başlığını taşımaktaydı. Buna karşılık DSM Direktifi ile kabul edilen nihai metinde İkinci Bölüm aynı başlık ile 17 nci maddeden teşekkül etmiş, madde başlığı ise "Çevrimiçi İçerik Paylaşım Hizmet Sağlayıcıları Tarafından Korunan İçeriğin Kullanılması" şekline getirilmiştir. Direktif Önerisi'nde 13 üncü madde üç fıkradan oluşmaktayken, nihai metinde madde; 17 nci madde olarak yer almış ve 10 fıkradan teşekkül etmiştir.

Öneri ile kabul edilen metin arasında gerek maddenin kapsamı, gerekse madde ile getirilen yükümlülükler açısından önemli farklar bulunmaktadır. Aşağıda bu durumlara ayrı ayrı temas edilecektir.

### **1. KAPSAM**

Öneri ile kabul edilen metin arasında ilk önemli fark, madde yükümlüsü olan hizmet sağlayıcılarının kapsamı hususundadır. Öneri ile madde başlığı

[117] Association Littéraire et Artistique Internationale-ALAI. Birlik, 1878 yılında öncelikli hedef olarak edebi ve sanatlar ürünlerin korunmasına yönelik uluslararası bir antlaşmanın oluşturulması amacıyla Victor Hugo tarafından Paris'te kuruldu. Birliğin kurulmasından 8 yıl sonra 9 Eylül 1886 tarihinde Bern Sözleşmesi imzalandı. Birlik, 34 üyesiyle bu alanda çalışmalarına devam etmektedir. Bkz. <http://www.alai.org/en/members/national-groups/> ve <http://www.alai.org/en/information/history.html>.

[118] ALAI, Resolution on the European proposals of 14 September 2016 to introduce fairer sharing of the value when works and other protected material are made available by electronic means, Paris, 18 February 2017, <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/170218-value-gap-en.pdf>.



ve içeriğinde yer alan ‘bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları (*information society service providers*)’ ifadesi nedeniyle maddeden etkilenenler arasında YouTube ve Spotify gibi içerik-paylaşım platformları dışında, Google Drive, Dropbox gibi bulut depolama platformları, Wikipedia gibi çevrimiçi ansiklopediler ve Amazon gibi dijital e-ticaret platformları da yer alıyordu. Yoğun eleştiriler üzerine bu konuda geri adım atılmış ve madde başlığı ve içeriği sadece ‘çevrimiçi içerik-paylaşım hizmet sağlayıcıları (online content-sharing service providers)’ şekline getirilmiştir.

Direktif’te çevrimiçi içerik-paylaşım hizmet sağlayıcıları (*online content-sharing service provider*), kazanç amacı ile organize etmek ve desteklemek suretiyle, ana amacı veya ana amaçlarından bir tanesinin, kullanıcılar tarafından yüklenen büyük miktarda (*large amount of*) telif hakkı ile korunan eserleri veya diğer korunan konuları saklama ve bunları kamu için erişilebilir kılmak olan bilgi toplumu hizmet sağlayıcısı şeklinde tanımlanmıştır (DSM Direktifi, m. 2/6). Bilgi toplumu hizmeti (*information society service*) ise 2015/1535 sayılı AB Direktifi’nin<sup>[119]</sup> 1(1)(b) bendinde tanımlanan hizmeti ifade etmek üzere kullanılmıştır (DSM Direktifi m. 2/5).

Direktif, çevrimiçi (online) ses ve video streaming hizmetleri gibi diğer çevrimiçi içerik hizmeti sunan şirketlerle rekabet halinde olan bu pazarda önemli bir role sahip olan içerik-paylaşım hizmet sağlayıcılarını hedeflemektedir. Direktif bu tür şirketlerin ana amacının ya da amaçlarından birinin, kâr amacı ile çok sayıda telif hakkı ile korunan içerik yükleme ve paylaşımları olduğunu ifade etmiştir (Direktif, rec. 62). Bu tür şirketler, kullanıcıların bu faaliyetten kâr elde etmek amacıyla büyük miktarda telif hakkı korumalı içerik yükleyip paylaşımlarını sağlamaktan başka bir amacı olmayan hizmetleri kapsamamalıdır. Örneğin, AB’nin 2018/1972 sayılı Direktifi kapsamındaki elektronik iletişim hizmetleri, işletmeden-işletmeye (business to business) bulut hizmetleri, kullanıcıların kendi şahsi kullanımları için içerik yüklediği bulut hizmetleri, siber kilitleyiciler (cyber-lockers)<sup>[120]</sup>

[119] Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services, Official Journal of the European Union, L 241/1, 17.09.2015. (Bilgi Toplumu hizmetlerine ilişkin teknik düzenlemeler ve kurallar alanında bilgi sağlanmasına yönelik usulleri belirleyen 2015/1535 sayılı AB Direktifi).

[120] Siber kilitleyiciler/cyber-lockers, online ortamda, çeşitli medya yahut bilgi dosyaları için depolama ve paylaşım hizmetleri sağlayan üçüncü taraf servislerini ifade eder. Online

ve çevrimiçi pazarlama ortamları gibi ana faaliyeti çevrimiçi perakende satış olan ve telif hakkı korumalı içeriğe erişim sağlamayan hizmetler bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Aynı şekilde açık kaynak kodlu yazılım geliştirme ve paylaşım platformları, kâr amacı gütmeyen bilimsel veya eğitim kaynakları ve kâr amacı gütmeyen çevrimiçi ansiklopediler gibi hizmet sağlayıcıları da çevrimiçi içerik paylaşım hizmet sağlayıcısı kapsamına girmemektedir (Direktif, rec. 62).

Açık kaynak kodlu yazılım geliştirme ve paylaşım platformları, kâr amacı gütmeyen bilimsel veya eğitim havuzları ve kâr amacı gütmeyen çevrimiçi ansiklopediler gibi hizmet sağlayıcılar da çevrimiçi içerik paylaşım hizmeti sağlayıcısının tanımından dışlanmalıdır. Son olarak, yüksek düzeyde bir telif hakkı korumasını sağlamak için, bu Direktifte öngörülen sorumluluk muafiyeti mekanizması, asıl amacı telif hakkı korsanlığına dahil olmak veya kolaylaştırmak olan hizmet sağlayıcılar için geçerli olmamalıdır.

Bir çevrimiçi içerik paylaşım hizmet sağlayıcısının ölçek itibariyle Direktif kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilmesi yapılırken, her bir somut olaya göre değerlendirme yapılmalı ve ilgili internet hizmetinin izleyicisi (*audience of the service*), kullanıcılar tarafından yüklenen telif hakkı korumalı dosyaların sayısı (*files of copyright-protected content uploaded by the users*) gibi çeşitli unsurlar bir arada değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır (Direktif, rec. 63).

Bu düzenlemelerden AB'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi'nin YouTube, Spotify gibi büyük müzik paylaşım sitelerini ve Facebook, Twitter gibi önemli sosyal medya şirketlerini kapsadığı bununla birlikte özel bulut saklama hizmetleri, Wikipedia gibi kâr amacı gütmeyen çevrimiçi ansiklopediler, kâr amacı gütmeyen eğitim ve bilimsel ortamlar, GitHub<sup>[121]</sup> gibi yazılım geliştirme platformları, internet erişim sağlayıcıları, Amazon gibi telif hakkı içeriği sunmayan e-ticaret sitelerinin Direktif kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır.

---

depolama (online storage) veya bulut depolama (cloud storage) adı verilen hizmet sayesinde, internet kullanıcıları online şifre korumalı sabit disk alanı kullanabilirler. Bkz. <https://www.techopedia.com/definition/27694/cyberlocker> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

[121] GitHub Inc., 2018 yılında 7.5 milyar dolara Microsoft tarafından satın alınmış, yazılım geliştirme ve paylaşım platformu olarak hizmet veren şirkettir. Bkz. <https://github.com/>.

Direktif'in 17 nci maddesi ile çevrimiçi içerik paylaşımı hizmeti sunan şirketlerin, kamuya iletişim sağladığı (*performs an act of communication to the public*) veya kamu için ulaşılabilir kılma eylemi (*an act of making available to the public*) içinde olması durumlarında, 17 nci madde kapsamında kalacakları varsayılmaktadır. Direktif Önerisi'nde 38 inci Gerekçe (rec. 38) ve Öneri'nin 13 üncü maddesi ile bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları belirlenirken, hizmet sağlayıcının çok sayıda telif hakkı ile korunan içeriği depolaması ve kamu için erişilebilir kılması, 'fiziki olanakların ve kamuya iletişim sağlamanın ötesinde (*beyond the mere provision of physical facilities and performing an act of communication to the public*)'<sup>[122]</sup> bir faaliyet olarak kabul edilmişti. Bu nitelendirme, hangi hizmet sağlayıcılarının bu kapsamda kaldığının tespitinde önemli belirsizlikler oluşturmaktaydı. Özellikle bir yandan Öneri'nin 13 üncü maddesi ile 'depolama ve erişim sağlama (*store and provide access*)' hizmeti yapan hizmet sağlayıcılarının kapsama dahil olduğunun belirtilmesi; öte yandan da hizmet sağlayıcının aktif bir rol oynaması gerekmesi ve bunun ölçütü olarak 'fiziksel olanakların sağlanmasının ötesinde (*beyond the mere provision of physical facilities*)' şeklinde bir ölçüt kabul edilmesi yoğun şekilde eleştirilmişti.<sup>[123]</sup> Direktif'in kabul edilen metninde, bu tanımlama çıkarılmıştır. Direktif'in 17/1 inci maddesi ile çevrimiçi içerik paylaşımı hizmet sağlayıcılarının, kullanıcılar tarafından yüklenen telif hakkı ile korunan eserleri yahut bu tür korunan bir içeriği kamu için erişilebilir kılmaktaysalar, Direktif kapsamında kamuya iletişim sağladığı veya kamu için ulaşılabilir kılma eylemi içinde olduğunun kabul edileceği belirtilmiştir. Bu şekilde belirsizlikler büyük ölçüde giderilmiştir.

Direktif'in 17 nci maddenin nihai metninde de esas olarak çevrimiçi içerik paylaşımı yapan hizmet sağlayıcılarının esas alındığı ve bu hizmet

[122] Bu ifade 2001/29 sayılı Direktif'in 27 nci Gerekçesi'nde yer alan "salt fiziksel olanakların tedarikinin, bir iletimi kurmak veya sağlamak için yeterli olmadığına ilişkin (the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Directive)" düzenlemesine atıfla kullanılmıştır.

[123] Frosio, *Reforming Intermediary Liability*, s. 35. Bununla birlikte Öneri'de yer alan bu düzenlemelerin bir belirsizlik oluşturmadığı, çok sayıda alıcının, internet ortamında erişilebilir olması ile şartların sağlandığı şeklinde bir görüş de belirtilmiştir. Bkz. Agnès Lucas-Schloetter, *Transfer of Value Provisions of the Draft Copyright Directive* ('recitals 38, 39, Article 13), March 2017, <http://www.authorsocieties.eu/uploads/Lucas-Schloetter%20Analysis%20Copyright%20Directive%20-%20EN.pdf>, s. 4 vd. (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

sağlayıcılarına ilişkin Direktif'in 2/6 maddesindeki yapılan tanımlamada 'büyük miktarda (*a large amount of*)' ölçütünün devam ettirilmesi nedeniyle, bu hususun nasıl tespit edileceği de eleştiri konusu yapılmıştı.<sup>[124]</sup> Bununla birlikte gerek 17/5 maddesi ile getirilen inceleme ölçütleri (hizmetin büyüklüğü, izleyiciler, hizmetin türü gibi), gerekse 17/6 maddesi ile benimsenen ölçütler (en az 3 yıl faaliyet şartı, 10 milyon Euro ciro ve 5 milyon ziyaretçi sayısı) ile bu eleştirilerin büyük ölçüde bertaraf edildiğini söylemek mümkündür.

## 2. MUAFİYET VE SINIRLAMALAR: İNTERNET MEMES/ CAPS'LERİ

İnternet kültüründe sık olarak kullanılan ve Ülkemizde genellikle 'caps' olarak anılan 'memes' ifadesi, Eski Yunancada kullanılan ve "taklit edilen, benzeri yapılan, kopyalanan" anlamlarını taşıyan "*μίμημα (mīmēma)*" kelimesinden gelmektedir.<sup>[125]</sup> Kelime, ilk olarak Britanyalı evrimsel biyolog Richard Dawkins tarafından 1976 yılında yayımlanan "Gen Bencildir (Selfish Gene)" kitabında insandan insana geçen genetik olmayan kültürel özellikler için kullanılmıştır.<sup>[126]</sup> Dawkins, kelimenin aslının Yunanca olduğunu ancak kendisinin kelimeyi kolaylık olması açısından 'meme' şeklinde kullanacağını belirtmiştir. Fransızcada 'même' kelimesi ise 'aynı, benzer' anlamlarını taşımaktadır.<sup>[127]</sup> İnternetin yaygın bir iletişim ağı olarak ortaya çıkmasıyla birlikte kelime, kullanıcıdan kullanıcıya yayılan içerikleri ifade için kullanılmaya başlamıştır. Kelimenin bu yönüyle ilk tanımını 2009 yılında Patrick Davison yapmıştır. Davison internet literatüründe kullanılan kelimeyi "çevrimiçi iletim yoluyla etki kazanan kültüre ait bir unsur, genellikle bir şaka" şeklinde tanımlamıştır.<sup>[128]</sup> 2000'li yıllarla birlikte sosyal ağ

[124] Frosio, Reforming Intermediary Liability, s. 35.

[125] Stereotypes in Internet Memes, A Linguistic Analysis, <https://www.grin.com/document/354386> (Son Erişim Tarihi: 10.05.2019).

[126] Linda K. Börzsei, Makes a Meme Instead: A Concise History of Internet Memes, Utrecht University, March 2013, <https://pdfs.semanticscholar.org/b355/b891a35360ab4c89397f8b67b8017816c931.pdf>, s. 3. (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).

[127] Daven Hiskey, Where the word Meme Comes From, June 25, 2012, <http://www.todayifoundout.com/index.php/2012/06/where-the-word-meme-comes-from/> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[128] Patrick Davison, The Language of Internet Memes, The Social Media Reader (Edited By: Michael Mandiberg), (s. 120-134), s. 122. (Online erişim için bkz. <http://>

sitelerinin ortaya çıkması, 2009 yılında ise WhatsApp iletişim platformunun oluşmasıyla birlikte Internet memes ifadesinin de ağ kültürünün yayılan mizahi/eğlenceli bir yönü olarak yaygın bir kullanım kazandığı görülmektedir.<sup>[129]</sup> İnternet kullanıcıları tarafından yaygın olarak oluşturulan bu tür mizah ikonlarında genellikle telif hakkı olan bir film, resim, görüntü kullanıldığından dolayı AB'nin yeni DSM Direktifi'nin yürürlüğe girmesiyle ile internette kullanılan bu yaygın mizah/eğlence aracının da etkileneceği sıklıkla ifade edilmiştir.<sup>[130]</sup> Buna gerekçe olarak otomatik filtreleme yapmak zorunda kalacak servis sağlayıcılarının bu filtreleme yazılımlarının, internette mizahi içerikli olarak kullanılan bu tür memes/caps'lerin de filtrelenmesine yol açacağı belirtilmiştir.<sup>[131]</sup>

Bununla birlikte Direktif'in kabul edilen nihai metinde, eleştirilen bu ifadeler çıkarılmış ayrıca kabul edilen 17 nci maddenin yedinci fıkrası ile kullanıcılar tarafından yüklenen alıntılar, eleştiriler, değerlendirmeler, karikatür, parodi veya pastişler<sup>[132]</sup> muaf tutulmuştur. Ayrıca aynı fıkranın ilk cümlesi ile içerik paylaşım hizmeti sağlayıcıları ile hak sahipleri arasındaki işbirliğinin, kullanıcılar tarafından yüklenen ve telif hakkı ihlali oluşturmayan içeriklerin yüklenmesini engellemeyeceği belirtilmiştir (DSM Direktifi, m. 17/7).

Böylece internet memes/capslerine yönelik bu endişe giderilmiştir. Bu düzenlemeye rağmen birbirinden çok çeşitli olan bu internet caps'lerine yönelik endişelerin tamamen bertaraf edilmediği, telif hakkı olan materyallerin

[veryinteractive.net/content/2-library/46-the-language-of-internet-memes/davison-thelanguageofinternetmemes.pdf](http://veryinteractive.net/content/2-library/46-the-language-of-internet-memes/davison-thelanguageofinternetmemes.pdf) (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[129] Bu konuda bir çalışma için bkz. Ali Murat Kırık; Rabiya Saltık; Sosyal Medyanın Dijital Mizahı: İnternet Meme/Caps, Atatürk Üniversitesi, İletişim Fakültesi Dergisi, S. 12, Ocak 2017 (s. 99-118).

[130] Victor Tangermann, European Parliament Approves Controversial 'Meme Ban', February 14, 2019, <https://futurism.com/the-eu-agreed-on-the-final-text-of-a-meme-ban> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[131] Julia Reda, Upload Filters, <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/censorship-machines/> (Son Erişim Tarihi: 24.04.2019).

[132] Fransızca 'pastiche'; İtalyanca 'pasticcio' olan kelime, farklı stillerin karıştırılması suretiyle ortaya konulan sanat eserini ifade eder. Kelime 'öykünme' anlamında; sanatçının, kendi eserini, başka eserleri taklit yoluyla yazması, yeniden kurması durumunu içerir. Pastişler de parodiler gibi sosyal medya oluşturulan mizah ve düşündürme amaçlı tüketim nesnelere ifade etmektedir. Bkz. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/pastiche> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

hangi durumda Direktif kapsamında ihlal olarak nitelendirileceğinin yeteri kadar açık olmadığı da belirtilmektedir.<sup>[133]</sup> Ancak bize göre 17/7 maddesiyle getirilen muafiyet düzenlemesi ile bu tür iletilerin telif hakkı ihlali olarak değerlendirilmeyeceği dikkate alınmalıdır.

### **3. İNTERNET ARACI KURUMLARININ SORUMLULUĞU HUSUSUNDA GENEL FELSEFEDE DEĞİŞİM: UYAR/KALDIR YAKLAŞIMINDAN UYAR-ENGELLE YAKLAŞIMINA GEÇİŞ VE YOUTUBE'UN İÇERİK TANIMLAMA SİSTEMİ**

İnternetin ticarileşmeye başladığı 1994 yılından sonra, gelen değişim dönemleri ile birlikte 2000'li yıllarda, sektörün gelişmesi için çevrimiçi hizmet sağlayıcıları ile ilgili genel olarak muafiyet öngören yasal düzenlemeler hayata geçirilmiştir.<sup>[134]</sup>

Avrupa Birliği'nde internet servis sağlayıcılarının sorumluluğu hususunda temel düzenleme 2000/31 sayılı E-Ticaret Direktifi ile yapılmıştır. Ancak E-Ticaret Direktifi'nin kabul edildiği tarihlerde internet henüz önemli bir gelişme evresinde olduğu için, Direktif'e hakim olan felsefe elektronik ticaretin gelişiminin ekonomik büyüme, rekabetin tesisi ve inovasyon için çok önemli olduğu ve AB pazarı içinde elektronik ticaretin önündeki engellerin kaldırılması şeklinde olmuştur. Direktif'in dördüncü bölümünde internet servis sağlayıcılarının sorumlulukları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler

[133] Matt Reynolds, What is Article 13? The EU's Divisive New Copyright Plan Explained, 15 April 2019, <https://www.wired.co.uk/article/what-is-article-13-article-11-european-directive-on-copyright-explained-meme-ban> (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).

[134] Avrupa Birliği'nde 2000/31 sayılı E-Ticaret Direktifi; ABD'de 1934 tarihli İletişim Kanunu'nu değiştiren 1996 tarihli İletişim Ahlak Kanunu (US Communications Decency Act of 1996-CDA) ve 1998 tarihli Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu (Digital Millennium Copyright Act-DMCA); Kanada'da 2012 tarihli Telif Haklarını Modernize Etme Yasası (Canadian Copyright Modernization Act); Avustralya'da 2004 tarihli Telif Hakları Kanunu'nda Değişiklik Yapan Kanun (Australian Copyright Legislation Amendment Act) ile servis sağlayıcıların çeşitli durumlarda sorumlu olmadığına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ülke düzenlemeleri için bkz. Stanford CIS, World Intermediary Liability Map, <https://wilmap.law.stanford.edu/map> Ülkemizde 4 Mayıs 2007 tarihinde kabul edilen 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'u da bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Bkz. 5651 sayılı Kanun, Resmi Gazete: 23.05.2007, 26530.

yapılırken iki kabulden hareket edilmiştir.<sup>[135]</sup> Öncelikle internet servis sağlayıcılarının üçüncü kişilerin gönderdiği içerikten ‘yayımcı’ gibi sorumlu tutulması halinde, bu pazara şirketlerin girmeye gönüllü olmayacağı kabul edilmiştir. İkinci olarak, internette yasa dışı olan içeriğin sınırlandırılmasında ve bu şekilde internetin kamu için daha güvenilir bir alan teşkil etmesinde internet servis sağlayıcılarının önemli bir rol oynayabileceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Bu itibarla servis sağlayıcılarının sorumluluğu tayin edilirken, yerine getirilen faaliyetler esas alınmış ve ‘basit iletim (*mere conduit*)’, geçici tutma (*caching*) ve barındırma (*hosting*)’ için ayrı ayrı sorumluluk rejimi kabul edilmiştir.<sup>[136]</sup> O dönem henüz YouTube bulunmamakla birlikte YouTube gibi kullanıcılara yükleme imkanı veren hosting şirketleri, içeriği kendisi yüklememiş, içeriğin yasaya aykırılığından haberdar değil ve tarafsız (*neutral*) konumda bulunuyorsa sorumlu tutulmayacaklardır (E-Ticaret Direktifi, m. 14/1). CJEU<sup>[137]</sup> 2010 yılında, servis sağlayıcının tarafsızlığının yüklenen içeriğe ilişkin teknik, otomatik veya pasif şekilde bilgi sahibi olunmaması olduğunu belirtmiştir.<sup>[138]</sup> Bu ifade E-Ticaret Direktifi’nin 42 nci Gerekçesi’nin bir yorumudur.

2011 yılında L’Oreal ve eBay davasında ise hosting şirketlerinin içerik ile ilgili aktif bir rolü yok ve depolanan bilgiyi kontrol etmiyorlar ise tarafsız kabul edilerek E-Ticaret Direktifi’nin sorumluluktan muaf tutulmaya ilişkin 14 üncü maddesinden faydalanacağı belirtilmiştir.<sup>[139]</sup>

Sorumluluğunun tayininde benimsenen bu ölçüt ‘uyar ve kaldır (*notice and takedown-NTD*)’ şeklinde özetlenmiştir. Bu anlayış; servis sağlayıcılarının faaliyetlerinin devamlılığı ve internet doğası dikkate alınarak ihlale yol açan içerikten, servis sağlayıcı haberdar edilmediği sürece sorumlu

[135] Aleksandra Kuczerawy, EU Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Compatibility of Article 13 with the EU Intermediary liability regime, January 2019, <https://papers.ssrn.com/>, s. 3. (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019)

[136] Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s. 311 vd.

[137] Court of Justice of the European Union-CJEU (Avrupa Adalet Mahkemesi). CJEU, Avrupa Birliği bünyesinde yer alan en yüksek yargı organıdır. [https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_en).

[138] CJEU, Google France and Google v. Louis Vuitton Malletier, C-236/08; C-238/08, 23 Mart 2010, paragraf 113-114.

[139] CJEU, L’Oreal v. eBay, C-324/09, 12 Temmuz 2011, paragraf 112-116.

olunmayacağı varsayımına dayanmaktadır.<sup>[140]</sup> ABD'de Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu'nun 512 (b)(2)(E) maddesi ve AB'de 2000/31 sayılı E-Ticaret Direktifi'nin 14 ve 21 inci maddeleri ile bu varsayımdan hareket edilmiştir.<sup>[141]</sup> Bu anlayış aynı zamanda internet aracı kurumlarının sorumluluğunda 'yatay sorumluluk (*horizontal liability*)' esasının benimsenmesini içermektedir.<sup>[142]</sup> Bu sorumluluk türünde internet aracı kurumlarının sorumlulukları ve sorumluluktan bağışık durumları tayin edilirken hukuk yahut ceza ayırımı yapılmadığı gibi fikri hukuk ihlalleri, hakaret ve küçük düşürücü beyanlar, pornografi, haksız rekabet gibi farklı sorumluluk durumlarında aynı sorumluluk muafiyet düzenlemeleri esas alınmaktadır.<sup>[143]</sup>

İnternetin gelişmesi ve video-paylaşım sitelerinin oluşmasıyla birlikte 'uyar ve kaldır' sisteminin yeterli olmadığı tartışılmaya başlamıştır. Bilhassa YouTube'un 2008 yılından itibaren uygulamaya başladığı 'içerik-tanımlama (*content-ID system*)' sistemi ile birlikte YouTube'un sahibi Google üzerinde 'uyar ve kaldır' dışında, 'uyar ve engelle (*notice and staydown*)' yaklaşımını benimsemesi için baskılar artmıştır. Yeni yaklaşım, ihlalden haberdar edildikten sonra, ihlale konu içeriği kaldırmakla birlikte, aynı içeriğin yeniden yüklenmesini ve ulaşılabilir olmasını da engellemek yükümlülüğünü içermektedir. YouTube, 'content-ID' sistemine yaptığı yatırım ile kendi veri tabanına kayıt edilen korunan içeriğin tekrar yüklenmesini de engellemeye başlamıştır. Bununla birlikte YouTube'un bu sisteminin, verimli olmadığı, içeriğin farklı şekilde yüklenmesini tam olarak engelleyemediği<sup>[144]</sup> ayrıca

[140] Notice and Takedown prosedürü için bkz. Christian Ahlert; Chris Marsden; Chester Yung; How Liberty Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation, 2004, <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2014/12/liberty.pdf>, s. 7-13. (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019) Ayrıca bkz. Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s. 317 vd.

[141] Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s. 312 vd.

[142] Malgorzata Lesiak, A Comparative Analysis of the Liability of Internet Service Providers in the Context of Copyright Infringement in the U.S., European Union and Poland, Masaryk University Journal of Law and Technology, V. 3:2, 2009 (s. 279-292), <https://journals.muni.cz/mujlt/article/viewFile/2541/2105>, s. 288. (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[143] Ümit Gezder, İçerik Sağlayıcının ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti, Beta Yayınları, İstanbul 2017., s. 172-173.; Lesiak, s. 284.

[144] YouTube's Content ID Fails to Spot 20%-40% of Music Recordings, July 13, 2016, <https://www.musicbusinessworldwide.com/youtubes-content-id-fails-spot-20-40/> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).



tef hakları hukukunda kullanılan ‘dürüst kullanım (*fair use*)’ yaklaşımının uygulanmasını engellediği belirtilmiştir.<sup>[145]</sup> Buna karşılık YouTube, Content ID sistemini geliştirmek için 100 milyon dolar yatırım yaptığını ve bu sistem sayesinde hak sahiplerine toplam 3 milyar doların üzerinde ödeme yapıldığını belirtmektedir.<sup>[146]</sup> AB’yi Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi’ni hazırlamaya iten sebeplerden birisi de bu tartışmalar olmuştur.<sup>[147]</sup>

DSM Direktifi’nin 17 nci maddesinin dördüncü fıkrasında çevrimiçi içerik paylaşım hizmeti sunan şirketlerin sorumluluktan kurtulmak için korunan içeriğin sahibinden bildirim aldığı andan itibaren ihlale konu içeriğe erişimin önlenmesi ve bu içeriği çıkarmak için hızlı bir şekilde hareket etmesi ve bundan sonrada aynı içeriğin gelecekte yeniden yüklenmesinin önlenmesi için en iyi çabayı göstermesi yükümlülüğü (*made best efforts to prevent their future uploads*) getirilmiştir. Bu kabul, çevrimiçi ortamda araçların sorumluluğunun ‘uyar ve kaldır (*notice and takedown*)’ yaklaşımından ‘uyar ve engelle (*notice and staydown*)’ yaklaşımına evrildiğini göstermektedir. Bu yeni yaklaşım ile aynı zamanda internet aracı kurumlarının sorumluluklarında ‘yatay sorumluluk (*horizontal liability*)’ yerine, farklı ihlal türlerine göre sorumluluk türünün de farklılaştırılması esasını içeren ‘dikey sorumluluk (*vertical liability*)’ anlayışına geçildiği vurgulanmaktadır.<sup>[148]</sup> Bunun ise aracı kurumların sorumluluklarını genişleteceği ve belirsizlikleri artıracığı ifade edilmektedir.<sup>[149]</sup>

İnternet aracı kurumlarına bu şekilde ek yükümlülükler yüklenmesinin, filtreleme yazılımları veya insan eliyle sürekli denetim yapılmasını zorunlu kılacağı, bu durumun ise aracı kurumların olması gerekenin ötesinde

[145] Taylor B. Bartholomew, The Death of Fair Use in Cyberspace: Youtube and the problem with Content ID, Duke Law and Technology Review, V. 13, No. 1, 2015 (s. 66-88)., [http://www.mnat.com/files/TheDeathofFairUseinCyberspace\\_YouTubeandtheProblemWith\\_TB.pdf](http://www.mnat.com/files/TheDeathofFairUseinCyberspace_YouTubeandtheProblemWith_TB.pdf), s. 74 vd. (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

[146] YouTube: We’ve invested \$100 million in Content ID and paid over \$3 billion to rightsholders, November 7, 2018, <https://venturebeat.com/2018/11/07/youtube-weve-invested-100-million-in-content-id-and-paid-over-3-billion-to-rightsholders/> (Son Erişim Tarihi: 10.08.2019).

[147] Felipe Romero-Moreno, Notice and Staydown and social media: Amending Article 13 of the Proposed Directive on Copyright, International Review of Law Computers & Technology, May 2018 (s. 187-210)., s. 190.

[148] Frosio, From Horizontal to Vertical, s. 4.

[149] Frosio, From Horizontal to Vertical, s. 18.

kusursuz sorumluluğuna yol açacağı ve ifade özgürlüğü haklarını zedeleyeceği belirtilmiştir.<sup>[150]</sup> Buna çözüm olarak internet aracı kurumlarının sorumluluklarını tayinde temel olarak 'uyar ve uyar (*notice and notice*)' sorumluluğunun esas alınması önerilmiştir. Bilhassa telif haklarına ilişkin ihlalden haberdar edilen aracı kurumun, aynı uyarıyı, ihlale yol açan kullanıcıya göndermesi ile sorumluluğunun sona ermesi ve artık ihlale yol açan kullanıcının bulunduğu yer mahkemelerince sorunun çözülebileceği ifade edilmiştir.<sup>[151]</sup> İkinci bir öneri olarak da 'uyar, bekle ve kaldır (*notice-wait-and-takedown*)' seçeneği önerilmiştir. Buna göre ihlale ilişkin uyarıyı alan aracı kurum, bu uyarıyı içerik sağlayana gönderecek ve içerik sağlayanın ihlale konu içeriği kaldırmasını bekleyecektir. Mâkûl bir süre sonunda ihlale konu içerik çıkarılmazsa, aracı kurum kendisi bu içeriği kaldırmakla yükümlü olacaktır.<sup>[152]</sup> Ancak DSM Direktifi ile bu yaklaşımların benimsenmediği ve uyar-kaldır seçeneğinin üzerinde bir sorumluluk türü olarak korunan içeriğin tekrar yüklenmesini engelleme yükümlülüğününün (*notice and staydown*) benimsendiği görülmektedir.

Alman hukukunda hosting şirketlerinin, üçüncü kişilerin yasa dışı içeriğinden sorumluluğu tartışılırken, açık ihlallerden haberdar edildiği andan itibaren söz konusu içeriği kaldırmasından bahsedilmiş, gelecekteki benzer içerikteki ihlallerin kaldırılmasına ilişkin olarak ise '*störerhaftung*'<sup>[153]</sup> olarak

[150] Aleksandra Kuczerawy, From Notice and Takedown to Notice and Staydown: Risks and Safeguards for freedom of expression, (Editor: Giancarlo Frosio, The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online, 2019, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3305153&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3305153&download=yes), s. 15 vd. (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019).

[151] Himanshu Arora, Article 13 of EU Copyright Directive-A Step Forward or Rearward?-I, December 2018, <https://ssrn.com/abstract=3296955>, s. 8. (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[152] Arora, s. 8 vd.

[153] Störerhaftung teriminin 'disquietor' veya 'interferer' kelimeleri karşılığı olan 'müdahale eden, bozan' anlamlarını taşıdığı, Alman hukukunda bu sorumluluğun bilhassa marka ve fikri mülkiyet hukukunda sorumluluğun tayininde uygulanan doğrudan yahut ikincil nitelikte olmayan özen yükümlülüğüne dayalı bir sorumluluk türü olduğu, taraflar arasındaki mâkûl menfaat dengesi, riskler, ticari avantajlar, telif hakkı sahibinin menfaatleri, bu tür bir riski sınırlamanın ispatı, ihlalin başka suretle ortadan kaldırılamaması gibi hususların dikkate alındığı belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Annette Kur, Secondary Liability for Trademark Infringement on the Internet: The Situation in Germany and Throughout the EU, The Columbia Journal of Law and Arts, V. 37, No. 4, 2014, <https://jla-dev.journals.cdrs.columbia.edu/wp-content/>

ifade edilen özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanan müdahale edenin sorumluluğuna dayanılmıştır.<sup>[154]</sup> Bu sorumluluk ölçütü kullanılmak suretiyle servis sağlayıcının ‘*özde benzer (kerntheorie)*’ içerikleri de kaldırmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.<sup>[155]</sup> Bu tarz bir sorumluluğun E-Ticaret Direktifi’nin 15 inci maddesinde düzenlenen ‘genel izleme yükümlülüğü’ olarak nitelendirilemeyeceği, sorumluluğun E-Ticaret Direktifi’nin 48 inci Gerekçesinde geçen ‘*özen yükümlülüğü (duties of care)*’ olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>[156]</sup> DSM Direktifi’nin 17 nci madde düzenlemesi, Alman sorumluluk hukukunda kabul edilen bu ölçütü de aşan bir düzenleme olmuştur.

#### 4. GENEL İZLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (GENERAL MONİTORING OBLIGATION)

2000/31 sayılı Direktif ile benimsenen temel kurallardan bir tanesi de 15 inci madde ile getirilen üye devletlerin 12, 13 ve 14 üncü maddelerdeki (basit iletim, caching veya hosting) hizmetleri yerine getiren internet servis sağlayıcılarına; genel bir yükümlülük olarak ilettikleri veya depoladıkları bilgileri izleme (*monitor the information*) yahut yasadışı faaliyete işaret eden maddi vakıa ve durumları aktif olarak araştırma (*seek facts or circumstances*) görevinin yüklenemeyecek oluşlarıdır. Bu tür bir ilke kabul edilmesinin temelinde, 2000/31 sayılı Direktif ile benimsenen internet aracı kurumlarının sorumluluğunda ‘sınırlı sorumluluk (limited liability)’ anlayışının zedelenmemesi çabası bulunmaktadır. Bununla birlikte bu kural, Üye devletlerin, bilgi barındırma (hosting) hizmeti yerine getiren servis sağlayıcılarına bazı yasa dışı faaliyetlerin tespit ve önlenmesi amacıyla kendilerinden mâkûl bir şekilde beklenebilen ve ulusal yasalarla da belirlenmiş olan, ‘özen yükümlülüğünün (*duties of care*)’ yüklenmesine engel olmayacaktır (E-Ticaret Direktifi, rec. 48). E-Ticaret Direktifi’nde ‘genel izleme yükümlülüğü’ ile ‘özen görevi’ arasındaki sınırları netleştirecek

[uploads/sites/14/2014/12/3\\_37.4\\_KUR1.pdf](https://www.konrad-zuse-zentrum.de/~/media/Uploads/sites/14/2014/12/3_37.4_KUR1.pdf) (s. 525-540), s. 532 vd. (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).

[154] German Supreme Court (Bundesgerichtshof-BGH), Internetversteigerung I, 2004, I ZR 304/11. Aktaran Kuczerawy, From Notice and Takedown to Notice and Staydown, s. 14.

[155] Kuczerawy, From Notice and Takedown to Notice and Staydown, s. 14.

[156] Kuczerawy, From Notice and Takedown to Notice and Staydown, s. 15.

tanım ve ölçütler bulunmamakla birlikte;<sup>[157]</sup> DSM Direktifi ile E-Ticaret Direktifi'nin genel felsefesi olan 'genel izleme yükümlülüğü' yasağının da önemli ölçüde etkisiz hale getirildiği söylenebilecektir.

DSM Telif Hakları Direktif Önerisi'nin 1/2 maddesinde işbu Direktif'in 24 üncü maddesi ile yapılan değişiklikler hariç olmak üzere, bu Direktif'in telif hakları alanında yürürlükte olan başta 96/9, 2001/29, 2006/115, 2012/28 ve 2014/26 sayılı AB Direktiflerinin geçerliliğini ve mevcut kurallarının uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmişti. Bu kısımda belirtilen mevzuat arasında 2000/31 sayılı E-Ticaret Direktifi sayılmamıştı. Bu düzenlemeden; E-Ticaret Direktifi ile getirilen 15 inci madde düzenlemesinin devre dışı bırakıldığı anlaşılıyordu. Bununla birlikte kabul edilen DSM Telif Hakları Direktif metninde, etkilenmeyecek yasal düzenlemeler arasında 2000/31 sayılı E-Ticaret Direktifi de sayılmış ve tartışmalar bu anlamda sona erdirilmiştir (DSM Direktifi, m. 1/2).

DSM Telif Hakları Direktif Önerisi'nin 13 üncü maddesinin, birinci fıkrası ile getirilen içerik yükleyen hak sahiplerinin haklarını korumak üzere alınması gereken tedbirlerden birisi de 'etkin içerik tanıma teknolojileri (*effective content recognition technologies*)' uygulamasıydı. Telif hakkı ihlaline yol açan içeriğin proaktif bir yaklaşım ile önlenmesine dayalı bu yaklaşım servis sağlayıcı şirketleri 'yükleme filtreleri' kullanmaya zorunlu bırakmaktaydı. Komisyonun Etki Değerlendirme Raporu'nun 12A Eki'nde 'İçerik Tanımlama Teknolojileri (*Content Identification Technologies*)' tanımlanmakta ve temel olarak iki içerik tanımlama teknolojisinden bahsedilmekteydi: Parmakizi (*fingerprinting*) ve filigran kullanma (*watermarking*).<sup>[158]</sup> Her iki yöntem de yeni yüklenen tüm içeriğin kontrol edilmesi ve bunların veri tabanındaki içerik ile karşılaştırılmasını ve dolayısıyla yükleme filtrelemeleri kullanılmasını zorunlu kılıyordu.<sup>[159]</sup>

[157] Kuczerawy, EU Proposal for a Directive on Copyright, s. 6.

[158] Commission Staff Working Document Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules Brussels, 14.09.2016, Part 1, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2016/EN/SWD-2016-301-F1-EN-MAIN-PART-3.PDF>, s. 164. (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[159] Kuczerawy, EU Proposal for a Directive on Copyright, s. 11.

Bu düzenleme aynı zamanda CJEU tarafından 16 Şubat 2012 tarihinde verilen SABAM v. Netlog kararındaki<sup>[160]</sup> belirlemelere de aykırılık içeriyordu. CJEU bu kararında, fikri mülkiyet hak ihlallerini belirlemek üzere filtreleme yazılımları kullanılmasının E-Ticaret Direktifi ile 2001/29 sayılı Telif Hakları Direktifi'ne aykırı olduğu belirlemesini yapmıştır. Buna karşılık DSM Önerisi'nde yer alan bu yükümlülük nihai metinde yer almamıştır.

DSM Telif Hakları Direktifi'nin 17 nci maddesinde genel izleme yükümlülüğü ve 'etkin içerik tanıma teknolojileri' kullanılması yükümlülüğünden bahsedilmemiştir. Ayrıca 17/8 inci madde ile 17 nci madde uygulanmasının genel bir izleme yükümlülüğüne yol açmayacağı açık olarak belirtilmiştir.

Bu yazıma rağmen DSM'nin 17 nci maddesi ile genel olarak içerik paylaşım hizmeti yapan şirketlerin, telif hakkı sahipleri ile lisans anlaşmaları veya yetki almalarının zorunlu tutulmuş olması aksi takdirde gönderilen yetkisiz kullanımlardan sorumlu olacaklarının benimsenmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca maddede, E-Ticaret Direktifi'nin bilgi saklayan servis sağlayıcıların sorumluluktan bağışık tutulmasına ilişkin 14/1 maddesinin uygulanmayacağı belirtilmesi karşısında, çevrimiçi içerik paylaşımı yapan şirketlerin her an telif hakkı ihlali ile karşılaşmalarını için içerik tanıma/filtreleme teknolojileri kullanması gerekliliği de otomatik olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>[161]</sup> Bir diğer görüşe göre çevrimiçi içerik paylaşımı yapan web sitelerinde yüklenen içeriğin sayısı ve çeşitliliği dikkate alındığında, tüm bu içeriğin lisanslanması yahut telif hakkı sahibi ile anlaşmalar yapılmasının pratikte mümkün olmadığı, bu şekilde kabul edilen sorumluluğun çevrimiçi içerik paylaşımı yapan web sitelerini, sadece lisansları kontrol edilen içeriğin yüklenmesine izin vermeye zorlayacağı ifade edilmiştir.<sup>[162]</sup>

Mevcut durumda, YouTube 'içerik tanıma teknolojileri (*content ID application*)' kullanmakta ve bu uygulamayı sürekli geliştirmeye devam etmektedir. DSM Direktifi'nin 17/1 maddesi, çevrimiçi içerik paylaşımı yapan hizmet sağlayıcılarının telif hakkı içeren müzik yahut diğer bir eseri

[160] CJEU, C-360/10, 16 February 2012, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV, Third Chamber, <http://curia.europa.eu/juris/document/> (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).

[161] Kathy Berry, EU Copyright Directive, Mind the Value Gap, 12 April 2019, <https://www.cbtronline.com/opinion/the-copyright-directive>; Kuczerawy, EU Proposal for a Directive on Copyright, s. 15. (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

[162] Arora, s. 7.

kamu için erişilebilir kılmakla telif hakkı ihlaline vücut vereceğini, bunun önüne geçebilmek için mutlaka hak sahipleri ile lisans antlaşmaları yapmaları yahut diğer bir surette onay almalarını zorunlu tutmuştur. Ayrıca gerek DSM Direktifi'nin 65. Gerekçesi, gerekse 17/3 maddesi; bilgiyi muhafaza eden, tutan hizmet sağlayıcılarına ilişkin sorumluluk muafiyeti getiren E-Ticaret Direktifi'nin 14/1 maddesinin uygulanmayacağı esasını düzenlemiştir. Bu nedenle bize göre de, büyük miktarda eseri kamu için erişilebilir kılan bu içerik sağlayıcılarının, DSM Direktifi ile açıkça yükümlü tutulmasalar dahi, uygulamada filtreleme yazılımları veya genel izleme yapmak durumunda kalacakları söylenebilecektir.

## 5. UYGUN VE ORANTILI TEDBİRLER ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SORUMLULUK KRİTERLERİ

DSM Telif Hakları Direktif Önerisi'nde yer alan ve yoğun eleştirilere maruz kalan bir diğer düzenleme Öneri'nin 38 inci Gerekçe ile 13 üncü maddesinde yer alan bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının, hak sahiplerinin haklarını korumak üzere 'etkin teknolojiler' dahil olmak üzere 'uygun ve orantılı tedbirleri (*appropriate and proportionate measures*)' almakla yükümlü kılınmış olmalarıydı. Bu yükümlülük, servis sağlayıcılarının 2000/31 sayılı E-Ticaret Direktifi'nin 14 üncü maddesi ile sorumluluktan başışık tutulan servis sağlayıcıları da kapsamaktaydı. Hizmet sağlayıcıları, hak sahiplerine karşı alınan önlemlerin işleyişi ve dağıtımını hakkında yeterli bilgiyi sağlamak ve gerektiğinde korunan eserlere ilişkin raporlama yapmakla da yükümlü tutulmuştu. Buna karşılık kabul edilen DSM Direktifi'nde 'uygun ve orantılı tedbirler (*appropriate and proportionate measures*)' ifadesi metinden çıkarılmış, genel olarak sorumluluğun tayininde E-Ticaret Direktifi ile benimsenen '*uyar ve kaldır*' sorumluluğunu aşan kademeli bir sorumluluk rejimi benimsenmeye çalışılmıştır.

DSM Direktifi'nin getirdiği sorumluluk esaslarının küçük ve orta ölçekteki yahut yeni kurulmuş olan içerik paylaşım hizmet sağlayıcılarını etkileyeceği endişelerinin dile getirilmesi üzerine, Avrupa Parlamentosu, Direktif'in 17/6 fıkrası ile kullanıcı tarafından oluşturulan içeriği barındıran bir internet sitesine ilişkin üç önemli 'sorumluluk eşiği' belirlemiştir. Bu üç kriter şu şekilde belirlenmiştir:

- **Popülerlik kriteri (popularity criteria):** Web sitesinin aylık tekil ziyaretçi sayısının (unique monthly visitors) 5 milyondan az olması,
- **Zaman Kriteri (time criteria):** Web sitesinin, üç yıldan daha az bir süredir kamu için erişilebilir olması,
- **İş Hacmi Kriteri (turnover criteria):** Web sitesinin, hesaplanan yıllık cirosunun 10 milyon Euro'nun altında olması.

Bu üç kriter esas alınarak içerik-paylaşım hizmet sağlayıcılarının sorumlulukları üç farklı derecede belirlenmiştir:

#### a. Minimim Sorumluluk Eşiği:

Popülerlik, zaman ve iş hacmi kriterlerine sahip yeni içerik paylaşım hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu şu iki hâl ile sınırlı olarak belirlenmiştir (*minimum sorumluluk eşiği*)(DSM Direktif, m. 17/6-1. paragraf). Buna göre;

- i. Gerekli onay/yetki almak için en iyi çabaların gösterildiği (*made best efforts*);
- ii. Web sitelerinden bildirim yapılan eserin veya diğer korunan konuların kaldırılması veya bu içeriğe erişim olmamasına ilişkin hak sahiplerinden yeterli surette doğrulanmış bildirim aldıktan sonra, bildirilen içeriğe erişimi önlemek veya söz konusu içeriği kaldırmak için süratle hareket etmek (*acted expeditiously*)(*notice and takedown/ uyar ve kaldır sorumluluğu*);

eylemlerini ispatlamakla sorumluluktan kurtulacaklardır.

#### b. Düzenlenmiş Sorumluluk Eşiği:

Yeni bir içerik paylaşım hizmet sağlayıcısı, yukarıda belirtilen popülerlik, zaman ve iş hacmi kriterlerinden, zaman kriteri ve iş hacmi kriterini karşılıyor; yani üç yıldan daha az süredir faaliyette bulunuyor ve yıllık cirosu 10 milyon Euro'nun altında ve fakat popülerlik kriterini karşılamıyorsa, ziyaretçi sayısı 5 milyondan fazla ise bu takdirde bu içerik paylaşım hizmet sağlayıcısı şu hususları ispatlamadıkça sorumlu olacaktır (*düzenlenmiş/ adjusted sorumluluk eşiği*)(DSM Direktifi m. 17/6-2.paragraf):

- i. Gerekli onay/yetki almak için en iyi çabaların gösterildiği (*made best efforts*);
- ii. Web sitelerinden bildirim yapılan eserin veya diğer korunan konuların kaldırılması veya bu içeriğe erişim olmamasına ilişkin hak sahiplerinden yeterli surette doğrulanmış bildirim aldıktan sonra, bildirilen içeriğe erişimi önlemek veya söz konusu içeriği kaldırmak için süratle hareket etmek (*acted expeditiously*)(*notice and takedown/uyar ve kaldır sorumluluğu*);
- iii. Web sitelerinden bildirim yapılan eserin veya diğer korunan konuların kaldırılması veya bu içeriğe erişim olmamasına ilişkin hak sahiplerinden yeterli surette doğrulanmış bildirim aldıktan sonra, süratle harekete geçmesi *ve bunların daha fazla yüklenmesini önlemek için en iyi çabanın gösterildiğini* (*made best efforts to prevent further uploads*)(*notice and staydown/uyar ve engelle sorumluluğu*).

Dolayısıyla üç yıldan az bir süredir faaliyet gösteren ve yıllık cirosu 10 milyondan az olan fazla büyük olmayan bir içerik paylaşım hizmet sağlayıcısı da, tekil ziyaretçi sayısı nedeniyle uygun içerik tanıma teknolojileri kullanmak durumunda kalabilecektir.<sup>[163]</sup>

### c. Sıkı Sorumluluk Eşiği:

Yeni içerik paylaşım hizmet sağlayıcısının yıllık cirosunun 10 milyondan fazla olması ve en az üç yıl veya üstü faaliyette olması durumunda ise bu içerik paylaşım sağlayıcısı, şu hususları ispatlamadıkça sorumlulukları devam edecektir (*sıkı/strict sorumluluk eşiği*)(madde 17/4):

- a. Gerekli onay/yetki almak için en iyi çabaların gösterildiği (*made best efforts*);
- b. Hak sahiplerinin hizmet sağlayıcılara ilgili ve gerekli bilgiyi sağladığı korunan spesifik eser ve diğer korunan konuları ulaşılamaz kılmak için, *ilgili profesyonel özenin gerektirdiği yüksek endüstri standartları ile uyumlu olarak, en iyi çabayı gösterdiği*;

[163] Laura Morelli, EU Directive on Copyright in the Digital Single Market: New Liability for Online Content-Sharing Service Providers, April 8, 2019, <https://www.natlawreview.com/article/eu-directive-copyright-digital-single-market-new-liability-online-content-sharing> (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).



- c. Web sitelerinden bildirim yapılan eserin veya diğer korunan konuların kaldırılması veya bu içeriğe erişim olmamasına ilişkin hak sahiplerinden yeterli surette doğrulanmış bildirim aldıktan sonra, bildirilen içeriğe erişimi önlemek veya söz konusu içeriği kaldırmak için süratle hareket etmek (*acted expeditiously*)(*notice and takedown/uyar ve kaldır sorumluluğu*);
- d. Web sitelerinden bildirim yapılan eserin veya diğer korunan konuların kaldırılması veya bu içeriğe erişim olmamasına ilişkin hak sahiplerinden yeterli surette doğrulanmış bildirim aldıktan sonra, süratle harekete geçmesi ve *bunların daha fazla yüklenmesini önlemek için 'b' bendinde belirtilen şekilde ilgili profesyonel özenin gerektirdiği yüksek endüstri standartlarına uyumlu olarak, en iyi çabayı gösterdiği* (*notice and staydown/uyar ve engelle sorumluluğu*);

ispatlamalıdır. Burada nitelikli şekilde aranan “en iyi çaba”nın gösterildiğinin ortaya konulmasında hiç şüphesiz, hak sahipleri ile yapılan işbirliği de önemli bir belirleme kriteri olacaktır.<sup>[164]</sup>

Yukarıda belirtilen üç farklı sorumluluk eşliğinde de, yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği belirlenirken; ‘orantılılık (*proportionality*)’ ilkesi dikkate alınmalıdır (DSM Direktifi, m. 5/1). Ayrıca içerik paylaşımı yapan hizmet sağlayıcı tarafından yapılan hizmetin türü, büyüklüğü (*size*) ve izleyici sayısı (*audience*) ile kullanıcılar tarafından yüklenen eserin veya diğer konuların türü, uygun ve etkili yolların mevcut olup olmadığı ile maliyet durumu da dikkate alınmalıdır (Direktif, m. 5).

Direktif kötüye kullanmaları önlemek üzere de, uygulanan sorumluluk muafiyeti esaslarının, asıl amacı telif hakkı korsanlığı olan yahut bu tür eylemleri kolaylaştıran hizmet sağlayıcıları için geçerli olmayacağını belirtmektedir (Direktif, rec. 62).

Direktif’in 17/6 maddesiyle benimsenen sorumluluk eşikleri esas alındığında; YouTube, Facebook, Twitter gibi büyük sosyal ağ şirketlerinin dışında çok da büyük olmayan çevrimiçi içerik paylaşım sitelerinin de Direktif’in yükümlülüklerine tabi olacağı belirtilmelidir.<sup>[165]</sup>

[164] Gülcan Tutkun; Pelin Tunçer; Gizemsu Kiracı, Dijital Tek Pazarda Telif Haklarına İlişkin Yönerge’nin Getirdikleri, MESAM Vizyon Dergisi, Sayı: 22, Ekim 2019, (s. 24-27), s. 27.

[165] Reynolds, agm.

## 6. ETKİN VE HIZLI ŞİKAYET/TELAFİ MEKANİZMALARI OLUŞTURULMASI (COMPLAINT AND REDRESS MECHANISM)

DSM Telif Hakları Direktifi'nin 17/9 uncu maddesi ile içerik paylaşımı yapan hizmet sağlayıcılara, telif hakkı içeren eserlerin bir an evvel içerikten çıkarılması yahut erişime kapatılması için etkin, hızlı ve telafi edici mekanizmaları oluşturması yükümlülüğü getirilmiştir. Hak sahiplerinin, engellenmiş içeriklere erişim talep ettiği durumlar özel olarak gecikmeye mahal vermeksizin 'insan incelemesi' (*human review*) ile sonuçlandırılacaktır. Ayrıca telafi mekanizmaları hususunda, bir an önce netice almak üzere mahkeme dışı çözüm mekanizmalarının oluşturulması gereğinden bahsedilmiştir. Ancak bu yollar, kullanıcıların etkin yargı yollarına başvurma haklarına zarar vermemelidir.

DSM Direktifi'nin uygulanması, genel olarak yasal ve meşru kullanımları engellemeyecek ayrıca kişisel verilerin korunmasına ilişkin 2002/58 sayılı Direktif<sup>[166]</sup> ile 2016/679 sayılı Tüzük<sup>[167]</sup> hükümleri doğrultusunda bireysel kullanıcıların tanımlanmasına veya kişisel verilerinin işlenmesine yol açmamalıdır (DSM Telif Hakları Direktifi, m 17/9-3).

## C. DEĞER BOŞLUĞUNUN GİDERİLMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEME

### 1. DÜZENLEME

DSM Direktifi ile son yıllarda, çevrimiçi içerik pazarının işleyişinin karmaşılaştığı, çevrimiçi içerik paylaşım hizmeti sağlayan sitelerin, kullanıcılar tarafından yüklenen çok sayıda (*large amount of*) telif hakkı korumalı içeriğe ulaşabilmek için ana kaynak halini aldığı belirtilmektedir (DSM Direktifi,

[166] Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on Privacy and Electronic Communications).

[167] 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), Official Journal of the European Union, L 119/1, 4 May, 2016, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.119.01.0001.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.ENG) (Son Erişim Tarihi: 10.09.2019).

rec. 61). Bu tür çevrimiçi hizmetler, kültürel ve yaratıcı eserlerin daha geniş ölçekte ulaşılabilir olmasını sağlama ve kültürel/yaratıcı endüstriler için yeni iş modelleri geliştirmek hususunda önemli fırsatlar sunmaktadır. Bununla birlikte, bu çok sayıda yüklenen eserin hak sahiplerinin izni alınmaksızın yüklenmesi durumunda önemli sorunlar oluştuğu kabul edilmektedir. Bu kullanımlara ilişkin ne ölçüde telif hakkı koruması sağlanması gerektiği dışında, Birlik hukukunca öngörülen muafiyet ve sınırlandırmaların uygulanmasına zarar vermeksizin, içeriği yükleyenlerin telif hakkı sahibi olmadığı bu eserlere ilişkin hak sahiplerinden izin alınması hususunda da yasal belirsizlik olduğu ifade edilmektedir. Bu belirsizlik, eser sahiplerinin eserlerini kullandırıp kullandırmayacağı ile hangi koşullarda kullandıracığı ve bu kullanım karşılığında uygun olan bedelin belirlenmesi gibi hususları etkilemektedir. Bu nedenle çevrimiçi içerik paylaşımı yapan hizmet sağlayıcılarla, eser sahipleri arasında lisans pazarının gelişimi teşvik edilmektedir. Yapılan lisans sözleşmeleri öncelikle adil (fair) olmalı ve her iki taraf arasında mâkûl bir denge sağlamalıdır. Eser sahipleri, eserlerinin kullanımları karşılığında ‘*uygun bir bedel (appropriate remuneration)*’ almalıdır. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğünün her zaman asıl olduğu ve eser sahiplerinin lisans antlaşmaları veya eserlerinin kullanımı için anlaşma yapmak zorunda olmadıkları da vurgulanmaktadır (DSM Direktifi, rec. 61).

Bu Gerekçe çerçevesinde, DSM Direktifi’nin Üçüncü Bölümü “Yazar ve Sanatçıların Kullanım Sözleşmelerinde Adil Bedel” başlığı ile 18 inci maddesi ise “Uygun ve Orantılı Ücretlendirme İlkesi” başlığı ile düzenlenmiştir. Buna göre yazar ve icracıların, eserlerinin ve diğer konuların kullanımı için münhasır haklarını lisans veya diğer bir şekilde devrettikleri zaman, uygun ve orantılı bedel talep ettikleri hususunun Üye devletlerce temin edilmesi gerekmektedir. Bu yapılırken, her ülke ulusal hukuk uygulamalarında, sözleşme özgürlüğü ile hak ve menfaatler arasında adil denge dikkate alınmak suretiyle farklı mekanizmalar kullanılabilir (DSM Direktifi, m. 18/2)

Direktif genel olarak yazar ve icracı sanatçıların telif hakkı bulunan eserlerini veya diğer konuların kullanımının devri için lisans antlaşmaları veya transfer antlaşmaları akdederken, kendi haklarını temsil eden şirketler aracılığıyla da bunları yerine getirse, daha zayıf konumda olan taraf olduğunu ve Direktif kapsamında korunması gerektiği anlayışını benimsemiştir (DSM Direktifi, rec. 72).

Yazar ve sanatçıların eserlerinin kullanımını karşılığında alacakları bedel, devredilen hakların fiili veya potansiyel ekonomik değeri ile uygun ve orantılı olmalıdır. Bu belirleme yapılırken yazar veya sanatçının esere yaptığı katkı ile pazar uygulamaları veya eserin mevcut kullanım durumu gibi diğer tüm faktörler de dikkate alınmalıdır (DSM Direktifi, rec. 73).

Bedelin ödeme şekli '*toplu bir ödeme (lump sum)*' olarak belirlenebileceği gibi uygun ve orantılı olmak kaydıyla toplu pazarlık veya diğer mevcut veya yeni yöntemlerle yapılabilecektir. Bu uygulamaların Birlik mevzuatı ile uyumlu olması şarttır. Eser sahiplerine toplu ödemenin orantılılık özelliğini haiz olabileceği ancak bu tür bir ödemenin genel bir kural olarak benimsenmemesi gerektiği de ifade edilmiştir (DSM Direktifi, rec. 73).

## 2. ŞEFFAFLIK İLKESİ

Değer boşluğuna ilişkin ortaya atılan argümanlarından en önemlilerinden bir tanesi, çevrimiçi ortamda kullanılan telif hakkı korumalı eserler nedeniyle çevrimiçi içerik paylaşımı yapan web sitelerinin elde ettiği kazancın ya da diğer menfaatlerin yeteri kadar açık ya da belirlenebilir olmamasıdır. Bu eksiklik nedeniyle DSM Telif Hakları Direktifi ile eser sahiplerine ödenecek bedelin belirlemesi sürecinde bilgi sağlanması ve şeffaflık ilkesi kabul edilmiştir (DSM Direktif, rec. 74, 75 ve madde 19). Eser sahipleri, Birlik hukuku ile uyumlaştırılmış haklarının ekonomik değerini saptayabilmeleri için bilgiye ihtiyaç duymaktadırlar. Bu durum genellikle lisans antlaşmaları yoluyla eserlerinin kullanım haklarını devrettikleri zaman ortaya çıkmaktadır. Ancak eser sahibinin bir karşılık istemeksizin eserinin genel kamunun kullanımına izin vermesi yahut eserinin kullanımını durdurması gibi durumlarda, bu tür bir bilgilendirmeye gerek duyulmayacaktır.

Şeffaflık ilkesi uyarınca, eser sahiplerinin lisans yahut diğer bir şekilde eserlerinin kullanımını devrettikleri sözleşmelerin diğer tarafının, bu konularda doğru ve yeterli bilgileri sağlaması gerekmektedir. Bu bilgi, eserle ilgili tüm ticari gelirler (*merchandising revenues*) dahil olmak üzere, eserin kullanımına ilişkin güncel bilgilere erişim ve diğer tüm gelirlerin kaynaklarını kapsayıcı olmalıdır. Telif hakkı koruması bulunan esere ilişkin kullanım devam ettiği müddetçe, bu eserin tüm kullanımlarına ilişkin son verilere erişim mümkün olmalı, en az yıllık periyotlarda, eserin ilgili olduğu sektör düzenlemeleri ile uygun olarak eserin dünya genelindeki gelirlerine ilişkin bilgi sağlanmalıdır. Sağlanan bu bilgiler eser sahibi yazar ve sanatçılar için

anlaşılır olmalı ve esere ilişkin ekonomik değerin etkin bir şekilde saptanmasına olanak vermelidir (DSM Direktifi, rec. 75).

### 3. BİREYSEL KULLANICILARIN DURUMU

Günümüzde İnternet'in 4 milyarı aşkın kullanıcısı bulunmaktadır. En büyük video paylaşım sitesi YouTube'un 1.8 milyar kayıtlı kullanıcısı bulunmaktadır. YouTube'da günlük 63 milyon tıklanma ile 1 milyar saatten fazla görüntü izlenmektedir.<sup>[168]</sup> Dolayısıyla bu yoğun kullanım nedeniyle bu tür yasal çerçeve çizen düzenlemelerin ortalama internet kullanıcılarına etkisinden de bahsetmek uygun olacaktır.

DSM Direktifi'nin 17/1 maddesi ile içerik paylaşım hizmet sağlayıcının, telif hakkı ile korunan içeriğe ilişkin lisans hakkı yahut başka bir surette hak sahibinden izin alması zorunlu hale getirilmiştir. DSM Direktifi'nin 17/2 maddesi ile alınan bu yetkilendirmenin (*authorisation*), 2001/29 sayılı Telif Hakları Direktifi'nin üçüncü maddesi kapsamında eserin umuma iletilmesi veya kamunun erişimine sunulmasını sağlayan ticari amaç ile hareket etmeyen ve önemli gelirler (*significant revenues*) elde etmeyen internet kullanıcılarını da kapsayacağı, yani bu kullanıcıların ayrıca eser sahibinden izin almak durumunda olmayacakları düzenlemesi yapılmıştır. Dolayısıyla uygulamada örneğin bir müzik eserine ilişkin olarak ilgili toplu hak yönetimi oluşumları (meslek birlikleri) ile yapılan lisans antlaşmaları ile ilgili içerik paylaşım hizmet sağlayıcısı, gerekli telif hakkı izinlerini sağlamışsa, artık ticari gaye ile hareket etmeyen ve bu faaliyetlerinden önemli kazançlar elde etmeyen kullanıcıların faaliyetleri telif hakkı ihlali olarak değerlendirilmeyecektir. Bununla birlikte günümüzde YouTube, pek çok kullanıcı tarafından ticari gayelerle kullanılmakta ve önemli ticari kazancın elde edildiği bir mecra haline gelmiştir. Bu nedenle kullanımın ticari nitelik içerip içermediği her somut kullanım için ayrıca belirlenmeli ve kullanım nedeniyle önemli ölçüde gelir elde edildiğinin tespiti durumunda, içerik paylaşım hizmet sağlayıcının aldığı lisanstan ayrı olarak, 2001/29 sayılı Direktif'in üçüncü maddesi kapsamında faaliyette bulunan kullanıcının da ayrıca hak sahibinden izin alması zorunlu hale gelecektir.

[168] YouTube User Statistics, <http://www.businessofapps.com/data/youtube-statistics/> (Son Erişim Tarihi: 15.05.2019).

#### 4. BEDEL SÖZLEŞMESİNİN UYARLANMASI MEKANİZMASI

DSM Direktifi'nin 20 nci maddesi ile eser sahipleri ve icracıların eserlerinin kullanılmasına ilişkin başlangıçta kabul ettikleri bedel, sonradan içerik paylaşım hizmet sağlayıcının gelirleri ve elde ettiği menfaatlara kıyasla orantısız derecede düşük kalmış ise, telif hakkı sahibi/temsilcisi sözleşme yaptığı taraftan, ek, uygun ve adil bir bedel talep etme hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanması için bedelin uyarlanmasına ilişkin toplu bir pazarlık sözleşmesi (*collective bargaining agreement*) bulunmaması gerekir.

#### 5. ESERİN KULLANIMINA İLİŞKİN LİSANS/DEVİR SÖZLEŞMESİNİ İPTAL HAKKI (RIGHT OF REVOCATION-MADDE 22)

Eser sahibi, eserinin kullanımına ilişkin bir lisans sözleşmesi yahut devir sözleşmesi yapmış fakat eser kullanılmıyorsa, bu takdirde söz konusu lisans sözleşmesi veya devir sözleşmesini kısmen veya tamamen iptal etme hakkı bulunmaktadır (DSM Direktifi, m. 22/1). Bu hak, hak sahiplerine verilirken şu hususlar dikkate alınmalıdır:

- a. Farklı sektörlerin özellikleri ve eserlerin farklı türleri ve performansları,
- b. Eser üzerinde birden fazla yazar/sanatçı katkısı bulunmaktaysa, her bir yazar/sanatçının katkılarının görece önemi ile iptalden dolayı etkilenmeleri.

Bu değerlendirme sonucunda üye ülkeler çok katkılı eserlerle ilgili iptal mekanizmasını devre dışı bırakabilecek yahut iptalin belirli zaman dilimi ile kısıtlı olarak uygulanabileceğini sağlayabilecek veya sanatçı/yazarın eserinin münhasırlığına son vermesi seçeneğini getirebileceklerdir.

İptal hakkı, ancak lisans/devir anlaşmasının yapılmasından itibaren mâkûl bir süre geçmesi şartı ile kullanılabilir (DSM Direktifi, m. 22/3). Eser sahibi tarafından mâkûl bir şekilde çözümü mümkün hususlarda, iptal hakkı kullanılmamalıdır (DSM Direktifi, m. 22/4).

#### 6. HÜKÜMLERİN UYGULANMADIĞI HALLER

DSM Direktifi'nin 19 uncu maddesinde düzenlenen şeffaflık düzenlemesi ve 20 nci maddesinde düzenlenen bedel sözleşmesinin uyarlanması mekanizması AB'nin Telif Hakları ve İlgili Haklara İlişkin Toplu Hak Yönetimi ve İç Piyasada Çevrimiçi Kullanım için Müzik Eserlerinde Çok Bölgeli Lisans

Verilmesi Hakkındaki 2014/26 sayılı Direktifi'nin<sup>[169]</sup> 3(a) bendinde düzenlenen hak sahipleri adına toplu yönetim organizasyonu yapan hak sahibi üyelerin oluşturduğu, kâr amacı gütmeyen kuruluşların yaptığı sözleşmeler ile 3(b) bendinde düzenlenen hak sahipleri adına sözleşmeler yapan kâr amacı güden, üyelerinden bağımsız olan, bağımsız yönetim kuruluşlarının akdettiği sözleşmelere uygulanmayacaktır (DSM Direktifi, m. 19/6 ve 20/2).

Ayrıca DSM Direktifi'nin oluşan değer boşluğunun giderilmesine yönelik adil ve uygun bir bedel ödenmesi esasını getiren 18-22 nci maddeleri, AB'nin Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına Dair 2009/24 sayılı Direktifi'nin<sup>[170]</sup> 2 nci maddesi kapsamında kalan bilgisayar programlarının yazarlarına uygulanmayacaktır.

## 7. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM USULLERİNİN SAĞLANMASI İLE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

DSM Direktifi'nin 19 uncu maddesinde düzenlenen şeffaflık yükümlülüğü ile 20 nci maddesinde düzenlenen yapılan sözleşmenin yeni durumlara göre uyarlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların gönüllülük esasına göre, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözümü olanağı sağlanmalıdır. Eser sahipleri ile sanatçıları temsil eden kuruluşlar da, bir veya birden fazla yazar ya da sanatçının talebi ile bu alternatif prosedürleri başlatabilmelidir (DSM Direktifi, m. 21).

DSM Telif Hakları Direktifi ile eser sahiplerinin irtibat detayları, ücretlendirme bilgileri veya eserlerine ilişkin diğer kişisel bilgilerin işlenmesinin AB'nin 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 6/1-c maddesine göre gerekli olması ve AB kişisel veri koruma düzenlemelerine uyumlu olması gerektiği belirtilmiştir (DSM Direktifi, rec. 75).

[169] Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market, Official Journal of the European Union, 20.03.2014, L 84/72.

[170] Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, Official Journal of the European Union, 5.5.2009, L 111/16.

#### IV. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN BİR DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Türk hukukunda, mevzuatta değer boşluğu yahut buna benzer bir şekilde dijital ortamda oluşan telif hakkı ihlalleri nedeniyle hakkaniyete dayalı ödeme yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Mevcut durumda 5846 sayılı Kanun'a 3 Mart 2004 tarihinde 5101 sayılı Kanun'un 25 inci maddesiyle eklenen Ek Madde 4'ün üçüncü fıkrasına göre dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcıları tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlali halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine, ihlâlê konu eserlerin içerikten çıkarılacağı düzenlemesi yer almaktadır.<sup>[171]</sup> Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi, öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvuruda bulunacak ve telif haklarını ihlal eden içeriğin içerikten çıkarılmasını isteyecektir. Bu ihlalin üç gün içinde içerikten çıkarılmaması durumunda, söz konusu içerik sağlayıcıya verilen hizmetin durdurulması için Savcılığa başvuruda bulunulması gerekecektir. Bu şekilde, mevcut durumda Türk telif hakları hukukunda, 'uyar ve kaldır (notice and takedown)' prosedürünün esas alındığı görülmektedir.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nda meslek birlikleri ile birlikte toplu hak yönetiminin ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemeye göre eser ve bağlantılı hak konuları üzerindeki mali hakların kullanımına ilişkin tarifelerin tespiti, sözleşmeler yapılması, gelirlerin tahsili ve hak sahiplerine dağıtılması, kullanımların izlenmesi ve gerektiğinde hakların korunması amacıyla idari, adli ve cezai yollara başvurulması gibi hak yönetim faaliyetleri; yegâne veya esas amacı birden fazla hak sahibi adına, müşterek menfaatleri doğrultusunda hakların toplu yönetimini sağlamak olan ve kâr amacı gütmeyen, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz meslek birlikleri tarafından yürütülecektir. Tasarı'nın 17 nci maddesiyle FSEK'in 42/B maddesinde yapılan değişiklik ile meslek birliklerinin yönettikleri haklara ilişkin her türlü bedelin tahsil ve dağıtımını *adil, şeffaf ve düzenli* bir şekilde gerçekleştireceği belirtilmiştir. Haklarının yönetimi yetkisini bir meslek birliğine vermemiş olan müzik eseri sahipleri için ise "Genişletilmiş Toplu Hak Yönetimi" başlıklı bir lisanslama

[171] Düzenleme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Soysal, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 647 vd.



sistemi benimsenmiştir. Buna göre müzik eseri sahibi ve icracı sanatçıları ile fonogram yapımcıları, yayın ve umuma açık mahallerde iletim suretiyle umuma iletim haklarının; eser sahipleri, icracı sanatçılar, fonogram ve film yapımcıları, yeniden iletim haklarının yönetim yetkisini bir meslek birliğine vermemiş olsalar dahi, bu haklar, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından yetkilendirilen ortak lisanslama birliği tarafından yönetilecektir. Bu hakların yönetim yetkisini bir meslek birliğine vermemiş olan hak sahipleri her yılın haziran ayının sonuna kadar ilgili ortak lisanslama birliğine yazılı şekilde bildirmek suretiyle bu haklarını, takip eden takvim yılı başından itibaren bireysel olarak takip edebileceklerdir. Meslek birlikleri, hakların kullanımından kaynaklanan ödemelere ilişkin tarifeleri, bu Kanundaki esaslara uygun olarak mâkûl seviyede tespit edeceklerdir (FSEK Tasarı, m. 43). Tarifelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün hızlı ve etkin bir şekilde çözümü için ise bir ‘Telif Hakem Kurulu’ oluşturulması öngörülmüştür (FSEK Tasarı, m. 43/B).

FSEK Tasarısı ile 5846 sayılı Kanun’un Ek Madde 4/3 fıkrasının yürürlükten kaldırıldığı ve “İnternet Ortamında Hak İhlallerinin Önlenmesi” başlığı ile 77/B maddesinin eklendiği görülmektedir. Bu düzenleme ile temel olarak ‘*uyar ve kaldır*’ prensibi devam ettirilmektedir. Tasarı düzenlemesi ile telif hakkı ihlal edilen hak sahiplerinin, *doğrudan* savcılığa veya ilgili içerik yahut yer sağlayıcısına başvuru yapabileceği, ihlalin 24 saat içinde kaldırılmaması durumunda ise söz konusu içeriğe 5651 sayılı Kanun hükümleri uyarınca erişimin engellenmesi kararı verileceği belirtilmiştir.

Tasarı’daki düzenlemelerde, içerik sağlayıcılarının doğrudan bir bedel ödemesinden bahsedilmemekte birlikte, eser ve bağlantılı hak sahiplerinin mali hakları ile meslek birliklerinin bu hakların takibi konusundaki yetkileri kapsamında, içerik sağlayıcılarının da eser ve bağlantılı hak sahiplerine veya meslek birliklerine adil bir bedel ödemesi gerektiği açıktır. Buna karşılık Dijital Tek Pazar Telif Hakları Direktifi ile benimsenen ağırlaştırılmış sorumluluk rejiminin (*uyar ve engelle/notice and staydown*), FSEK Tasarısı’nda yer almadığı da belirtilmelidir.

Avrupa Birliği’nin tek pazar sonrası hayata geçirmeye çalıştığı dijital tek pazar hedefleri kapsamında, internet içerik-paylaşım hizmet sağlayıcıları ile telif hakkı sahipleri arasında bir denge oluşturmak amacıyla kabul ettiği Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi, büyük tartışmalar etrafında kabul edilmiştir. Direktif’in Topluluk Resmi Gazetesi’nde yayımlanmasından

itibaren üye ülkelerin Direktif hükümleri ile uyum düzenlemeleri yapması için iki yıllık süre başlamıştır.<sup>[172]</sup>

DSM Direktifi'nin 17 nci maddesi ile getirilen telif hakkı içeren eserlerin hak sahipleri ile anlaşma yapılmaksızın içerik paylaşım hizmet sağlayıcıları tarafından ticari olarak kullanılamayacağı düzenlemesi eser sahipleri ve eser sahiplerini temsil eden birlikler tarafından olumlu olarak değerlendirilmektedir. Bu düzenlemeler ile sektörde oluşan 'değer boşluğunun (*value gap*)' nisbeten azaltılacağı umulmaktadır. DSM Direktifi'nin 17 nci maddesi ile öncelikle YouTube, Facebook ve Spotify gibi büyük ölçekli çevrimiçi içerik paylaşım hizmeti sağlayıcıları hedeflenmiştir. Direktif'in 2/6 maddesinde yapılan tanım ile kapsama dahil içerik paylaşım hizmet sağlayıcılarının 'kamu için çok sayıda (*large amount of*) korunan eseri erişilebilir kılma' ölçütü belirsizliği nedeniyle eleştirilmiştir. Ancak bize göre internet ortamında büyük ölçüde içerik sağlayan web sitelerini belirlemenin çok zor olmayacağı ayrıca Direktif'in 17/5-a maddesi ile getirilen izleyici sayısı, hizmetin büyüklüğü ve türü gibi nitelikler sayesinde, bu ölçütün belirlenebilir kriterlere sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Direktif'in kabul edilmesiyle büyük ölçekli çevrimiçi içerik paylaşım hizmet sağlayıcısı şirketler, öncelikle hak sahiplerinin haklarını yöneten örgüt ve birliklerle bağlantı kuracaklar ve lisans anlaşmaları yapmaya çalışacaklardır. Sinema ve film sektörünün doğası gereği bu tür antlaşmalar yapılması çok zor olacağından, bu tür antlaşmalar da daha çok müzik sektörünün temsilcileri ile yapılacaktır. Ancak telif hakkı ihlalinin oluşmaması için zorunlu olan bu yetki, uygulamada o kadar kolay alınamayabilecektir. İçerik paylaşım hizmeti sağlayıcıları, milyonlarca kullanıcısının hangi içeriği yüklediğini/yükleyeceğini sürekli kontrol altında tutamayacağı için geniş bir ölçekte hak sahipleri ile lisans antlaşmaları yapmak isteyeceklerdir. Ancak tüm hak sahipleri ile anlaşma yapmak mümkün değildir. Bu nedenle bize göre bu hükmün uygulamasına ilişkin mahkemeler '*en iyi çabanın gösterilip gösterilmediğini*' takdir etmek suretiyle uygulamaya yön vereceklerdir. Bu konuda da AB üyesi ülkelerin ulusal mahkemelerince farklı belirlemeler

[172] Bu süre, 17 Mayıs 2021 tarihinde dolacaktır. Bkz. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, 17.05.2019, L 130/92.

yapılması mümkündür. Bu konularda Avrupa Adalet Mahkemesi'nin (CJEU) hakemliğinin en önemli rolü oynayacağı söylenebilir.

Direktif'in 17/4 ve 17/6 maddeleriyle içerik sağlama hizmeti yapan sağlayıcılarının sorumluluk esasları, ölçeklerine göre farklı üç eşik esas alınarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu düzenlemelerde yer alan '*en iyi çabanın gösterilmesi (made best efforts)*' ve '*profesyonel özenin gerektirdiği yüksek endüstri standartları*' gibi belirsiz tanımlamalar ve belirlenen kriterler nedeniyle sorumluluk standartlarının belirlenmesinde zorluklar yaşanması muhtemeldir. Direktif ile temel sorumluluk türü olarak benimsenen '*uyar ve engelle (notice and staydown)*' sorumluluğunun ağır gerekliliklerinin internet aracı kurumlarını ağır bir sorumluluk rejimine tabi tutacağı belirtilmelidir.

DSM Telif Hakları Direktif Önerisi'nin 13 üncü maddesinde yer alan ancak sonradan nihai metinde çıkarılan '*etkin içerik tanıma teknolojileri (effective content recognition technologies)*' düzenlemesinin çok etkisinin olmayacağı, uygulamada büyük ölçekli içerik paylaşım hizmet sağlayıcılarının, telif hakkı ihlali yapmamak için bu tür teknolojilerden yararlanmalarının zorunlu bir hal alacağı da belirtilmelidir. Bu nedenle uygulamada YouTube'un '*içerik tanımlama (content-ID)*' sistemi benzeri filtreleme yazılımları kullanılacağı düşünülmektedir. Dolayısıyla Direktif'in 17/8 maddesinde yer alan genel bir izleme yükümlülüğü bulunmadığına ilişkin düzenleme, uygulamada geçerli olmayabilecektir. Ayrıca telif hakları hukukunda yer alan dürüst kullanım (*fair use*) ilkesinin de, konulan filtreleme yazılımları nedeniyle yeteri kadar uygulanamayacağı ve yasal içeriklerin de engellenebileceği düşünülmelidir. Bu manada Direktif'in 17/7 maddesinde yer alan içerik paylaşım hizmeti sağlayıcıları ile hak sahipleri arasındaki işbirliğinin, kullanıcılar tarafından yüklenen ve telif hakkı ihlali oluşturmayan içeriklerin yüklenmesini engellemeyeceğinin belirtilmesi yeterli olmayacaktır. İnternet kullanıcılarının sık olarak kullandığı internet memes/capslerine yönelik endişelerin ise bize göre büyük ölçüde giderildiği söylenebilir.

İçerik paylaşım hizmet sağlayıcılarının sorumluluğunun yumuşatılmasında kullanılan ve orantılılık esasını getiren Direktif'in 17/5 maddesi ve 66. Gereği'nin de yeterli tanım, açıklama ve güvenceleri haiz olmadığı ifade edilmelidir.

DSM Direktifi'nin 18 inci maddesi ile içerik paylaşım hizmet sağlayıcılarının korunan eserleri kullanmaları karşılığında, hak sahiplerine uygun

ve orantılı bir bedel ödemeleri gereği belirtilmiştir. Bu yapılırken, her ülke ulusal hukuk uygulamalarında, sözleşme özgürlüğü ile hak ve menfaatler arasında adil denge dikkate alınmak suretiyle farklı mekanizmalar kullanılabilecektir (DSM Direktifi, m. 18/2). Ayrıca 19 uncu madde ile kabul edilen şeffaflık ilkesi sayesinde eser sahiplerinin lisans antlaşmasına esas bilgileri temin etmeleri mümkün hale gelmiştir. Yine Direktif'in 20 nci maddesi ile sözleşmenin uyarlanması ve 22 nci maddesi ile de kullanılmama nedeniyle iptal olanağı getirilmesi gayet olumlu olmuştur. Bu konularda çıkacak anlaşmazlıkların çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinin teşvik edilmesi, olumlu olmakla birlikte eser sahiplerinin haklarının yeteri kadar korunamayacağı endişelerine de sebep olabilecektir.

Bize göre internetin hızla gelişen yeni dinamikleri dikkate alındığında, eser sahiplerinin hakları ile çok büyük miktarlarda kazanç sağlayan internet şirketlerinin menfaatleri arasında bu tür dengeyi amaçlayan düzenlemeler yapılması gayet olumlu olmuştur. Düzenlemenin eksiklikleri uygulamada ortaya çıkacak uyuşmazlıklar ve verilen yargı kararları ile daha net olarak ortaya çıkacaktır. Düzenlemenin bu haliyle internet çevrelerinde gelişen endişeleri büyük ölçüde bertaraf ettiğini söylemek mümkündür. Bu yeni düzenlemelerin bir AB aday ülkesi konumundaki Ülkemizde, Türk telif hakları hukukunun temel kanunu niteliğindeki 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yapılacak değişiklikleri de etkileyeceği düşünülmektedir.

**KISALTMALAR****AB:** Avrupa Birliği**ABD:** Amerika Birleşik Devletleri Disk**CD:** Kompakt Disk**CJEU:** Avrupa Birliği Adalet Divanı**Content ID:** YouTube'un İçerik Tanımlama Sistemi**DMCA:** Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu (The Digital Millennium CopyrightAct)**DRM :** Dijital Haklar Yönetimi (Digital Rights Management)**DSM:** Dijital Tek Pazar (Digital Single Market)**DSM Direktifi :** Avrupa Birliği'nin 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi (Directive on Copyright in the Digital Single Market)**E-Ticaret Direktifi:** Avrupa Birliği 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Direktifi**FSEK:** 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu**IFPI:** Uluslararası Fonogram Endüstrisi Federasyonu (International Federation of the Phonographic Industry)**m.:** Madde**NTD:** Uyar ve Kaldır Sistemi (Notice and Takedown)**P2P:** Eşler Arası Aktarım (Peer to Peer)**rec.:** AB Direktifi Gerekçesi (Recitals)**WIPO:** Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organization)**YouTube:** You Tube video paylaşım sitesi (<http://www.youtube.com>)

## KAYNAKÇA

**ADAMS**, Stan; Doing the Wrong Thing for the Wrong Reasons: Article 13 Replaces Safe Harbours with Upload Filters Won't Help Artists But Will Hurt The Internet, January 18, 2019, <https://cdt.org/blog/doing-the-wrong-thing-for-the-wrong-reasons-article-13-replaces-safe-harbors-with-upload-filters-which-wont-help-artists-but-will-hurt-the-internet/>

**AHLERT**, Christian; **MARSDEN**, Chris; **YUNG**, Chester; How Liberty Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation, 2004, <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2014/12/liberty.pdf>

**AKBİLEK**, Meliha; Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Meslek Birlikleri, Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.

**AKYÜZ**, Burcu; Müzik Eseri ve Müzik Eseri Sahibinin Mali Hakları ile Korunması, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

**ALAI**, Resolution on the European proposals of 14 September 2016 to introduce fairer sharing of the value when works and other protected material are made available by electronic means, Paris, 18 February 2017, <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/170218-value-gap-en.pdf>

**ANGELOPOULOS**, Christina; EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence, Kluwer Copyright Blog, October 6, 2016, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/06/eu-copyright-reform-outside-safe-harbours-intermediary-liability-capsizes-incoherence/>

**ANGI**, Çiğdem Eda; Müzik Kavramı ve Türkiye'de Dinlenen Bazı Müzik Türleri, İdil Dergisi, C. 2, S. 10, 2013 (s. 59-81).

**ARORA**, Himanshu; Article 13 of EU Copyright Directive-A Step Forward or Rearward?-I, December 2018, <https://ssrn.com/abstract=3296955>, s. 8.

**ARSLANLI**, Halil; Fikri Hukuk Dersleri, İstanbul 1954

**ATEŞ**, Mustafa; Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

**BARTHOLOMEW**, Taylor B.; The Death of Fair Use in Cyberspace: Youtube and the problem with Content ID, Duke Law and Technology Review, V. 13, No. 1, 2015 (s. 66-88), [http://www.mnat.com/files/TheDeathofFairUseinCyberspace\\_YouTubebandtheProblemWith\\_TB.pdf](http://www.mnat.com/files/TheDeathofFairUseinCyberspace_YouTubebandtheProblemWith_TB.pdf)

**BAYAMLIOĞLU**, İbrahim Emre; Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, Bilişim ve Eser Koruması, WIPO, AB ve Türkiye’de Teknolojik Önlemler, DRM, Hukuki ve Sosyal Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

**BAYINDIR**, Sinan; Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 113, 2014 (s. 307-338).

**BERRY**, Kathy; EU Copyright Directive, Mind the Value Gap, 12 April 2019, <https://www.cbronline.com/opinion/the-copyright-directive>; Kuczerawy, EU Proposal for a Directive on Copyright

**BOZBEL**, Savaş; Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, XII Levha Yayınları, Aralık 2012.

**BÖRZSEI**, Linda K.; Makes a Meme Instead: A Concise History of Internet Memes, Utrecht University, March 2013, <https://pdfs.semanticscholar.org/b355/b891a35360ab4c89397f8b67b8017816c931.pdf>

Britannica Ansiklopedisi, <https://www.britannica.com>

Commission Staff Working Document Impact Assesment on the modernisation of EU copyright rules Brussels, 14.09.2016, Part 1, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2016/EN/SWD-2016-301-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>

Council of the European Union, Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM (2016) 593 Final, 2016/0280 (COD), 26 September 2018, Brussels, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12513-2018-INIT/en/pdf>

Court of Justice of the European Union-CJEU, <http://curia.europa.eu/juris/>

**DAVIS**, Peter J.; Mozart’s Illnesses and Death, Journal of Royal Society of Medicine, V. 76, September 1983, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1439384/pdf/jrsocmed00232-0072.pdf>, (s. 776-785).

*Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe 'Değer Boşluğu' Kavramı ve Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri*

**DAVISON**, Patrick; *The Language of Internet Memes, The Social Media Reader* (Edited By: Michael Mandiberg), (s. 120-134), <http://veryinteractive.net/content/2-library/46-the-language-of-internet-memes/davison-thelanguageofinternetmemes.pdf>

Digital Single Market, Bringing Down Barriers to Unlock Online Opportunities, [https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market\\_en](https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en)

**Directive (EU) 2019/790** of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, 17.05.2019, L 130/92.

**Electronic Frontier Foundation-EFF**, <https://www.eff.org/cases/viacom-v-youtube>

**EGER**, Thomas; **SCHEUFEN**, Marc; *The Past and the Future of Copyright Law: Technological Change and Beyond*, January 2012, Liber Amicorum Boudewijn Bouckaert (s. 37-65).

**ERVERDİ**, Zeynep; *Eser Sahipleri Meslek Birlikleri ile Üyeleri Arasındaki İlişki, Müzik Meslek Birlikleri Üzerinden Bir Değerlendirme*, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

**European Copyright Society**, General Opinion on the EU Copyright Reform Package, 24 January 2017, s. 5, <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf>

European Council, Council of Europe, Decision-Making Process, Ordinary Legislative Procedure, <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/decision-making/ordinary-legislative-procedure/legislative-proposal/>

**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı**, <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi> (Son Erişim Tarihi: 10.06.2019)

**FROSIO**, Giancarlo F.; *From Horizontal to Vertical: An Intermediary Liability Earthquake in Europe*, Oxford Journal of Intellectual Property Law & Practice, V. 12, I. 7, July 2017 (s. 565-583) (Kısaltması: Frosio, From Horizontal to Vertical)



**FROSIO**, Giancarlo F.; Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy, Northwestern University Law Review, V. 112, 2017 (s. 19-46) (Kısaltması: Frosio, Reforming Intermediary Liability).

**German GEMA** in talks with YouTube on video dispute, April 23, 2009, <https://www.reuters.com/article/us-germany-youtube/german-gema-in-talks-with-youtube-on-video-dispute-idUSTRE53M4WJ20090423>

**Germany Rules** Against YouTube in Copyright Case, 22 April 2012, <https://breakingnewsenglish.com/1204/120422-copyright.html> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019)

**Germany: YouTube and GEMA** reach a licensing agreement on music videos, November 4, 2016, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4446f517-d42c-4ccd-8d15-8f67c2b70f4e> (Son Erişim Tarihi: 20.09.2019)

**GEZDER**, Ümit; İçerik Sağlayıcının ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

**GÜNEŞ**, İlhami; FSEK'te Yer Alan İcracı Hakları ve Uygulama, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2012, (s.169-181).

**HARGREAVES**, Ian; An Independent Report, Digital Opportunity, A Review of Intellectual Property and Growth, May 2011, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf)

**HISKEY**, Daven; Where the word Meme Comes From, June 25, 2012, <http://www.todayifoundout.com/index.php/2012/06/where-the-word-meme-comes-from/>

History of Copyright: A Chronology in relation to Music, <http://eprints.chi.ac.uk/2350/1/Little%2C%20J.%20D.%20History%20of%20Copyright%20-%20%20A%20Chronology.pdf>

**HOLSON**, Laura M.; Hollywood Asks YouTube: Friend or Foe, January 15, 2007, <https://www.nytimes.com/2007/01/15/technology/15youtube.html>

*Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe 'Değer Boşluğu' Kavramı ve Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri*

**HOWE**, Anthony J.; Napster and Gnutella: A Comparison of Two Popular Peer-to-Peer Protocols, University of Victoria, February 28, 2002, [http://ahowe\\_ca.tripod.com/pdf/napstergnutella.pdf](http://ahowe_ca.tripod.com/pdf/napstergnutella.pdf)

**HU**, Jessica; **LEUS**, Charlene; **TCHOBANIAN**, Barbara; **TRAN**, Long T.; Copyright vs. Napster: The File Sharing Revolution, University of California, Irvine Law Forum Journal, V. 2, Fall 2004 (s. 53-68).

**HUNT**, Kurt; Copyright and YouTube: Pirate's Playground or Fair Use Forum, Michigan Telecommunications and Technology Law Review: N. 197, 2007, [http://www.mttl.org/volfourteen/hunt\\_1.pdf](http://www.mttl.org/volfourteen/hunt_1.pdf) (s. 197-222).

**IFPI, Global Music Report 2017**, Annual State of the Industry, <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf>

**IFPI, Global Music Report 2016**, Music Consumption Exploding Worldwide, State of Industry Overview 2016, <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2016.pdf>, s. 5. (Kısaltması: IFPI, Industry Overview 2016).

**KARA**, Umut Yener; Müzik Üstüne Düşünceler, Moment Dergi, Sayı 1 (1), 2014 (s. 87-103).

**KARAHAN**, Sami; **SULUK**, Cahit; **SARAÇ**, Tahir; **NAL**, Temel; Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2013.

**KILIÇ**, Bilge; Dijital Tek Pazar Hedefiyle Avrupa Birliği Telif Hakları Hukukunda Avrupa Komisyonu Tarafından Sunulan Tüzük ve Direktif Tekliflerinin İncelenmesi, Ankara Barosu, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, S. 1, 2017, (s. 166-178), <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/2012yayin/dergi/fmr/fmr-2017-1.html>

**KIRIK**, Ali Murat; **SALTIK**, Rabiya; Sosyal Medyanın Dijital Mizahı: İnternet Meme/Caps, Atatürk Üniversitesi, İletişim Fakültesi Dergisi, S. 12, Ocak 2017 (s. 99-118).

**KOYPTOFF**, Verne; Copyright questions dog YouTube/Deals with Entertainment industry limit Site's Liability, October 27, 2006, <https://www.sfgate.com/business/article/Copyright-questions-dog-YouTube-Deals-with-2485823.php>

**Kubbealtı Akademisi**, Musiki, <http://www.lugatim.com/s/musiki> (Son Erişim Tarihi: 30.09.2019)

**KUCZERAWY**, Aleksandra; EU Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Compatibility of Article 13 with the EU Intermediary liability regime, January 2019, <https://papers.ssrn.com/>

**KUCZERAWY**, Aleksandra; From Notice and Takedown to Notice and Staydown: Risks and Safeguards for freedom of expression, (Editor: Giancarlo Frosio, The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online, 2019, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3305153&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3305153&download=yes)

**KUR**, Annette; Secondary Liability for Trademark Infringement on the Internet: The Situation in Germany and Throughout the EU, The Columbia Journal of Law and Arts, V. 37, No. 4, 2014, [https://jla-dev.journals.cdrs.columbia.edu/wp-content/uploads/sites/14/2014/12/3\\_37.4\\_KUR1.pdf](https://jla-dev.journals.cdrs.columbia.edu/wp-content/uploads/sites/14/2014/12/3_37.4_KUR1.pdf) (s. 525-540).

**KUYUCU**, Mihalis Kuyucu; Yeni Medya ve Dijital Müzik: Yeni Medyanın Müzik Endüstrisinin Ekonomik Yapısına Etkisi, International Symposium on Language and Communication: Exploring Novelties, June 17-19, 2013, Izmir Turkey, (1383-1400).

**KÜÇÜKALİ**, Canan; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme, Terazî Hukuk Dergisi, S. 135, Kasım 2017 (s. 82-86).

**Kültür ve Turizm Bakanlığı**, Telif Hakları Genel Müdürlüğü, <http://www.telifhaklari.gov.tr/Muzik>

**LENNON**, Joe; The Real Value Gap in the Music Industry, May 3, 2016, <https://medium.com/@joelennon/the-real-value-gap-in-the-music-business-5361d03b8f7a>

**LESIAK**, Malgorzata; A Comparative Analysis of the Liability of Internet Service Providers in the Context of Copyright Infringement in the U.S., European Union and Poland, Masaryk University Journal of Law and Technology, V. 3:2, 2009 (s. 279-292), <https://journals.muni.cz/mujlt/article/viewFile/2541/2105>

**LUCAS-SCHLOETTER**, Agnès; Transfer of Value Provisions of the Draft Copyright Directive (‘recitals 38, 39, Article 13), March 2017, <http://www.authorsocieties.eu/uploads/Lucas-Schloetter%20Analysis%20Copyright%20Directive%20-%20EN.pdf>

*Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe 'Değer Boşluğu' Kavramı ve Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri*

**MASON**, James; **WIERCINSKI**, Jared; Music in the Digital Age: Downloading, Streaming and Digital Lending, CAML Review, V. 38, No. 1, 2010, <https://caml.journals.yorku.ca/index.php/caml/article/view/25697/23793>

**MEMİŞ**, Tekin; İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Seçkin, Ankara, 2002.

**MORELLİ**, Laura; EU Directive on Copyright in the Digital Single Market: New Liability for Online Content-Sharing Service Providers, April 8, 2019, <https://www.natlawreview.com/article/eu-directive-copyright-digital-single-market-new-liability-online-content-sharing>

Open Letter from American Association of Independent Music, and Others, to Donald J. Trump, President-Elect of the United States, December 13, 2016, <http://www.riaa.com/wp-content/uploads/2016/12/Letter-to-POTUSE-from-Music-Community-121316.pdf>

**ÖZKAN**, Zehra; Karşılaştırmalı Hukukta Müzik Eserlerinin Dijital İletimi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

**ÖZTAN**, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan, Ankara, 2008.

**ÖZTRAK**, İlhan; Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara, 1971

**ÖZTRAK**, İlhan; Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Korunması Yönünden Pozitif Hukuktaki Tarihi Gelişim, Ankara Üniversitesi, SBF Dergisi, C. 25, S. 3, 1970 (s. 1-7).

Position of the European Parliament adopted at first reading on 26 March 2019 with a view to the adoption of Directive (EU) 2019/...of the European Parliament and of the Council on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2019-0231&language=EN&ring=A8-2018-0245>

**POSTEL**, Holger; The Fair Use Doctrine in the U.S. American Copyright Act and Similar Regulations in German Law, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, N. 5, 2006 (s. 142-157), [http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/ckjip/wp-content/uploads/sites/4/2013/06/08\\_5JIntellP rop1422005-2006.pdf](http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/ckjip/wp-content/uploads/sites/4/2013/06/08_5JIntellP rop1422005-2006.pdf)

**PULVERER**, Gerold; The Music Industry in a Digital Hassle, An Empirical Analysis on the Adoption of E-Business Models for Online Music Distribution, Thesis, 2009, Wirtschaftsuniversität Wien, <https://musikwirtschaftsforschung.files.wordpress.com/2009/03/pulverer-the-music-industry-in-a-digital-hassle-2010.pdf>

**REDA**, Julia; Proposed Copyright Directive, Value Gap Provision, 1 December 2018, <https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2018/12/Audiovisual-and-Sports-on-Value-Gap.pdf>

**REDA**, Julia; Upload Filters, <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/censorship-machines/> (Son Erişim Tarihi: 15.05.2019)

**REYNOLDS**, Matt; What is Article 13? The EU's Divisive New Copyright Plan Explained, 15 April 2019, <https://www.wired.co.uk/article/what-is-article-13-article-11-european-directive-on-copyright-explained-meme-ban>

**ROMERO-MORENO**, Felipe; Notice and Staydown and social media: Amending Article 13 of the Proposed Directive on Copyright, International Review of Law Computers & Technology, May 2018 (s. 187-210).

**SOYSAL**, Tamer; Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun Tarihsel Gelişimi ve 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Cezai Hükümler; Legal Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Dergisi-FSHD, C. 1, S. 3, Ekim 2005, (625-660). (Kısaltması: Soysal, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku)

**SOYSAL**, Tamer; İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet, Eylül 2014.

**SOYSAL**, Tamer; İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 61, 2005 (s. 304-339) (Kısaltması: Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları)

**Stanford CIS**, World Intermediary Liability Map, <https://wilmap.law.stanford.edu/map>

Stereotypes in Internet Memes, A Linguistic Analysis, <https://www.grin.com/document/354386>

**TANGERMANN**, Victor; European Parliament Approves Controversial 'Meme Ban', February 14, 2019, <https://futurism.com/the-eu-agreed-on-the-final-text-of-a-meme-ban>

**Techopedia**, <https://www.techopedia.com/definition/>

*Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe 'Değer Boşluğu' Kavramı ve Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri*

**TEKİNALP**, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

**The Digital Millennium Copyright Act of 1998**, <https://www.aclu.org/other/text-digital-millennium-copyright-act-dmca>

The Divine Comedy, <https://www.wdl.org/en/item/10650/>

The Value Gap, Its Origins, Impacts and a Made-in-Canada Approach, Music Canada, October 2017, <https://musiccanada.com/wp-content/uploads/2017/10/The-Value-Gap-Its-Origins-Impacts-and-a-Made-in-Canada-Approach.pdf>

Title 17 of the United States Code, Copyright Act, <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>

**TÜRKER**, Gökçen; İcracı Sanatçıların Hakları, Yetkin, 2016

**WILSON-MORRIS**, Michele; Recording Industry Sues Napster for Copyright Infringement Music Industry News, December 15, 1999, The Story of Revolution: Napster & the Music Industry, Music Dish, September 2000, [http://www.musicdish.com/downloads/napster\\_compendium.pdf](http://www.musicdish.com/downloads/napster_compendium.pdf)

**WIPO**, Understanding Copyright and Related Rights, 2016, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_909\\_2016.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf) (Son Erişim Tarihi: 30.09.2019).

World Intellectual Property Organisation, <https://www.wipo.int/treaties/en/>

YouTube by the Numbers: Stats, Demographics and Fun Facts, September 5, 2019, <https://www.omnicoreagency.com/youtube-statistics/>

YouTube User Statistics, <http://www.businessofapps.com/data/youtube-statistics/> (Son Erişim Tarihi: 15.05.2019)

YouTube's Content ID Fails to Spot 20%-40% of Music Recordings, July 13, 2016, <https://www.musicbusinessworldwide.com/youtubes-content-id-fails-spot-20-40/>

*Avrupa Birliği mevzuatına* <https://eur-lex.europa.eu/> *adresinden erişim sağlanmıştır.*

*İnternet kaynaklarına erişim tarihi dipnotlarda gösterilmiştir. Erişim tarihi gösterilmeyen kaynaklara son erişim* **15 Eylül 2019** *tarihidir.*



YABANCI UNSUR İÇEREN  
İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN  
HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK\*

Fügen SARGIN\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-6386-3028>

**DOI:** 10.30915/abd.701438

**Makalenin Geldiği Tarih:** 25.11.2019 **Kabul Tarihi:** 17.12.2019

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Prof. Dr. / TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.





## ÖZ

Türk hukukunda son dönemde yürürlüğe giren kanunî düzenlemelerle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olarak adlandırılan arabuluculuk çözüm yöntemine başvuru; bazı hukukî uyuşmazlıkların halli bakımından dâva şartı haline getirilmiş bulunmaktadır.

Temel düzenleme niteliği taşıyan HUAK m.18/A, dâva şartı arabuluculuk yönteminde izlenecek usûle dair hükümler içermekte; buna karşılık, hangi uyuşmazlıklar bakımından bu yönteme başvurunun dâva şartı sayılacağını belirleme yetkisini ilgili kanunlara bırakmış bulunmaktadır. Bu çerçevede günümüz itibariyle, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi- işveren alacakları ve tazminatı ile işe iade taleplerini içerir hukukî uyuşmazlıklarla, ticarî dâva konusu uyuşmazlıklar için arabulucuya başvurunun bir dâva şartı olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Bu çalışmada, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ilgili hükümlerin aynı zamanda iş ve ticaret hukuku alanına ait *yabancı unsurlu* hukukî ilişkilerden kaynaklanan benzer talepler bakımından da uygulama alanı bulup bulamayacağı inceleme konusu yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu; 4857 sayılı İş Kanunu; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu; yabancı unsur; dâva şartı arabuluculuk.

COMPULSORY MEDIATION FOR RESOLUTION  
OF FOREIGN LEGAL DISPUTES ARISING  
FROM LABOUR CONTRACTS OR SUBJECT  
TO COMMERCIAL LITIGATIONS

ABSTRACT

By recent regulations, which have come into force in Turkish Law, the method of mediation has been accepted as a pre-requisite for applying to the courts for the settlement of legal disputes.

The article 18/A of Act on Mediation in Civil Disputes mainly includes the provisions that refer to the procedures to be followed in compulsory mediation. However, for what legal disputes the parties should apply to the mediator before bringing a suit in a court it refers to other regulations as well.

Within this framework, it is observed that the application to the mediator for resolving the legal disputes that are subject to commercial litigation, and some claims, arising from individual and collective labour agreements (such as employer-employee receivables; compensation; and reinstatement) is regarded as a pre-condition to bring a suit before the Turkish commercial or labour courts.

In this article, it is to argue whether the relevant provisions of Act on the Mediation in Civil Disputes Nr. 6325, Labour Act Nr. 4857, Labour Courts Act Nr. 7036 and Turkish Commercial Code Nr. 6102 would be also applied for the similar legal disputes including the foreign elements.

**Keywords:** Act on the Mediation in Civil Disputes, Nr. 6325; Labour Courts Act Nr. 7036; Labour Act, Nr. 4857; Turkish Commercial Code, Nr. 6102; foreign element; compulsory mediation.

## GİRİŞ

Yabancı hukuk sistemlerinin uygulamasında da ağırlıklı biçimde<sup>[1]</sup> yer bulan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan “arabuluculuk”/(*mediation*)<sup>[2]</sup>, 6325 sayılı *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu* (HUAK, Arabuluculuk Kanunu) ile Türk hukukunda da 2012 yılından itibaren, özel hukuk alanına ait uyuşmazlıklar bağlamında kanunî bir düzenlemeye kavuşmuştur<sup>[3]</sup>.

Yürürlüğe girdiği 2012 yılı itibariyle mevcut içeriğine bakıldığında, başlangıçta, ihtiyarî arabuluculuk yöntemini esas alan bir düzenleme olarak nitelendirilebilecek HUAK’ın kapsamına; “*başvurunun usûlü*”, “*faaliyet*

- 
- [1] Örneğin, Avusturya hukuku için bkz. **Walter H. RECHBERGER**, “*Mediation in Austria*”, *Ritsumeikan Law Review*, 2015, No.32, (pp.61-70), s.69. Alman hukuku için bkz. <https://gettingthedealthrough.com/area/54/jurisdiction/11/mediation-germany>, (10.05.2019). Hollanda hukuku için bkz. **Annie de ROO/Rob JAGTENBERG**, “*Mediation in the Netherlands: Past-Present-Future*”, 2002, Vol. 64, pp. 127-145; kaynağa online erişim için bkz. <https://www.ejcl.org/64/art64-8.pdf>, (10.05.2019). İtalyan hukukundaki zorunlu arabuluculuk yöntemi hakkında bilgi için bkz. **Giovanni MATTEUCCI**, “*Mandatory Mediation, The Italian Experience*” *Revista Eletrônica de Direito Processual* Vol. 16, 04.12.2015, s. 189-210; kaynağa online erişim için bkz. [https://www.researchgate.net/publication/286409655\\_MANDATORY\\_MEDIATION\\_THE\\_ITALIAN\\_EXPERIENCE](https://www.researchgate.net/publication/286409655_MANDATORY_MEDIATION_THE_ITALIAN_EXPERIENCE) (22.11.2019). Bazı millî hukuk düzenlerindeki kanunî düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. [http://www.bridge-mediation.com/wp-content/uploads/2012/12/intern\\_med\\_legislations.pdf](http://www.bridge-mediation.com/wp-content/uploads/2012/12/intern_med_legislations.pdf) (10.05.2019); **Klaus J. HOPT/Felix STEFFOK**, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, United Kingdom 2013.
- [2] Alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin UNCITRAL, ICC ve ICSID bünyesinde hazırlanmış bazı milletlerarası metinler için bkz. **Malike POLAT**, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2010, s. 84 vd. Arabuluculuk yöntemine dair dünyadaki ve Türkiye’deki gelişmeler hakkında bilgi için bkz. **Ömer EKMEKÇİ/Muhammet ÖZEKES/Murat ATALI/Vural SEVEN**, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, B. 2, İstanbul 2019, s. 37 vd.; **Güven YARAR**, *Milletlerarası Hukukta Arabuluculuk*, İstanbul 2019.
- [3] RG. 22.06.2012, S. 28331. Kanun’un “yürürlük” başlıklı 37. maddesinde, düzenlemenin 28 ilâ 32. maddeleri ile geçici maddelerinin yayım tarihinde; diğer hükümlerin yayım tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe gireceği hükmü yer almaktadır. Kanun’un uygulanmasına ilişkin bir de Yönetmelik bulunmaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAK Yönetmeliği); RG., 02.06.2018, S. 30439. Bu yönetmelik, İş Mahkemeleri Kanunu’nda düzenlenen dâva şartı arabuluculuk bakımından da uygulama alanı bulmaktadır (HUAK Yönetmeliği m. 3)

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

*süreci*” ve “*sonuçları*”na ilişkin özel hükümler içeren ve ayrıca uygun düştüğü ölçüde Kanun’un diğer maddelerine atıf yapan ek bir madde ile (m.18/A), -önceki tarihli bazı özel kanunlarda da öngörülen ve kısmen de olsa düzenlenen- *dâva şartı arabuluculuk* 2018 yılında dahil edilmiş; bu paralelde Arabuluculuk Kanunu’nun uygulama alanı genişletilmiştir.

HUAK’ta arabulucuya başvurunun bir dâva şartı olarak öngörüldüğü hukukî uyuşmazlıklara ilişkin süreci düzenleyen özel hükümler, bu yönetime, - taraflar bir uzlaşmaya varmaya zorlanamasa da,- öncelikle müracaat etmenin zorunluluk arz edeceği hukukî ilişkilerin olabileceğini ortaya koymaktadır. Buna karşılık, hangi hukukî uyuşmazlıklar için dâva şartı olarak arabuluculuk yöntemine müracaat edileceği HUAK’ta sayılmamakta; bu belirlemenin, başvuruyu dâva şartı olarak öngören ilgili özel kanunlar tarafından yapılacağı ifade edilmektedir.

Bu doğrultuda, günümüz itibariyle İş Kanunu, İş Mahkemeleri Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’na 2017 ve 2018 yıllarında eklenen hükümlerden hareketle, *arabuluculuk* yöntemine başvurunun dâva şartı olarak öngörüldüğü hukukî sorun alanlarından bazıları somutlaştırılabilecektir.

“*Amaç ve kapsam*”ı belirleyen ilk maddesinde, HUAK hükümlerinin, ihtiyarî ya da dâva şartı arabuluculuk sürecini düzenleyen hükümler arasında herhangi bir ayrıma gidilmeksizin genel olarak *yabancılık unsuru* taşıyan *özel hukuk alanına* ait hukukî uyuşmazlıklar hakkında da uygulama alanı bulacağı vurgulanmaktadır.

Yabancı unsur ihtiva eden özel hukuk ilişkilerini de kapsamına alan 1. maddesi dışında, HUAK’ta “*yabancılık unsuru*”ndan ne anlaşılacağını; yabancı unsurlu uyuşmazlıklar için de arabulucuya başvurunun dâva şartı teşkil edip etmeyeceğini; hangi hukukî uyuşmazlıklar hakkında bu yönetime başvurulmasının gerektiğini ya da yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıkların ait oldukları alanların hangi hukuka göre vasıflandırılacağını açıklığa kavuşturarak, -Kânun’un “*Tanımlar*” başlıklı 2. maddesi dahil-, özel bir tanıma/ hükme yer verilmiş değildir. İç hukuka ait hukukî uyuşmazlıkları da içerecek şekilde 1. maddede hangi hukukî uyuşmazlıkların çözümü için arabulucuya başvurunun dâva şartı sayılacağı sorusuna kısmen cevap vermeye yardımcı olacak şekilde, -ihtiyarî ve dâva şartı arabuluculuk ayırımına gidilmeksizin-, belirlenmiş olan tek temel kıstas, “*taraflarca hukukî uyuşmazlık hakkında serbest tasarruf edilebilme*”dir (m.1).

Kanun'un dâva şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen 18/A maddesinde de bu hususlara ilişkin tartışmasız bir tespit yapmayı mümkün kılan herhangi bir izahat bulunmamakta; sadece *uygun düştüğü ölçüde* Kanun'un diğer hükümlerine müracaat edilebileceğine işaret edilmektedir.

Öte yandan, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıkların çözümünde dâva şartı olarak arabuluculuğun öngörülmüş olup olmadığının tespitinde, HUAK m.18/A/(1)'de atıf yapılan dâva şartı içeren diğer ilgili kanunlar da rol oynayacaktır.

Bu bağlamda, ortaya çıkan tereddütleri giderecek şekilde, yürürlükteki Türk maddî hukuk kuralları içinde yer alan ve uygulama alanına giren hukukî ilişki ve işlemler bakımından arabulucuya başvuruyu dâva şartı haline getiren kanunların (İş Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu) hükümlerine bakıldığında bu düzenlemelerin ve/veya içerdikleri arabuluculuk şartının aynı zamanda -esasen kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla belirlenen yetkili hukuk (*proper applicable law*) tarafından idare edilen-, yabancı unsurlu hukukî ilişki ve işlemlere de uygulanacağını açıkça gösteren özel bir hükme rastlanılmamaktadır. Konuya özgü bir hüküm yer almasa da, iş hukuku ve ticaret hukuku alanına ait yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıkların çözümü için arabulucuya başvuru sürecinin tamamlanmış bulunmasının, Türk hukukuna göre görev ve yer itibarıyla milletlerarası yetkiyi haiz Türk mahkemelerine müracaat için de bir dâva şartı teşkil edip etmeyeceği hususunda nihai bir karar verilebilmesi, dâva şartı arabuluculuk yöntemine başvuruyu gerekli kılan hükümlerin *niteliği* ile birlikte ilgili kanunların *amacı ve kapsamının* belirlenmesine bağlı olacaktır. Bu paralelde ayrıca, Türk mahkemelerinin görev ve yer itibarıyla yetkisini tayin eden bir diğer özel düzenleme olan İş Mahkemeleri Kanunu'nda öngörülen arabuluculuk dâva şartının, aynı zamanda yabancı unsurlu iş ilişkileri bakımından hüküm ifade edip etmeyeceğinin, bu düzenlemenin usûl hukuku alanına ait olma *niteliğinden* hareketle de tayini gerekir.

Aşağıda, yabancı hukuk sistemlerinde gözlemlenen esasen ihtiyarî olma temeline dayalı uyuşmazlık çözümü yöntemine başvurunun Türk hukukunda bazı konular bakımından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)<sup>[4]</sup> m.114/(2) dâhilinde, maddenin ilk fıkrasında sayılanlara ek bir dâva şartı haline getirilmesinin yerindeliliğini ve hak arama hürriyetinin

[4] 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Kanun: RG.04.02.2011, S.27836.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

etkin kullanımını engelleyecek biçimde, -örneğin uzlaşma kararının hukukî sonuçları gibi-, mevcut düzenlemelerin Türk hukukunda yaratacağı güncel sorunlara dair<sup>[5]</sup> etraflıca bir tahlil kapsam dışı bırakılarak, Türk milletlerarası yetki kuralları ile yetkisi tayin edilen Türk mahkemelerine öncelikle başvuruyu önleyecek şekilde, Türk pozitif hukukunda dâva şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen kuralların yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından da uygulama alanı bulup bulamayacağına dair genel bir tespit yapılacaktır.

### I. DÂVA ŞARTI ARABULUCULUĞA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

HUAK'a, 06.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı Kanun'un<sup>[6]</sup> 23. maddesiyle eklenen m. 18/A, ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmasının dâva şartı olarak kabul edilmiş olması halinde gerçekleştirilecek arabuluculuk faaliyetine ilişkin süreci düzenleyen hükümler içermektedir. Tıpkı ihtiyarî arabuluculukta olduğu gibi bu maddede de, hangi hukukî uyuşmazlık konuları için dâva şartı olarak arabuluculuğa başvurulacağı belirlenmemiş; bu husus, diğer kanunlara bırakılmıştır. İlgili kanunlardan bazılarında dâva şartı arabuluculuk usulü düzenlenmiş; boşluk bulunan hallerde de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmak üzere HUAK hükümlerine atıf yapılmıştır. Diğer bazılarında ise sadece arabulucuya başvuru, dâva şartı olarak öngörülmüştür. Bu açıdan bakıldığında, aksine açıklık bulunmadıkça mevcut ve ileride vaz'edilecek ve arabulucuya başvuruyu dâva şartı olarak belirleyecek özel kanunlar bakımından HUAK hükümleri, dâva şartı arabuluculuk ile ilgili uygulama alanı bulabilecek genel nitelikli bir kanunî düzenleme vasfı taşımaktadır.

HUAK m. 18/A ve HUAK Yönetmeliği m. 22'ye göre özel kanunlarda arabuluculuk, "dâva şartı" sayılmışsa, kural olarak görevli ve yetkili Türk mahkemelerine müracaatla dâva açılıp görülebilmesi için, öncelikle arabuluculuk yöntemine başvuru sürecinin başlatılmış bulunması zorunlu olup; dâvacı arabuluculukta *anlaşlamadığına dair tutanağı* mahkemeye sunmaz

[5] İlgili düzenlemelerin, kanun yapma tekniği, hak arama özgürlüğü, arabuluculuk ilkelerine uygunluğu kapsamında ayrıntılı tahlili için bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 137-152.

[6] Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun: RG. 19.12.2018, S. 30630.

ve mahkemece verilen süre içinde bu eksiklik giderilmez ise, mahkeme, dâva şartı yokluğundan talebi usûlden reddedecektir. Arabulucuya gidilmeksizin mahkemeye başvurulduğu anlaşılırsa, talep yine dâva şartı yokluğundan usûlden reddedilecektir.

Bu çerçevede günümüz itibariyle mevcut kanunî düzenlemeler ışığında bir tespit yapıldığında, Türk hukukunda “*iş hukuku*” ve “*ticaret hukuku*” alanında ortaya çıkan bazı hukukî sorunların çözümünde arabuluculuk yöntemine başvurulmuş bulunulmasının, mahkemelere müracaat edebilme bakımından *dâva şartı* olarak kabul edildiği görülmektedir.

Bireysel iş sözleşmelerinden kaynaklanan bazı hukukî uyuşmazlıkların çözümü için 4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>[7]</sup> 20. maddesi gereğince<sup>[8]</sup>, öncelikle arabuluculuk yöntemine başvuru, dâva şartı sayılmıştır. Bu maddenin yaptığı yollamayla arabuluculuk, dâva şartı arabuluculuk faaliyetine ilişkin süreci özel olarak düzenleyen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) m. 3 hükmü<sup>[9]</sup> dairesinde gerçekleştirilecek olup; bu maddede hüküm bulunmayan hallerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde HUAK hükümleri uygulama alanı bulabilecektir [İMK m. 3/(21)].

Buna karşılık, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)<sup>[10]</sup> na eklenen m. 5/A'da<sup>[11]</sup>, ticarî dâvalar bakımından dâva şartı arabuluculuk öngörölmüş olmakla birlikte, ne süreçte izlenecek usûlü ve faaliyetin hukukî sonuçlarını belirleyen özel kurallara yer verilmekte ne de İş Kanunu'nda olduğu gibi herhangi bir kanuna açıkça atıf yapılmaktadır. Bu nedenle, HUAK, TTK'nın uygulama alanına giren ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuk hakkında genel kanun vasfıyla hüküm ifade edecektir.

[7] 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı Kanun: RG. 10.06.2003, S. 25134.

[8] 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanun m.11 ile değişik 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun, “*Fesih bildirimine itiraz ve usulü*” başlıklı 20/(1)(2) fıkraları: RG. 25.10.2017, S. 30221.

[9] 12.10.2017 tarihli 7036 sayılı ve Kanun: RG. 25.10.2017, S. 30221.

[10] 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Kanun: RG. 14.2.2011, S. 27846.

[11] 06.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun m.20: RG. 19.12.2018, S. 30630.

## II. YABANCI UNSURLU HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARDA DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

### A. Genel açıklamalar

HUAK'ın dâva şartı arabuluculuğu düzenleyen 18/A maddesinde, daha önce de ifade edildiği üzere bu madde hükmünün yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar hakkında da uygulama alanı bulacağına dair ayrı bir açıklama bulunmamaktadır. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında genel olarak, “*ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dâva şartı olarak kabul edilmiş ise, arabuluculuk sürecine madde hükümlerinin uygulanacağı*” [m.18/A/(1)]; “*ilgili kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla*” [m.18/A/(19)] öngörülmüş bulunmaktadır.

Bu noktada akla gelen ilk soru, Kanun'un 1. maddesinde yer alan *yabancılık unsuru* ifadesinin, m.18/A bakımından da anlam taşıyıp taşımadığı olacaktır.

HUAK m.18/A/(20)'de, dâva şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen “*Beşinci Bölüm*” de hüküm bulunmayan hallerde, “*niteliğine uygun düştüğü ölçüde*” HUAK'ın diğer hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu maddenin, Kanun'un diğer maddelerine yaptığı atfa binaen, HUAK'ın dâva şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanacağı hallerde, “*(b)u Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır...*” cümlesini içerir HUAK m.1/(2) hükmünün, dolaylı biçimde yabancı unsurlu hukukî ilişkiler bakımından da arabulucuya başvuruyu dâva şartı haline getirdiği söylenebilir. Bu yaklaşım kabul edilirse, dâva şartı öngören ilgili özel kanunlar aracılığıyla HUAK'ın uygulanabildiği her halde, HUAK m.18/A/(20)'nin yaptığı yollama dolaısıyla, m.1 gereğince, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından da arabuluculuğun dâva şartı haline gelebileceği düşünülebilir.

Ancak, bu yönde bir sonuca varılabilmesi, ayrıca HUAK m.18/A/(20) hükmüyle yapılan atıf kapsamında gerçekleşecek bir değerlendirmeye de bağlı olacaktır. Buna göre, yabancı unsur içeren hukukî uyuşmazlıklar hakkında arabulucuya başvurunun dâva şartı sayılması, yöntemin yabancı unsur taşıyan hukukî ilişkilerin bu *niteliğine de uygunluk* arz ettiği düşüncesinin kabulü ile mümkündür.



Öte yandan, HUAK m.18/A'nın, hangi hukukî ilişki/muamelelerden kaynaklanan hukukî uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurunun dâva şartı sayılacağıнын tayinini özel kanunlara bırakan, ilgili kanunlar dairesinde gerçekleşecek faaliyetin sadece usûlî sürecini ve sonuçlarını düzenleyen genel nitelikli bir madde niteliği taşıdığı düşüncesinden hareket etmek de mümkündür. Bu halde ilgili maddenin işlevinin, Kanun'un diğer hükümlerine, sadece dâva şartı arabuluculuk için uygunluk arz eden “*usûlî işlemler*” bakımından yollama yapmak olduğu şeklinde bir yorum yapılabilecektir. Dolayısıyla, bu paralelde bakıldığında, m.18/A'nın ve uygun düştüğü ölçüde HUAK'ın diğer maddelerinin uygulanabilirliği, ancak ilgili özel kanunların yabancı unsurlu uyuşmazlıkları da kapsamına almasıyla mümkün olacaktır. Somutlaştırmak gerekirse, bu bağlamda, dâva şartı arabuluculuk yöntemine öncelikli başvuru gereğinin yabancı unsurlu iş dâvaları ile yine yabancı unsurlu ticarî dâvalara konu bazı hukukî uyuşmazlıkları da içermesi HUAK gereğince değil; öncelikle günümüz itibarıyla bu hususu özel olarak düzenleyen İş Kanunu, İMK ve TTK hükümlerinin yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar hakkında da uygulanabiliyor olmasına bağlı olacaktır.

O halde bu aşamada cevaplandırılması gereken diğer soru, İMK, İş K, TTK'nın yabancı unsurlu hukukî ilişkileri de idare edip edemeyeceği olacaktır. Adı geçen kanunî düzenlemelerde, *yabancı unsurlu* ticarî dâvalar ile iş hukuku alanına ait bazı hukukî uyuşmazlıkların çözümü bakımından arabuluculuk yöntemine başvurunun dâva şartı sayılacağını ifade eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Sözü edilen kanunlarda, bu yönde açık bir hükmün yokluğu, konunun farklı yorumlanmasına yol açacak muğlak bir durum yaratmaktadır. Bu nedenle aşağıda, yukarıda belirtilen ikinci yaklaşım dahilinde dâva şartı içeren özel kanunî düzenlemeler ayrı ayrı inceleme konusu yapılacaktır.

Ancak, bu konudaki açıklamalara geçilmeden önce belirtilmesi gereken bir diğer husus, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından dâva şartı arabuluculuktan söz edilebilmesi için, bir diğer şartın varlığının da gerekli hale gelebileceğidir. Bu şart, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklara da uygulanabiliyor olmak kaydıyla, HUAK m.18/A/(4), HUAK Yönetmeliği m.23 ve İMK m.3/(5) hükümlerinden hareketle somutlaştırılabilir. HUAK m.18/A/(3),(4) hükümleri, kanunla arabuluculuğun dâva şartı haline getirildiği hallerde başvurunun yapılacağı yeri tayin etmektedir. Başvuru, *uyuşmazlığın konusuna göre, yetkili mahkemenin bulunduğu yer*

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ilgili komisyon başkanlıklarınca görevlendirilen sulh hukuk mahkemeleri yazı işleri müdürlüğüne yapılmak durumundadır. HUAK Yönetmeliği m. 23/ (1)'de ise, başvurunun, karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin *yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki* adliye arabuluculuk bürosuna, adliye arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılacağı hükme bağlanmıştır. Adliye arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde, büronun görevini, görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğünün yerine getireceği HUAK Yönetmeliği'nin bu hükmünde de tekrarlanmıştır. İMK m. 3/(5)'de de HUAK Yönetmeliği hükmüne benzer bir düzenlemenin olduğu görülmektedir. Nitekim bu maddeye göre, başvuru, karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılacaktır.

HUAK m.18/A/(4) hükmünden çıkan sonuç, yabancı unsurlu bir hukukî anlaşmazlık/uyuşmazlık bakımından dâva şartı olarak arabuluculuktan söz edebilmek için, “*uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkeme*” ibaresinden hareketle, Türk mahkemelerinin somut hukukî sorunun çözümü bakımından *milletlerarası yetkiyi haiz bulunması*; İMK m. 3 ve HUAK Yönetmeliği m. 23'e göre ise karşı tarafın/taffarın *yerleşim yerinin/yerlerinden birinin* ya da arabuluculuk konusu edilecek *işin yapıldığı yerin* Türkiye olmasının gerektiğidir.

Mevcut düzenlemeler, yabancı unsurlu dâvalar bakımından farklı bir uygulamayı ve bazı soruları beraberinde getirecektir. Nitekim, İMK m. 3/(5) hükmü uyarınca, yabancı unsurlu iş hukuku alanına ait Kanun'da sayılan uyuşmazlıkların çözümü için arabulucuya başvurunun dâva şartı olması, muhtemel dâvalı/dâvalılardan birinin yerleşim yeri veya işin görüldüğü yerin Türkiye'ye işaret etmesiyle mümkün hale gelecektir. Benzer şekilde, -kural olarak ilgili olduğu Kanun hükümlerine aykırı olamayacağı hususu bir yana bırakılacak olursa-, Kanun'un uygulama alanını daraltan söz konusu HUAK Yönetmeliği hükümlerinin, uygulamada esas alınması halinde, dâvalının/dâvalılardan birinin yerleşim yeri veya işin görüldüğü yerin Türkiye olmadığı hallerde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi diğer milletlerarası yetki kuralları ile tayin edilebiliyor olsa da arabulucuya başvuru dâva şartı olmaktan çıkacaktır. Kanun hükmüne uygun bir yorum yapıldığı takdirde ise,

arabulucuya başvurunun dâva şartı haline gelmesi, somut hukukî uyuşmazlığı çözmek için milletlerarası yetkiyi haiz bir Türk mahkemesinin bulunması şartıyla mümkün olacaktır.

Bu noktada sorun, yerleşim yeri, işin görüldüğü yerin Türkiye’de bulunup bulunmadığının hangi aşamada dikkate alınabileceğidir. Yabancı unsur içeren uyuşmazlıklar bakımından bu tespit önem arz edecektir. Acaba dâvanın açıldığı mahkemede hâkim, arabulucuya başvurulmamasını dâva şartı sayarak dâvayı usûlden reddederken, dâva konusu yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlığın niteliğinin yanı sıra aynı zamanda somut uyuşmazlık bakımından, HUAK Yönetmeliği ile İMK hükümleri dairesinde karşı tarafın ya da karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yeri veya işin görüldüğü yerin Türkiye olmadığı hususlarını da dikkate alabilecek midir? HUAK m.18/A/(2) ilgili HUAK Yönetmeliği m. 22/(3) ve İMK m. 3/(2)’de bu soruya açıklık getiren özel bir hüküm bulunmamakta; ancak, genel olarak *arabulucuya başvurulmadan dâva açıldığı anlaşılırsa, derhal herhangi bir işlem yapılmaksızın dâva şartı yokluğu nedeniyle dâvanın usûlden reddine karar verileceği* belirtilmektedir. Bu hüküm dahilinde arabulucuya başvurulmamış olduğunun anlaşılması üzerine dâva şartı yokluğu nedeniyle usûlden ret kararı verilebilmesi için mahkemenin evleviyetle dâva konusu hukukî uyuşmazlığın dâva şartı arabuluculuk kapsamına dahil olduğunu tayin etmesi gerekir. Buna karşılık, maddenin lâfzı, mahkemenin dâva şartı yokluğuna dayalı usûlden ret kararı verirken aynı zamanda yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bağlamında anlam ve önem arz eden yetkili bir başvuru makamının mevcudiyetini de dikkate alabilmesine imkân verir bir yoruma izin verir gözükmemektedir. Söz konusu ihtimal düşünülmeden hazırlandığı açık olan maddeler bu yönüyle eleştiriye açıktır<sup>[12]</sup>. Esasen bu düzenlemeler, Türkiye’de mutlaka yetkili bir arabuluculuk bürosunun mevcut olabileceği tümüyle iç hukuka ait olan uyuşmazlıklar esas alınarak hazırlandığı için yabancı unsurlu dâvalar açısından sözü edilen belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Oysa, arabulucu yerine doğrudan mahkemeye başvuru yabancı unsur içeren dâvalarda, dâva şartının yokluğuna karar verecek mahkemenin aynı

[12] Paralel biçimde, arabulucuya başvurulmadan dâva açıldığının tespiti halinde örneğin taraf ehliyetinin veya mahkemenin yargı yetkisinin bulunmayışı, görevli sayılmayan bir mahkemede dâva açılmış olması gibi genel dâva şartları dahi incelenmeksizin bu özel dâva şartına dayanılarak dâvanın usulden reddedilecek olmasının yaratacağı sonuçların ilgili hükümlerin yerindeliğini sorgulanır kıldığı ve uygulanamayacağı yönünde bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 157-158.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

zamanda hiç değilse itiraz üzerine bu hususların bulunmayışını da değerlendirmesinin mümkün olması, usûl ekonomisi açısından gereksiz bir sürecin yaşanmasını engellemek bakımından uygun olurdu.

Zira, bu çerçevede, yalnızca hukukî uyuşmazlığın niteliğine dayalı bir usûlden ret kararı üzerine, arabuluculuk süreci başlatılırsa, HUAK m.18/A/(8); HUAK Yönetmeliği m. 25/(4), İMK m. 3/(9) hükümleri dairesinde arabuluculuk bürosu/yazı işleri müdürlüğü veya arabulucu, başvuru makamının yetkisini kendiliğinden dikkate alamayacaktır. Şayet arabulucu önünde arabuluculuk bürosunun/yazı işleri müdürlüğünün yetkisine süresi içinde itiraz edilirse, bu konuda, arabulucu dosyayı ilgili büroya gönderecek ve bu konuda sulh hukuk mahkemesi kesin karar verecektir. Arabuluculuk faaliyeti sürecinde süresi içinde yetki itirazı yapılmamışsa, arabuluculuk devam edecektir. Yetki itirazı sulh hukuk mahkemesince kabul edilirse, -yani yerleşim yeri, işin görüldüğü yer Türkiye değilse, bu halde arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirecek yetkili bir arabuluculuk bürosu/yazı işleri müdürlüğü olmayacaktır. İlgili düzenlemeler böyle bir durumda ne olacağına ilişkin bir açıklama içermemektedir. Bu halde tekrar mahkeme önünde dâva açıldığında yine ilgili maddelerin lâfzından hareketle dâva şartı yokluğuna mı karar verilecek yoksa sulh hukuk mahkemesinin kesin kararına binaen artık dâvaya bakılabilecek midir? İlk yorum çerçevesinde, hak arama hürriyetini zedeleyecek biçimde Türkiye’de dâva açılması fiilen önlenmiş olacaktır.

Aynı belirsizlik, öncelikle arabulucuya başvurulduğu ve itiraz üzerine sulh hukuk mahkemesinin yetkili bir büro bulunmadığını tespit ettiği durumlar bakımından da varittir.

## **B. Türk iş ve ticaret hukuku alanında dâva şartı arabuluculuğu öngören özel düzenlemeler**

### **1. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde dâva şartı arabuluculuk**

İş Kanunu m. 20 uyarınca, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde *işe iade talebiyle İMK hükümleri uyarınca arabulucuya* başvurmak zorundadır. Kanun’un 21. maddesine yapılan ekle, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde *ücret ve diğer hakların parasal değeri*; işçinin işe başlatılmaması durumunda ise Kanun’da

öngörülen *tazminatın parasal miktarı* konusunda uzlaşmaları şarttır. Aksi halde uzlaşma sağlanamamış sayılacaktır<sup>[13]</sup>. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığı takdirde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dâva açılabilir<sup>[14]</sup>.

O halde, 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tâbi bir iş ilişkisinden kaynaklanan yukarıda sözü edilen somut hukukî talepler hakkında İMK'nın 6. maddesinde sayılan yer itibariyle yetkili iş mahkemelerinde dâvanın açılıp görülebilmesinin ön koşulu, uzlaşmaya varılmaksızın arabuluculuk sürecinin geçirilmiş veya tamamlanmış olmasıdır.

Konuya, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından da uygulama alanı bulacağına dair açık bir hüküm ihtiva etmeyen İş Kanunu m. 20 ve diğer Kanun'un diğer hükümleri dahilinde bakıldığında, öncelikle 20. maddenin İMK hükümlerine yaptığı göndermenin, iç hukuka ait bireysel iş sözleşmeleri ile, "*iş sözleşmeleri*" başlıklı 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)<sup>[15]</sup> m. 27'de yer alan bağlama kuralları aracılığıyla *yabancı unsurlu iş sözleşmesinin esasını idare eden yetkili hukukun* Türk maddî hukuku olarak belirlenmiş ya da İş Kanunu'nun *doğrudan uygulanan kural niteliği taşıması* kaydıyla anlam ifade edeceği<sup>[16]</sup>; 4857 sayılı İş Kanunu'na dayalı söz konusu bu maddî hukuk taleplerinin öncelikle dâva şartı arabuluculuk yöntemine başvurulmak suretiyle ileri sürülebileceği söylenebilecektir.

Bunun dışında söz konusu hükmün, -yukarıda zikredilen bu ihtimaller dışında-, yabancı bir devlet hukukuna tâbi yabancı unsurlu iş ilişkisinden kaynaklanan benzer talepler bakımından genel olarak uygulama alanı bulacağı

[13] 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanun m. 12 ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine yapılan ek.

[14] 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanun m. 11 ile değişik, 4857 sayılı İş Kanunu m. 20/(1)'de, haksız fesih iddiasıyla işçinin işe iade talebi hakkında dâva şartı arabuluculuk faaliyeti sonucu uzlaşmaya varamayan tarafların anlaşmak suretiyle iş mahkemeleri yerine, özel hakeme müracaat edebilecekleri de öngörülmüş bulunmaktadır.

[15] 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Kanun: RG., 12.12.2007, S. 26728.

[16] MÖHUK m. 27'ye göre, Türk hukuku, taraflarca seçilmiş; böyle bir seçim yoksa veya geçersizse, mutad işyeri veya mutad işyeri yoksa işverenin esas işyerinin bulunduğu yer Türkiye'de ise ya da somut iş sözleşmesi, Türkiye ile yakın ilişki içindeyse uygulama alanı bulacaktır.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

sonucuna varılabilmesi, 20. maddede yer alan kuralın “*niteliği*” ve getiriliş “*amacı*”nın tayin edilmesine bağlıdır.

Millî hukuk sistemlerinde, usûl hukuku alanına ait meselelerin, mahkemenin hukukul/ *lex fori regit processum* (*lex fori*) tarafından idare edileceğine ilişkin kural, günümüz itibariyle evrensel olarak kabul görmekte ve uygulanmaktadır<sup>[17]</sup>. Her ne kadar pozitif bir düzenlemeye dayandırılmasa da söz konusu yaklaşım, Türk Milletlerarası Usûl Hukuku alanında da benimsenmekte; bu suretle, doktrinde genel çerçevede usûl hukuku meselelerinin *lex fori* olarak Türk hukuku esas alınmak suretiyle değerlendirileceği ifade edilmektedir<sup>[18]</sup>. Millî hukuk sistemlerinde kuralın uygulanabilirliği bakımından gözlemlenen fark, usûl ve esasa ait konuların nasıl ayırt edileceğine dair metoda ilişkindir; bir başka deyişle, bu farklılık, neyin bir usûl konusu sayılacağı sorusuna verilen cevapta yatmaktadır<sup>[19]</sup>.

Ancak, usûl hukuku alanına ait meselelere *lex fori*'nin uygulanması kuralı da mutlak değildir. Nitekim, esasen usûl hukuku alanına dahil olan, -dâvanın taraflarının tespiti, ülke dışında delil toplama, tebligat, zamanaşımı süreleri, ispat yükü ve ispat karineleri gibi- bazı meseleler bakımından dâva sebebini/*cause of action* idare eden yabancı maddî hukuka başvurulduğu görülmektedir<sup>[20]</sup>.

Bu bağlamda, Devletin egemenlik hakkı dahilinde sahip olduğu yargı hakkını onun adına kullanacak olan mahkemelerin görev alanını yani, *görev itibariyle yetkisini* tayin eden kuralların bir usûl hukuku kuralı niteliği taşıdığı söylenebilecektir<sup>[21]</sup>. Bunun yanı sıra, mahkemelerin yetkisini tayin eden kurallar da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Nitekim, yine evrensel biçimde kabul gördüğü üzere, hukukî uyuşmazlığı esastan çözmek

[17] **Richard GARNETT**, Substance and Procedure in Private International Law, United Kingdom 2012, s. 5 vd.

[18] **Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİĞANMEŞE**, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 7, İstanbul 2019, s. 338-340; **Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM**, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2017, B. 5, s. 481-483.

[19] **GARNETT**, s. 5 vd.; **Ersin ERDOĞAN**, Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2016, s. 36 vd.

[20] **GARNETT**, s. 35.

[21] **ERDOĞAN**, s. 116-117.

bakımından hangi mahkemelerin yetkili olacağına, mahkeme hukuku *münhasıran* karar verecektir<sup>[22]</sup>.

Bu kapsamda bir değerlendirme yapmak gerekirse, esasen İş Kanunu maddî hukuk alanına ait bir düzenleme olmakla birlikte, m. 20 hükmü, hukukî sorunların çözümüne dair mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birini dâva şartı olarak öngören niteliği ile usûl hukukuna ait bir kural niteliği taşımaktadır.

Kuralın *lex fori* ilkesi gereğince yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından da uygulanabilir olduğunu söylemek için ayrıca, getiriliş amacı da dikkate alınmalıdır. İlgili maddede arabulucuya başvuru gereğinin, 4857 sayılı *İş Kanunu hükümlerine bağlı olarak yapılacak talep hakları* esas alınarak öngörülmüş bulunduğu açıktır. Bu husus, 20. maddedeki kuralın, yabancı hukuk tarafından idare edilen benzer talepleri kapsamı dışında bırakan içerikte bir usûl hukuku kuralı olduğu yönündeki görüşün ağırlık kazanmasına ya da konuya ilişkin bir tereddütün ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

İş Kanunu gibi onun atıf yaptığı İMK'da da, -daha önce de ifade edildiği üzere-, ihtiva ettiği hükümlerin yabancı unsurlu iş ilişkilerine uygulanacağına ya da uygulanmayacağına dair herhangi bir özel açıklama yer almamaktadır. Bununla birlikte, arabuluculuk yöntemine başvurunun yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden kaynaklanan hukukî uyuşmazlıklar hakkında dâva şartı haline gelip gelmediği konusunda verilecek nihai karar, İMK hükümlerinin niteliğine dayalı daha ayrıntılı bir tahlili gerekli kılmaktadır.

İş Mahkemeleri Kanunu m. 3'de, *kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle dâva açılabilmesi*, öncelikle arabulucuya başvurulmuş olması şartına bağlanmıştır (fık. 1)<sup>[23]</sup>. Buna karşılık, *iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan*

[22] **GARNETT**, s. 144; aynı yönde bkz. **Ergin NOMER**, Devletler Hususî Hukuku, B. 2, İstanbul 2017, s. 392; **ERDOĞAN**, s. 117-120.

[23] İş Mahkemeleri Kanunu m. 3'ün özel gerekçesinde bu kalemler şöyle somutlaştırılmaktadır: "Bu kapsamda işçi tarafından talep edilebilecek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile işveren tarafından talep edilebilecek ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri için dava açmadan önce madde kapsamında arabulucuya başvurulması zorunlu olacaktır. Bu çerçevede 6098 sayılı

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

*maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu dâvaları için arabulucuya başvuru dâva şartı sayılmamıştır (fik. 3).*

Kanun'un bu düzenleme tarzından hareketle, doktrinde, İMK'da, "... *bahse konu dâvaların yabancı unsur taşıyıp taşıyamamasına göre bir ayırım yapılma(dığı; (b)u itibarla, yabancı unsur taşıyan bireysel iş akitlerinden doğan bu tür dâvalar bakımından da arabulucuya başvurulmuş olması(nın) bir dâva şartı teşkil...*" edeceği görüşüne yer verilmektedir<sup>[24]</sup>.

İş Mahkemeleri Kanunu, "*kapsam*" başlıklı 1. maddesinde zikredildiği üzere, *iş mahkemelerinin kuruluş, görev, yetki ve takip edecekleri yargılama usûlünü belirleyen usûl hukuku alanına ait bir düzenlemedir.* Kanun'un usûl hukuku alanına ait bir düzenleme niteliği taşıması, Milletlerarası Usûl Hukuku alanında benimsenen *lex fori* kuralı uyarınca kural olarak, onun yabancı unsurlu dâvalar bakımından da uygulama alanı bulabileceği sonucunu yaratacaktır. Ancak, ilgili Kanun hükümlerinin, *yer itibariyle yetki, görev itibariyle yetki* ve düzenlemenin 3. maddesinde sözü edilen "*kanun*" ile "*bireysel ya da toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan talepler*" ibarelerinin yorumu ekseninde daha ayrıntılı biçimde tahliline ihtiyâç bulunmaktadır.

---

Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen "Hizmet Sözleşmeleri" (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı olarak kabul edildiğinden Kanunun 5 inci maddesi bu tür uyuşmazlıkları iş mahkemelerinin görevine dahil etmektedir... Maddenin üçüncü fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla, işçi ve işveren arasında haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi nedenlerden doğduğu iddia edilen ve iş ilişkisinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvurulması bir dava şartı olarak öngörülmektedir. Örneğin işçi veya işverenin iş ilişkisi kapsamında birbirlerine hakaret etmekten kaynaklanan ya da işçinin işyerindeki işverene ait mal ve malzemelere zarar vermesinden doğan tazminat talepleri dava açılmadan önce bu madde kapsamında arabulucuya götürülecektir. Ancak işverenin kiracısı olan bir işçinin, kira borcunu ödememesinden kaynaklanan, bir başka ifadeyle iş ilişkisinden doğmayan alacak, kira alacağı olarak nitelendirilmeli ve görünüşte işçi ve işveren arasındaki bu uyuşmazlık, bir alacak uyuşmazlığı olsa da madde kapsamında değerlendirilmemeli ve genel hükümlere tabi tutulmalıdır." Türkiye Büyük Millet Meclisi Yasama Dönemi Yasama Yılı 26, Sıra Sayısı: 491, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>

[24] ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 419-420 (naklen). Aynı yönde bkz. YARAR, s. 61-62.



Bu çerçevede, öncelikle İMK m. 3’de yer alan “*kanun*” ibaresi ile kanun koyucunun sadece Türk maddî hukuk kurallarına mı işaret ettiği yoksa daha geniş anlamda kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuk kurallarına dayalı benzer talepleri de dahil etme amacının mı bulunduğu belirlenmelidir. Kanun’un 3. maddesinde yer alan bu ifade, maddenin özel gerekçesinden de anlaşıldığı üzere<sup>[25]</sup>, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından yetkili kılınan yabancı hukuku da dikkate alan bir düşüncenin ürünü değildir. Burada temel alınan, *Türk maddî hukuk kurallarının uygulama alanı bulunduğu iş sözleşmelerinden kaynaklanan hukukî talep haklarıdır*. Bu kapsamda, Türk kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları aracılığıyla yabancı unsur içeren iş sözleşmeleri bakımından yetkili hukukun Türk hukuku olarak belirlendiği hallerin de zikredilmesi mümkündür.

Benzer şekilde, Kanun’un 3. maddesindeki, “*bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayalı talepler*” ibaresinin, yabancı hukuka tâbi ve bu hukuka dayalı benzer talep hakları düşünülerek kaleme alınmış olduğu da söylene-meyecektir. Madde gerekçesinde, aksine bir sonuca varmayı sağlayacak bir açıklama yer almamaktadır.

İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri ile düzenlenen bir diğer husus, *yer itibariyle yetkili iş mahkemelerinin* hangileri olacaktır. İMK m. 3’de öngörülen dâva şartı arabuluculuk, aynı zamanda yer itibariyle yetkili iş mahkemelerine müracaat edebilmenin ön koşulu olarak belirlenmiştir.

Bu bağlamda bakıldığında, arabuluculuk yöntemine başvurunun yabancı unsurlu iş ilişkilerinden kaynaklanan hukukî uyuşmazlıklar bakımından anlam ifade etmesi, bu konularda İMK’nın 6. maddesinde sayılan yer itibariyle yetkili mahkemelerin aynı zamanda milletlerarası yetkiyi de haiz olmasına bağlıdır.

MÖHUK’un “... *Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi... bu Kanunla düzenlenmiştir*” ifadesini içerir 1. maddesi uyarınca, yabancı

[25] İş Mahkemeleri Kanunu m. 3’ün özel gerekçesinde belirtildiği şekliyle, “(b)irinci fıkrada yer alan “*Kanuna*” ibaresiyle alacak veya tazminat talebinin 4857 sayılı İş Kanunundan veya diğer kanunlardan kaynaklanabileceği ifade edilmektedir... Bu çerçevede 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen “*Hizmet Sözleşmeleri*” (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve tazminat talepleri için de... bu tür uyuşmazlıkları iş mahkemelerinin görevine dahil etmektedir...”

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

unsur içeren hukukî uyuşmazlıkları çözmek bakımından milletlerarası yetkiyi haiz olacak mahkemeler bu kanun hükümleri ile tayin edilecektir. Kanun'un 44. maddesi yabancı unsur içeren iş sözleşmesi ve iş ilişkisinden doğan dâvalar bakımından milletlerarası yetkili hale gelecek Türk mahkemelerini tayin etmektedir. O halde kural olarak, MÖHUK m. 44'de yer alan ve yabancı unsur içeren iş sözleşmeleri ve iş ilişkileri bakımından Türk mahkemelerinin yer itibariyle milletlerarası yetkisini tayin eden *özel nite-likli yer itibariyle yetki kurallarındaki* objektif yetki unsurlarından birinin bir Türk mahkemesine işaret ettiği hallerde, İMK m. 6 hükmü, yabancı unsurlu dâvalar bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Bu nedenle, MÖHUK m. 44'de sayılan objektif yetki unsurlarıyla bir Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi belirlenebildiğinde, İMK'da sayılan mahkemelerin yer itibariyle milletlerarası yetkisinden söz edilemeyecektir.

Bunun yanı sıra, İMK'nın, "*iş mahkemelerinin yetkilerine ilişkin olarak diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır*" hükmünü içerir 6/4. maddesi de açıkça bu önceliğe işaret etmektedir. Buna göre, *saklıdır* ifadesinden hareketle, MÖHUK m. 44'deki yetki kurallarıyla Türkiye ile bağlantının kurulabildiği hallerde, İMK m. 6'da belirtilen yer itibariyle yetkili iş mahkemelerinin bu yetkisinin bertaraf edilmiş olduğu düşünülmelidir. Bu çerçevede yorum yapıldığında, İMK m. 3'de öngörülen ve İMK m. 6 hükmüyle belirlenen *yer itibariyle iş yetki kuralları* bakımından anlam ifade eden dâva şartı arabuluculuk yönteminin, MÖHUK m. 44 hükmü bağlamında bir etki yarattığı söylenemeyecektir.

Kanun'a bir başka açıdan bakıldığında, İMK m. 3 ile düzenlenen "*dâva şartı arabuluculuk*" yöntemi, aynı zamanda *görev itibariyle yetkili kılınan iş mahkemelerine başvurunun* da ön şartı sayılmaktadır. Yer itibariyle yetki hangi kanuna dayanılarak belirlenirse belirlensin arabulucuya başvurunun aynı zamanda, İMK ile "*görev itibariyle yetkisi*" tayin edilen iş mahkemelerinde dâvanın görülebilmesinin ön şartı kılınmış olduğu kabul edilirse, yabancı unsur içeren ve *kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle*<sup>[26]</sup> dâva açabilmek için öncelikle arabulucuya başvuru aşamasının bir uzlaşmaya varılmaksızın tamamlanması zorunlu hale gelecektir.

[26] Yabancı unsurlu dâvalarda, bu hususlar, Türk kanunlar ihtilâfi hukuku kuralları aracılığıyla tayin edilen yetkili hukuk kapsamında anlam ifade edecektir.

Türk hukukunda, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıkların çözümünde görev itibariyle yetkili olacak mahkemeleri tayin eden özel görev kuralları ile yabancı unsurlu dâvalara bakmaya yetkili özgün ihtisas mahkemeleri tayin edilmiş değildir. Mevcut bu düzenleme tarzı itibariyle bakıldığında, görevi belirleyen kuralların aynı zamanda genel olarak yabancı unsurlu dâvalar bakımından da mahkemelerin görev itibariyle yetkisini belirleyeceği söylenebilecektir. İMK m. 3(1)'deki görev kuralı özelinde bir değerlendirme yapıldığında da, düzenlemenin iş hukukundan kaynaklanan yabancı unsurlu dâvalara özgü hiçbir ayırt edici açıklama içermediği görülmektedir. Bu nedenle, yabancı unsurlu bir iş ilişkisine dayalı “işçi veya işveren alacağı” ve “tazminat” ile “işe iade” talepleri bakımından da, -bu talepler Türk kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları aracılığıyla tayin edilecek yetkili yabancı hukuktan kaynaklansa bile-, arabuluculuğa başvuru, dâva şartı sayılabilecektir.

## 2. Yabancı unsurlu ticarî dâvalar bakımından dâva şartı arabuluculuk

7155 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen m. 5/A]<sup>[27]</sup> ile *konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini* içerir ticarî dâvalarda da arabulucuya başvuru dâva şartı haline getirilmiştir. Maddede, *TTK'nın 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî dâvalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri* hakkında dâva açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dâva şartı sayılmıştır. TTK m. 5/A hükmüne göre arabuluculuk yöntemine başvurunun dâva şartı haline gelebilmesi iki koşula bağlanmıştır. Bunlar sırasıyla, hukukî uyuşmazlığın, TTK m. 4'de veya diğer kanunlarda belirtilen *ticarî dâvalardan* birinin konusu sayılması ve *konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini* içermesidir.

MÖHUK'ta ticarî dâvalar bakımından, -m. 46 çerçevesinde kısmen sigorta sözleşmeleri dışında-, uygulama alanı bulacak Türk mahkemelerinin yer itibariyle milletlerarası yetkisini tayin eden özel yetki kuralları mevcut değildir. Bu nedenle, MÖHUK m. 40'ın yaptığı yollamaya binaen yabancı unsurlu ticarî dâvalarda da HMK hükümleri ile diğer kanunlarda yer alan özel nitelikli

[27] İç hukukta, dâva şartı arabuluculuğa tâbi ticarî dâvalar hakkında görüş için bkz. **İlker KOÇYİĞİT/Alper BULUR**, Ticari Uyuşmazlıklarda Dâva Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Mart 2019; ayrıca bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 287 vd.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARİ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

yer itibarıyla yetki kuralları, milletlerarası yetkiyi haiz Türk mahkemelerinin tespitinde rol oynayacaktır. Bu suretle, MÖHUK, HMK hükümleri veya ticarî dâvalara özgü diğer yetki kuralları dahilinde milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması halinde, arabuluculuk yöntemine başvurunun (HUAK)'da öngörülen iki hal dışında, *-özel kanunlarda tahkime veya diğer alternatif çözüm yollarına başvurunun zorunlu kılındığı ya da tahkim anlaşmasının varlığı-*, yabancı unsurlu ticarî dâvalar bakımından da dâva şartı haline gelmiş olup olmadığının tespiti, TTK m. 5/A hükmünün niteliği ile uygulama alanının belirlenebilmesine bağlıdır. Daha geniş bir ifadeyle öncelikle ilgili maddenin, esasa mı yoksa usûle ait bir kural mı içerdiği sorusuna cevap verilmeli ve eğer bir usûl hukuku kuralı ise, yabancı unsurlu dâvaları da kapsayacak biçimde bir *ticarî dâva* tanımı mı vermekte olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

TTK m. 5/A/(1) dahilinde bir tahlil yapmak gerekirse, madde her ne kadar maddî hukuk hükümleri içeren TTK içinde yer alsa da, usûl hukuku alanına ait özel/alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvuruyu düzenlemektedir. Bu açıdan bakıldığında, bir dâva şartı öngörerek mahkemelerin yargı yetkisini etkileyen madde, bir usûl hukuku hükmü niteliğindedir ve bu sıfatıyla, maddenin usûl hukukuna ait bir düzenleme olarak, usûl hukuku alanında genel kabul gören *lex fori* ilkesi dahilinde yabancı unsurlu ticarî dâvalar bakımından da uygulama alanı bulması gerektiği sonucuna ilk bakışta varılabilecektir<sup>[28]</sup>.

Ancak bu maddede, *TTK'nın 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî dâvalara* atıf yapılmak suretiyle dâva şartı arabuluculuğa tâbi kılınan ticarî dâvalar belirlenmektedir. Dolayısıyla, 5/A maddesinin yabancı unsurlu dâvalar bakımından da uygulanabilirliği, *"dâvanın ticarî niteliği"* nin TTK ve onun yollama yaptığı diğer kanunlar esas alınarak tayin edilebilmesine bağlı olacaktır.

*"Ticarî dâvalar, çekişmesiz yargı işleri ve delilleri"* başlıklı TTK m. 4'de, *"her iki tarafın da ticarî işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk*

[28] Ön inceleme aşamasında ilk vasıflandırmanın mahkemenin hukukuna göre yapılacağı; daha sonra hukukî uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk çerçevesinde gerçekleşecek vasıflandırmanın görevi etkilemeyeceği, ayrıca, mahkemenin görevi konusunda yabancı hukukun dikkate alınmasının pratik açıdan makûl görünmediği, bu nedenle, görevli mahkemenin tespiti konusunda *lex fori*'nin uygulanacağı yönünde görüş için bkz. ERDOĞAN, s. 116-117.

*dâvaları... ile tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın maddede zikredilen kanunî düzenlemelerin uygulama alanına giren hukukî uyuşmazlıklar*” ticarî dâvalar olarak tanımlanmaktadır. TTK m. 4’de yer alan kıstaslardan ilki, hukuk dâvasının *her iki tarafın da ticarî işletmesiyle ilgili* hususlardan doğmuş olmasıdır. Türk hukukunda her ne kadar ticarî işletmenin varlığı tacir sıfatının tayininde rol oynasa da, burada tacir tanımından ziyade, hukukî ilişkinin ticarî işletme ile bağlantılı olması hususu esas alınmıştır. Kanımızca, bu ifade, yabancı unsurlu hukukî ilişkiler bakımından da anlam ifade edecektir. Buna göre, her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilişkili bir hukuk işlem, ilişkiden kaynaklanan yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar, TTK m. 4 ve 5/A dahilinde ticarî dâva konusu olabilecektir. Dolayısıyla, bu ibare çerçevesinde kalmak kaydıyla, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıkların çözümü için yer ve görev itibariyle yetkiyi haiz bir Türk mahkemesine başvurunun ön şartının, arabuluculuk sürecinin uzlaşmaya varılmaksızın tamamlanmış bulunması olacağı düşünülebilecektir.

Bunun dışında, konuya, TTK m. 4’de yer verilen bir diğer kıstas açısından da yaklaşılmalıdır. TTK m. 4’de sırasıyla, tarafların tacir olup olmadığı önem arz etmeksizin Türk Ticaret Kanunu ile, Türk Medenî Kanunu’nun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 (b fık.); Türk Borçlar Kanunu’nun, malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticarî temsilciler, ticarî vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580. maddelerinde (c fık.), fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta (d fık.); borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde (e fık.); bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde (f fık.) öngörülen hususlardan doğan hukuk dâvaları, *ticarî nitelikli dâvalar* olarak sayılmıştır. Ancak, herhangi bir ticarî işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan dâvalar bundan istisna tutulmuştur<sup>[29]</sup>.

[29] Mutlak, nispi ticarî dâvalar ayrımı dâhilinde bu konudaki açıklamalar için bkz. **Sabih ARKAN**, Ticarî İşletme Hukuku, B. 24, Ankara 2018, s. 107-116; ayrıca bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 291-302.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARİ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

TTK m. 4'de atıf yapılan tüm bu kanunî düzenlemeler, hukukî uyuşmazlıklara esastan çözüm getiren Türk iç maddî hukuk kurallarıdır ve dâva konusu edilecek talep hakları bu kurallara dayalı olarak doğmaktadır; yabancı unsurlu uyuşmazlıkların esası hakkında uygulanabilirlikleri ise, ancak, Türk kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları aracılığıyla yetkili kılınan hukukun Türk hukuku olarak belirlenmesine ya da bu kanunî düzenlemelerin ilgili hükümlerinin *doğrudan uygulanan kural veya maddî milletlerarası özel hukuk kuralı* niteliği taşımasına bağlıdır. Dolayısıyla, Türk maddî hukuk kurallarının yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklarda dâva konusu edilecek somut talep haklarının hukukî dayanağını oluşturduğu durumlarda, TTK m. 5/A'da öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurunun gerekli hale geleceği söylenebilecektir.

Öte yandan TTK m. 5/A/(1)'de yer alan *diğer kanunlar* ibaresinin, başlıca Türk hukuk kurallarına işaret ettiği; yabancı hukuklarda yer alan kanunları kapsayacak bir düşünceye dayanılarak vaz' edilmediği açıktır.

Niteliği itibariyle, her ne kadar usûl hukuku alanına ait olsa da ilgili madde bu kapsamda ele alındığında, öngördüğü arabuluculuk yöntemine başvurunun, -her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili olan hukukî ilişkiler hariç-, TTK m. 4'de ismi zikredilen özel kanunların ve TTK m. 5/A'nın yollama yaptığı diğer Türk maddî hukuk kurallarının ancak yetkili hukuk olarak belirlendiği yabancı unsur içeren hukukî uyuşmazlıklarla sınırlı olarak, dâva şartı sayılabileceği düşünülebilir.

Bundan farklı bir sonuca ulaşılabilmesi ise ancak, TTK m. 5/A'daki diğer kanunlar ibaresinin, millî hukuk sistemlerine ait kanunları da içerecek şekilde geniş yorumu ile veya yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlığın, dâvanın esası bakımından uygulanacak yetkili hukuk olmasalar da TTK. m. 4'de atıf yapılan özel kanun hükümlerinin düzenleme alanına giren konulara ilişkin bulunmalarının yeterli görülmesi kaydıyla mümkün olabilecektir. Diğer kanun ibaresinin geniş yorumlanması halinde, Türk hukukuna göre ticarî dâva konusu sayılmayan buna karşılık somut hukukî uyuşmazlığın esasını idare eden yetkili yabancı hukukta ticaret hukuku alanına ait sayılan bir ticarî ilişkiden kaynaklanan hukukî sorunların çözümü bakımından da öncelikle arabulucuya başvuru aranacaktır.

### C. Tahkim anlaşması ve yetki anlaşmasının dâva şartı arabuluculuk üzerindeki etkisi

HUAK m. 18/A/(18)'de yer alan “(ö)zel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dâva şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.” hükmüne göre, -Türk usûl hukuku kuralları aracılığıyla tahkime veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birine başvurunun yabancı unsurlu dâvalar bakımından da mecburi kılındığı hallerin yanı sıra-, taraflarca akdedilmiş bir tahkim anlaşması mevcut ise arabulucuya öncelikli başvuru dâva şartı olmaktan çıkacaktır. Bu hüküm TTK bakımından doğrudan etki doğuracaktır. İMK'da benzeri bir hüküm bulunmamakla birlikte, HUAK'ta yer alan bu hükmün, “(b) u maddede hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulanır” ifadesini içerir İMK'nın 3(21). fıkrasının yaptığı yollamaya dayanılarak, İMK bağlamında da *uygun düştüğü ölçüde* etki yaratacağı sonucuna varılabilecektir<sup>[30]</sup>.

HUAK m. 18/A/(18), mevcut hali ile bazı soruları akla getirmektedir. Bunlardan ilki, *tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dâva şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz* ifadesini içerir maddenin, anlaşmanın, arabuluculuk-tahkim şartı/*mediation-arbitration*(*med-arb*) *clause*<sup>[31]</sup> biçiminde hazırlanmış olması halinde uygulanıp uygulanamayacağı ile alâkalıdır. Böyle bir şartın hukukî etkisi, -yani, arabuluculuk şartına rağmen doğrudan tahkim yargısına başvurulup başvurulamayacağı-, konusundaki farklı yaklaşımlar ve arabuluculuk faaliyetini idare etmek üzere tayin edilmiş hukuk kuralları, -Türk hukuku, yabancı bir millî hukuk sistemi veya arabuluculuk/tahkim merkezi kuralları-, bu soruya verilecek cevap bakımından bir tereddüt yaratacaktır. Örneğin, tarafların tahkim yargısına müracaat etmeden önce HUAK hükümlerine göre veya genel olarak Türk

[30] Genel olarak iş sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkacak hukukî uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği hakkında bkz. **Ziya AKINCI**, Miletlerarası Tahkim, B. 4, İstanbul 2016, s. 79-85.

[31] Tahkime başvurudan önce arabulucuya müracaat edilmesini öncelikli kılan bu tür anlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Didem KAYALI**, “*Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*”, Journal of International Arbitration, Vol. 27, Nr. 6, pp. 551-577.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

hukuku kuralları dairesinde arabulucuya gidileceğini kararlaştırmış olmaları halinde, bu madde nasıl yorumlanacaktır?

Bu sorulardan bir diğeri, arabulucuya başvuruyu dâva şartı olmaktan çıkararak “*tahkim sözleşmesi*” ibaresinin kıyasen, “*yetki anlaşmaları*” nı da içerecek biçimde daha geniş yorumlanmasının mümkün olup olmadığıdır. Nitekim, yabancı unsur içeren ticarî bir ilişkiye dair taraflar arasında akdedilmiş bir yetki anlaşması bulunsa bile arabuluculuk yöntemine başvurunun dâva şartı olduğu sonucuna varılabilecek midir? Daha somut ifadeyle, yabancı unsurlu bir ticarî uyuşmazlık için, HMK’nın yetki anlaşmasını düzenleyen m. 17 vd. hükümleri dahilinde yapılmış bir yetki anlaşmasıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayin edildiği durumlarda, arabuluculuğa başvuru yine bir dâva şartı mı teşkil edecektir? Arabulucuya başvurunun dâva şartı haline getirilmesinin başlıca amacı, mahkemelerin iş yükünü azaltmak olduğuna göre<sup>[32]</sup>, bu çerçevede, olumsuz bir sonuca varılacağı görüşü ağırlık kazanacaktır.

Öte yandan, -yetki anlaşmasını kapsayan veya dışlayan geniş ya da dar yorumuyla- maddenin ne anlam ifade edeceği de açık değildir. Nitekim, bu maddede, dâva şartı arabuluculuğa tâbi kılınan hukukî uyuşmazlıkların tahkim anlaşması konusu yapılabilmeye elverişli olacağı mı ifade edilmektedir? Yoksa, bu istisna tahkime elverişli hukukî uyuşmazlıklar için mi öngörülmüştür? Zira ilgili maddede, “*tahkim sözleşmesinin*” “*yapılabildiği*” değil “*bulunduğu hallerde*” ibaresi yer almaktadır.

Bir diğer soru, tahkim anlaşmasını varlığının hangi anda nasıl etki yaratacağı ile ilgilidir. İlk olarak, tahkim anlaşmasına rağmen taraflardan biri dâva şartı arabuluculuk sürecini başlatmışsa, başvuru makamı mevcut bir tahkim anlaşmasını dikkate alarak talebi reddedebilecek midir? Bununla bağlantılı önem arz edecek bir başka husus, ilgili başvuru makamı ve daha sonra arabulucunun, bu anlaşmaların *varlığını* yeterli mi göreceği yoksa ayrıca *geçerliliğini* de tayin edip edemeyeceği olacaktır.

HUAK m. 28/(3) ve HUAK Yönetmeliği m. 4/1/(a)’da, adliye arabuluculuk bürolarının işlevi, arabuluculuğa başvuruları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve kanunla belirtilen diğer görevleri yerine getirmek biçiminde tanımlanmıştır. Yine, HUAK m. 18/A/(7), HUAK Yönetmeliği

[32] Dâva şartı arabuluculuk yönteminin tercihinde bu amacın esas alınmasına yönelik eleştiriler için bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ ATALI/SEVEN**, s. 138 vd.



m. 24/(3), İMK m. 3/(8), başvuru makamı olan adliye arabuluculuk bürosunun/ yazı işleri müdürlüğünün böyle bir araştırma görev ve yetkisinin olmadığı, adliye arabuluculuk bürosunun sadece iletişim bilgileri dahilinde süreci başlatmakla sınırlı bir etkisinin bulunduğu düşüncesini desteklemektedir<sup>[33]</sup>. Nitekim, karşı taraf ancak, zikredilen bu maddeler uyarınca arabulucunun kendisine yapacağı bildirim üzerine arabuluculuk sürecinin başlatıldığını öğrenebilecektir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasına dayalı bir itiraz da bu bildirimden sonra yapılabilecek olduğundan ilgili büronun bu hususu dikkate alabilmesi mümkün olmayacaktır.

Konuya arabulucu açısından bakıldığında ise, acaba tahkim anlaşmasına dayalı itiraz üzerine arabulucu bu hususu adliye arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz dahilinde bir konu kabul edip süreci başlatabilecek midir yoksa HUAK m.18/A/(20) hükmüne dayanılarak, kıyasen uygulanabilecek m.17/(1)/(d) hükmünde ifadesini bulan uyuşmazlığın *arabuluculuğa elverişli olmadığı*<sup>[34]</sup> gerekçesine dayanarak faaliyeti sonlandırabilecek midir? Her iki halde de tahkime elverişlilik dahil tahkim anlaşmasının geçerliliğine dair muhtemel bir itirazın etkisi ne olacaktır? Ya da tahkim anlaşmasının bulunduğu hallerde dâva şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı ifadesini içeren HUAK m.18/A/(18) hükmü arabulucuyu bağlayan bir direktif işlevi görebilecek midir?

Devamla, bu çerçevede arabulucu önünde bir itiraz yapılabileceği kabul edilecek olur ve arabuluculuk faaliyeti devam ederken tahkim anlaşmasının varlığına dayalı bir itiraz yapılmaz ise, arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir uzlaşmaya varılamamış olması durumunda, halen tahkim iradesinden yani, tahkim anlaşmasının varlığından söz edilebilecek ve tahkim yargılaması başlatılabilecek midir?

Bunun dışında kural olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf eden bir tahkim anlaşmasına rağmen, Türk mahkemesi önünde dâva açılmış olması durumunda diğer taraf tahkim anlaşmasına dayanarak

[33] Hukukî uyuşmazlığın dâva şartı arabuluculuk kapsamında bulunup bulunmadığını ve bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek bakımından yetkili olan tek merciin mahkemeler olduğu yönünde bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 158.

[34] Bu durumun, ilgili düzenlemelerde zorunlu arabuluculuk faaliyetinin sona erme nedenleri arasında sayılmasa da dikkate alınacağına dair görüş için bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 176-177.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

süresi içinde tahkim ilk itirazında bulunursa mahkeme, HMK m. 413 ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK)<sup>[35]</sup> 5. maddesine dayanarak dâvanın usûlden reddine karar vermek durumundadır. Oysa, HUAK m.18/A/(2), HUAK Yönetmeliği m. 22/(3) ve İMK m. 3/(2)'de, *mahkemenin, arabulucuya başvurulmadan önce dâva açıldığıнын anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapmaksızın dâva şartı yokluğu sebebiyle usûlden ret kararı vereceği hükme bağlanmıştır*. Bu hükümden hareketle hukukî uyuşmazlığın konusu itibariyle dâva şartı arabuluculuğa tâbi olduğu kanaatine varan mahkemenin, başkaca bir işlem yapmaksızın, -yani tahkim anlaşmasına dayalı bir itirazı dikkate almaksızın-, dâva şartı yokluğuna dayanarak derhal usûlden ret kararı vermek durumunda kalacağı ilk bakışta söylenebilecektir. Nitekim, bu maddelere göre, dâva şartının ilk itirazlardan önce ele alınması gerekecektir. Dolayısıyla, bu aşamada, tahkim anlaşmasına dayalı ilk itiraz dikkate alınamayacak ve mahkemenin dâva şartına dayalı usûlden ret kararı üzerine hukukî uyuşmazlığın taraflarından biri ya tahkim yargılamasına ya da arabuluculuğa başvurmak durumunda kalacaktır. İkinci halde yukarıda sözü edilen arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan sorunlar yine gündeme gelecektir.

Ancak, mahkemenin, *herhangi bir işlem yapmaksızın dâva şartı yokluğu sebebiyle usûlden ret kararı vereceğini öngören HUAK m.18/A/(2), HUAK Yönetmeliği m. 22/(3) ve İMK m. 3/(2) ile tahkim anlaşmasının bulunduğu hallerde dâva şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı* ifadesine yer veren HUAK m.18/A/(18) hükümlerinin uyum içinde birlikte anlam ifade etmesini sağlayacak şekilde daha farklı bir yorum da yapılabilecektir.

Nitekim, m.18/A/(18) hükmünün, tahkim anlaşmaları ile sınırlı olarak karşı tarafa yapılacak tebligata binaen başlayan süreçte ilk itirazların öne sürüldüğü aşama tamamlandıktan sonra ya da dâva şartı arabuluculuğun HMK m.137 ve 138'de düzenlendiği gibi ilk itirazlarla birlikte değerlendirilebilmesine imkân verdiği düşünülebilecektir. Bu çerçevede, mahkeme, ilk itirazlarla dâva şartını birlikte ele alarak, süresi içinde itiraz yapılmaz ise, m.18/A/(2) hükmü gereğince hareket edebilir ya da itiraz üzerine tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebilir ve geçerli ise 18/A/(18) hükmüne dayanarak tahkim anlaşması lehine yetkisizlik ya da geçersiz ise dâva şartı yokluğundan usûlden ret kararı verebilir.

[35] 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Kanun: RG., 05.07.2001, S. 24453.

## SONUÇ

Türk iş ve ticaret hukuku alanına ait hukukî ilişkilere dayalı uyuşmazlık konusu bazı talep haklarının dâva yoluyla elde edilmesini sağlayabilmek için öncelikle arabulucuya başvuruyu *dâva şartı* kılan kanunî düzenlemelerin, aynı zamanda yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından da uygulanması ihtimali, bu düzenlemelerin mevcut hükümleri doğrultusunda bakıldığında tereddüt yaratmakta; ilgili düzenlemelerin farklı yorumlara yol açması kaçınılmaz görülmektedir. Bu bağlamda, HUAK ve dâva şartı arabuluculuğu düzenleyen/öngören İK, İMK ile TTK hükümleri, milletlerarası yer itibariyle yetkiyi haiz Türk iş ve ticaret mahkemelerine doğrudan başvuruyu engelleyen bir işlev görecektir? sorusuna ilişkin bir tartışmanın güncellik kazanacağı açıktır.

Hiç şüphesiz, esasen mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla bazı hukukî uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvurulmasının dâva şartı haline getirilmesi kanun koyucunun tercihidir. Ancak, günümüz itibariyle, tümüyle iç hukuka ait -özellikle ticarî dâva konusu- hukukî uyuşmazlıklar bakımından dahi dâva şartı arabuluculuk yöntemine tâbi kılınan hukukî sorunların ne olacağına dair tartışmalar devam etmektedir ve bu yönetime başvuruya ilişkin yerleşik bir uygulama henüz oluşmuş değildir.

Hal böyle iken, hukukî uyuşmazlıkların yabancı unsurlu niteliği ve milletlerarası toplum/ticaret hayatının gerekleri etraflıca değerlendirme konusu yapılmaksızın, iş ve ticaret hukuku alanına ait yabancı unsurlu ilişkilerin, arabulucuya başvuruyu dâva şartı haline getiren kanun hükümlerinin uygulama alanına dâhil edilmesinin yerindeliliği ve uygulanabilirliği de tartışmaya açık olacaktır.

Tüm bu nedenlerle, Türk usûl hukuku alanında henüz yer edinmeye başlamış bir alternatif çözüm yönteminin, iç hukuk uyuşmazlıkları bakımından işlev kazanmış, benimsenmiş hale gelmesinden sonra ve özellikle yabancı unsurlu dâvaların kendine özgü niteliğini, farklı sorunlarını<sup>[36]</sup> dikkate alan;

[36] Bu bağlamda, bir örnek vermek gerekirse, taraflar aralarında mevcut iş hukuku veya ticaret hukuku alanına ait yabancı unsurlu bir hukukî ilişkiden doğacak hukukî uyuşmazlıklar için arabulucuya başvurmayı yaptıkları arabuluculuk anlaşmasıyla kabul etmiş ve bu faaliyeti münhasıran yabancı bir ülke hukukuna veya yabancı bir ülkede yer alan kurum/enstitülerin kurumsal arabuluculuk ilkelerine tâbi kılmışlar ise, bu tür bir anlaşmanın, anlaşmaya rağmen dâvanın açıldığı Türk mahkemesinin yetkisi üzerindeki etkisi ne olabilir/olmalıdır? Yine bir başka örnek olarak, taraflar

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

arabuluculuk anlaşmalarının geçerliliği ile mahkeme ve hakem mahkemeleri önünde yaratacağı hukukî etkiyi ayrı biçimde düzenleyen bununla paralel biçimde yabancı ülke hukukları dâhilinde verilmiş arabuluculuk kararlarının Türkiye’de etki doğurması ihtimalini de kapsayan<sup>[37]</sup> ayrı bir düzenlemenin konusu yapılması daha uygun olurdu.

---

yabancı hukuk kuralları dairesinde gerçekleşen arabuluculuk faaliyeti sonucu bir uzlaşmaya varamamış ve milletlerarası yetkiyi haiz Türk mahkemesinde dâva açılmışsa, bu aşamada da acaba Türk mahkemesi, dâva şartı yokluğundan dâvaya bakmayı reddedecek midir? Böyle bir yaklaşım, arabuluculuk yönteminin benimsenmesinde izlenen amaç ve usûl ekonomisi bakımından hak arama hürriyetinin etkin biçimde kullanımı ile ne kadar uygunluk arz edecektir?

- [37] Yabancı kanun otoritesi altında gerçekleşen arabuluculuk faaliyeti sonucu elde edilmiş *ticaret hukuku* alanına ait kararların Türkiye’de hüküm ve sonuç ifade etmesi Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile mümkün hale gelmiştir. *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (New York 2018) (the Singapore Convention on Mediation / “Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Anlaşmalarının İcrasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” / “Singapur Sözleşmesi”, Türkiye Sözleşme’yi 07.08.2019 günü imzalamıştır. 46 ülkenin imzaladığı Sözleşme, 22.11.2019 günü itibariyle henüz yürürlüğe girmiş değildir: [https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status); Bu konuda ayrıca bkz. Ergun ÖZSUNAY, “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme”, İBD., C. 93, S. 3, Y. 2019, (s. 31-49).*

**KAYNAKÇA**

**Ziya AKINCI**, Milletlerarası Tahkim, B. 4, İstanbul 2016, s. 79-85.

**Sabih ARKAN**, Ticarî İşletme Hukuku, B. 24, Ankara 2018.

**Aysel ÇELİKEL/ B. B.15, Bahadır ERDEM**, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2017.

**Ömer EKMEKÇİ/Muhammet ÖZEKES/Murat ATALI/Vural SEVEN**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B. 2, İstanbul 2019.

**Ersin ERDOĞAN**, Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2016.

**Richard GARNETT**, Substance and Procedure in Private International Law, United Kingdom 2012.

**Klaus J. HOPT/Felix STEFFOK**, Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford, United Kingdom 2013.

**Didem KAYALI**, “*Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*”, Journal of International Arbitration, Vol. 27, Nr. 6, pp. 551-577.

**İlker KOÇYİĞİT/Alper BULUR**: Ticari Uyuşmazlıklarda Dâva Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Mart 2019.

**Giovanni MATTEUCCI**, “*Mandatory Mediation, The Italian Experience*” Revista Eletrônica de Direito Processual Vol. 16, 04.12.2015, s. 189-210; kaynağa online erişim için bkz. [https://www.researchgate.net/publication/286409655\\_MANDATORY\\_MEDIATION\\_THE\\_ITALIAN\\_EXPERIENCE](https://www.researchgate.net/publication/286409655_MANDATORY_MEDIATION_THE_ITALIAN_EXPERIENCE).

**Ergin NOMER**, Devletler Hususî Hukuku, B. 2, İstanbul 2017, s. 392.

**Ergun ÖZSUNAY**, “*Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme*”, İBD., C. 93, S. 3, Y. 2019, (s. 31-49).

**Malike POLAT**, Milletlerarası Usûl Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010.

**Walter H. RECHBERGER**, “*Mediation in Austria*”, Ritsumeikan Law Review, 2015, No. 32, (pp. 61-70).

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN  
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE  
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

**Annie de ROO/Rob JAGTENBERG**, “*Mediation in the Netherlands: Past-Present-Future*”, 2002, Vol. 64, pp. 127-145; <https://www.ejcl.org/64/art64-8.pdf>.

**Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE**, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 7, İstanbul 2019.

**Güven YARAR**, Milletlerarası Hukukta Arabuluculuk, İstanbul 2019.

**Makaleler**

**Articles**





# ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YAPILMASI

Ahmet Ertan YILMAZTEKİN

## GİRİŞ

Anayasacılık hareketinde, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü faaliyetlerinden olumsuz etkilenmesini önlemek amacıyla çeşitli gelişmeler yaşanmıştır. Özellikle ikinci Dünya savaşı sırasında kişi hak ve özgürlükleri sıkça ihlal edilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması fikri, bu ihlallerin tekrar yaşanmaması için 20'nci yüzyılın ikinci yarısında büyük öneme sahip olmuştur.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması fikrinin ortaya çıkıp gelişmesiyle birlikte özellikle son dönemlerde oluşturulan anayasalar temel hak ve özgürlükler açısından oldukça kapsamlı güvenceler içermektedir. Ancak bir hakkın yazılı metinler üzerinde verilmesi yeterli değildir. Bu hakların uygulanmaması durumunda adı geçen haklar yalnızca kâğıt üzerinde kalacaktır. Bu nedenle verilen bu hakkın uygulanması ve koruma sağlanması gereklidir. Temel hak ve özgürlüklere tam olarak koruma sağlanmadan, hukuk devleti idealine ulaşıldığı söylenemez. İşte anayasa mahkemeleri ve anayasa mahkemelerine bireysel başvuru yolu bu düşüncenin sonucunda doğmuştur.<sup>[1]</sup>

---

[1] SÜNGÜ, Fatih, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartı Olarak Mağdur Kavramı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,

Anayasa yargısında meydana gelen bu gelişmeler sayesinde, zamanla kişilere temel hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla anayasa mahkemelerine başvuruda bulunabilme imkanı tanınmaya başlanmıştır. Böylece kişilerin kamu gücü karşısında ezilmemesi sağlanmaya çalışılmıştır.

## I. BİREYSEL BAŞVURU

### A. Genel Olarak

Anayasa mahkemelerinin ilk ortaya çıktığı dönemlerde temel görevi, yasama ve yürütme organının anayasanın çizdiği sınırlar içerisinde hareket etmesini ve anayasa uygun karar alması ve işlemler uygulamasını sağlamak olmuştur. Böylelikle temel hak ve hürriyetleri bu organlara karşı etkili bir şekilde korumak amaçlanmıştır. Nitekim Anayasa mahkemelerine, bu amaca ulaşmak için, bu organlar tarafından çıkarılan ve anayasaya aykırı olan düzenleyici işlemleri iptal etme yetkisi verilmiştir. Aynı zamanda bu kararlarına bağlayıcılık gücü tanınmıştır. Fakat zaman içerisinde yalnızca yasama ve yürütme organının düzenleyici işlemleri ile değil, aynı zamanda kamu gücü kullanan bütün makamların bireysel işlemleri ile de kişilerin temel hak ve hürriyetlerini ihlal ettiği saptanmıştır.<sup>[2]</sup>

Temel hak ve hürriyetlerin demokratik toplumlarda öneminin gün geçtikçe artması üzerine, bu hak ve hürriyetlerin korunması amacıyla ayrı denetim mekanizmaları da geliştirilmektedir. Böylece devletler, gerek iç hukuk yollarında düzenlemeler yaparak, gerekse uluslararası hukukta öngörülen düzenlemelere katılarak temel hak ve hürriyetleri korumaya çalışmaktadırlar. Bu sebeplerden ötürü yalnızca yasama ve yürütme organının düzenleyici işlemlerine karşı değil, aynı zamanda kamu gücü kullanan diğer makamların da işlemlerine karşı temel hak ve hürriyetleri koruma ihtiyacı ortaya

---

İstanbul, 2019, s.1

[2] Temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak amacıyla tarih boyunca gerek iç hukukta gerek uluslararası hukukta düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler çerçevesinde çeşitli koruma mekanizmaları geliştirilmiştir. İnsan haklarının korunmasında bilhassa uluslararası hukuk büyük rol üstlenmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Amerikan Bağımsızlık Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan Hakları Şartı ve bu amaçlarla düzenlenen birçok bildiri ve sözleşme sonucunda, dünya üzerinde insan haklarını korumak ve geliştirmek için birçok mekanizma üretilmiştir.

çıkıştır.<sup>[3]</sup> Bu ihtiyacın karşılanması amacıyla, kişilere bireysel başvuru yolu ile anayasa mahkemelerine başvurma olanağı tanınmıştır.<sup>[4]</sup>

Bireysel başvuru kurumunun, ilk defa hangi ülkede uygulanmaya başlandığı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bireysel başvuru kurumunun anayasal bir metinde açıkça ilk kez düzenlenmesi 1868 yılında Avusturya’da gerçekleşmiştir. Ancak bu kurumun, kökenleri bugünkü İspanya civarına yerleşmiş ve orada hâkimiyet kuran Aragon Krallığı hukukunun 13. yüzyıl ile 16. yüzyıl arası uygulamalarında ve 15. yüzyıldan itibaren de Almanya’da görülebilmektedir.<sup>[5]</sup>

Bireysel başvurunun ulusal hukukta uygulanması etkili olarak Alman hukukunda ortaya çıkmıştır. Alman hukukunda bireysel başvuru “die verfassungsbeschwerde” olarak ifade edilmiştir. Bu kavramın Türkçe karşılığı ise “anayasa şikâyeti” dir.<sup>[6]</sup>

Ülkemizde Anayasa yargısı denetimi 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesince yerine getirilmektedir. Anayasa Mahkemesi, 2010 yılına kadar yaklaşık elli yıllık zaman zarfında yargısal anayasal denetimi görevini yalnızca “norm denetimi” olarak yerine getirmekteydi. Bu denetim yolunda anayasa mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün ve sınırlı olarak Anayasa değişikliklerinin anayasal denetimini yapmıştır.

2010 yılına gelindiğinde ise aynı Anayasa Mahkemesi bu defa “Anayasa güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan

[3] Hak ve özgürlüklerin korunması hukuk devletinin temel ilkelerinden biridir. Hukuk devletinde hak ve özgürlükler herkesçe bilinen ve uyulması zorunlu olan yazılı yasalar yoluyla tanınmaktadır. Tanınan bu hak ve özgürlüklere hak sahibi kişi dışında bir müdahalede bulunulması durumunda yargı sistemi içerisinde ihlal önlenmektedir. İhlal edenin özel ve tüzel kişi olması veya devletin organlarıncı yapılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Hukuk devletinde bireyler devlet müdahalesine karşı da korunmaktadır.

[4] GÜMÜŞAY, Ramazan, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda ihlal Kararlarının icrası*. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2018, s.1

[5] PERDECİOĞLU, *Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru ve Norm Denetimi Kararlarının Uyumlaşma Sorunu: Mülkiyet Hakkı Örneği*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s.35

[6] SÜNGÜ, ...*Şartı Olarak Mağdur Kavramı*, s.5

Hakları Sözleşmesi [7] kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla” yapılan şikâyetleri inceleme ile yetkilendirilmiştir. 2012 yılı Eylül Ayından itibaren ise Anayasa Mahkemesi bu yetkiyi kullanmakla görevlendirilmiştir. Norm denetiminden farklı anayasal denetim türü olan bu yetki, iç hukuk düzeni içinde yer alarak “bireysel başvuru” olarak adlandırılmıştır.[8]

Bu yetki Türk Anayasa Yargısındaki en önemli değişikliklerden biridir. Bu başvuru yolunun hukuk sistemimize girmesiyle birlikte, anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasında yeni bir dönem başlamıştır.

## B. Bireysel Başvuru Kavramı

Bireysel başvuru, doktrin ve uygulamada, “anayasa şikâyeti”, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” gibi farklı terimlerle adlandırılmaktadır. Almanca da “die verfassungsbeschwerde” ve İngilizce de “constitutional complaint” olarak ifade edilen kavram Türkçe karşılığı olarak “anayasa şikâyeti” anlamına gelmektedir.[9]

Bireysel başvuru, herkesin Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla başvurabileceği bir hak arama yolu olarak tanımlanabilir.

Bireysel başvuru hakkı, Anayasa’nın 148’inci maddesinin üçüncü fıkrasında, “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve

[7] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 04.11.1950 tarihinde Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin imzasına açılmış olup AİHS 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin uygulanmasını denetleyen mercii, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’dir. AİHM’nin tam anlamıyla işlemeye başlaması ise hâkimlerin seçiminden sonra ve bireysel başvuruyu tanıyan devlet sayısının belli bir sayıya ulaşmasının ardından, 21.01.1959 tarihinde mümkün olmuştur. AİHM, Avrupa Konseyi adına AİHS hükümlerine uyulup uyulmadığını denetlemektedir. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dünya çapında insan hakları yargısı gerçekleştiren en önemli merciidir.

[8] PERDECİOĞLU, İsmail Emrah, *Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru ...*, s.1

[9] ÖZKAN, Eray Egemen, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvurunun Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri*, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2016, s.2

özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir...” şeklinde ifade edilerek tanımlanmıştır. Ayrıca 6212 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama usulleri Hakkında Kanununun 45’inci maddesinin birinci fıkrası “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir” şeklinde benzer bir tanıma yer verilmiştir. Bireysel başvuru, daha geniş bir tanımla, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin, bireysel başvuru öncesinde başvurulması gereken diğer hak arama yollarını tükettikten sonra, başvurabilecekleri kincil nitelikte ve istisnai, bir başka anlatımla olağan üstü bir yargı yoludur.<sup>[10]</sup>

### C. Bireysel Başvurunun Amacı

Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia eden herkes için, Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı tanınmıştır. Böylelikle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği yönündeki iddialarının, uluslararası bir mahkemeye gidilmeden, gerekli incelemeler yapılarak varsa ihlallerin iç hukuk yoluyla çözülmesinin önü açılmıştır. Böylelikle AHİM’e giden başvuru sayısında azalma amaçlanmaktadır.

Bireysel başvurunun bunun dışında da amaçları bulunmaktadır. Bu yolda, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ortak koruma kapsamında kalan temel hak ihlali iddiaların ulusal düzeyde incelenmesi ve ihlal varsa giderilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca hak arama yolu olarak öngörülmüş olan olağan kanun yollarının bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korumada yetersiz kalması veya korumanın gerçekleşmemesi durumunda, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa Mahkemesince ulusal düzeyde korunması amaçlanmaktadır.<sup>[11]</sup>

[10] TURAN, Hüseyin, KAPLAN, Recep, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, Ankara, Kalkan Matbaacılık, 2015, s.3

[11] TURAN, KAPLAN, ...*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.4

#### D. Bireysel Başvurunun Özellikleri

Bireysel başvuru, Türk hukuk sisteminde yer alan ceza, hukuk ve idari yargılama usullerinde yer alan dava türlerinden farklı özellikleri olan bir hak arama yoludur. Bireysel başvurunun muhatabı bir bütün olarak kamu gücünü kullanan kamu otoriteleridir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru klasik anlamda bir dava olarak nitelendirilemez. Bir hak arama yolu olarak bireysel başvuru usulünün bir takım ayırt edici özellikleri bulunmaktadır.<sup>[12]</sup>

Öncelikle bireysel başvuru kural olarak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir. Bu özelliğiyle bireysel başvuru, herhangi bir hakkı ihlal edilmiş olması şartına bağlı olmaksızın herkesin başvuru ve dava açma hakkının bulunduğu halk davası (actio popularis) niteliğinde değildir.<sup>[13]</sup>

Bireysel başvuruda bulunabilmek için, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve olağan yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir. Bu özelliği ile bireysel başvuru ikincil nitelikte bir koruma sağlamaktadır.<sup>[14]</sup>

Bireysel başvurunun konusunu, Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğine yönelik hak ihlal iddiaları oluşturur. Bireyler için bağlayıcı ve emredici olmayan direktifler, öneriler, yorumlar, bilirkişi raporları ve yargı tavsiyeleri bireysel başvuruya konu edilemez.<sup>[15]</sup>

---

[12] TURAN, KAPLAN, ...*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.5

[13] ERMAYASI, Mustafa, Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Bakımından İncelenmesi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2018, s.9; TURAN, KAPLAN, ...*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.5

[14] ÇELİK, Yeşim, Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2015, s.15; TURAN, KAPLAN, ...*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.5

[15] TURAN, KAPLAN, ...*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.5

Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.

Soyut norm denetimine tabi yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamaz. Ayrıca Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.

Anayasa Mahkemesinin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bireysel başvuru olağan bir kanun yolu olmadığından ötürü, Anayasa mahkemesince kanun yolunda gözetilmesi gereken başvuruya konu olan mahkemenin kararı, olayın ve delillerin nasıl değerlendirildiği hususlarında inceleme yapılamaz.<sup>[16]</sup>

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucağın önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.<sup>[17]</sup>

Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz.

## II. BİREYSEL BAŞVURUNUN YAPILMASI

### A. Genel Olarak

Hukuki her iş ve eylemin, takip edilecek yolun belirli olması açısından belirli bir usule sahip olması önemlidir. Usul kuralları, mahkemelerin keyfi uygulamalarının önüne geçecektir. Böylelikle kişilere hukuk devleti ilkesi ışığında asgari bir uygulama bütünlüğü ve koruması sağlayacaktır. Ayrıca mahkemelere aşırı iş yükü içinde belirli bir düzen, iş taksim ve görme kolaylığı sağlayacaktır.<sup>[18]</sup>

Türk hukukunda bireysel başvuruları incelemekle görevlendirilen Anayasa Mahkemesi'nin bu incelemesindeki usule kaynaklık eden düzenlemeler

[16] TURAN, KAPLAN, ...*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.6

[17] Örnek bir karar için bkz. *İbrahim Kızılkaya*, B. No: 2014/2517, 5/4/2017

[18] SÜNGÜ, Fatih, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda...*, s.19

Anayasanın 148. Maddesi, 2011 yılında çıkarılan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama usulleri Hakkında Kanun ve 12.07.2012 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmış olan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğüdür. 6216 sayılı Kanununun 47'nci maddesi bireysel başvuruda bulunma usulünü ele almıştır.<sup>[19]</sup>

## B. Bireysel Başvurunun Yapılması

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde (İçtüzük) belirtilen şartlara uygun biçimde ve bireysel başvuru formu veya forma uygun hazırlanan dilekçe kullanılarak yapılır.

Bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi içinde bulunan bireysel başvuru bürosuna doğrudan başvuru şeklinde veya yerel mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikleri vasıtasıyla yapılabilir. Anayasa mahkemesine belirtilen bu üç başvuru yönteminden farklı bir şekilde başvuru yapılması mümkün değildir. Örneğin posta, faks veya elektronik posta ile bireysel başvuru yapılamaz. Bu durumda başvuru, usulüne uygun bir başvuru niteliğinde olmadığından ötürü kayda alınmayıp muhabere kaydı ile başvurucuya iade edilir. Başvurunun usulüne uygun yapıp yapılmadığı hususu, Anayasa Mahkemesi tarafından resen dikkate alınarak incelenir.<sup>[20]</sup>

### 1. Bireysel Başvuru Formunun Temini ve Hazırlanması

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ekinde ve mahkemenin internet sitesinde yayımlanan başvuru formu kullanılarak ya da başvuru formuna uygun dilekçe ile yapılır. Bireysel başvuruda bulunmak için mutlaka form doldurmak zorunlu olmamakla birlikte, dilekçe ile başvurulması durumunda dilekçenin mutlaka forma uygun olarak hazırlanması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü 6/11/2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan İçtüzük değişikliği kararıyla değişmiştir. Değişen İçtüzükle birlikte

[19] Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, ülkemizdeki adli ve idari yargılama usullerinden farklı usul ve başvuru sürecine sahiptir. Bu farklılıklar bu başvuru yolunun ikincil nitelikte ve olağanüstü bir nitelik taşıması gibi özelliklerinden kaynaklanmaktadır.

[20] TURAN, KAPLAN, ...*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.7



bireysel başvuru formu yenilenmiştir. Bireysel formunun örneği, İçtüzük ekinde (EK-1) bulunmaktadır. Ayrıca bireysel başvuru formu Anayasa Mahkemesinin internet sitesinde (www.anayasa.gov.tr) yer almaktadır. Başvuru formunda nelerin yer alması gerektiği Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde düzenlenmiştir. İçtüzüğün 59/2. maddesine göre başvuru formunda bulunması gereken hususlar şunlardır:

**a)** Başvurucunun T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, anne adı, baba adı, doğum tarihi, cinsiyeti, uyruğu, mesleği ve adresi, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi.

**b)** Başvurucunun tüzel kişi olması hâlinde; Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) numarası, unvanı, adresi ve tüzel kişiliği temsile yetkili kişinin adı, soyadı ve T.C. kimlik numarası, MERSİS numarasının bulunmaması hâlinde tüzel kişinin vergi numarası veya kayıtlı olduğu sicil ve numarası ile varsa telefon numaraları ve kayıtlı elektronik posta adresi.

**c)** Başvurunun;

**1)** Avukat vasıtasıyla yapılması hâlinde; avukatın adı, soyadı, kayıtlı olduğu baro ve sicil numarası, yazışma adresi, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi.

**2)** Avukat olmayan kanuni temsilci vasıtasıyla yapılması hâlinde; kanuni temsilcinin T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, anne adı, baba adı, doğum tarihi, uyruğu, yazışma adresi, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi.

**ç)** Kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmeline dair olayların tarih sırasına göre özeti.

**d)** Bireysel başvuru kapsamındaki güncel ve kişisel haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamalar.

**e)** İhlal edildiği iddia edilen temel haklar ve bunlara ilişkin açıklamaların birbirleriyle ilişkilendirilerek ayrı ayrı yapılması.

**f)** Başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların tarih sırasına göre yazılması.

**g)** Başvuru yollarının tüketildiği veya başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih.

**ğ)** Başvuru mazeret nedeniyle süresi içinde yapılamamışsa buna dair açıklamalar.

**h)** Başvurucunun talepleri.

**ı)** Başvurucunun Mahkeme önünde devam eden bir başka başvurusu varsa numarası.

**i)** Varsa kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebi ve bunun gerekçeleri.

**j)** Kısa mesaj (SMS) veya elektronik posta yoluyla bilgilendirme yapılmasını isteyip istemediği.

**k)** Başvurucunun veya avukatının ya da kanuni temsilcisinin imzası.

**l)** Varsa İçtüzüğün 73 üncü maddesi kapsamında maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tedbir talebi ve bunun gerekçeleri” şeklindedir.

Anayasa Mahkemesinin denetimi, Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlaliyle sınırlıdır. Örneğin bir mahkemenin kararı hakkında başvuru yapıldığı takdirde, Anayasa Mahkemesi başvuruya konu kararın doğru olup olmadığını veya kanun yolu denetimde olduğu şekli ile hukuka uygun olup olmadığını denetlemez. Başka bir anlatımla Anayasa Mahkemesi başvuruya konu kararın maddi olgu ve delillerle birlikte hukuka uygunluğunu incelemeyebilir. Anayasa Mahkemesi sadece başvuru konusu karar veya işlem ile başvurucunun bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini denetler. Mahkemelerin vermiş olduğu kararların hukuka uygunluk denetimi kanun yolu denetimde itiraz, istinaf ve temyiz mercileri tarafından yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin yapmış olduğu denetim, klasik anlamda bir kanun yolu denetimi değildir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus başvuruda yer alacak açıklama ve iddiaların önemidir. Başvurucu Anayasa Mahkemesine hangi gerekçeyle başvurduğunu açıkça belirtmek, başvurusunda maddi olayları oluş sırasına göre yazmak, başvuru ile ilgili tüm belgeleri mahkemeye sunmak ve kamu gücü tarafından hangi anayasal hakkının ihlal edildiğini belirtmek zorundadır. Başvurucunun başvuru konusuyla ilgili temin edemediği belgeler olabilir. Belgeleri neden temin edemediğini ve bu belgelerin mahkemenin

yardımı olmadan temin edilemeyeceğini gerekçelendirmek koşuluyla, bu belgelerin temin edilmesini Anayasa Mahkemesinden isteyebilir. Mahkeme başvurusunun gerekçesini haklı bulursa, temin edilemeyen belgeleri ilgili kurumlardan isteyebilir.<sup>[21]</sup> Kısacası başvuru başvurusunda, hak ihlali iddiasına sebep olan maddi olguları, delil ve belgeleri sunarak Anayasa'da güvence altına alınan hangi hakkının ihlal ettiğini belirtmek zorundadır. Anayasa Mahkemesinin 2013/276 sayılı Veli Özdemir kararı bu duruma açıklık getirmektedir. Adı geçen kararın ilgili kısımları şöyledir:

*“Anayasa Mahkemesine başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunmak suretiyle olaylar hakkındaki iddialarını ve dayanılan Anayasa hükmünün kendilerine göre ihlal edildiğine dair açıklamalarda bulunarak hukuki iddialarını kanıtlamak başvurucuya düşer. Başvurucunun, kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edildiğini ileri sürdüğü hak ve özgürlük ile dayanılan Anayasa hükümlerini, ihlal gerekçelerini, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğini başvuru dilekçesine eklemesi şarttır. Başvuru dilekçesinde kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmaliine dair olayların tarih sırasına göre özeti yapılmalı; bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır. Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Anayasa Mahkemesi başvurucudan, eksikliğin tamamlanmasını ister. Mahkemenin başvurucudan giderilmesini isteyebileceği eksiklikler, şekli eksikliklerdir. İlk olarak Mahkeme, usulünce doldurulmamış olan başvuru formunun usulüne uygun olarak doldurulmasını isteyebilir. İkinci olarak ise başvurusunun ihlal iddiasına dayanak gösterdiği bilgi, belge ve deliller başvuru dilekçesine eklenmemiş ise dayanılan bu belgelerin tamamlanması istenebilir. Başvurucunun iddialarını dayandırdığı belgelerden bir bölümü başvurusunun elinde olmaması nedeniyle sunulmamışsa bu durum ayrıca başvuru formunda açıklanmalıdır. Başvurucunun, ilgililerin elinde olan belgeleri Anayasa Mahkemesinin yardımı olmadan alamayacağını ikna edici şekilde açıklamaları ve gerekli diğer bilgi ve belgeleri de sunmasına bağlı olarak Anayasa Mahkemesi, gerekli gördüğü bilgi, belge ve delilleri ilgililerden isteyebilir. Yukarıda belirtilen koşullar yerine getirilmediği takdirde Anayasa Mahkemesi başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul*

[21] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 59/4.

*edilemez bulabilir. İddiaların dayanaktan yoksun olmadığı konusunda Anayasa Mahkemesinde yeterli kanaat oluşması, başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların niteliğine bağlıdır. Başvurucunun başlangıçta, başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmesini önlemek için başvuru formu ve eklerinde iddialarını destekleyici belgeleri sunması ve gerekli açıklamaları yapması zorunludur”*

Bir hususu ayrıca belirtmekte de fayda vardır. Her ne kadar başvuru başvurusunda Anayasada güvence altına alınan hangi hakkın ihlal ettiğini belirtmek zorunda olsa da, Anayasa Mahkemesi bu hukuki nitelendirme ile bağlı değildir. İddia edilenden başka bir hakkın ihlaline karar verebilir.

Başvurunun resmi dil olan Türkçe yapılması gerekmektedir. Başka bir dilde başvuru yapılması mümkün değildir.<sup>[22]</sup>

Hazırlanan başvuru formuna Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde yer alan belge ya da onaylı örneklerinin eklenmesi zorunludur. Başvuru formuna hangi belge ya da örneklerinin eklenmesi gerektiği Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde yer almaktadır. Bu husus Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü 59/3. maddesinde düzenlenmiştir. Adı geçen maddeye göre eklenmesi gereken belgeler:

- a) Kanuni temsilci veya avukat vasıtasıyla takip edilen başvurularda başvuru yetkili olduğuna dair mevzuata uygun belge.
- b) Harcın ödendiğine dair belge.
- c) Başvuru bizzat yapılmış ise başvuru kimliğini tespit eden resmî belgenin onaylı örneği.
- ç) Tüzel kişi adına kanuni temsilcinin başvurusu hâlinde, başvuru tarihi itibarıyla temsile yetkili olduğunu gösteren resmî belgenin onaylı örneği.
- d) Nihai karar ya da işlemi öğrenme tarihini gösteren belge.
- e) Başvuruda ileri sürülen hak ihlali iddialarını temellendirecek belgelerin onaylı örnekleri.
- f) Tazminat talebi varsa uğranılan zarar ve buna ilişkin belgeler.

---

[22] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 59.

g) Olağan ve olağanüstü kanun yolu başvuru dilekçelerinin onaylı örnekleri.

ğ) Başvuru süresinde yapılamamışsa varsa mazereti ispatlayan belgeler.

h) Adli yardım talebi varsa başvuru yapanın yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeler ile mevzuatta adli yardım talebinde bulunabilmek için öngörülen diğer belgeler

Bireysel başvuruda bulunan kişilerin başvuru formunda belirttiği bilgilerde veya başvuruyla ilgili koşullarda herhangi bir değişiklik meydana gelebilir. Bu durumda meydana gelen değişiklikler hakkında başvuru yapanın Anayasa Mahkemesine bildirimde bulunması zorunludur.<sup>[23]</sup>

## 2. Bireysel Başvurunun Kim Tarafından Yapılacağı

Bireysel başvuru yapılabilmesi için kişilerin şahsen, vekilleri veya kanuni temsilcileri aracılığıyla başvurmaları gerekmektedir. Bireysel başvuruda bulunulurken ya da başvurunun incelenme sürecinde avukat tutmak zorunlu değildir. Ancak avukat aracılığıyla yapılan başvurularda, başvuru formuna başvuru yapanı temsile yetkili olduğuna dair mevzuata uygun belge eklenmesi zorunludur.<sup>[24]</sup>

## 3. Bireysel Başvuru Harcı

Bireysel başvurular harca tabidir.<sup>[25]</sup> Anayasa Mahkemesine teslimi zorunlu olan başvuru formuna harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi zorunludur.

Başvuru yapanı ödeyemeyecek durumda ise, adli yardım talebinde bulunabilir.<sup>[26]</sup> Başvuru yapanın adli yardım talebini bulunması durumunda bu hususu başvuru formunda açıkça dile getirmesi gerekir. Adli yardım

[23] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 59/5.

[24] Anayasa Mahkemesi Abdurrehman Uray, B. No: 2013/6140, 5/11/2014, 28-38 kararında başvuru tarihinden önce vefat etmiş başvuru yapanın vekâlet ilişkisi sona ermiş olan avukat tarafından bireysel başvuru yapılmasının başvuru hakkının kötüye kullanımı olduğuna, disiplin para cezasının adına başvuru yaptığı kişiyle vekalet ilişkisi sona ermiş olan avukata verileceğine karar vermiştir.

[25] Bu husus 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmektedir. Harcın miktarı ise 492 sayılı Harçlar Kanunu'na bırakılmıştır. Harç miktarları her yıl güncellenmektedir.

[26] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 62/2.

talebinde bulunan başvurucunun, yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeler ile mevzuatta adli yardım talebinde bulunabilmek için öngörülen diğer belgeleri başvuru formuna eklemesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesince adli yardım talebinin kabul edilebilmesi için başvurucunun kendisinin ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olması ve aynı zamanda adli yardım talebinin açıkça dayanaksız olmaması gerekmektedir. Koşulların sağlayan ve gerekli belgeleri teslim eden başvurucu adli yardımdan yararlanabilir. Başvurucunun adli yardım talebinin bulunmaması durumunda, başvurucu başvuru harcını ödemek zorundadır.

#### **4. Bireysel Başvurunun Yapılacağı Yerler**

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurular, Anayasa Mahkemesine doğrudan ya da mahkemeler veya yurtdışı temsilcilikleri vasıtasıyla yapılmaktadır.<sup>[27]</sup>

##### ***a. Anayasa Mahkemesine Doğrudan Başvuru***

Anayasa Mahkemesine başvuru yollarından ilki Anayasa Mahkemesine doğrudan bireysel başvuru yoludur. Doğrudan bireysel başvuru Anayasa Mahkemesi içinde yer alan bireysel başvuru bürosuna yapılır.

Yapılacak başvurularda, başvuruya ilişkin belgeler bireysel başvuru bürosundaki çalışanlarına teslim edilir. Bireysel başvuru bürosunda çalışan görevlilerce, sunulan belgelerin bireysel başvuru belgesi olup olmadığı; imza, vekâlet veya yetki belgesi ve başvuruya esas belgelerin eksik olup olmadığı kontrol edilir.

Usulünce hazırlanan başvuru formu, harç tahsil makbuzu ve zorunlu belgelerin birlikte teslim edildiği yapılan kontroller neticesinde anlaşılması ve bir eksikliğin bulunmaması durumunda başvurucu ya da temsilcisine büro çalışanlarınca alındı belgesi verilir. Alındı belgesinin verildiği tarih, başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilir. Bu işlemle birlikte başvuru tamamlanmış olur.<sup>[28]</sup>

---

[27] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 63/1.

[28] SÜNGÜ, Fatih, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda...*, s.20; TURAN, KAPLAN, ...*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.8

### ***b. Yerel Mahkemeler Vasıtası ile Başvuru***

Bireysel başvuruda bulunmak isteyenler Anayasa Mahkemesine gitmeden de başvuruda bulunabilirler. Başvurucular, Türkiye'nin her herhangi bir yerindeki mahkemeler vasıtasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilirler.

Yerel mahkeme aracılığıyla bireysel başvuruda bulunulduğu takdirde, mahkemelerinin kendilerine gelen bireysel başvuru evraklarıyla yapabilecekleri tek işlem kendilerine teslim edilen evrakı, tarihi belirli olacak şekilde kayıt altına alarak Anayasa mahkemesine göndermektir. Mahkemeler teslim edilen başvuru formu ve eklerini fiziki ve elektronik ortamda Anayasa Mahkemesine gönderilir. Dava ve diğer yargılama işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirildiği hâllerde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kullanılarak veriler kaydedilir ve saklanır.<sup>[29]</sup>

Yerel mahkemeler kendilerine sunulan bireysel başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığını, gerekli evrakların bulunup bulunmadığını veya harcın yatırılıp yatılmadığını incelemeye yetkili değildir. Yerel mahkemenin tek görevi kendisine gelen evrakı havale edip başvuru evrakını en kısa sürede Anayasa Mahkemesine göndermektir.

Evraka yapılacak olan havale, başvurunun ne zaman yapıldığını belirlemektedir. Böylece başvuruya yapılan havale başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığını tespiti yaramaktadır.<sup>[30]</sup>

Cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlüler ise başvurularını Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığıyla yapmaktadırlar. 6216 sayılı kanunda ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığıyla başvuru yapılacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı halde, Anayasa Mahkemesi cezaevinde bulunmanın kaçınılmaz sonuçlarını gözeterek bu yolla gelen başvuruları usulüne uygun başvuru olarak kabul etmektedir.<sup>[31]</sup>

[29] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 63/3.

[30] SÜNGÜ, Fatih, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda...*, s.20; TURAN, KAPLAN, ...*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.9

[31] TURAN, KAPLAN, ...*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.9

### ***c. Yurt Dışı Temsilcilikler Vasıtası ile Başvuru***

Yurt dışında yaşayan ve bireysel başvuru yapmak isteyen kişiler için, özel bir düzenleme yapılarak kolaylık sağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, yurt dışında yaşayan başvurucu, başvuru evrakıyla birlikte bulunduğu ülkede konsolosluklara veya yurt dışı temsilciliklere bireysel başvuruda bulunabilir.

Yurtdışı temsilciliklere yapılacak başvuru şeklinde izlenen usul ile mahkeme vasıtasıyla yapılan başvuru arasında tek bir fark bulunmaktadır. Bu fark, başvuru yurt dışından yapılması durumunda, başvuru tarihi itibarıyla yabancı para birimin Merkez Bankası kur bilgileri esas alınarak TL olarak tam karşılığının yatırılıp yatırılmadığının konsolosluk görevlisi tarafından kontrol edilmesidir. Yani, bireysel başvuruya ilişkin belgelerin eksikliği veya yanlışlığı, süresine uyulup uyulmadığı veya yetki ve vekâlet belgelerini kontrol açısından konsoloslukta çalışan görevlinin bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Yurt dışı temsilcilikleri ve konsolosluklara usulünce hazırlanan başvuru formu ve harç tahsil makbuzu teslim edildiğinde taktide, çalışanlarca başvurucu ya da temsilcisine alındı belgesi verilir. Alındı belgesinin verildiği tarih, başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilir. Mahkemelerde olduğu gibi yurt dışı temsilciliklerde de, yurt dışı temsilciliginde teslim alınan başvuru formu ve ekleri gerekli kayıt işlemleri yapıldıktan sonra fiziki ve elektronik ortamda Anayasa Mahkemesine gönderilir.

Yurt dışı temsilciliklerinin Ankara'da bulunan Anayasa Mahkemesi'ne teslim alınan evrakları göndermesi ve eksiklik varsa Anayasa Mahkemesince süre tayin edilerek evrakların temsilciliğin bulunduğu ülkeye geri gönderilmesi zaman alacaktır. Bu zaman kaybını önlemek adına konsolosluk görevlisinin bireysel başvuru konusunda yeterli düzeyde bilgi sahibi olması ve bu bilgileri başvurucularla paylaşması şüphesiz faydalı olacaktır.<sup>[32]</sup>

---

[32] SÜNGÜ, Fatih, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda...*, s.21; TURAN, KAPLAN, ... *Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.10



### C. Elektronik Ortamda Başvuru

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 63'üncü maddesinde elektronik ortamda başvuru yapılabileceğini düzenlemektedir.<sup>[33]</sup> Ancak elektronik ortamda bireysel başvuruda bulunabilmesi için Mahkeme Genel Kurulunca bir karar alınması öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi Genel kurunu bu güne kadar henüz böyle bir karar almamıştır. Mahkeme Genel Kurulu; elektronik ortama bireysel başvuruda yapılabileceği hususunda bir karar alması durumunda, güvenli elektronik imza kullanılarak başvuru yapılabilecek ve Anayasa Mahkemesine başvuru usullerine bir yenisi eklenecektir.<sup>[34]</sup>

### D. Bireysel Başvuru Formu veya Eklerinde Eksiklik Bulunması

Bireysel başvuruda bulunan kişilerin başvurusunda herhangi bir eksikliğin bulunması durumunda, başvurunun başvurusu hemen reddedilmez. Bu durumda başvuru eksikliğin giderilmesi için başvuru veya varsa vekiline on beş günü geçmemek üzere bir süre verilir.<sup>[35]</sup> Başvurucuya, verilen sürede geçerli bir mazereti olmaksızın eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurusunun reddine karar verileceği bildirilir.<sup>[36]</sup>

Başvuru tespit edilen eksikliklerin verilen kesin sürelerde tamamlanmadığı takdirde başvurunun reddine karar verilir ve bu karar başvuru tebliğ edilir. Bu karara karşı başvuru tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapan Komisyona itiraz edilebilir. Bu konuda Komisyonların verdiği kararlar kesindir.<sup>[37]</sup>

### E. Anayasa Mahkemesi İle Yazışma Usulü

Başvuru, Anayasa Mahkemesi ile yazışmalarını İçtüzük'te belirlenen bireysel başvuru usulünü izleyerek yapmak zorundadır.<sup>[38]</sup> Başvurulara ilişkin bilgi, belge ve diğer her türlü talebin Anayasa Mahkemesine yazılı

[33] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 63/4 maddesi "Genel Kurul; elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak başvuru yapılabilmemesine ilişkin karar alabilir" şeklindedir.

[34] TURAN, KAPLAN, ...*Kabul Edilebilirlik Kriterleri*. s.10

[35] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 66/1.

[36] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 66/2.

[37] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 66/3.

[38] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 69/1.

olarak yapılması gerekir.<sup>[39]</sup> Bu nedenle başvuru Anayasa Mahkemesi ile yaptığı tüm yazışmaları yazılı olarak yapmak zorundadır. Bu usule uyulmaksızın yapılan talepler Anayasa Mahkemesince dikkate alınmaz. Ancak duruşma, tanık dinlenmesi veya keşif esnasında yapılanlar bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

Başvurucu başvurusunu hangi usullerle yapabiliyorsa, eksikliği de öyle tamamlayabilir. Örneğin başvurusunda eksikler tespit edilir tespit edilen eksikleri gidermesi için başvurucuya süre verilirse, başvuru evrakları posta ile gönderemez, ilk başvuruyu hangi usullerle yapabiliyorsa ise eksikliği de aynı usullerle tamamlayabilir.

#### **F. Başvurucunun Bilgilendirilmesi**

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunduktan sonra, başvurunun kayda alındığı ve başvuru numarası, Anayasa Mahkemesince başvurucuya bildirilmektedir. Bireysel başvurunun kayda alınmasından sonra, Anayasa Mahkemesi tarafında yapılacak yazışmalar, Anayasa Mahkemesince başvurucuya bildirilen bu başvuru numarası üzerinden yürütülmektedir.

Bireysel başvuruda bulunan başvuru, başvurunun aşamalarını e-Devlet sistemi üzerinden takip edilebilir. Ayrıca Anayasa Mahkemesince verilen bazı kararlar başvuruya tebliğ edilmektedir. Anayasa Mahkemesince başvurucuya tebliğ edilen kararlar: başvurunun idari yönden reddi, kısmen/tamamen kabul edilemezliği ya da esasına ilişkin olarak verilen kararlardır.<sup>[40]</sup>

#### **G. Başvuruya Konu Kamu Gücü İşleminin İnfazı veya İcrası**

Bireysel başvuru yapılması, kesinleşen kamu gücü işleminin icrası ya da infazını kural olarak durdurmaz. Yani kamu gücü işleminin icra veya infaz edilebilirliği bireysel başvuru incelemesi süresince de devam eder.

Ancak bu hususun istisnası bulunmaktadır. Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunması durumunda Anayasa Mahkemesi tarafından tedbir kararı verebilir. Anayasa

[39] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 69/3.

[40] Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuruya Dair Sık Sorulan Sorular, [https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb\\_sss.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb_sss.pdf) (27/05/2019)

Mahkemesi bu kararı talep üzerine verebileceği gibi resen de verebilir.<sup>[41]</sup> Bu durumda tedbir kararının devamı süresince kamu gücü işleminin infaz ya da icrası durur. Ancak tedbir kararı verilen başvurunun esası hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir.<sup>[42]</sup>

### **H. Bireysel Başvurudan Vazgeçilmesi**

Bireysel başvuruda bulunulduktan sonra başvurudan vazgeçilmesi mümkündür. Başvurudan vazgeçme için Anayasa Mahkemesi yazılı olarak başvurmak gerekir. Yapılan başvuruda bireysel başvurudan feragat edildiği açıkça belirtilmemiştir. Feragatin vekil vasıtasıyla yapılması durumunda vekilin bu konuda açıkça yetkili olması ve bu konuda yetkili oluşunu gösterir belgeyi başvuru dilekçesine eklemesi gerekir. Başvurudan feragat edilmesi hâlinde mahkemece düşme kararı verilir.<sup>[43]</sup>

### **I. Bireysel Başvurunun Karara Bağlanma Süresi**

Anayasa Mahkemesine yapılan başvurular, başvurunun geliş sırasına göre incelenerek karara bağlanmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi farklı sıra ile inceleme yapılması kararı alabilir. Anayasa Mahkemesi yapılan bireysel başvuruların konuları itibarıyla önemi ve aciliyet durumu göz önünde bulundurarak, mahkemece tespit edilen kriterler çerçevesinde farklı bir inceleme sıralaması belirleyebilmektedir.<sup>[44]</sup>

Bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesince ne kadar sürede karara bağlanması gerektiği hususunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Mahkeme kendisine ulaşan başvuruları kural olarak geliş sırasına göre karara bağlamaktadır.

[41] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 73/1.

[42] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 73/4.

[43] Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuruya Dair Sık Sorulan Sorular, [https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb\\_sss.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb_sss.pdf) (27/05/2019)

[44] Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuruya Dair Sık Sorulan Sorular, [https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb\\_sss.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb_sss.pdf) (27/05/2019)

## SONUÇ

Kamu gücü organlarından, bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerden herhangi birini ihlal edilenlere, ihlale son vermesi ve ihlalden kaynaklanan zarar ve mağduriyetleri gidermesi için alınan organların işlem ve eylemlerine karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin korunması adına atılan son derece önemli bir adımdır. Bireylere, hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda, olağan kanun yollarını da tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakkının tanınması ile hak ihlallerine karşı bizzat iç hukuk düzeninde karşı koyma imkânı sunulmuştur.

Bireysel başvuru hakkı 2010 Anayasa değişikliği ile Türk hukuk sistemine dâhil olmuş, 2012 yılı Eylül ayından beri de uygulanmaktadır. Bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen herkes, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilir. Bireylerin bu yolu etkin kullanabilmesi için bireysel başvuru uygulaması ile ilgili birçok çalışma Anayasa Mahkemesinin internet sitesinde yayınlanmıştır. Bu uygulama bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına yardımcı olmuştur.

Bireysel başvurunun nasıl yapılacağı, başvuru usul süreçlerinin bilinmesi başvuru sonucuna erken ulaşmak ve başvurunun olumlu sonuçlanması açısından son derece önemlidir. Usulüne uygun yapılmayan bir başvuru kimi zaman vakit kaybına neden olurken, kime zaman ise başvurunun reddedilmesine sebep olabilir. Bu açıdan bireysel başvurunun başvuru usulüne uygun yapılması hak kaybı yaşanmaması için önem arz etmektedir. Başvurucular hak kaybına uğramamak için, ilgili mevzuat, bu konularda yazılmış eserler veya Anayasa Mahkemesi internet sitesinde yer alan başvuru kılavuzlarından yararlanabilirler.

2012 yılından beri uygulanmakta olan bireysel başvuru kurumu temel hak ve özgürlüklerin korunmasına katkıda bulunmuştur. Bu güne kadar yapılan başvurular neticesinde birçok hak ihlaline Anayasa Mahkemesince son verilmiştir.

## KAYNAKÇA

**ÇELİK**, Yeşim, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2015

**ERMAYASI**, Mustafa, *Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Bakımından İncelenmesi*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2018

**GÜMÜŞAY**, Ramazan, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda ihlal Kararlarının icrası*. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2018

**KOÇ**, Muharrem İlhan, Kaplan Recep, *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*, Ankara, Epa-Mat Basım Yayım, 2017

**SAĞLAM**, Musa, Gülenler, Serdar, Kaplan, Recep, *Bireysel Başvuru İncelemeleri*, Ankara, Kalkan Matbaacılık, 2013

**SÜNGÜ**, Fatih, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartı Olarak Mağdur Kavramı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019

**ÖZKAN**, Eray Egemen, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurunun Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri*, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2016

**PERDECİOĞLU**, *Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Ve Norm Denetimi Kararlarının Uyumlaşma Sorunu: Mülkiyet Hakkı Örneği*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018

**TURAN**, Hüseyin, KAPLAN, Recep, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, Ankara, Kalkan Matbaacılık, 2015

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuruya Dair Sık Sorulan Sorular, [https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb\\_sss.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb_sss.pdf) (27/05/2019)



# ASKERİ CEZA MAHKEMELERİNİN KAPATILMASI SONRASI KARŞILAŞILAN ÖNCELİKLİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ\*

İsmail Volkan ŞAHİN\*\*

## GİRİŞ

Halihazırda üç yüz altmış bin<sup>[1]</sup> kişilik mevcudu ile yarı profesyonel bir ordu olan Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) için oluşturulmuş ve ilk derece askeri mahkemeleri/savcılıkları ve Askeri Yüksek Yargı organları (Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi) ile faaliyetlerini sürdürmüş olan askeri yargının varlığına; 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 17. maddesi ile 2709 sayılı TC Anayasasına eklenen Geçici 21. Maddenin (E) bendi ile anılan mahkemelerin tümü kaldırılarak son verilmiştir.

---

\* **ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0003-4050-496X>

Bu çalışmada açık kaynaklardan yararlanılmış, gizlilik dereceli doküman kullanılmamıştır.

\*\* Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi.

[1] 02 Şubat 2017 yayımlanmış rakamlarına göre, Türk Silahlı Kuvvetlerinde; 203'i general ve amiral olmak üzere 359 bin 273 askeri personel bulunuyor. (<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/tsknin-personel-mevcudu-aciklandi/718727>)

Bu Anayasal düzenleme ile Türkiye, silahlı kuvvetlere yönelik adli uygulamalar konusunda yapılan sınıflandırmaya nazaran, münhasıran askeri mahkemeler ve savcılıklara sahip ülkeler arasından çıkarılmış ve aşağıda açıklandığı şekilde Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından yapılan düzenleme sonucunda, Hollanda, Macaristan ve Fransa örnekleri gibi sivil yargı sistemleri içinde askeri uzmanlaştırma gerçekleştiren bir modele dahil olmuştur. Bu modelde, ilgili yargı yetkisinin farklı derecelerdeki belirli sivil mahkemelere verilmesi veya bu mahkemelerde askeri daireler oluşturulması söz konusu olmaktadır.<sup>[2]</sup>

Nitekim Askeri mahkemelerin kapatılması sonrasında, 03.06.2017 gün ve 30085 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan HSK 1. Dairesi'nin 31.05.2017 gün ve 831 sayılı kararı ile, ilgili kanununun 17. maddesinin (E) bendi hükmü gereğince faaliyetlerine son verilip kaldırılan Askeri mahkemelerin dosyalarına, karar tarihi itibarıyla, ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar yönünden; bir ağır ceza mahkemesi olan yerlerde bu mahkemenin, birden fazla ağır ceza mahkemesi olan yerlerde 1 numaralı ağır ceza mahkemesinin, asliye ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar yönünden; iki veya daha az asliye ceza mahkemesi olan yerlerde 1 numaralı asliye ceza mahkemesinin, ikiden fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde ise 3 numaralı asliye ceza mahkemesinin, (*bu kanun kapsamında bulunan suçlarla ilgili davalara bakmasına*) karar verilmiştir. HSK'nın anılan kararı asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri arasında işbölümü yapılmasına yönelik olup, Çocuk Mahkemeleri<sup>[3]</sup> örneğindeki gibi, asker kişiler ve/veya askeri suçlar için ayrı bir ihtisas mahkemesi niteliğinden şimdilik uzak gözükmektedir.

Bilindiği üzere, Anayasanın mülga 145. maddesi, kapatılmalarından önce askeri yargının görev sınırını; Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar hariç olmak üzere, asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik

[2] Svanidze, Eric, "Askeri Hakim ve Savcıların İnsan Hakları Konularında Eğitimleri Ortak Projesi, Avrupada Askeri Yargı ve İnsan Hakları", Şen Matbaa, Ankara, 2012, s.65,66.

[3] 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 25. Maddesi, Çocuk Mahkemeleri ile Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerinin kurulmasını öngörmüş; anılan kanun atanacak hakimlerin nitelikleri ile güvenlik tedbirlerinde ve suça sürüklenen çocuğun soruşturma ve yargılamaında ayrık hükümlere yer vermiştir.



hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalar olarak belirlenmiş ve savaş hali haricinde asker olmayan kişilerin askeri mahkemelerde yargılanamayacakları açıkça düzenlemişti.

Bu noktada öncelikle vurgulamak gerekir ki, kapatılmalarından önce askeri mahkemeler, sadece asker kişilerin askeri suçları için değil, bunların yanında askeri suç olmasa da, her asker kişinin diğer bir asker kişiye karşı işlediği suçlar; örneğin Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda yer alan; hem rütbe olanlar arasındaki kasten yaralama (TCK md.86) veya yine hem rütbe olanlar arasında/asta karşı hakaret (TCK md.125) veya asker kişiler arasındaki dolandırıcılık (TCK md.157) gibi suçlar açısından veya asker kişilerin askerlik hizmet veya görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar cümlesinden, askeri bir işin ifasında ihmal (ASCK md.144) dışındaki görevi ihmal ve kötüye kullanma (TCK md.257) suçları açısından da görevli ve yetkili idiler.

Bugün için, HSK kararı ile yetkilendirilen asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerine işbölümüne raptent çizilen görev sınırının esasen çok da net olmadığı, keza HSK 1.Dairesi'nin 831 sayılı kararının içeriğinde geçen “bu kanun” ibaresi ile, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu(ASCK)'nun mu, yoksa askeri mahkemeleri kaldıran anayasa değişiklik kanununun mu kastedildiği hususu, kişiden kişiye değişken ve yoruma açıktır. Eğer 1632 sayılı ASCK kastediliyorsa, bu asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinin, asker kişilerin sadece ASCK'da belirtilen suçları açısından özel olarak yetkilendirilmiş bulduklarının, eğer anayasa değişiklik kanunu kastedilmiş ise, kapatıldıkları tarihte askeri mahkemelerin görmekte olduğu tüm dosyalar için görevli ve yetkili olduklarının kabulü gerekmektedir.

Bu noktada muğlaklık yaratan başka bir sorun ASCK'da düzenlenen “bakaya ve yoklama kaçağı” suçları açısından veya sivil şahısların askeri ceza kanunu ihlalleri açısından belirlemektedir. Bakaya ve yoklama kaçağı suçları, 1632 sayılı ASCK'nun 63. maddesinde düzenlenmek ile beraber “*askerlik öncesi suç*” kategorisinde olup, dolayısıyla bu suçların failleri zaten asker kişi değildir. Halen yürürlükte olması esasen bugün için sorun yarattığı değerlendirilen 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu (ASYUK)'nun “Barış zamanında sivil kişilerin Askerî Ceza Kanununa tâbi suçlarında yargılama mercii” başlıklı 13. maddesi; “*Askerî Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131 inci maddelerinde yazılı suçlar, askeri mahkemelerin yargı yetkisine tâbi*

*olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır.”* şeklindedir. Bu bağlamda asker olmayan yani sivil kişilerce işlenen ancak ASCK’da düzenlenen suçlara ait davaların da, HSK 1.Dairesi’nin tevdi ettiği özel yetki dahilinde olmadıkları halde, fiili bir uygulama olarak ve doğrudan, 831 sayılı karar ile yetkilendirilmiş mahkemelerde açılıp-tevzi edildikleri görülmektedir. Genel tevziye ayrıca kapalı olanlar hariç, bu mahkemelerin bu davalarda iddianamenin iadesi yoluna gitmesi de pek mümkün görülmemektedir.

Askeri mahkemelerin kapatılması sonrasında, işbölümü itibarıyla yetkilendirilmiş asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görev ve yetki sınırını net çizen yeni bir HSK kararı ile askerî mahkemelerin kaldırılmasına bağlı olarak ortaya çıkan sorun ve muğlaklığın başlangıç noktası aşılabilir ise de; tarihi geçmişi Mete Han’a kadar dayanan TSK’nın askerî personeli ve suçları için, pek çok bilinmesi gereken konu-çözülmesi gereken sorun bulunduğu açıktır. Bugün için TSK’nın yalnızca Türkiye’de değil, başta Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) olmak üzere anavatan dışında da önemli miktarda birliği bulunup, görev ifa etmektedir<sup>[4]</sup> ki buradaki personelin işlediği suçlar açısından yetkinin belirlenmesi dahi, kapatılmayı izleyen yakın süreçte uyumsuzluklara sebep olmuştur.

Yetkinin anavatanda veya anavatan dışındaki birlik personeli tarafından işlenen suçlarda belirlenmesi bir yana; asker kişileri ilgili yargulamalarda yapılacak değerlendirmelerin, ASCK dışında, 7179 sayılı Askeralma Kanunu’ndan, TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliğine ve TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine kadar askerî mevzuata, keza bu mevzuat ile yaratılan istisna ve özel düzenlemeleri içeren metinlere ve hatta silahlı kuvvetler iç uygulamalarına vakıf olmayı gerektirdiği de bir gerçeklik olarak ortadadır.

---

[4] TSK’nın resmi internet sitesine göre; Bosna-Hersek, Kosova, Afganistan, Lübnan ile Somali karasuları ve açıklarında icra edilen barışı destekleme harekâtlarına katkı sağlanmaktadır. (<https://www.tsk.tr/Sayfalar?viewName=BarisiDestekleme>)

Bu bağlamda askeri yargı kolunun kapatılmasını izleyen süreçte askeri suç<sup>[5]</sup> ve sırf askeri suç<sup>[6]</sup> gibi temel kavramların dahi yeterince anlaşılamadığı

- [5] Askeri suç; öğretilerde genel olarak, unsurları ve cezaları ASCK'da gösterilen suçlar ile unsur ve cezalar itibari ile ASCK'nın TCK'ya atıfta bulunduğu suçlar olarak tanımlanmış; daha geniş bir tarif ise; "Milli savunmayı sağlamak ve korumak, askerlik hizmetinin aksamadan yerine getirilmesini temin etmek maksadı ile, yani askeri bir menfaati korumak gayesiyle, kabul edilmiş olan kanunlarda yer almış bütün suçlar askeri suçlardır" şeklinde yapılmıştır. Bu tarife göre yalnız ASCK'da veya Disiplin Mahkemeleri Kanunu(DMK)'nda yer alan suçlar değil, fakat askeri bir menfaati korumak maksadı ile sevk edilmiş olan diğer kanunlarda öngörülen fiiller de askeri suç niteliği taşırlar. (Erman, Sahir, "Askeri Ceza Hukuku", Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 1983, s.146-149). Askeri suç; Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında ise, "Unsurları ve cezalarının tamamı Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı olan, başka bir anlatımla, Askeri Ceza Kanunu dışında hiçbir ceza yasası ile cezalandırılmayan suçlar, unsurları kısmen Askeri Ceza Kanunu'nda kısmen diğer ceza yasalarında gösterilen suçlar ve Türk Ceza Kanunu'na (TCK) atıf suretiyle askeri suç haline dönüştürülen suçlar" olarak tanımlanmıştır. (Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü 20.02.2017 tarih ve 2017/10-9 E.K.)
- [6] "Askeri Yargıtay'a göre sırf askeri suçlar, hiçbir ceza kanununda yer almayan ve yalnızca askerler tarafından işlenebilen askeri suçlarla diğer asker şahıslar tarafından işlenebileceği kanunlarla kabul edilen askeri suçlardır. Unsurlarının tamamı veya bir kısmı TCK'da yer alan askeri suçlardan hangilerinin 'sırf askeri suç' olabileceği konusunda göz önünde tutulması icap eden ölçü ise, askeri menfaat ve gereklerin korunması olacaktır. Buna göre bir suçun sırf askeri suç sayılması için: ASCK dışında hiçbir ceza kanununda yer almayan ve yalnızca askerler tarafından işlenebilen suçlar; diğer asker kişileri tarafından işlenebileceği kanunlarla kabul edilen askeri suçlar; unsurlarının tamamı veya bir kısmı TCK'da yer alsın bile askeri itaat ve inkiyadı bozan suçlardır. Bu tanım çerçevesinde ASCK'nın 3. Bap 5. Faslında düzenlenen ve askeri itaat ve inkiyadı bozan suçlar sırf askeri suçlardır. Bugün için sırf askeri suçların hangi suçlar olduğu kanunlarda sayılmamış, bunu yerine Askeri Yargıtay içtihatlarıyla ortaya konulmuştur. Uygulamada kabul gören askeri suçlar şu şekilde sıralanabilir; vazife ve memuriyete gitmemek (ASCK md.65), firar ve izin tecavüzü (ASCK md.66,68), düşman karşısından kaçmak (ASCK md. 69), sözleşerek firar (ASCK md.70), Amir ve üstü tehdit (ASCK md.82/2), yalan yere şikayet (ASCK md.84), üste veya amire hakaret (ASCK md.85), emre itaatsizlikte ısrar (ASCK md.87-89), üste veya amire mukavemet (ASCK md.90), üste veya amire fiilen taarruz (ASCK md.91), muharriklik (ASCK md.93,94), yetkisiz olarak askerlikle ilgili toplanmak ve müzakere yapmak (ASCK md.95), askerlikten soğutmak (ASCK md.96), fesat (ASCK md. 97-99), askeri isyan (ASCK md. 100-102), seferberlikte ganimet almak (ASCK md.122), yağmacılık (ASCK md.124-127), mazarratı mucip nöbet talimatına aykırı hareket etmek (ASCK md.136), Askerlik şerefine dokunan hareketler (ASCK md.150/ mülga 6413 sayılı kanun), iffetsiz kadınla evlenmek (ASCK md.153). Bilahare

ve buna bağlı olarak kanun uygulamalarında hatalar yapılabildiği gözlenmiştir. Esasen bilindiği üzere, “askeri suç” ve “sırf askeri suç” kavramları birbirinden farklı olup, “sırf askeri suçlar” için pek çok istisna ve ayrık düzenleme mevcuttur.<sup>[7]</sup>

Ayrıca asker olmayanlardan farklı olarak, asker kişiler hakkında yürüyen dava ve soruşturmaların, ilgilisi hakkında idari açıdan pek çok işleme ve hak kaybına neden olduğu da unutulmamalıdır. Bu çalışma ile, özellikle HSK'nın anılan 831 sayılı kararıyla yetkilendirilmiş ceza mahkemeleri için, askeri yargı kolunun kapatılması sonrası ortaya çıkan genel çerçevede, temel kavramları da açıklayarak ve belli noktalarda beliren sorunlara az da olsa ışık tutarak, yargılamalar açısından yararlı olabileceği değerlendirilen ve aşağıda başlıklar halinde sıralanan sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

---

Askeri Yargıtay tarafından sırf askeri suç olmaktan çıkarılan iki suç; ASCK'nın 79. maddesinde düzenlenen kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek ve ASCK'nın 81. maddesinde düzenlenen askerlikte kurtulmak için hile yapmak suçlarıdır.” (Yaman, Derya-Murat, “Uyuşmazlık Mahkemesi ve Askeri Yargıtay Kararları Işığında Askeri Yargı ile Adli Yargı Arasındaki Görev Sorunları”, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2001, s.91-92) Sırf askeri suç tanımı, kadük kalan bir kanun tasarısında; “Bu (ASCK) kanunda tanımlanan ve ancak asker kişiler tarafından fail sıfatıyla işlenebilen suçları ifade eder” şeklinde yer almıştı. (TBMM'ye sevk edilen “Askeri Hakimler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” madde 23, 19.12.2014, sayı:31853594-101-909/5033)

- [7] Örneğin 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 5. maddesine göre, disiplin suçlarına ve sırf askeri suçlara ilişkin mahkumiyet hükümleri adli sicile kaydedilmemekte, ASCK'nın Ek 8/son maddesine göre sırf askeri suçlarda önödeme hükümleri uygulanamamakta, 5237 sayılı TCK'nın 58/4. maddesine göre sırf askeri suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmamakta, ASCK'nın 47. maddesine göre sırf askeri suçlardan 3 ay ve üzeri mahkumiyette TCK'nın 51. maddesi (erteleme), yine ASCK'nın Ek 8. maddesine göre sırf askeri suçlardan 4 ay ve daha uzun süreli mahkumiyette TCK'nın 50. maddesi (kısa süreli hapis cezası yerine seçenek yaptırımlar) ve 353 sayılı kanunun Ek 4. maddesine göre sırf askeri suçlardan 6 ay ve daha uzun süreli mahkumiyette, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair CMK'nın 231/5. maddesi hükmü yasal imkansızlık nedeniyle uygulanamamaktadır. Yine örneğin, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 4. maddesi sırf askeri suçlar dolayısıyla iadeyi sözleşmenin tatbik sahası dışında tutmuş olup, ayrıca 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununun 11/1-c maddesi ile de, iade talebine esas teşkil eden fiilin sırf askeri suç niteliğinde olması halinde iade talebinin kabul edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Yine 6706 sayılı kanunun 4/1-b. maddesi uyarınca, talebe konu fiilin sırf askeri suç olması halinde adli işbirliği talebinin dahi reddi söz konusudur.

## I. 353 SAYILI ASKERİ MAHKEMELER KURULUŞU VE YARGILAMA USULÜ KANUNU'NUN YÜRÜRLÜK SORUNU

353 sayılı ASYUK, askeri yargı kolu kapatılmadan önce askeri mahkemeler ve savcılıkları kuran ve çalışma usullerini ihtiva eden; askeri mahkemelerin görev ve yetki alanından, hakimin reddine, kararların tefhiminden eski hale getirmeye, arama ve zapttan tutuklama ve ifade almaya, duruşma hazırlığından duruşmanın usulüne ve gaiplerin yargılanmasından, kanun yolları ve yargılamanın yenilenmesi ile cezaların infazına kadar (özellikle 5530 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde) geniş sahada özel düzenlemeler içeren bir kanun olarak tatbik edilmekte idi.

Öğretide kimi yazarlarca bu kanunun gereksiz ve sakıncalı olduğu<sup>[8]</sup> ifade edilmiş ise de, özellikle askeri savcılıkların soruşturmaya başlaması, şüpheli/sanık/tanık/müşteki asker kişilerin ifade ve sorguya çağırılması, mahkemelerin kişi bakımından beliren yetkisi, bu bağlamda general ve amirallerin yargılanması, sorgunun usulü, tutukluluk incelemeleri ve askeri savcının sanığı salıvermesi, müdafilik, hazine zararlarının kovuşturulması vs. gibi pek çok konuda Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'ndan ayrı, özel düzenlemeler içermesi gerekliliğini ortaya koymaktaydı. Örneğin teşkilatında askeri mahkeme kurulan “Komutan”, soruşturma emri<sup>[9]</sup> verme yetkisi ile itiraz ve temyiz ehliyeti yanında, yapılmakta olan soruşturmadan her zaman bilgi isteme (ASYUK md. 8,102) ve hatta tutuklama isteme yetkisi ile de donatılmış ve bu isteminin askeri savcı tarafından yetkili askeri mahkemeye iletilmesi bir zorunluluk olarak öngörülmüştü (ASYUK md. 70). Aynı yöndeki hüküm bugün anılan kanunun 69/son maddesi olarak halen yürürlükte olduğu gibi,

[8] Öztürk, Bahri, “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 3. Bası, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1995, s.688.

[9] Bilindiği üzere, TC Anayasası'na göre; Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır (Md. 129/son). Bu hüküm gereği kamu görevlisi olan asker kişiler yönünden soruşturma izni, 353 sayılı kanunda yasa koyucu tarafından “soruşturma emri” adı altında düzenlenmiştir. Bu bağlamda, kapatılan Askeri mahkeme ve savcılıkların her şüpheli veya sanığı kamu görevlisi olduğu için, kural olarak askeri savcılıkların komutanın soruşturma emri ile soruşturmaya başlayabilmesi Anayasa ile örtüşmekte idi.

belli şartlarla hukuk fakültesi mezunu subaylara verilen müdafilik yapma imkanı da halen yürürlüktedir.

Süreçte pek çok değişiklik geçiren Kanun, özellikle 29.06.2006 tarihli 5530 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile CMK'ya oldukça yaklaşmıştır.<sup>[10]</sup>

Sonuç olarak, yapılan kapsamlı değişikliklere karşın kapatılmadan önceki askeri yargı sistemi; istisnai hükümler bulunmakla birlikte, teşkilatında mahkeme kurulan "Komutan"ın askeri savcıya verdiği soruşturma emri ile başlanan soruşturma süreci, bu süreçte adli müşavir'ce Komutan'a sağlanan hukuki destek/vekalet, askeri savcı tarafından bağımsız yürütülen soruşturma, bu süreçte Komutan'ın bilgi alma yetkisi, soruşturma/kovuşturma süreci sonundaki savcılık ve mahkeme kararlarına Komutan'ın itiraz ve temyiz yetkileri olarak kurgulanmış bir sistem üzerinden yürümekteydi.

Anayasa değişikliği ile askeri mahkeme ve savcılıklar kapatılmalarına karşın, ASYUK'un yürürlükte bırakılmış olması, bugün için başta asker kişiler hakkında görev suçları yönünden soruşturmaya başlanmasından, verilen savcılık ve mahkeme kararlarına itiraz ehliyetine veya örneğin sırf askeri suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması için getirilen yasal

---

[10] Bu kanunun 62. maddesi ile 353 sayılı Kanunun 18, 38, 39, 40, 41, 42, 44/a, 44/b, 47, 48, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 64, 65, 68, 70, 72, 77, 78, 82, 83, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 99, 100, 101, 105, 106, 113, 114, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 198, 199, 203, 241, 245, 247, 251, 252, 253, 257, 258 ve ek 2 nci maddeleri ile 10 uncu maddesinin (F) bendi, 43 üncü maddesinin ikinci, dördüncü ve beşinci fıkraları, 143 üncü maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları, 201 inci maddesinin dördüncü fıkrası, 217 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları, 219 uncu maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları, 244 üncü maddesinin üçüncü fıkrası, 246 ncı maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ile 248 inci maddesinin dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı 5530 sayılı kanunla eklenen 353 sayılı Kanun'un Ek 1. Maddesi ile de, aksine hüküm bulunmayan hâllerde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun adli kontrole ilişkin 109 ilâ 115, değerlendirme raporu yetkisine ilişkin 166 ve istinafa ilişkin 272 ilâ 285 inci maddeleri hükümleri hariç olmak üzere diğer hükümlerinin askerî yargıda da uygulanacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

kısıtlamanın tatbikatına kadar muhtelif konularda soru işaretleri yaratmış; esasen yürürlükte olması, olmamasının yaratacağı düşünülen boşluğa nazaran daha fazla soruna yol açmıştır.

İlk konu ile ilgili; yani asker kişilerin işlediği suçlarda Cumhuriyet savcılıkları tarafından soruşturma izni alınıp alınmayacağı, alınacaksa hangi merciden hangi suçlar için alınacağı bugün hala tereddüt edilen ve Cumhuriyet savcılıkları arasında farklı uygulamalara konu olduğu gözlenen önemli konuların başında gelmektedir. Bu konu ile ilgili her ne kadar 05.06.2017 tarihli ve Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne bilgi olarak da iletilen yazı ile Milli Savunma Bakanlığı (MSB)'nce; “...*Asker kişiler hakkında düzenlenmiş veya düzenlenecek olan suç dosyalarına ilişkin olarak, askeri mahkemeler kapatılmakla birlikte 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun halen yürürlükte olduğu, mülga edilmemesi nedeniyle, uyum yasaları ile değişiklik yapıncaya kadar olan süre içerisinde bu Kanunun askeri mahkemeler kuruluşu ve yargılama usulünü doğrudan düzenleyen hükümleri dışında kalan hükümlerinin uygulanmasının yasal zorunluluk arz ettiği, bu nedenle 353 sayılı Kanununun 9. maddesinde belirtilen asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişilerin aleyhine yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işlenmesi durumunda aynı Kanununun 95. maddesi gereğince işlem yapılması gerektiği, bu itibarla yeni yasal düzenleme yapıncaya kadar teşkilatında kapatılan askeri mahkeme bulunan kıt'a komutanı veya askeri kurum amiri tarafından adli yetki dikkate alınarak suç dosyalarının soruşturma izni verilerek Ceza Muhakemesi Kanununun 12. maddesi gereğince suçun işlendiği yer Cumhuriyet Başsavcılığına, Kıbrıs Türk Barış Kuvvetleri Komutanlığınca ise Ceza Muhakemesi Kanununun 14. maddesi atfı dikkate alınarak 13. maddesi gereğince belirlenecek Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesinin uygun olacağı*” şeklinde görüş bildirilmişse de, yeni yasal düzenleme yapıncaya kadar<sup>[11]</sup> asker kişilerin yönünden 353 sayılı ASYUK'un soruşturma emri ile

[11] Her ne kadar 25.06.2019 tarihli ve 7179 sayılı Askerlik Kanununun 30/1. maddesi ile; “(1) Fırar ve hava değişimi/izin tecavüzü durumundaki yükümlüler hakkında tanzim edilen suç dosyası, suçun oluşması için öngörülen sürelerin geçmesini müteakip, *soruşturma izni vermeye yetkili komutan veya askeri kurum amiri* tarafından ilgili kanun hükümleri uyarınca soruşturma izni verilmesi hâlinde, yetkili Cumhuriyet savcılıklarına gönderilir. Yapılan bu işlemler ayrıca kayıtlı oldukları askerlik şubelerine bildirilir.” şeklinde düzenleme yapılmış ise de; bizce, yapılan bu düzenleme ile, tüm

İlgili hükümlerinin değil, ancak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına Dair Kanun hükümlerinin tatbiki mümkündür. Zira 353 sayılı ASYUK bugün hala yürürlükte olsa ve kanunlar için genel olarak metrukiyet iddiası hukuken mümkün bulunmasa<sup>[12]</sup> dahi, kanunun kurguladığı (yukarıda özetlenen) sistemin öznelere olan askeri savcılık ve mahkemeler ortada yoktur, keza askeri savcı ve teşkilatında kurulu askeri mahkeme olmayan Komutan'ın soruşturma emri veya izni de veremeyeceği, sonuçta 353 sayılı ASYUK'un bu hükümleri yürürlükte olsa dahi tatbiki imkanının olmadığı çok açıktır. Nitekim Ankara Bölge İdare Mahkemesi de, Genelkurmay Başkanlığı'nın ilgili askeri personel hakkında soruşturma izni verilmemesi işleminin iptaline karar veren idare mahkemesi kararına karşı MSB'nin istinaf başvurusunun reddine dair verdiği kararında, 353 sayılı ASYUK'un 8. maddesinde yer alan ve asker kişiler hakkında soruşturma izni verilmesi konusunda yetkili mercii belirleyen "*Nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amiri*" tabirinin askeri mahkemelerin kaldırılmış olması sebebiyle uygulanabilirliğinin kalmadığını tespit etmiştir.<sup>[13]</sup>

---

asker kişilerin bütün suçları için soruşturma izni verilmesi esaslarını belirleyen genel bir düzenleme yapıldığının kabulü mümkün olmayıp, sadece firar ve hava değişimi/ izin tecavüzü suçları için soruşturma izni vermeye yetkili merci açısından 4483 sayılı kanunun 3/d maddesine bir istisna getirdiği, keza sadece bu suçlar için yetki verilen Komutan/Askeri Kurum amirinin soruşturma izni verebileceğini kabul etmek gerekir.

[12] Öztürk, Bahri, "Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku", Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 3. Bası, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, s.34.

[13] Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 24.10.2019 tarih ve 2019/1278-2019/1725 E.K. sayılı kararında; "...yasa koyucu tarafından da asker kişiler yönünden soruşturma izni vermeye yetkili makam veya mercileri gösteren herhangi bir düzenleme yapılmadığı; asker kişiler hakkında kendilerine kanunla verilen görevlerinden doğan ve bu görevleriyle ilgili olarak işledikleri iddia olunan suçlardan ötürü ceza soruşturması açılmasının, kanunla gösterilen makamın iznine tabi olduğu, soruşturma izni müessesesinin de askeri mahkemelerin kaldırılması ile birlikte kendiliğinden kalktığı kabulünün de mümkün olmadığı; yasal düzenleme olmadan Anayasanın 129. ve 353 sayılı kanunda yer alan düzenlemelere aykırı olarak Anayasa ve kanunun vermediği bir yetkinin yorum yoluyla genişletilmesi veya mahkemelerde de 4483 sayılı kanunda yer alan hükümler kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle asker kişiler hakkında, işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü soruşturma izni vermeye yetkili makamların belirlenmesi hukuka uygun düşmez...askeri mahkemelerin kaldırılmış olması sebebiyle asker kişiler hakkında görev sebebiyle



Hal böyle olmakla birlikte Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü son olarak; asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçların 353 sayılı ASYUK uyarınca soruşturma iznine tabi olduğu ve bu iznin nezdinde kapatılan askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amirince verileceği yönünde görüş bildirmiştir.<sup>[14]</sup>

Soruşturma izni konusunda 353 sayılı ASYUK ile 4483 sayılı Kanununun tatbikine bağlı olarak, soruşturma izni istenecek suçların kapsamı, izin verilmemesi halinde itiraz ve izin verecek merciler gibi önemli noktalarda farklılıklar gündeme gelmektedir. Bilindiği üzere 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına Dair Kanun'da asker kişilerin kapsamda olmadığına dair bir hüküm olmayıp, 2/2. maddede özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Asker kişiler yönünden özel kanun olan 353 sayılı ASYUK'un ilgili hükümlerinin tatbiki imkanı olmadığına göre, kamu görevlisi olan asker kişiler de genel nitelikteki bu kanun çerçevesinde uygulamaya muhatap olmalıdır. Burada dikkat çeken husus, 4483 sayılı Kanun kapsamının 353 sayılı ASYUK'a göre soruşturma izni kapsamına giren suçlar yönünden daha dar olduğudur. 4483 sayılı Kanun kamu görevlilerinin sadece görevleri sebebiyle işledikleri suçları kapsamakta

---

*işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü soruşturma izni vermeye yetkili makam veya mercilerin 353 sayılı Kanunda gösterilen yetkilerinin ortadan kalktığı, bu hususta yasal düzenleme de yapılmadığı dikkate alındığında hakkında suç isnadı bulunan Dz.Albay ... hakkında Genelkurmay Başkanı tarafından soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemlerde yetki yönünde hukuka uyarlık bulunmamaktadır*" şeklinde karar verilmiştir. Bu karardaki yoruma göre, asker kişilerin görev suçları yönünden soruşturma izni alınması gereği halen devam etmekte ise de, soruşturma izni vermeye yetkili makam ve merciler konusunda kanuni boşluk bulunduğundan, söz konusu kanuni düzenleme yapılana kadar izni verecek muhtemel makamların işlemlerinin yetki yönünden sakat olacağı anlaşılmaktadır. Soruşturma izni alınması gereğinin devam ettiği ancak 4483 sayılı yasada sayılan makamlarca dahi bu iznin verilemeyeceğini ortaya koyan bu yorum, şuan için görev suçlarından asker kişiler açısından ya doğrudan soruşturma yapılması ya da hiç soruşturma yapılamaması gibi bizce kabul edilemez iki olasılığı ortaya çıkarmaktadır.

[14] Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 20.12.2019 tarih ve "Asker kişiler hakkında soruşturma usul ve esasları" konulu 19120602-045-02-0891-2019-E.2025/100229 sayılı görüş yazısı.

iken<sup>[15]</sup>, sözü edilen MSB görüşünde belirtildiği üzere, asker kişilerin askeri olan suçları, bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olan suçları 353 sayılı ASYUK'un kapsamındadır. Örneğin asker kişinin diğer asker kişiye karşı işleyeceği üste fiilen taarruz suçu, görevle bağlantı kurulamayacak şekilde askeri olmayan bir mahalde ve mesai saati dışında ve hizmet dışı bir sebeple işlenirse ve 4483 sayılı Kanun uygulamaya baz alınırsa genel hükümlere göre yani soruşturma izni alınmaksızın Cumhuriyet savcılıklarınca doğrudan soruşturulabilecektir.

4483 sayılı Kanuna dayanılarak yapılacak uygulamaya göre (Md. 3/d), soruşturma izni vermeye yetkili merci, MSB Görev ve Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3.maddesi ile (MSB'nin) bağlı kuruluşu haline gelen Kuvvet komutanlıklarının en üst idari amiri olan "Kuvvet komutanı" olarak kabul edilmelidir.<sup>[16]</sup>

Askeri mahkemelerin kapatılmalarını izleyen yakın süreçte, 353 sayılı ASYUK'un yürürlükte bırakılmasının yarattığı bir diğer tereddüt, kanun yollarına başvuru ile ilgili olarak ortaya çıkmıştır. 353 sayılı ASYUK'a göre "itiraz" ve "temyiz" den ibaret olan kanun yollarına başvurabilecekler kanununun 196. maddesinde; askerî savcı, şüpheli, sanık ve katılan, katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar ile *teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı ve askerî kurum amiri* şeklinde sayılmıştır. Bu hüküm gereği yapılan uygulamada doğal olarak, kapatılmalarından önce askeri mahkemenin tüm kararları, teşkilatında askeri mahkeme kurulan "Komutan" a görüldüye

[15] Nitekim İzin tecavüzü suçundan sanıkla ilgili yapılan yargılamada Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2018/989 E. – 2019/368 K. sayılı kararında; "...353 sayılı yasanın halihazırda yürürlükte olmakla beraber asker kişileri hakkında soruşturma emri verilmesinin düzenleyen 8. ve 95. maddelerinin söz konusu soruşturma emrini komutan, adli müşavir ve askerî savcılık makamlarına hasrettiği, Anayasa değişikliği ile askerî mahkemelerin kapatıldığı nedeniyle, hali hazırda soruşturma emrinin verileceği askerî savcılık makamının bulunmadığı, keza 353 sayılı yasanın ilgili hükümlerinin soruşturma izni bulunduğu şeklinde uygulanmasına devam olunamayacağı, her ne kadar genel nitelikteki 4483 sayılı yasanın uygulanabileceği bir an için düşünülebilirse de, sanığa atılı suçun görev sebebi ile işlenmediği, keza bu kanuna göre de soruşturma iznine tabi olmadığı anlaşıldığından sanık hakkında soruşturma emri ya da izni alınmasına yer olmadığı" şeklindeki yorum ve gerekçe ile karara gidilmiştir.

[16] Firar ve izin tecavüzü suçları açısından bkz.11 nolu dipnot.

gönderilip, Adli Müşavirlik teşkilatından çıkan “kararın görülüp itiraz veya temyiz edilmediğine dair” yazı üzerine kesinleştirme işlemi yapılabiliyordu. Yakın süreçte sırf 353 sayılı ASYUK ve bu hükmü yürürlükte olduğundan, bazı adliye mahkemelerince de verilen hükümlerin Kuvvet Komutanlıklarına; Komutanlıklarca yapılan istinaf başvuruları üzerine dosyaların Bölge Adliye Mahkemelerine istinaf incelemesi için gönderilmesinin söz konusu olduğu gözlenmiştir.

Bu bağlamda, kuşkusuz; asker kişilerin yargılaması nihayetinde verilen kararlara karşı Komutanlıkların (da) itiraz, istinaf ve temyiz ehliyetlerinin bulunmasının gerekip gerekmediği, keza bunda fayda bulunup bulunmadığı hususu tartışılabilir olup, yasa koyucu tarafından kanunla itiraz/istinaf/temyiz için yetki verildiği ahvalde bu kararların ilgili komutanlıklara gönderilmesi de gerekir. Ancak bugünkü mevzuatta, ne 5271 sayılı CMK’da ne de 353 sayılı ASYUK’da Genelkurmay Başkanlığına veya MSB’ye veya herhangi bir alt-bağlı birimlerine yetkilendirilmiş asliye ceza veya ağır ceza mahkemelerinin kararlarına karşı başvuru hususunda verilmiş bir kanuni yetki söz konusu değildir. 353 sayılı ASYUK ile verilen yetki “teşkilatında mahkeme kurulan” Komutan’a tanınmıştır ve bugün için herhangi bir adliye mahkemesi herhangi bir Komutanlığın teşkilatında kurulu da olmadığından, kanun yollarına başvuru hakkı CMK’da sayılanlarla<sup>[17]</sup> sınırlıdır. Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9.Ceza Dairesi’nin 14.03.2018 tarih ve 2018/1946 esas 2018/894 karar sayılı ilamı ile davaya katılma ve istinaf kanun yoluna yetkisi bulunmadığından CMK’nın 279/1-b maddesi gereğince Kara Kuvvetleri Komutanlığı Hukuk Hizmetleri Başkanlığı’nın istinaf başvurusunun reddine karar verilmiş, aynı makamın istinaf başvurusunun reddine dair karara itirazı üzerine Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Ceza

[17] 5271 sayılı CMK’da Kanun yollarına başvurma hakkı:

“Madde 260 – (1) Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.

(2) (Değişik: 18/6/2014-6545/73 md.) Ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ceza mahkemelerinin; bölge adliye mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcıları, bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilirler. (3) Cumhuriyet savcısı, sanık lehine olarak da kanun yollarına başvurabilir.”

Dairesi'nin 2018/24 D.ış sayılı ve 08.05.2018 tarihli kararı ile itirazın reddi yönünde karar verilmiştir.

Bunun dışında yetkilendirilmiş adliye mahkemelerince verilen kararların idari işleme esas olacak şekilde MSB veya ilgili Kuvvet Komutanlıklarına bilgi amacıyla iletilebileceğinde bir duraksama bulunmamaktadır. Nitekim bilindiği üzere 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)'nın 131/son maddesi; “160 sayılı Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkında Kanununun 4 üncü maddesinde sayılan kuruluşlarda çalışan personel hakkında; görevden doğan veya görevi sırasında işledikleri suçlarla kişisel suçları sebebiyle Cumhuriyet savcuları veya (...) (2) sorgu hakimlikleri veya Memurun Muhakematı hakkında Kanun uyarınca yetkili kurullarca yapılan soruşturma sonunda düzenlenen takipsizlik, meni muhakeme, iddianame, talepname veya lüzumu muhakeme karar suretleri ile ilgili mahkemelerce verilen kesinleşmiş karar suretleri bu personelin bağlı olduğu bakanlık veya kurum veya kuruluşa gönderilir.” şeklindedir. 29/11/1984 tarihli ve 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK)'nin 55. maddesi uyarınca 13/12/1960 tarihli ve 160 sayılı Kanununun 4. maddesine yapılan atıflar, 8/6/1984 gün ve 217 sayılı KHK'nin ilgili maddesine yapılmış sayılmaktadır. Bu bakımdan bu maddede zikredilen 4. madde, 217 sayılı KHK'nin 2. maddesi olarak dikkate alınmalıdır. 217 sayılı KHK'nin<sup>[18]</sup> 2. maddesinde açıkça, askeri kurum ve kuruluşların 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile ek ve değişikliklerine tabi personelinin bu KHK'nin kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. Hulasa; askeri personel hakkında yetkilendirilmiş adliye mahkemelerince verilen hükümlerin bilgi (idari işleme esas alınmak üzere) maksadıyla MSB/ilgili Kuvvete gönderilmesi kanuni zorunluluk olmadığından, karar verilen tüm askeri personel hakkındaki kesinleşmiş kararların resen gönderilmesi gerekmemekte<sup>[19]</sup>; kurumca talep edilen herhangi bir personel hakkındaki kararın bilgi maksatlı gönderilmesinin ilgili

[18] Bu KHK 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 123 üncü maddesiyle yürürlükten kaldırılmasına rağmen mezkur KHK'nin Geçici 3 üncü maddesi hükmü uyarınca Mevzuat Bilgi Sisteminde tutulmaktadır.

[19] Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün yürürlükten kaldırılan 01.01.2006 tarih ve “Asker kişiler hakkında soruşturma” konulu 23 Nolu genelgesi ile; subay, astsubay, uzman çavuş, uzman jandarma çavuş ve TSK'da görevli sivil memurlar hakkında adli merciler tarafından verilen her türlü kesinleşmiş kararların üçer suretinin ilgilinin bağlı bulunduğu Bakanlığa gönderilmesi isteniyordu (II/2).

mahkemenin takdirinde olmak kaydıyla söz konusu olabileceği ise izahtan varestedir.

Ancak bu noktada gözden kaçırılmaması gereken ilk husus; 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 65. maddesinde yapılan değişiklik (20/11/2017-KHK-696/20 md. Aynen kabul: 1/2/2018-7079/19 md.) gereğince, subaylar hakkında taksirli suçlar hariç bir suçtan kamu davası açılanlara ilişkin iddianamelerin kabulünü müteakip mahkeme tarafından sanığın mensubu bulunduğu kuvvet komutanlığına ve Milli Savunma Bakanlığına gönderilmesinin yasal zorunluluk olduğudur. 926 sayılı kanunun 106. maddesi astsubaylar hakkında subaylar hakkındaki hükümlere atıf yaptığından, 65. maddedeki yasal zorunluluk astsubaylar hakkında iddianame tanzim edilmesi halinde de uygulanacaktır.

926 sayılı Kanunun 65. maddesindeki düzenlemeye göre; ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis, taksirli suçlar hariç olmak üzere beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan veya yüz kızartıcı bir suçtan yahut emre itaatsizlikte ısrar, üste veya amire fiilen taarruz, üste veya amire hakaret, mukavemet suçlarından dolayı haklarında kamu davası açılanlar, ilgili kuvvet komutanlığının teklifi üzerine veya resen MSB tarafından açığa alınabilir ve MSB'ce askeri suçlar yönünden resen açığa alma işlemi tesis edilmeden önce fiilin işleniş şekli, niteliği ve disiplini ihlal derecesi bakımından açığa alınmayı gerektirip gerektirmediği hakkındaki görüşü ilgili kuvvet komutanlığından sorulabilir. Bu çerçevede, asker kişiler hakkındaki iddianamelerin, mahkeme tarafından, MSB ve ilgili Kuvvet Komutanlıklarına gönderilmesi sanık asker kişi hakkında idarece öncelikle açığa alma işlemi yönünden değerlendirme yapılmasına imkan tanımaktadır.

Gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus; 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda bulunan bildirim mükellefiyetidir. Anılan kanun şüphesiz asker kişiler için de uygulanmaktadır ve "suçun ihbarı" başlıklı 18/2. maddesine göre; bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmek suçlarıyla ilgili ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianamelerin Cumhuriyet başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk

Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile *varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına* bildirilmesi (gönderilmesi) gerekmektedir. Bu maddede geçen ilgili kurum ve kuruluşların, asker kişiler yönünden MSB veya ilgili Kuvvet Komutanlıkları olacağı tabiidir. Ancak kanun burada bildirim mükellefiyetini açıkça Cumhuriyet Başsavcılıklarına yüklemiştir.

353 sayılı ASYUK'un yürürlükte olmasına karşın uygulama imkanı olmayan bir diğer hükmü ise kuşkusuz "istirdat ve tazminat davalarında yetki" başlıklı 16. maddesidir. Bu madde, suçlardan doğan istirdat ve tazminat davalarına kamu davaları ile birlikte askeri mahkemelerde bakılacağını ve askeri savcıların Hazineye ilişkin zararları tesbit ve iddianameye yazarak askeri mahkemelerde kovuşturmak ve dava etmekle yükümlü olduklarını hüküm altına almaktadır. Askeri mahkemelerin kapatılmalarını izleyen süreçte, bazı C. savcılarının da hazine zararlarını iddianamelere yazarak talep etme yoluna gittikleri dikkat çekmiş ise de, 353 sayılı ASYUK'un hazine zararlarını kovuşturma yetkisini açıkça ve yalnızca kapatılan askeri mahkemelere tevdi etmesi nedeniyle, olay nedeniyle meydana gelen kamu zararlarının saklı tutulmasından öte, bu talepler hakkında karar ittihazının mümkün olmadığı açıktır. Nitekim aynı maddenin son fıkrasındaki; "*Ancak, askeri mahkemelerde kamu davasının kovuşturulmasına imkan kalmıyarak davanın adliye mahkemelerinde görülmesi gerektiği hallerde Devlet hakları özel kanuna göre kovuşturulur*" şeklindeki düzenleme dahi, kanun koyucunun adliye mahkemelerini ayrıca kamu zararını kovuşturma yetkisi ile donatmadığını zaten ortaya koymaktadır.

Ancak bu noktada da dikkat edilmesi gereken bir husus; kamu zararlarının sanıklara ödettirilmesinin ASCK'daki bazı özel maddeler ile düzenlendiği durumlardır. Örneğin 1632 sayılı ASCK'nın 131. maddesinde düzenlenen askeri eşyayı çalmak/satmak suçunda, aynı maddenin 131/1-son fıkrasındaki düzenleme; "*çalınan veya rehin edilen mallar bulunursa geri alınır. Yok edilen eşya, hayvan ve sairinin değerlerinin ödettirilmesine de hükmolunur.*" şeklinde olup, bu nedenle mahkemenin, 353 sayılı ASYUK'un 16. maddesi nedeniyle değil ancak fer'i bir ceza olarak, sanık için tespit olunan kamu zararının ödettirilmesine de hükmetmesi gerekmektedir. Ayrıca yine 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine göre, "suç konusunun önem ve değeri" nin temel cezanın belirlenmesinde bir kriter olması nedeniyle, yargılama konusu

olaylarda kamu zararlarının belirlenmesi gereğinin bu açıdan ortaya çıkabileceğine de işaret etmek gerekir.

## II. ASKERİ SUÇLARDA (ASLİYE CEZA–AĞIR CEZA) GÖREV İLİŞKİSİ

6771 sayılı Kanunla askeri mahkemelerin kapatılması öncesinde askeri mahkemelerin yetkisi, asker kişinin emrinde görev yaptığı askeri birliğin adli yönden bağlı olduğu askeri mahkemeye göre belirleniyor ve subay ve astsubay olan asker kişiler her suçları için heyet halinde kurulu askeri mahkeme tarafından yargılanıyorlardı (353 sayılı ASYUK md.19,21). 6771 sayılı Kanunla askeri mahkemelerin kapatılması sonrasında, asker kişi tarafından işlenen suçlarda yetkili ve görevli mahkemenin, 5271 sayılı CMK ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde belirleneceği tabiidir.

Bu bağlamda bilindiği üzere 5271 sayılı CMK'nın 12. maddesi; davaya bakmak yetkisinin, suçun işlendiği yer mahkemesine ait olduğunu hüküm altına almış; 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile ağır ceza mahkemelerinin görev alanını belirlerken de; "...Türk Ceza Kanununda yer alan **yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161)** suçları, ... (terör suçları) ... (ile) ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve **on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla** ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır." şeklinde düzenleme yapılmıştır. Yine bilindiği üzere 5235 sayılı Kanunun 11. maddesi, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen her iş için asliye ceza mahkemesini görevli kılmıştır.

5235 sayılı Kanun hazırlanırken askeri mahkemeler faaliyette olduğundan (*nitekim görüldüğü şekilde görev alanı saklı tutulmuştur*); bugün için asker kişiler tarafından işlenen ve esasen ağır ceza mahkemesince yargılanması gereken bazı suçların asliye ceza mahkemesinin görev alanında bulunduğu görülmektedir. Bu durumda aşağıda açıklanacağı üzere; aynı nitelikte bir suç işleyen sivil kişi ağır ceza mahkemesinde heyetli ve teminatlı yargılanırken;

aynı nitelikte suç işleyen asker kişi tek hakimden kurulu asliye ceza mahkemelerinde yargılanması şeklinde beliren bir sonuç ortaya çıkmıştır.

5235 sayılı kanununun 12. maddesinde sayılan TCK hükümleri ve bunlara karşılık gelen 1632 sayılı ASCK maddeleri incelendiğinde aşağıdaki hükümlerle karşılaşılmaktadır:

- TCK madde 204/2 (Resmi belgede sahtecilik)<sup>[20]</sup>

*ASCK md.134/Hakikata muhalif rapor layiha sair evrak tanzim ve ita edenler*<sup>[21]</sup>

- TCK madde 148 (Yağma)<sup>[22]</sup>

*ASCK md.123/Yağmacılığın tanımı*

*ASCK md.124/Yağmacılığın cezası*

*ASCK md. 125/Bir kimsenin malını tahrip veya imha edenlerin cezası.*<sup>[23]</sup>

[20] “(2) Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

[21] “Madde 134 – 1. Hizmete veya tevdi edilen bir vazifeye mütaallik olarak kasten hakikata muhalif rapor veya tahrir veya layiha ve sair resmi evrak tanzim eden ve veren veyahut bunların hakikata muhalif olduğunu bilerek mafevklere takdime delalet eden altı aydan üç seneye kadar hapis ile cezalandırılır.”

[22] “(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

[23] “Harbin mucip olduğu dehşet ve korkudan istifade veya askeri kuvvetini suistimal ederek:

A: Ahaliden birinin malını haksız olarak zabt veya bir kimseyi malını vermeğe icbar eden;

B: Salahiyeti olmadığı halde ahaliden para veyahut zorla eşya toplayan veya memur olduğu istimvalin (tekalifi harbiye) derecesinin kendi menfaatları için aşan yağmacı sayılır.

C: Alınan eşya erzak, sıhhi levazım, giyecek, ısınılacak gibi şeyler yeme veya nakil vasıtalarına munhasır kalır ve o andaki zaruri ihtiyaçlarla mütenasip bulunursa bu hareket yağmacılık sayılmaz. Yağmacılık eden her askeri şahıs beş seneye kadar hapsolünür. 1. Harb zarureti olmaksızın bir kimsenin mal ve mülkünü kasten tahrip



- TCK madde 247 (Zimmet ve İhtilas)<sup>[24]</sup>

*ASCK Md. 131/Eşyayı ve malları çalan, satan, rehine veren ve alanlar*<sup>[25]</sup>

Yukarıda belirtilen zimmet ve ihtilas suçları, TCK'da üst sınırı (12) yıl olarak gösterildiği için ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir. Bu suçları işleyen asker kişiler için cezanın üst sınırı (5) yıl olarak düzenlendiğinden asliye ceza mahkemesi görev sınırı içindedir. İzah edildiği şekilde, şu an için, zimmet ve ihtilas suçlarını işleyen sivil bir şahıs ağır ceza mahkemesinin, asker kişi ise asliye ceza mahkemesinin görev alanı içinde olduğundan, aynı nitelikte suçları işleyen asker ve sivil şahıslar arasındaki izah edilen bu farkın giderilmesi için; 5235 sayılı 12. maddesine, 1632 sayılı ASCK'nın md.134, md.123-125 ve md.131. maddelerinin ilave edilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, henüz yasal düzenleme yapılmamasına karşın, zimmet suçu açısından, bu suçları işleyen asker kişilerin de ağır ceza mahkemesinde yargılanmaları gerektiği son dönemde Yargıtay tarafından karar altına alınmıştır.<sup>[26]</sup> Açıklandığı üzere zimmet suçu, 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesinde alt ve üst sınırı ne olursa olsun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ve özel olarak sayılan suçlardan olduğu için değil, TCK'nın 247. maddesinde üst sınırı 12 yıl olarak belirlenmiş olduğu için ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir. Hal böyle olmakla birlikte Yargıtay, ASCK'daki zimmet suçunun TCK'daki zimmet suçunun özel bir hali

---

ve imha edenler ve ağaçları kesenler ve mahsulat ve mezruata hasar iras edenler ve bunlar için emir verenler veya müsamahada bulunan amir ve mafevkler iki seneye kadar hapsolünür.Ve daha vahim hallerde yağmacı sayılırlar. (M. 123)”

[24] “(1) Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, zimmetin açığa çıkmasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

[25] “1- Askeri bir hizmet yaparken veya vazifeyi suistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı yahut kendisine tevdi veya emanet edilmiş olmasa bile her türlü askeri erzak, eşya ve hayvanları çalanlar veya zimmetine geçirenler, yahut ihtilas edenler veya satanlar, yahut rehine verenler ve bunları bilerek satın alanlar veya rehin kabul edenler veya gizliyenler beş seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.”

[26] Y19.CD. 2019/29132-2019/8818 E.K. ve Y5.CD. 2019/1402-2019/6335 E.K.

olduğuna, anılan Kanun tarafından aranan yasal şartların ASCK'nın 131/1. maddesindeki suç yönünden de gerçekleşmesinin gerektiğine, zimmet suçundan yargılama yapma görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğuna, HSK 1.Dairesi'nin 831 sayılı kararı ile ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren askeri suçlar yönünden 1 numaralı ağır ceza mahkemesinin görevli ve yetkili bulunduğu karar vermiştir. Her ne kadar yargılanan sanıklar açısından heyet halinde çalışan mahkemedeki yargılamanın daha teminatlı ve aynı suçu işleyen asker ve asker olmayan sanıklar için eşitliğe uygun olduğundan bahisle Yargıtay'ın kararı olumlu görülebilirse de, görev konusunun kanunla düzenlendiği ve 5235 sayılı kanunun 12. maddesinin açık olması nedenleriyle konunun kanunla düzenlenmesinde, keza ASCK'nın uygun görülen maddelerinin de ağır ceza mahkemesinin görevi dahilinde sayılan suçlar arasına alınmasında gereklilik bulunduğu düşünülmektedir.

Askeri mahkemelerin kapatılmalarından sonra, asliye ceza mahkemeleri ile ağır ceza mahkemeleri arasında, ASCK'nın 91/2. maddesinde düzenlenen "Silahlı<sup>[27]</sup> olarak/Silah ve tehlikeli bir alet ile yapılan/Hizmet esnasında veya toplu asker karşısında Üste ve Amire Fiilen Taarruz" suçunun, olumsuz yetki uyuşmazlığına sıklıkla konu olduğu gözlenmiştir. Bu madde söz konusu suçun nitelikli hallerinden birini düzenlemiş, cezanın alt sınırını (5) yıl, az vahim haller için ise (1) yıl olarak belirlemiştir.

Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK'nın 49. maddesi ile, süreli hapis cezasının alt sınırı kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir ay, üst sınırı ise yirmi yıl olarak düzenlemiştir. ASCK'nın 91/2. maddesinde üst sınır belirlenmediğinden bu suçun üst sınırının yirmi yıl olduğu, böylece bu madde kapsamına giren suçların ağır ceza mahkemesinin görev alanına girdiğinin açık olduğu hemen söylenebilecekse de, bu noktada 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6/b maddesindeki "*Hapis cezalarında kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir ay, üst sınır beş yıl olarak uygulanır*" hükmünün ayrıca dikkate alınması gerektiği açıktır. Bu hüküm gereği ASCK'nın 91/2. maddesinde

[27] Maddede geçen; silahlı olarak ve silahla suçun işlenmesi halleri tekrar olmayıp birbirinden farklıdır. "Silahlı"nın tanımı, ASCK madde 11'de; "Bu kanunun tatbikatında; "Silahlı" tabirinden maksat hizmetin icabı olan silahı hamili bulunmak, veya silahının başında olarak bir amirin kumandası ve nezaretiyle hizmete başlanılmış olmak halidir." şeklinde yapılmıştır.

üst sınır (5) yıl olarak kabul edilecekse, suç asliye ceza mahkemesinin görev alanında kabul edilecek, ancak bu defa karışımıza suçun alt ve üst sınırının aynı (5 yıl) olduğu sorunsalı çıkacaktır.

Bu noktada Askeri Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 08.01.1969 tarih ve 1969/3-1969/1 E.K sayılı kararı sorunu çözüme götürmede en önemli içtihat olarak belirlemektedir. Anılan kararda; "Askeri Ceza Kanununun 91/2 maddesinin (... taarruz veya taarruza teşebbüs silahlı veya bir hizmet esnasında veya toplu asker karşısında veyahut silah veya tehlikeli bir aletle yapılmış ise 5 yıldan... aşağı olmamak üzere suçluya hapis cezası verilir) hükmündeki hapis cezasının; asgari haddinin TCK.nun 15.maddesindeki 5 yıllık özel tavanı, azami haddinin de 20 yıllık genel tavanı kapsamakta olduğunun kabulüne" şeklinde karar verilmiştir.

Bu bağlamda; İBK'nın verildiği tarihte yürürlükte olan mülga 765 sayılı TCK'nın 15. maddesinde yer alan "Hapis cezası yedi günden yirmi seneye kadardır. Kanunda açıklanmayan yerlerde yukarı haddi beş senedir." hükmü ile 5252 sayılı Kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlarda;... b) Hapis cezalarında kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir ay, üst sınır beş yıl olarak uygulanır" şeklindeki hüküm karşılaştırıldığında, her ikisinde de kanunda aksine bir düzenleme olmaması halinde hapis cezasının üst sınırının beş yıl olarak belirlendiği görülmektedir. Söz konusu İBK'nın verildiği tarihteki yasal düzenleme ile şu andaki yasal düzenleme arasında, kanunda aksinin belirtilmediği hallerde hapis cezasının üst sınırının beş yıl olduğu hususunda herhangi bir farklılık olmadığına göre, İBK ile varılan, ASCK'nın 91/2. maddesinin birinci cümlesi hükmündeki (az vahim olmayan haller) hapis cezasının alt sınırının beş yıl, üst sınırının da yirmi yıl olduğu şeklindeki sonuç ve kabulün halen geçerliliğini koruduğu<sup>[28]</sup>; netice itibarıyla silahla üste fiilen taarruz/teşebbüs suçundan açılan kamu davalarında, ASCK'nın 91/2. maddesi gereğince (*az vahim hal cümlesinin uygulanmasına yönelik bir talep belirtilmediği hallerde*) sanığın cezalandırılması isteminde bulunulması durumunda yetkili ve görevli mahkemenin ağır ceza mahkemesi olduğu sonucuna varılmaktadır.

[28] As. Yrg. 1. D.'nin, 11.11.2015 tarih ve 2015/0574-2015/2015/0654 E.K sayılı kararı.

### III. YOKLAMA KAÇAĞI ve BAKAYA SUÇLARI

ASCK'nın 63. maddesinde düzenlenmiş bulunan bakaya ve yoklama kaçağı suçları, askeri mahkemelerin kapatılmasından çok önce, 353 sayılı ASYUK'un 11, 13 ve 14. maddelerinde 29.06.2006 tarihli 5530 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile barış zamanında askeri mahkemelerin görev alanından çıkarılmıştır.<sup>[29]</sup> Askerlik öncesi bu suçları barış zamanında yargılamada görevli asliye ceza mahkemelerince, bu suçlar bakımından uygulama yapılırken pek çok noktada (yetki, suçların unsurları ve niteliği ile mazeret halleri gibi) ve çok sık tereddütte düşüldüğü gözlemlenmektedir. Seferberlik halinde<sup>[30]</sup> ise (çoğu halde) ağır ceza mahkemelerinin yargı yetkisi dahilinde kalan ve gerçekten de zihinlerde adeta soyut kavramlar olarak beliren bu suçlara havi ASCK'nın 63. maddesinin ilk hali, zamanında Fransız Askeri Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiş olup; bugün de ancak askeri mevzuat içindeki temel kanunlardan olan 7179 sayılı Askeralma Kanunu ile birlikte incelendiğinde, bu suçların vasıf ve mahiyeti anlaşılıp, yorumlanabilmek-

[29] Bilindiği üzere TC Anayasasının askeri yargı ile ilgili mülga 145. Maddesinin 2010 yılı anayasa değişikliği öncesindeki 2. Fıkrası; "Askerî mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler." şeklinde kaleme alınmış, ancak bu anayasa değişikliği öncesinde zaten 2006 yılında yapılan sözü edilen değişiklik sonrası askeri mahkemeler, barış zamanında, müşterek suçlar (*asker ve asker olmayanların askeri ceza kanununda yazan bir suçu müştereken işlemeleri hali; ki 353 sayılı kanunun bu 12. maddesi hükmü de Anayasa Mahkemesi'nin 20/9/2012 tarihli ve E. 2011/80, K. 2012/122 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir*) dışında asker olmayan kişilerin işledikleri suçlara bakamaz hale gelmişlerdi.

[30] 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununun 3. Maddesinde, "Seferberlik"; Devletin tüm güç ve kaynaklarının, başta askeri güç olmak üzere, savaşın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hazırlanması, toplanması, tertiplenmesi ve kullanılmasına ilişkin bütün faaliyetlerin uygulandığı; hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı hal, şeklinde; "Seferberlik Hali" ise; Seferberlik faaliyetinin başlatıldığı gün ve saatten, kaldırıldığı güne kadar devam eden durum, şeklinde tanımlanmıştır. 1632 sayılı ASCK'nın 8. Maddesinde ise Seferberlik; "1-Sefer tabiri harb halini ihtiva eden seferberliktir. 2-Seferberlik, ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını amir olan emirde yazılı ve muayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten haldir. 3-Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve kara suları dışında yalnız dahi seyrü hareket eden her harb tayyare ve harb gemisi üssülharekelerinden birine varıncaya kadar bu kanunun tatbikatında seferber sayılır." şeklinde tanım ve tarif edilmiştir.

tedir. Doktrinde haklı olarak; bu durumun, kanunilik ilkesinin bir sonucu olan ceza kanunlarının açık ve belirli olması kuralına aykırı olduğu ifade edilmiştir.<sup>[31]</sup>

Bu bağlamda öncelikle Askeralma Kanununa göre, “Askerlik çağı”; nüfus kayıtlarına göre her erkeğin 20 yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününden başlayan ve 41 yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününde biten süreyi ifade eder (7179 S.K md.3) ve yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır (Md.5). Yine 7179 sayılı Kanun’un 3. maddesine göre, “Yoklama dönemi”; askerlik çağının başlangıcından muvazzaflık hizmetinin başlangıç tarihine kadar geçen süreyi, “Muvazzaflık dönemi”; yükümlünün sevk belgesinde yazılı sevk tarihi ile başlayıp terhis tarihine kadar geçen süreyi ve “Yedeklik dönemi”; Muvazzaflık döneminin bitiminden askerlik çağının sonuna kadar olan süreyi ifade etmektedir.

Buna göre yoklama devrinin bitimini müteakip, askerlik şubesinden sevk tarihinden itibaren muvazzaflık dönemi başlamaktadır. Ancak 7179 sayılı Kanun “Muvazzaflık” kavramını, “askerlik hizmetini yerine getirmek üzere silahaltına alınanlar” şeklinde tanım ve tarif ettiğinden, henüz kıtasına katılmamış bulunan bir yükümlünün “asker kişi” kabul edilemeyeceği önemle vurgulanmalıdır (ilgili As. Yrg. İçt. Bir. Kurulu, 20.06.1975, 1975/6-4 E.-K.)

ASCK’nın 63. maddesinde geçen “yoklama kaçağı” ve “bakaya” tabirleri, yine 7179 sayılı Askeralma Kanununun 3 ve 21. maddeleri ile tanımlanıp açıklanmıştır. Anılan maddelere göre; “**Yoklama kaçağı**”; tabi olduğu yoklama yılı içerisinde yoklamasını yaptırmayanlara, “**Bakaya**”; sevke tabi olduğu hâlde sevkini yaptırmayanlar ile sevk edildiği birliğe katılmayanlara, “**Geç iltihak bakayası**”; sevkini yaptırdığı hâlde kendisine tanınan yol süresi dışında birliğine katılanlara, “**Saklı**”; yirmi yaşına girmiş oldukları hâlde isimlerini nüfus kayıtlarına geçirmemiş bulunanlara, denir.

“Askerlik çağına girenlerin asker kütüğüne yazılmaları ve sağlık ve sağlamlılıklarıyla, okuyup yazma, öğrenim durum ve düzeylerinin, işleri ve nerelelerde bulduklarının tespiti işlemine ise ‘**Yoklama**’ adı verilmektedir”<sup>[32]</sup>.

[31] Duran, Gökhan Yaşar, “Askeri Ceza Hukukunda Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı Suçu (ASCK M.63)”, TBBD, Sayı 128, s.75.

[32] Ergül, Ergin, “Uygulamada Yoklama Kaçağı, Bakaya ve Saklı Suçları ve İlgili Mevzuat”, Yetkin Yayınları, 1997, Ankara, s.16,17.

7179 sayılı Kanun, yoklamanın genel esaslarını belirlemiş, bu kapsamda, askerlik çağına gireceklerin kimlik bilgilerinin elektronik ortamda İçişleri Bakanlığı'ndan alınacağı ve askerlik çağına girenler ile bunlarla işleme tabi daha yaşlı doğumluların yoklamasının, her yıl 1 Ocak günü başlayıp o yılın 31 Aralık (dâhil) gününe kadar devam edeceği (Md.14/1,2); yükümlülerin sağlık muayenelerinin Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'nde belirtilen usul ve esaslara göre yapılacağı, sağlık muayenelerinin; öncelikle yükümlünün kayıtlı olduğu aile hekimi, yoksa müracaat ettiği askerlik şubesine en yakın resmî sağlık kuruluşundaki hekim tarafından yapılacağı, aile hekimlerince veya resmî sağlık kuruluşunca hakkında karar verilmeyenlerin Sağlık Bakanlığınca belirlenen en yakın yetkili sağlık kurumlarına sevk edileceği ve "Askerliğe elverişli değildir" kararlı sağlık kurulu raporlarının, Bakanlığın onayını müteakip kesinleşeceği (Md.15/1,2,6); yoklamaya tabi yükümlülerin, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası bulunan kimliği, öğrenim durumlarını, varsa meslek ve niteliklerini gösterir belgeler ile birlikte yurt içinde askerlik şubelerinde, yurt dışında elçilik veya konsolosluklarda bizzat hazır bulunmaya veya e-Devlet üzerinden bu işlemleri tamamlamaya mecbur oldukları, yoklamaya tabi yükümlülerden yoklamada bulunamayacak derecede hastalığı bulunanlar ile tutuklu/hükümlü olanların, usulüne uygun rapor göndermeye ve hükümlülük veya tutukluluklarını bildirmeye mecbur oldukları, sevke tabi tutulan yükümlülerin bizzat askerlik şubesinden veya e-Devlet üzerinden sevk belgelerini almaya ve kendilerine tebliğ edilen tarihte birliklerine katılmaya mecbur oldukları (Md.19/1,2,3); yoklama, celp ve sevk ile ilgili hususların, MSB tarafından Türkiye Radyo Televizyon Kurumu (TRT) ve diğer ulusal yayın yapan televizyon ve radyo kanalları aracılığıyla zorunlu yayın kapsamında duyurulacağı, ayrıca Bakanlığın resmî internet sitesinde ve e-Devlet sisteminde ilan edileceği ve bu duyuru ve ilanın yükümlülere tebliğ mahiyetinde olduğu (Md.27/1) hüküm altına alınmıştır.

Bu gün için ASCK'nın 63/1. maddesi; "Barışta, 1111 sayılı Askerlik Kanununun 89 uncu maddesi<sup>[33]</sup> uyarınca haklarında verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra kabul edilecek bir özrü olmadan, a) Yoklama kaçaklarından birlikte (...) yoklamaya tabi oldukları doğumluların yurt

[33] 7179 sayılı Askerlik Kanunu'nun 63. maddesine göre, mevzuatta 1111 sayılı Kanun ile 1076 sayılı Kanuna yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır.

genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesi gönderilmiş bulunanlar için, son kafilenin gönderilmesi tarihinden, b) Bakaya kalanlar için, bakaya kaldıkları tarihten, c) İhtiyat erattan çağrılıp da birlikte işleme tabi olduğu kişiler gönderilmiş bulunanlar için, en son gönderilme tarihinden, d) Yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olup olmamasına bakılmaksızın askerlik şubesinde sevk edildiği kıtasına katılmayan veya geç katılanlar için, kendilerine tanınan kanuni yol süresinin bitiminden, itibaren dört ay içinde gelenler altı aya kadar, yakalananlar iki aydan altı aya kadar; dört aydan sonra bir yıl içinde gelenler iki aydan bir yıla kadar, yakalananlar dört aydan bir yıla kadar; bir yıldan sonra gelenler dört aydan iki yıla kadar, yakalananlar altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiş olup; anılan madde 03/03/2011 tarih ve 6217 sayılı kanun ile esaslı değişikliğe uğramıştır.

Değişiklik sonrası yeni metne göre, ASCK'nın 63. maddesinde idari para cezasının kesinleşmesi (... *idari para cezası kesinleştikten sonra kabul edilecek bir övzü olmadan...*) suçun unsuru olarak düzenlenmekle, bu suçları ilk kez işleyenlerin eylemleri teknik anlamda suç olmaktan çıkarılmış, keza idari para cezasını gerektiren eylemler olarak düzenlenmiştir. Nitekim 7179 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile; Barışta, kabul edilebilir bir övzü olmaksızın; Yoklama kaçakları ve saklılar için, yoklama kaçağı kaldıkları tarihten, Bakayalar için, bakaya kaldıkları tarihten, Geç iltihak bakayaları için, kendilerine tanınan yol süresinin bitiminden, Yedeklerden çağrılanlar için, birlikte işleme tabi olanların en son gönderilme tarihinden itibaren kaçak kaldıkları gün süresi kadar ilgili askerlik şubesi başkanınca idari para cezası ile cezalandırılacakları ve verilen idari para cezalarının tebliğinden itibaren bir ay içinde ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Dikkat edilirse, “Saklı” suçu ASCK'nın 63. maddesinde düzenlenmediğinden, bu suç sadece idari yaptırım gerektiren bir fiil olarak mevzuatımızda yer almaktadır. 7179 sayılı Kanun'un aynı maddesinde “kendiliğinden gelenler” ve “yakalananlar” için idari para cezalarının miktarının, yakalananlar daha fazla ceza ödemek üzere farklı olacağı da düzenlenmiş; aynı yaklaşım, teknik anlamda suç olarak düzenlenen ikinci fiiller için, farklı ve artan hapis cezaları olarak ASCK tarafından da benimsenmiştir.

Gerek “Bakaya” gerekse “Yoklama kaçağı” suçları, *mütemadi suç* niteliğinde olup; temadi (idari para cezasının kesinleşmesini izleyen tarih/sonrasında olmak kaydıyla) yükümlünün emsalinin sevkine kadar yoklamasını

yaptırmaması veya celbe icabet etmemesi ile başlayıp, tıpkı firar ve izin tecavüzü suçlarında olduğu gibi, kendiliğinden gelme veya yakalanma ile sona ermektedir.<sup>[34]</sup> 7179 sayılı Kanun'un "Yoklama kaçaklarının ve bakayaların takibi" başlıklı 26/1. maddesine göre; Yoklama kaçakları ve bakayalar, askerlik ödevlerini yerine getirmek amacıyla yakalanmaları için Bakanlıkça İçişleri Bakanlığına bildirilirler. Yakalanarak muhafaza altına alınanlar, mesai saatleri içerisinde en yakın askerlik şubesine getirilirler. Mesai saatleri dışında veya askerlik şubesinin bulunmadığı yerlerde yakalananlar ilgili kolluk kuvveti tarafından hazırlanan tutanağa istinaden derhâl serbest bırakılırlar. ASCK'nın 63. maddesi metni bütünüyle ve Askerlik Kanunu ile birlikte ele alınıp yorumlandığında, 63.maddesinde yer alan mütemadi suçların, temadi başlangıç tarihinin en erken idari para cezasının kesinleşmesini izleyen gün olabileceği ve yakalanma halinde de, kolluk kuvvetince askerlik şubesine başvuru için ilgiliye verilen (15) günlük süre içinde müracaat edilmemesi, keza yoklama ve sevk işleminin yaptırılmaması halinde, tekrar işlenmeye başlayacak olan suçun temadisinin başlangıç tarihinin, verilen (15) günlük şubeye başvuru süresinin hitamını izleyen gün olacağı, açıktır. Bu noktada, maddedeki suçların oluşumu için, (ilk fiil için verilen) idari para cezasına konu suç ile ikinci fiil için öngörülen teknik anlamda suçun aynı neviden olmasına gerek yoktur.

ASCK'nın 63. maddesinde düzenlenen suçlar açısından, genel kast yeterli olup, failin hangi saikle hareket ettiğinin önemi yoktur. Bu bağlamda yaşıtlarının sevkine kadar yoklamasını yaptırmamasında veya bakaya kalmasında kabule değer bir özrünün bulunmaması suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır. (Mülga) 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 47. maddesi, hastalık, tutukluluk ve hapis hallerini ASCK'nın 63. maddesinde yazılı suçların oluşmasına mani özür hali olarak öngörmüştür.<sup>[35]</sup> Ancak Askeri Yargıtay, mazeret hallerinin sınırlı ve sayılı olmadığını içtihat ettiğinden başka bir takım haller de mazeret olarak kabul edilebilir.<sup>[36]</sup>

[34] Ergül, Ergin, "Uygulamada Yoklama Kaçağı, Bakaya ve Saklı Suçları ve İlgili Mevzuat", Yetkin Yayınları, 1997, Ankara, s.20,24.

[35] Ergül, Ergin, "Uygulamada Yoklama Kaçağı, Bakaya ve Saklı Suçları ve İlgili Mevzuat", Yetkin Yayınları, 1997, Ankara, s.27,28.

[36] As.Yrg.Drl.Krl., 25.12.1964,67/144.



1111 sayılı Askerlik Kanununu ilga eden 7179 sayılı Askeralma Kanunu'nun 23. maddesi de, sevke ilişkin mazeret hallerini; (yükümlünün) kendisinin *tutukluluğu veya hükümlülüğü*, kendisinin herhangi bir sağlık kurumu raporuyla belgelendirilmiş istirahat gerektiren hastalığı, eşi veya ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarından birinin sağlık kurumu heyet raporuyla belgelendirilmiş hayati tehlike içinde olduklarını gösteren hastalığı, sevkten önceki veya sonraki on beş gün içinde eşinin, ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarından birinin *ölümü*, sevkten önceki veya sonraki on beş gün içinde kendisi veya ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarından birinin *evlenmesi*, sevkten önceki veya sonraki iki ay içinde *çocuğunun doğması* halleri olarak belirlemiştir.

Suç kastı, keza suç kastını etkileyen yasal veya kabul edilebilir mazeret halleri açısından tam bu noktada, 7179 sayılı Kanun'un askere sevkten ertelenmesini düzenleyen 20. maddesinde de bahsolunmalıdır. Anılan madde; kamu kurum ve kuruluşlarında görevli olup hizmetinin özelliği sebebiyle ertelenmesine ihtiyaç duyulan kamu personelinin ve Devlet veya kendi hesaplarına yüksek lisans ve doktora yapanlar ile sanatta yeterlilik, ihtisas ve staj yapanların (ayrıca aktif spor hayatı devam edenlerin), bunlardan öğrenimleriyle ilişkili kesilenlerin veya mezun olanların askerliklerinin ertelenmesi hal ve şartlarını ayrıntılı olarak düzenlemekte, bu bağlamda erteleme hakkı bulunan bu yükümlülerin erteleme işlemleri için ilgili kurum amirinin teklifi şartını öngörmektedir. Bu düzenlemenin, mülga 1111 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile örtüşür şekilde kaleme alındığı, 7179 sayılı yeni Kanunda da, sevk tehirinin yapılabilmesi için ilgilinin kuruma başvurması konusunda bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir.

7179 sayılı Kanun'un 11. ve 12. maddeleri de emniyet hizmetleri sınıfı mensupları ile Jandarma Genel Komutanlığı (JGK) ve Sahil Güvenlik Komutanlığı (SGK) mensuplarının askerlik işlemlerinin ertelenmesi ile ilgili olup, yukarıda bahsedildiği şekilde, kanunun öngördüğü sevk tehir halleri, suç kastını etkileyen yasal veya kabul edilebilir mazeret halleri ile ilintilidir.<sup>[37]</sup>

[37] Nitekim Bakaya kalmak suçundan sanıkla ilgili yapılan yargılamada Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2019/909 E. – 2020/18 K. sayılı kararında; "...7179 sayılı Askeralma Kanununun 11/1. maddesinde polis meslek yüksek okuluna girenlerin askerliğinin erteleneceğinin, 11/2. maddesinde 10 yıl boyunca polis mesleğinde kalanların askerlik kanunu uyarınca askerlik mükellefiyetini yerine getirmiş

Yine yukarıda işaret edildiği üzere 7179 sayılı Kanun'un 27. maddesinde, *yoklama, celp ve sevk ile ilgili hususların*, MSB tarafından (TRT) ve diğer ulusal yayın yapan televizyon ve radyo kanalları aracılığıyla zorunlu yayın kapsamında duyurulacağı, ayrıca Bakanlığın resmî internet sitesinde ve e-Devlet sisteminde ilan edileceği ve *bu duyuru ve ilanın yükümlülere tebliğ mahiyetinde olduğu* açıkça belirtilmiştir. Bilindiği üzere benzer düzenleme, yedek subay adayı yükümlüler açısından, evvelce (mülga) 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanununun Ek 6. maddesinde<sup>[38]</sup> de yer alıyordu. Yeni Kanun, tüm yükümlüler açısından geçerli olmak kaydıyla ancak TRT duyurusuna, ilgili internet sitesi/e-Devlet sisteminde ilanı da ekleyerek, yoklama, celp ve sevkle ilgili hususlarda tebliğın usulünü belirlemiştir.

Bu çerçevede, bugün için varlığını korumasa da bu suçlara yıllarca temyizden bakarak içtihat makamı olmuş Askeri Yargıtay'ın; sevk tehir işlemlerinin kurumlarınca yürütüleceği düşüncesiyle kurumlarına başvuruda bulunmaması durumunda, yalnızca kurumlarına başvuruda bulunmamış olmasını sanıkların suç kastının varlığına esas alınamayacağına dair<sup>[39]</sup> ve yasal mazereti nedeniyle sevki tehir edilen sanıkların sevk tehirlerinin iptal edilmesi durumunda, suçun oluşumu için bunun kendilerine tebliğının gerektiğine dair<sup>[40]</sup> içtihatlarının bulunduğu vurgulanmalıdır.

7179 sayılı Kanun'un 9. Bölüm madde 42-46 arasında "Askerlik muafiyet halleri" belirlenmiş, buna göre 42. madde ile; askerlik hizmetini yerine getirmekte iken ölen, hakkında gaiplik kararı verilen, maluliyet aylığı bağlanmasını gerektirecek biçimde malul olanlar ile terhis edildikten sonra askerlik hizmetinin sebep ve tesiri ile hayatını kaybettiği mahkeme kararı ile sabit olanların; a) Baba ve annesinin müşterek olarak talep ettiği veya baba ya da annesinden biri ölmüş ise sağ olanın talep ettiği kardeşlerinden

---

*sayılacaklarının düzenlendiği, sanığın yoklama işlemlerini yaptırdığı, meslek yüksek okuluna girmesi ile askerliğinin mesleği nedeniyle erteleneceğini bilip düşündüğü yollu savunmasının aksinin ortaya konulmadığı, bakaya kaldığı sürenin kısalığı da dikkate alındığında atılı suç kastı ile hareket edip etmediği noktasında şüphe husule geldiği, şüpheden yararlanan sanığın suç kastının bulunmadığının kabulünün gerekeceği"* şeklindeki yorum ve gerekçe ile karara gidilmiştir.

[38] Ek madde 6; "Bu Kanuna tabi yükümlülerin celp ve sevkleri ile buna ilişkin işlemlerine ait diğer hususlar, Türkiye Radyoları ve Televizyonu aracılığıyla ilan edilmek suretiyle duyurulur. Bu duyuru yükümlülere tebliğ mahiyetindedir."

[39] As.Yrg.Drl.Krl., 01.02.1990, 18/18 E.K.

[40] As.Yrg.Drl.Krl., 01.01.1990, 139/126 E.K.

biri, istekli olmadıkça silahaltına alınmaz veya silahaltında ise terhis edileceği, b) Baba ve annenin müştereken anlaşamadıkları veya her ikisinin de ölmüş olması durumunda; öncelikle silahaltında olan kardeşi var ise istekli olması hâlinde terhis edileceği, silahaltında kardeşi yok ise veya silahaltındaki kardeşi terhis olmak istemez ise askerlik hizmet sırası gelen ilk kardeş istekli olmadıkça silahaltına alınmayacağı; 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında hayatını kaybedenlerden; a) Askerlik hizmetini yerine getirmekte olan yükümlüler ile 3713 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi kapsamına giren sivillerin kendilerinden olma çocukları ile aynı anne ve babadan olma kardeşlerinin tamamı, b) 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemi ile bu eylemin devamı niteliğindeki eylemlere, görevi olmadığı hâlde mukavemet ederken şehit olanların kendinden olma erkek çocukları ile aynı anne ve babadan kardeşlerinin tamamı, c) Güvenlik korucuları dâhil kamu görevlilerinin kendilerinden olma çocuklarının tamamı ile aynı anne ve babadan olma kardeşlerinden birinin istekli olmadıkça silahaltına alınmayacağı ve silahaltındakilerin ise istekleri hâlinde terhis edileceği, doğrultusunda düzenleme yapılmıştır. Müteakip maddelerin ise özel muafiyet hallerine ilişkin kaleme alındığı görülmektedir.

Bu bağlamda askerliğe elverişsiz olan<sup>[41]</sup> veya askerlikten muaf olan yükümlüler/failler için, tıpkı firar/izin tecavüzü suçlarında olduğu gibi, bu suçların da “işlenemez suç” niteliğinde olduğu düşünülmekte olup; fiili gayesi silah altına alınmayı sağlamak olan ceza düzenlemelerinin, hiçbir askerlik yükümlülüğü bulunmayanları kapsadığının kabulü mümkün değildir.<sup>[42]</sup>

Ayrıca yoklama kaçışı ve bakaya suçlarının, sırf askeri suçlardan (ASCK’da tanımlanan ve ancak asker şahıslar tarafından fail sıfatıyla işlenebilen suçlar)

[41] 7179 sayılı Askeralma Kanunu’nun 16. maddesinde, askerliğe elverişli olmayanların silahaltına alınmayacağı açıkça belirtilmiştir.

[42] Nitekim Yoklama kaçışı suçundan sanıkla ilgili yapılan yargılamada, Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2018/1081 E.-2019/833 K. sayılı kararında; “... sanığın anılan (suç) tarihlerinde askerliğe elverişsiz olduğunun kabulünün gerektiği, atılı suç dairesinde değerlendirme yapıldığında fiili gayesi silah altına alınmayı sağlamak olan ceza düzenlemelerinin askerlik yükümlülüğü bulunmayanları kapsadığının düşünülmemeyeceği nedeniyle atılı suçun sanık açısından işlenemez suç olduğu, bu itibarla unsurları itibarıyla oluşmayan atılı suçtan sanığın CMK’nın 223/2a maddesi uyarınca beraatine” karar vermek gerekmiştir.

olmadığı nedeniyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK 231/5), TCK 50. ve 51. madde uygulamaları açısından, ASCK madde 47, Ek madde 8 ve 353 ASYUK Ek madde 4'deki kısıtlamaların bu suçlar açısından geçerli bulunmadığı, keza şartları varsa bu suçları işleyen sanıklar için de HAGB, erteleme ve cezanın seçenek yaptırıma çevirmesinin mümkün bulunduğu; yine bu suçların, tekkerrür hükümlerinin uygulanmasına esas alınabilmelerine de bir mani bulunmadığı (TCK md.58/4) önemle vurgulanmalıdır. Ancak suçun savaş veya seferberlik halinde işlenmesi (ASCK m.63/2) durumunda; sanığın cezasının ertelenmesi (ASCK md.47/C), seçenek yaptırımlara çevrilmesi (ASCK Ek md.8/C) ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması (ASYUK Ek md.4/C) mümkün değildir.

Yoklama kaçağı ve bakaya suçlarını işleyen failer için 7179 sayılı Askerlik Kanunu'nun 24/4 maddesi özel bir yetki kuralı içermektedir. Buna göre; Barışta, birinci fıkra uyarınca verilen idari para cezası kesinleştikten sonra birinci fıkrada sayılan eylemlerden herhangi birini işleyenler ile bu eylemleri seferberlik ve savaş hâlinde işleyenler hakkında askerlik şubelerince suç dosyaları hazırlanarak *yükümlünün nüfusa kayıtlı olduğu yer Cumhuriyet başsavcılığına* gönderilir. Aynı hüküm (mülga) 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 89/son madde ve fıkrasında da yer alırken, bu yetki kuralının uygulanmasında askerlik şubesinin bulunmadığı ilçeler yönünden yetki uyuşmazlıkları ortaya çıkmış, sanığın nüfusa kayıtlı bulunduğu fakat askerlik şubesi bulunmayan ilçenin mahkemelerince, nüfusa kayıtlı olunan yerin bağlı olduğu askerlik şubesinin bulunduğu yer mahkemelerine yetkisizlik kararları verilebilmiştir. Ancak yetki uyuşmazlıklarının çözümü ile görevli Yargıtay 5.CD son olarak konu ile ilgili, bakaya ve yoklama kaçağı suçlarında yetkili mahkemenin her halükarda sanığın nüfusa kayıtlı olduğu yer mahkemeleri olduğunu<sup>[43]</sup> içtihat etmiştir. Bizce de, yetki kuralları kanunla belirlendiğine göre, bir yerde askerlik şubesinin açılıp yine idarece kapatılmasına göre yetkili mahkeme ve savcılıkların vatandaşlar için sürekli değişebileceği şeklinde yorum yapılamayacağı ve bunun hukuki güvenlik ilkesi ile de uyuşmadığı açıktır.

Son olarak; ülkemizde zorunlu askerlik uygulamasının olduğu gerçeğinden hareketle ve bu suçlarla bağlantısı sebebiyle "*vicdani ret*" kavramına da kısaca değinmek gerekir. Genel olarak vicdani ret; "askerlik yükümlülüğünü yerine

[43] Y5CD. 2018/3354-2018/2428 E.K, aynı Dairenin 2018/12342-2018/9194 E.K.

getirmekten kaçınmak, çoğunlukla silah taşımayı, üniforma giymeyi, askerlik yapmayı ve en nihayet savaşmayı reddetmekle eş anlamlı kullanılmaktadır.”<sup>[44]</sup>

Bilindiği üzere TC Anayasasının 2.maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti demokratik, laik, sosyal bir hukuk Devleti olarak tarif edilmiş, yine Anayasa'nın “Vatan Hizmeti” başlıklı 72. maddesi; “*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*” şeklinde kaleme alınmış; 7179 sayılı Askeralma Kanunu'nun 4.maddesi ile de, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkeğin, askerlik hizmeti yapmaya mecbur olduğu düzenlenmiş, keza Anayasa'da hiçkimse için bu hizmetten muafiyete yer verilmemiştir.

Yine 7179 sayılı Askeralma Kanunu'nda; “Bu Kanunda tespit edilen esaslar dışında muvazaflık hizmetini yapmadıkça veya yapmış sayılmadıkça hiçbir yükümlü askerlik çağı dışına çıkarılamaz.” şeklinde düzenleme mevcuttur (Md.5/11).

Askerlik hizmetinin esaslarını düzenleyen anılan 7179 sayılı kanun incelendiğinde, vicdani ret'çiler için askerlik hizmetinin yerine getirilmesi/yerine getirilmiş sayılması hususunda yapılmış özel bir düzenleme de yoktur. Aksine 1632 sayılı ASCK'nın “*Din ve vicdana göre lazım sayılan hareketler cezaya ehliyeti ve tesiri*” başlıklı 45. maddesinde açıkça; “Bir şahsın hareketini vicdanına veya dinine göre lazım saymış olması, yapmak veya yapmamakla vukua gelen bir cezayı mucip olmasına mani teşkil etmez” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Yasa koyucunun iradesinin bu denli açık yansıdığı ASCK'nın bu hükmü ortada iken, bir cemaate (yahova şahidi) aktif üyelik beyanı/belgesinin atılı suçun faili açısından işlenemez olduğu veya salt bu nedenle sanık açısından suçun oluşumuna engel bir mazeret teşkil ettiğinin ileri sürülmesi olanaksızdır.<sup>[45]</sup>

[44] Duran, Gökhan Yaşar, “Askeri Ceza Hukukunda Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı Suçu (ASCK M.63)”, TBBD, Sayı 128, s.73,74.

[45] Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin Bakaya kalmak suçundan sanıkla ilgili 2018/511 E. -2019/267 K. sayılı kararı (aynı yönde As.Yrg.3.D.'nin 05.10.2004 tarih 2004/827-845 E-K)

Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 22 Kasım 2011 tarihli bir kararında (Erçep v.Türkiye Davası/Başvuru No: 43965/04); “*Yehova şahidi ve vicdani retçi olan başvuruçunun inançları nedeniyle askerlik hizmeti yapmayı reddetmesi yüzünden çok sayıda hapis cezası almasını, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)’nin düşünce, inanç ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesine aykırı bulmuştur*”<sup>[46]</sup>

Bu halde Anayasanın 90/3. maddesindeki; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” şeklindeki düzenleme karşımıza çıkmaktadır. Konuyla ilgili ve yukarıda da işaret edilen Anayasa’nın 72. ve ASCK’nın 45. maddelerinin birbirleriyle uyumlu olduğu gözetildiğinde, Anayasa’da yer alan bir kural veya düzenlemenin, o alanda usulüne uygun bir biçimde yürürlüğe girmiş olan “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma” hükümleriyle çatışmasından söz edilebilecektir. Burada milletlerarası andlaşma hükmünün hem kanun hem de Anayasaya aykırı olması söz konusudur. Yani Anayasanın vatan hizmetinin her vatandaşın istisnasız ödevi olduğuna ilişkin hükmü ile 7179 sayılı Kanun’un 4 ve 5. maddeleri ve ASCK’nın 45. maddesi, AİHS’nin 9. maddesi ile çatışma halindedir. Ancak bu ahvalde mahkemelerin Anayasa hükmünü ihmal ederek Andlaşma hükmünü uygulamalarına hukuken olanak yoktur.<sup>[47]</sup>

#### IV. JANDARMA VE SAHİL GÜVENLİK PERSONELİ

Bilindiği üzere kolluk personeli, “Genel”, “Özel” ve (genel kolluğa) “Yardımcı kolluk” olarak üç ana bölümde sınıflandırılmakta, bugün için “Genel kolluk”; Emniyet Teşkilatı Kanunu’nun 3’üncü maddesinde, silahlı bir kuvvet olan (polis) ve (jandarma) olarak; Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinde de; kamu düzeninin korunmasını sağlayan, mevzuatla

[46] Duran, Gökhan Yaşar, “Askeri Ceza Hukukunda Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı Suçu (ASCK M.63)”, TBBD, Sayı 128, s.74.

[47] Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) 1. Dairesi’nin 1997/147 E. – 1998/200 K. sayılı kararı. Bu karar ve yorumuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Altundış, Mehmet, “Anayasanın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi?”, s.84 ([http://yasader.org/web/yasama\\_dergisi/2006/sayi2/anayasanin\\_90nci\\_maddesi.pdf](http://yasader.org/web/yasama_dergisi/2006/sayi2/anayasanin_90nci_maddesi.pdf))

verilen görevleri yerine getiren ve silah kullanma yetkisini haiz Bakanlığa bağlı jandarma, sahil güvenlik ve polisi ifade eder, şeklinde tanımlanmaktadır.

“Dünyada, jandarma kelimesinin eski Fransızcada kullanılan “gens d’armes = silâhlı adamlar” kelimesinden geldiği söylenmekte ve askerî niteliği olan güvenlik kuvveti anlamında kullanılmaktadır.”<sup>[48]</sup> Türk Jandarması da askerî niteliği olan bir güvenlik kuvveti iken, 15.07.2016 tarihinde yaşanan menfur darbe girişiminden sonra çıkarılan 25.07.2016 tarihli ve 668 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun hükmünde Kararname” (RG:27.07.2016; *Aynen kabul: 8/11/2016 tarih ve 6755 sayılı Kanun Md.5-21*) ile mevzuatta yapılan değişiklikler sonrasında, genel kolluk içinde askeri statülü olmayan bir yapıya dönüştürülmüştür.<sup>[49]</sup>

[48] Alpar, Güray, “Geçmişten Günümüze Güvenliğin Sağlanmasında Bir Kolluk Kuvveti Olan Jandarmanın Rolü ve Dünyadaki Konumu”, Güvenlik Bilimleri Dergisi, Mayıs 2013, s.84.

[49] Bu bağlamda; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun “Tanım” başlıklı 3. maddesi; “Türkiye Cumhuriyeti Jandarması emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanun ve nizamların verdiği görevleri yerine getiren silahlı, askerî bir güvenlik ve kolluk kuvvetidir.” şeklinde iken; 25.7.2016 tarihli ve 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesi ile yapılan değişiklikle; “Türkiye Cumhuriyeti Jandarması, emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanunların verdiği görevleri yerine getiren silahlı genel kolluk kuvvetidir.” şeklini almıştır.

Yine 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun “Bağlılık” başlıklı 4. maddesi “Jandarma Genel Komutanlığı, Türk Silahlı Kuvvetlerinin bir parçası olup, Silahlı Kuvvetlerle ilgili görevleri, eğitim ve öğrenim bakımından Genelkurmay Başkanlığına, emniyet ve asayiş işleriyle diğer görev ve hizmetlerin ifası yönünden İçişleri Bakanlığına bağlıdır. Ancak Jandarma Genel Komutanı, Bakana karşı sorumludur.” şeklinde iken; 25.7.2016 tarihli ve 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. maddesi ile yapılan değişiklikle; “Jandarma Genel Komutanlığı İçişleri Bakanlığına bağlıdır.” şeklini almıştır.

2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun “Jandarmanın genel olarak görevleri” başlıklı 7. maddesinin “Askerî Görevleri” başlıklı “c” bendi; “Askerî kanun ve nizamların gereği görevlerle Genelkurmay Başkanlığınca verilen görevleri yapmak” şeklinde iken; 25.7.2016 tarihli ve 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 9. maddesi ve bilahare 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK’nin 128. maddesi ile yapılan değişikliklerle; “Kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle verilen askerî hizmetleri yerine getirmek” şeklini almıştır.

2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun “Jandarmanın seferberlik ve savaş hâlindeki görevleri” başlıklı 8. maddesi; “Jandarma birlikleri; Genelkurmay

2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun "Disiplin ve soruşturma usulleri" başlıklı 15. maddesi, jandarma personeli hakkında disiplin ve soruşturma işlemlerini yeni duruma göre yeniden düzenlemiştir.<sup>[50]</sup>

---

Başkanlığınca lüzum görülen hallerle sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde gerekli olan bölümü ile Kuvvet Komutanlıkları emrine girer, kalan bölümü ile Jandarma Genel Komutanlığı emrinde normal görevlerine devam eder." şeklinde iken; 25.7.2016 tarihli ve 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 10. maddesi ve bilahare 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 128. maddesi ile yapılan değişikliklerle; "Jandarma birlikleri; seferberlik ve savaş hallerinde, Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenecek bölümleriyle Kuvvet Komutanlıkları emrine girer, kalan bölümüyle normal görevlerine devam eder. Ayrıca, Jandarma birlikleri; Genelkurmay Başkanlığının talebi üzerine İçişleri Bakanının, illerde ise garnizon komutanının talep etmesi halinde valinin onayıyla kendilerine verilen askeri görevleri de yaparlar." şeklini almıştır. (aynı yönde "Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği" madde 8/1-c "Askeri görevler").

[50] "Jandarma personeli hakkında disiplin ve soruşturma işlemleri aşağıdaki usullere göre yapılır.

a) Subay, astsubay, uzman jandarma, askerî öğrenci, erbaş ve erlerle sivil memurların disiplin yolu ile cezalandırılmaları; Garnizon komutanlarının yetkileri saklı kalmak kaydıyla kendi yetkili disiplin amirlerince, işçilerle sözleşmeli ve geçici personelin cezalandırılmaları ise yürürlükte olan sözleşme hükümlerine göre yapılır.

(Ek fıkra: 20/08/1993-KHK-507/2 md.) Jandarmanın mülki görevlerini ilgilendiren ve disiplin cezasını gerektiren fiilleri ortaya çıktığında valiler, il jandarma alay komutanından; kaymakamlar, ilçe jandarma bölük komutanından gereken cezanın verilmesini talep ederler. Alay ve bölük komutanları bunlar hakkında, askerî mevzuat çerçevesinde gerekli işlemi yaparlar.

b) Jandarma personelinin işledikleri disiplin suçları için 477 sayılı "Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun" hükümleri uygulanır.

c) Jandarma personelinin askerî yargıya tabi suçlarında, 353 sayılı "Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu"na göre işlem yapılarak haklarında 1632 sayılı "Askerî Ceza Kanunu" ile 765 sayılı "Türk Ceza Kanunu" hükümleri tatbik olunur.

d) Jandarma personelinin mülki hizmetten doğan veya bu tür hizmeti yaparken işlenen suçlarında; 15/05/1930 gün ve 1609 sayılı "Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun" hükümleri saklı kalmak şartıyla 04/02/1913 tarihli "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat" hükümlerine göre işlem yapılır.

e) Adli hizmetlerden doğan suçlarda; ilçe ve merkez ilçe jandarma bölük komutanları ile bu hizmetleri vekaleten yürütenler hakkında 1412 sayılı "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu" nun 154/4 üncü maddesi gereğince 24/02/1983 gün ve 2802 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanunu" nun 82 ve müteakip maddelerinde gösterilen hakim ve savcılarının tabi oldukları muhakeme usulü uygulanır.



Açıklanan mevzuat değişikliklerinin yanı sıra, 668 sayılı KHK'nın 19. maddesi ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na ilave edilen Ek 7. maddenin 1'inci fıkrasında; "Diğer kanunlarda bu Kanuna aykırı hükümler bulunması halinde bu Kanun hükümleri uygulanır." hükmü yer almaktadır.<sup>[51]</sup> Ayrıca yine 668 sayılı KHK'nın 22 ve 25. maddeleri ile, 657 sayılı DMK'nın 36. Maddesine; "Jandarma Hizmetleri Sınıfı" ile "Sahil Güvenlik Hizmetleri Sınıfı" eklenerek, jandarma subay, astsubay ve uzman jandarmalar ile Sahil Güvenlik subay ve astsubayları, DMK'ya tabi kılınmışlardır.<sup>[52]</sup>

f) Jandarma personelinin kişisel suçlarında genel hükümlere göre işlem yapılır." şeklinde iken; 25.7.2016 tarihli ve 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 15. maddesi ve bilahare 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 128. maddesi ile yapılan değişikliklerle; "Jandarma personeli hakkında disiplin ve soruşturma işlemleri aşağıdaki usullere göre yapılır.

a) Disiplin işleri özel kanun hükümlerine göre yürütülür.

b) Jandarma personelinin mülki görevlerinden doğan suçlarında; özel kanunların hükümleri saklı kalmak şartıyla 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.

c) Adli görevlerinden doğan suçlarda; 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 161 inci maddesinin beşinci fıkrası hükmü uygulanır.

d) Jandarma personeline askeri görev verildiği takdirde bu görevlerden doğan suçların muhakemesi, Jandarma personelinin emrine verildiği askeri birlik personelini muhakeme etmekle görevli ve yetkili olan mahkemede görülür.

e) Jandarma personelinin kişisel suçlarında genel hükümlere göre işlem yapılır." şeklini almıştır.

[51] He ne kadar 668 sayılı KHK'nın RG'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 27.07.2016 tarihinde, 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanununun 1. Maddesi; "Türk Silahlı Kuvvetleri: Kara (Jandarma dahil), Deniz (Sahil Güvenlik dahil) ve Hava Kuvvetleri subay, askerî memur, astsubay, erbaş ve erleri ile askerî öğrencilerden teşekkül eden ve seferde ihtiyatlarla ikmal edilen, kadro ve kuruluşlarla teşkilâtı gösterilen silahlı Devlet kuvvetidir." şeklinde ise de, bu ek madde uyarınca 211 sayılı Kanun'un 1. maddesinin jandarma ve Sahil Güvenlik'i TSK'nın parçası sayan kısmı uygulanamaz hale gelmiş; zaten bilahare 2/1/2017 tarihli ve 681 sayılı KHK'nin 1 inci maddesiyle, 211 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan "(Jandarma dahil)" ve "(Sahil Güvenlik dahil)" ibareleri yürürlükten kaldırılmıştır.

[52] 2803 sayılı Kanunun 13. Maddesi de; "Jandarma Hizmetleri Sınıfı personelinin her türlü özlük işlerinde, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulanır. (Değişik cümle: 18/10/2018-7148/11 md.) Ancak, **nasıp ve terfi, aylık ve diğer mali ve sosyal haklar bakımından** statü ve rütbelerine göre 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel

Açıklanmaya çalışıldığı şekilde, tıpkı jandarma teşkilatında olduğu gibi 668 sayılı KHK ile 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nda TSK ile ilgiyi kesen, keza askeri statülü kolluk niteliğine son veren benzer değişiklikler yapılmış, bu bağlamda 668 sayılı KHK'nın 23'üncü maddesi ile değişik 2692 sayılı kanunun 2'nci maddesi ile (*Değiştirilerek kabul:8/11/2016 tarih ve 6755 sayılı Kanun md.23*), Sahil Güvenlik Komutanlığı, "silahlı bir güvenlik kuvveti" iken, "silahlı bir genel kolluk kuvveti" olarak tanımlanmış, TSK'nın kadro ve kuruluşundan çıkarılarak (tamamen) İçişleri Bakanlığı'na bağlanmıştır.<sup>[53]</sup>

İzah olunan bu düzenlemeler karşısında; gerek Jandarma gerekse Sahil Güvenlik teşkilatı mensuplarının "asker kişi" sıfatları 668 sayılı KHK'nın Resmi Gazete'de yayımlandığı 27.07.2016 tarihi itibarıyla ortadan kalkmış, bu manada bu teşkilatlar ve personelinin Emniyet Genel Müdürlüğü personelinin farkları kalmamıştır.<sup>[54]</sup> Bunun doğal sonucu olarak, bu tarihten sonra bu iki teşkilatın personeli için de (aşağıda belirtilen istisnai

---

Kanunu, 13/6/2001 tarihli ve 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun, 28/5/1988 tarihli ve 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 18/3/1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu ile 10/3/2011 tarihli ve 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanununa tabi personel hakkındaki hükümler uygulanır." şeklinde olup, sadece nasıp ve terfi, aylık ve diğer mali ve sosyal haklar bakımından 926 sayılı Kanun ile bağ kurmaktadır (Sahil Güvenlik Komutanlığı için benzer düzenleme 2692 sayılı Kanun md 7).

- [53] 668 sayılı KHK'nın 31'inci maddesi ve bilahare 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nın 129. maddesi ile yapılan değişikliklerle, 2692 sayılı yasanın "Disiplin ve soruşturma usulleri" başlıklı 21/e bendi de; "*Sahil Güvenlik personeline askeri görev verildiği takdirde bu görevlerden doğan suçların muhakemesi, Sahil Güvenlik personelinin emrine verildiği askeri birlik personelinin muhakeme etmele görevli ve yetkili olan mahkemede görülür.*" şeklini almıştır. Ayrıca anılan 668 sayılı KHK'nın 35'inci maddesi ile 2692 sayılı yasanın 6,9,10 (Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli görevlerini, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İçişleri Kanununa tabi olarak kendi emir ve komuta bağlantısı içerisinde yapar) 11,16,20,21/A,21/B ve 22'nci maddelerinin ilga edildiği; 15.08.2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nın 29'uncu maddesi ile, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun 3/2'nci maddesindeki "askeri personel" ibaresinin "kolluk personeli" şeklinde değiştirildiği de göze çarpmaktadır.
- [54] 7179 sayılı Askerlik Kanununda tıpkı emniyet (polis) teşkilatı mensuplarında olduğu gibi, jandarma ve sahil güvenlik personelinin askerlik görevlerini yerine getirmeleriyle ilgili özel düzenlemeye yer verilmiştir (7179 sayılı Kanun madde 12).

haller haricinde) 1632 sayılı ASCK'daki sırf askeri suçlar “işlenemez suç” haline gelmiştir.<sup>[55]</sup>

Bu bağlamda sırf askeri suç olmasa da, ASCK'nın 137. maddesindeki hizmette tekasül ile askeri aracın mühimce hasarına neden olmak suçunda da, JGK.lığı ve SGK.lığı askeri birer kurum olmadığı ve bu komutanlıklara ait araçlar da askeri araç statüsünde bulunmadıklarından, bu araçlara verilen mühimce zararlarda belirtilen madde hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.<sup>[56]</sup>

Tıpkı görev suçu işleyen bir memurun suç tarihi sonrasında emekli olması, keza kamu görevlisi sıfatını kaybetmesi halinde ve bu nedenle eyleminin suç teşkil etmekten çıkmayacağı örneğinde olduğu gibi, 27.07.2016 tarihinden önce asker kişi olan bu iki teşkilat personelinin, bu tarih öncesinde işlediği suçlar açısından ise, 1632 sayılı ASCK hükümlerinin tatbik edilebileceğinde bir duraksama bulunmamaktadır. Bu noktada lehe kanun değerlendirmesinin ancak ASCK'nın 137. maddesinde (*Hizmette tekasül ile askeri aracın mühimce hasarına neden olmak*) veya ASCK'nın 130. maddesinde (*Askeri eşyayı kasten terk, tahrip, özürsüz kaybetmek/harap olmasına neden olmak/hususi menfaatinde kullanmak*) düzenlenen suçlar gibi, suç konusunun askeri araç-eşya olduğu suç tipleri açısından düşünülebileceği unutulmamalıdır.

Yukarıda bahsedildiği şekilde, HSK 1. Dairesi'nin 31.05.2017 gün ve 831 sayılı kararı ile, ilgili kanununun 17. maddesinin (E) bendi hükmü gereğince faaliyetlerine son verilip kaldırılan Askeri Mahkemelerin dosyalarına, karar tarihi itibarıyla, ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar yönünden; bir ağır ceza mahkemesi olan yerlerde bu mahkemenin, birden fazla ağır ceza mahkemesi olan yerlerde 1 numaralı ağır ceza mahkemesinin, asliye ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar yönünden; iki veya

[55] Nitekim Yurt dışına firar suçundan sanıkla ilgili yapılan yargılamada, Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2017/691 E.-2017/874 K. sayılı kararında; “... (668 sayılı KHK'nın RG'de yayımlandığı) 27 Temmuz 2016 tarihinden itibaren asker kişi sıfatı sona eren sanığın 07.12.2016-06.01.2017 tarihleri arasında sırf askeri suç sayılan atılı yurt dışına firar suçunu işleyemeyeceği, atılı suçun sanık açısından işlenemez suç hükmünde olduğundan CMK'nın 223/2-a maddesi uyarınca beraatine” karar vermek gerekmiştir.

[56] Uysal, Doğan, “Mevzuatta Yapılan Düzenlemeler Çerçevesinde Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Personelinin Askeri Suçlar bakımından Statüleri”, Ankara Batı Adliyesi Dergisi, Sayı 2, Temmuz-Aralık 2019, s.69.

daha az asliye ceza mahkemesi olan yerlerde 1 numaralı asliye ceza mahkemesinin, ikiden fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde ise 3 numaralı asliye ceza mahkemesinin, bu kanun kapsamında bulunan suçlarla ilgili davalara bakmasına karar verilmiştir. Bu bağlamda, kapatıldıkları tarihte askeri mahkemelerin görev alanında olmayan jandarma ve sahil güvenlik komutanlığı personelinin davalarının, HSK'nın tevdi ettiği bu özel yetki dahilinde olmadığı izahtan varestedir.<sup>[57]</sup>

Bu iki teşkilatın mensubu faillerin fiillerinin bu özel yetki dahilinde kalabilmesi, ancak kendilerine askeri görev verilerek askeri bir birlik emrinde görev alma halinde işleyecekleri ASCK'yı ihlal eden eylemler açısından mümkündür. Kendisine askeri bir görev verilen veya bu kapsamda askeri bir birlik emrine verilen jandarma/sahil güvenlik personeli hakkında 1632 sayılı ASCK tatbik edilebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, jandarma ve sahil güvenlik personelinin sivil şahıs olarak ASCK'da düzenlenen belli suçların faili olabilmeleri (353 sayılı ASYUK md.13) ayrı, istisnai hallerde asker kişi gibi/asker kişi sayılarak ASCK'ya tabiyetleri ile sırf askeri suçları işleyebilmeleri ayrı, ASCK'yı ihlal eden eylemlerinin HSK'nın 831 sayılı kararıyla tevdi ettiği özel yetkiye dahil olması ayrı değerlendirme gerektirmektedir. Bu bağlamda örneğin kendisine askeri görev verilmemiş bulunan bir jandarma/sahil güvenlik personelinin, askeri eşyayı çalması/satması halinde 353 sayılı ASYUK'un 13. maddesi uyarınca bu suçun sivil şahıslarca işlenmesi mümkün olduğundan, ASCK'nın 131. maddesinden hakkında kamu davası açılabilir, ancak HSK'nın 831 sayılı kararı ile yetkilendirilmiş mahkemelerin ihtisas yetkisine tabi olmayacak; kendisine askeri görev verilen ve herhangi bir Kuvvet K.lığının askeri birliği emrine verilmiş birimde görev yapan personelin ise bu görevi icra ederken/görevin devamı süresince gerçekleştirdiği eylemler açısından ASCK'ya tabi olacağı ve bu durumlarda

---

[57] Askeri mahkemelerin faaliyette oldukları dönemde, bugün de hala yürürlükte olan 353 sayılı ASYUK'un 17. maddesi uyarınca, asker kişi sıfatını kaybedenlerin askeri suç ve bağlı suçlar açısından askeri mahkemelere tabiyetinin devam edeceğine dair düzenleme, 2803 sayılı Kanunun Ek 7/1. Maddesi (Diğer kanunlarda bu Kanuna aykırı hükümler bulunması halinde bu Kanun hükümleri uygulanır) ve aynı yasanın madde 15/d'de yer alan özel düzenleme karşısında uygulanabilir olmadığından, Askeri mahkemelerce söz konusu iki teşkilatın sivilleşen mensupları hakkında görevsizlik kararları verilmiştir.

2803 sayılı Kanununun 15/d maddesi uyarınca, anılan ihtisas yetkisini taşıyan mahkemelerde yargılamanın yapılacağı ise açıktır.

Asker kişi sayılarak ASCK'ya tabi olma açısından bir istisnai durum da, bu iki teşkilata mensup er ve erbaşlar açısından söz konusudur. Gerçekten de Jandarma açısından 2803 sayılı Kanun'un Geçici 5. maddesi, Sahil Güvenlik açısından 2692 sayılı Kanun'un Geçici 9. maddesi ile, bu komutanlıkların er ve erbaş ile askerlik yükümlüsü ihtiyaçlarının, 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu hükümleri çerçevesinde MSB tarafından üç yıl süreyle karşılanacağı, ancak Cumhurbaşkanı kararıyla bu sürenin uzatılabileceği, bu suretle Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı emrine verilen er ve erbaşlar ile askerlik yükümlüleri hakkında, diğer er ve erbaşlar ile askerlik yükümlülerinin tabi olduğu hükümlerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>[58]</sup> Bu sebeple silah altına alınan ve bu iki teşkilat emrinde askerlik yükümlülüklerini yerine getiren er ve erbaş (kıta onbaşı ve çavuşları) şahısların izin tecavüzü, firar gibi sırf askeri suçları dahi işleyebileceklerinde bir duraksama yoktur.

Ancak er ve erbaşlar yönünden 1632 sayılı ASCK'daki bazı suçlarda, belirtilen Komutanlıkların askeri görevleri olmadığı ve bu sebeple askeri bir hizmet de icra etmediklerinden, ASCK'ya göre değil genel hükümlere göre uygulama yapılması gerektiği açıktır. Örneğin ASCK'nın 87. maddesinde düzenlenen emre iteatsızlikte ısrar suçu yönünden, er ve erbaşlara verilen

---

[58] Aynı yöndeki hüküm 7179 sayılı Askerlik Kanununda da geçici madde olarak düzenlenmiştir; "Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığının erbaş ve er ile askerlik yükümlüsü ihtiyacı İçişleri Bakanlığınca Bakanlığa bildirilir ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde Bakanlık tarafından Cumhurbaşkanı kararı ile belirlenecek süre ile karşılanır. Bu suretle Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı emrine yükümlülük esası ile verilen personel hakkında diğer yükümlülerin tabi olduğu hükümler uygulanır. 5 inci maddenin üçüncü fıkrası kapsamında askerlik hizmetine devam edenlerden Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı emrine verilenlerin sayı, istek, tercih durumları ve özlük hakları bu Kanun hükümlerine uygun olarak ilgisine göre Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından yürütülür." (Geçici madde 1/2) **Nitekim "Jandarma Genel Komutanlığının Er ve Erbaş ile Askerlik Yükümlüsü İhtiyacının, 1111 Sayılı Askerlik Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Millî Savunma Bakanlığı Tarafından Karşılmasına İlişkin Sürenin 31.12.2024 Tarihine Kadar Uzatılması Hakkındaki (668 sayılı) Cumhurbaşkanı Kararı" 25.01.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.**

hizmetin görülmesine yönelik emirler yerine getirilmediği veya getirilmeyeceği söz veya fiil ile belirtildiği hallerde, söz konusu eylem ASCK'nın 87. maddesi kapsamında emre iteatsizlikte ısrar suçunu oluşturmayacaktır. Zira bilindiği üzere söz konusu suç, askeri hizmete ilişkin emretme yetkisi bulunan askeri bir üst veya amir tarafından verilen hizmet emrinin yapılmaması veya emrin yerine getirilmesinin söz veya fiil ile reddedilmesidir ve bu bağlamda verilen emir de askeri bir hizmete ilişkin değildir. Dolayısıyla emri yerine getirmeyen er/erbaşların eylemi, diğer ceza kanunlarında tanımlanan bir suç oluşturmadığı takdirde disiplin mevzuatı çerçevesinde değerlendirilebilecektir.<sup>[59]</sup>

---

[59] UYSAL, Doğan, “Mevzuatta Yapılan Düzenlemeler Çerçevesinde Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Personelinin Askeri Suçlar bakımından Statüleri”, Ankara Batı Adliyesi Dergisi, Sayı 2, Temmuz-Aralık 2019, s.69.

## SONUÇ

Bilindiği üzere Anayasamızda Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak olarak sayılmış (md.5); TSK İç Hizmet Kanunu'nda da Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; yurt dışından gelecek tehdit ve tehlikelere karşı Türk vatanını savunmak, caydırıcılık sağlayacak şekilde askerî gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla yurt dışında verilen görevleri yapmak ve uluslararası barışın sağlanmasına yardımcı olmak olarak belirtilmiştir (211 sayılı Kanun md.35).

Anılan Anayasa ve kanun hükmü karşısında, Devletin en büyük teşkilatlanmış yapısı olan TSK'nın, vazifesini en iyi şekilde yapabilmesinin taşıdığı önem ayrıca izaha muhtaç değildir. Kanunla tevdi edilen bu denli önemli vazifelerin icrası, kuşkusuz TSK'nın her zaman için etkin ve yetkin bir silahlı güç olma niteliğini muhafaza etmesini zorunlu kılmaktadır ki, modern harp teknik ve araçlarıyla donanımın yanında, ordunun tabi kılındığı ve adeta üzerinde inşa edildiği temel kavram, kural ve bu kuralları uygulayacak kurumların dahi, uluslararası sözleşme ve yükümlülükler göz ardı edilmeksizin, ülke ihtiyacına cevap verir şekilde ihdas edilmesi gerektiğinde bir duraksama olmasa gerekir.

Bu bağlamda TSK İç Hizmet Kanunu, askerliğin temelini disiplin olduğunu açıklarken, bu temel kavram olan disiplini; kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet şeklinde tanımlamıştır (211 sayılı Kanun md.13). Asırlar önce kaleme alınan savaş sanatı kitaplarında dahi, “tüm savaşlarda zaferi getiren şeyin sayı üstünlüğü ve cahil cesareti değil, yetenek ve disiplin olduğu” vurgulanmış<sup>[60]</sup>, askeri disiplinin sağlanması konusunda, genel hukuk kuralları bir yana, sadece belirli statüdeki kişilere uygulanabilen askeri hukuk kuralları gibi ayrı kural-

[60] Renatus, Vegetius, Flavius, “Roma Savaş Sanatı”, Kronik Kitap, 1. Baskı, Ağustos 2019, s.29.

ların konulmasının kaçınılmaz olduğu ve askeri ceza ve disiplin hukukunun askeri disiplinin sağlamanın en iyi yolu olarak ortaya çıktığı<sup>[61]</sup>, yine askeri ceza kanununda yazılı olan kaide ve hükümlerin ordunun yetiştirilmesinde, muharebeye hazırlanmasında ve harp vasıtalarının gelişiminde ve muhafazasında en geniş manada sağlam bir disiplin temin etmek için yapıldığı açıklanmıştır.<sup>[62]</sup>

Kendi durumuna en uygun yargı sistemi konusunda karar verme o devleti ilgilendiren bir husus olup; AİHM, askeri yaşamın koşulları ve gerekliliklerinin, kendi doğaları gereği sivil yaşamdaki koşullar ve gerekliliklerinden farklı olması nedeniyle bunun, Sözleşme'ye aykırı bir ayrımcılığa neden olmadığını belirlemiştir<sup>[63]</sup> Türkiye Cumhuriyeti Devleti de, 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16.04.2017 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, ayrı bir yargı kolu olarak faaliyet gösteren askeri yargıyı bütünüyle lağvederek, asker kişilerin ceza yargılaması görevini tamamen adliye mahkemelerine tevdi etmiştir. İlk derece mahkemelerinin yanında ayrı bir temyiz mahkemesi dahi bulunan ve köklü bir geçmişe sahip bu yargı kolunun lağvedilmesinin, hukuk ve uygulamada hiçbir soruna yol açmadığını söylemenin bugün için mümkün bulunmadığı açıktır.

Mevcut sorunların çözümü yolunda atılabilecek ilk adımın, tıpkı çocuk mahkemeleri örneğinde olduğu gibi, askerlik öncesi suçlar ile asker kişilerin askeri suçlarını, uzmanlık yargı yeri olarak yargılayacak ve askeri disiplinin hızla tesis edilmesine katkı yapabilecek özel mahkemelerin (askeri ceza mahkemelerinin) kurulması olabileceği düşünülmeyle birlikte; bu yapılırken de, amaca uygun, keza ihtiyaca cevap verecek tarzda ve genel düzenlemelerden ayırık hükümler ile söz konusu mahkemelerin donatılması ve bugün için var olan yasal boşlukların giderilmesinin gerektiği açıktır.

İcra iflas suçları için dahi "icra ceza mahkemesi" olarak uzmanlık mahkemeleri kurulmuş iken, Devlet içindeki en büyük organizasyon olan TSK

[61] Duran, Gökhan Yaşar, "Askeri Disiplin Hukuku", 12 Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Nisan 2012, s.4.

[62] Taşkın, Rifat, Askeri Ceza Kanunu Şerhi, 8. Bası, s.6.

[63] Yayla, Mehmet, "İnsan Hakları Perspektifinden Avrupa'da Askeri Yargı Sistemlerinin Gelişimi", Uluslararası Askeri Yargıtay Sempozyumu, Askeri Yargıda Güncel Eğilimler, Ankara, 2014, s.64.



için dile getirilen söz konusu ihtiyacın göz ardı edilmesi düşünülemez. Diğer uzmanlık mahkemelerinde olduğu gibi, bu uzmanlık mahkemelerinden verilecek kararların daha fazla isbetlilik arz edeceği, hata yapma olasılığının büyük ölçüde azalacağı ve belirli uyuşmazlık tipleri daha profesyonelce ele alınacağından yargısal sürecin daha kısa sürede tamamlanabileceği açıktır.<sup>[64]</sup>

Bu bağlamda gündemde bulunan ASCK değişikliği ile ilgili kanun teklifinin, sulh ceza hakimliği ve asliye ceza mahkemesi derecesinde olmak üzere genel mahkemelerden ayrı hakimlik ve mahkemelerin kurulmasını içerdiği; söz konusu teklif ile askeri ceza kanununda yapılan değişiklik ve eklemelerle özetle; tereddütleri giderecek şekilde sırf askeri suçların madde madde sayılması yoluna gidildiği<sup>[65]</sup>, yine olması gerektiği gibi subay ve astsubayların ifadelerinin bizzat C.savcısı tarafından alınmasının zorunlu kılındığı, yurt dışında işlenen suçlar bakımından adli kolluk işlemlerinin hukuk sınıfı subaylarca icrasının ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilmesine imkan tanındığı, sırf askeri suç nedeniyle askeri disiplinin ağır şekilde ihlalinin müstakil bir tutuklama sebebi olarak öngörülüp, sırf askeri suçlarda tutuklama yasağının uygulanmayacağına hüküm altına alındığı, asker kişilerin askeri suçlarının soruşturma iznine bağlanması ile soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararlarına karşı yasal başvuru yollarının düzenlendiği, üst rütbedeki asker kişiler yönünden soruşturma ve yargılama makam/mercilerinin belirlendiği (Yargıtay C.Başsavcılığı/Yargıtay İlgili Ceza Dairesi ve Yüce Divan), sırf askeri suçlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması yasağının devamı, yurt dışında işlenen suçlarda yetkili mahkemenin Ankara mahkemeleri olarak saptanması yolunda düzenlemeler yapıldığı bilinmektedir. Bu kanun değişikliği teklifinin yasalaşması halinde, halen yürürlükte bulunan 353 sayılı ASYUK da ilga edilmekle, halihazırda mevcut bulunan pek çok sorun alanının çözüme kavuşabileceği değerlendirilmektedir.

[64] Tanrıver, Süha, “Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasına Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2010/4, s.202.

[65] Hazırlanan ASCK değişiklik teklifinde; yalnızca asker kişiler tarafından işlenen ASCK'nın 60, 62, 65, 66, 67, 68, 70, 82, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 97, 98, 100, 101, 102 ve 136 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar, sırf askeri suç olarak sayılmaktadır. Askeri Yargıtay kabulüne tamamen sadık bir yasal düzenleme kanımızca daha uygun olurdu.

Bunun dışında olması gerekene ulaşma yolunda; Merkez komutanlıklarının yapılacak yasal düzenleme ile askeri polis teşkilatına dönüştürülüp yeniden yapılandırılması, özel mahkemelere atanacak hakim ve savcıların belirli bir eğitimden geçirilmesi, bu mahkemelerde Devlet sırrı derecesinde olmamakla beraber TSK'nın belli gizlilik derecelerini taşıyan evraktan ilgililerin (inceleme değil) örnek alma yetkisinin kısıtlanması, asker kişiler hakkında düzenlenecek iddianame ve kararlarda rütbe ve ünvanın yer alması yolunda hükümler vaaz edilmesi, her halde asker kişiler arasında işlenen suçların, kurumsal disiplini zedeleyeceği açık olduğundan uzlaştırma (CMK md.253) dışında tutulması (bugün için örneğin üstün asta karşı işlediği şikayete tabi hakaret suçu uzlaştırmaya tabi olup, aksi uygulama için istisnai bir düzenleme yoktur), Cumhuriyet Başsavcılıklarının özel soruşturma bürolarında (İtalya örneğinde olduğu gibi) ordu irtibat subaylarının görevlendirilmesi, Adli Sicil Kanunda değişiklik yapılarak, her derecedeki askeri personelin sırf askeri suçlarının da ayrı bir sicile kaydedilmesi ve askerlik öncesi suçların dahi bu özel mahkemelerin yargı yetkisine dahil olması, değerlendirilmesi gereken birer önerme olarak sunulabilir.

## **KAYNAKÇA**

ALPAR, Güray, “Geçmişten Günümüze Güvenliğin Sağlanmasında Bir Kolluk Kuvveti Olan Jandarmanın Rolü ve Dünyadaki Konumu”, Güvenlik Bilimleri Dergisi, Mayıs 2013.

ALTUNDİŞ, Mehmet, “Anayasanın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Ekle- nen Hükümle Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlem- lere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi?”, ([http://yasader.org/web/yasama\\_der- gisi/2006/sayi2/anayasanin\\_90nci\\_maddesi.pdf](http://yasader.org/web/yasama_der- gisi/2006/sayi2/anayasanin_90nci_maddesi.pdf))

DURAN, Gökhan Yaşar, “Askeri Ceza Hukukunda Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı Suçu (ASCK M.63)”, TBBD, Sayı 128.

ERGÜL, Ergin, “Uygulamada Yoklama Kaçağı, Bakaya ve Saklı Suçları ve İlgili Mevzuat”, Yetkin Yayınları, 1997, Ankara.

ERMAN, Sahir, “Askeri Ceza Hukuku”, Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 1983.

ÖZTÜRK, Bahri, “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 3. Bası, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1995.

RENATUS, Vegetius, Flavius, “Roma Savaş Sanatı”, Kronik Kitap, 1. Baskı, Ağustos 2019.

SVANİDZE, Eric, “Askeri Hakim ve Savcıların İnsan Hakları Konula- rında Eğitimleri Ortak Projesi, Avrupada Askeri Yargı ve İnsan Hakları”, Şen Matbaa, Ankara, 2012.

TANRIVER, Süha, “Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasına Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 21.01.2010, Sayı:2010/4.

TAŞKIN, Rıfat, Askeri Ceza Kanunu Şerhi, 8. Bası.

UYŞAL, Doğan, “Mevzuatta Yapılan Düzenlemeler Çerçevesinde Jan- darma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Personelinin Askeri Suçlar bakımından Statüleri”, Ankara Batı Adliyesi Dergisi, Sayı 2, Temmuz-Aralık 2019.

YAMAN, Derya-Murat, “Uyuşmazlık Mahkemesi ve Askeri Yargıtay Kararları Işığında Askeri Yargı ile Adli Yargı Arasındaki Görev Sorunları”, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2001.

YAYLA, Mehmet, “İnsan Hakları Perspektifinden Avrupa’da Askeri Yargı Sistemlerinin Gelişimi”, Uluslararası Askeri Yargıtay Sempozyumu, Askeri Yargıda Güncel Eğilimler, Ankara, 2014.

### **İNTERNET KAYNAKLARI**

<https://www.aa.com.tr>

<https://www.tsk.tr>







